

Sharon Weinblum
Université libre de Bruxelles
Cevipol
sweinblu@ulb.ac.be

Etat d'urgence vs. Démocratie

Le rôle de la Cour suprême israélienne dans le maintien d'une démocratie en guerre.

Communication présentée au congrès de l'ABSP, 24-25 avril 2008, Tribune jeunes chercheurs.

Introduction

Les cours constitutionnelles et cours suprêmes sont souvent présentées comme des acteurs indispensables dans la construction et la conservation d'un régime démocratique et certains auteurs soulignent que « la plupart des nations ne disposant pas de cours constitutionnelles qui fonctionnent correctement ne sont pas des démocraties. » (Shapiro, Stone Sweet 2002, p.161). Pour la grande part des auteurs, les cours constitutionnelles ou cours suprêmes représentent l'une des institutions primordiales dans le maintien de la démocratie en tant que contre-pouvoir aux pouvoirs législatif et exécutif ainsi que gardien des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution, (Shapiro, Stone Sweet 2002, 150-175). Parce qu'elles ne sont pas des institutions représentatives et ne doivent pas tenir compte de l'opinion majoritaire dans leurs décisions, la plupart des auteurs constitutionnalistes soulignent la capacité de ces institutions à mener leurs fonctions à bien et à protéger la démocratie d'elle-même (Ackerman 1984).

Pour d'autres auteurs toutefois, le rôle des cours ne serait pas aussi efficace qu'il n'y paraît. Premièrement, certains ont indiqué que l'application de la loi, surtout en matière de droits et libertés, parce qu'elle nécessite une interprétation des valeurs qui sous-tendent la volonté du législatif limite l'autonomie des cours (Barak 2002, p.28). Deuxièmement, certains analystes ont insisté sur la proximité des décisions des cours suprêmes avec celles des chefs d'Etat, en raison de leur volonté d'être du côté de l'ordre établi (Weber 1978). Plus généralement, d'autres auteurs ont souligné que l'immersion

dans des structures sociopolitiques particulières empêchent l'indépendance institutionnelle nécessaire à son action (Shapiro 1981, Shamir 1990), voire donne aux cours un rôle de légitimation de l'ordre en place et de l'opinion majoritaire (Mishler, Sheehan 1993).

La capacité des cours à jouer leur rôle de gardienne de la démocratie en toute indépendance se pose avec plus d'acuité encore en temps de crise, lorsque la concentration des pouvoirs et la limitation des droits et libertés sont justifiées, voire légales en raison du contexte. La question est dès lors de savoir si la crise produit inévitablement une réduction de l'indépendance et du rôle de contre-pouvoir attribué au cours. Deux théories ont émergé sur cette problématique. La première s'inspire de l'arrêt *Milligan*, rendu après la guerre de sécession par la Cour suprême américaine¹ et pose que l'action des cours constitutionnelles ne varie pas lors d'une crise en raison de la capacité des cours à rester neutres et indépendantes, même dans ces circonstances (Norton Collins 2004), et ce, en grande partie grâce à leur caractère non-représentatif (Barak 2002).

A l'opposé, la *crisis thesis* postule l'existence d'une corrélation négative entre crise et protection des principes démocratiques par les cours constitutionnelles² (Norton, Collins 2004). L'état d'urgence aurait un effet direct sur les décisions des cours et plus précisément sur le degré de tolérance des cours face à limitation des droits fondamentaux par le gouvernement. Ce degré de déférence au gouvernement se traduirait par un nombre plus important de décisions « *executive-minded* » et un nombre plus limité d'arrêts « *rights minded* » (Kretzmer 2002) en temps de crise (Lobell 2002). Pour les tenants de

¹ Cet arrêt a été rendu par la Cour suprême américaine après la guerre civile de 1861-1865. Durant celle-ci, le Président Lincoln avait suspendu l'*habeas corpus* menant à l'arrestation de plus de 20000 personnes sans charge, sur le simple fondement qu'elles étaient soupçonnées d'être déloyales ou dangereuses. Après la guerre de sécession, la Cour a été amenée à trancher sur la légalité de la suspension de l'*habeas corpus* dans l'affaire *ex parte Milligan*. Les juges ont alors jugé que « là où les cours fonctionnaient normalement, la suspension de l'*habeas corpus* était anticonstitutionnelle car un des fondements de la liberté américaine est le principe que les dirigeants et le peuple sont soumis à la Constitution des États-Unis, en temps de paix comme en temps guerre, Constitution qui protège toutes les classes d'hommes, de tout temps et dans toutes circonstances. »

² La deuxième thèse s'inspire de l'arrêt *Korematsu vs. United States* (1942). Durant la seconde guerre mondiale, le gouvernement américain avait imposé de nombreuses mesures de contrôle sur les citoyens américains d'origine japonaise entraînant l'internement, voire l'expulsion de citoyens japonais. Saisie au sujet de la validité des couvre-feux et des actes d'expulsions, la Cour a déclaré qu'elle « ne pouvait considérer infondé le jugement des autorités militaires » selon lequel un grand nombre de Japonais américains représentaient un danger pour l'Etat. La Cour en a conclu que si des distinctions fondées sur l'origine nationale étaient impensables en temps normal, elles ne l'étaient pas « lorsqu'il s'agissait de gérer des périls en temps de guerre ». (Brennan 1987).

cette thèse cela s'expliquerait par la place même des cours constitutionnelles: en tant qu'institution au sommet du pouvoir judiciaire de l'Etat, les cours s'efforceraient, lors d'une crise, de donner une image d'unité au public. Une fois la crise passée, les cours exerceraient un contrôle de constitutionnalité des décisions des pouvoirs politiques de la même manière qu'elle le faisait avant la crise. Ainsi, alors que la première théorie pose la possibilité des cours d'exercer leur fonction de manière indépendante quelles que soient les circonstances, la seconde met l'accent sur la rupture entre état de paix, durant lequel les cours œuvrent de manière autonome, et état de guerre impliquant une reproduction de la volonté majoritaire.

D'où les questions suivantes : dans quelle mesure les cours sont-elles capables de se distancier de la volonté de la majorité et des décisions des autorités lorsqu'elles œuvrent dans un état constamment en état d'urgence ? Quelle est la capacité du judiciaire à juger d'actes et législations violant les droits fondamentaux et rendus légaux par l'état d'urgence ? Quelles sont les possibilités pour une Cour d'intervenir dans des questions d'ordre sécuritaire souvent entendues comme des prérogatives du pouvoir exécutif ? Cet article vise à s'insérer dans ces recherches en prenant pour cas d'étude la Cour suprême israélienne. Celle-ci est en effet un cas limite en tant qu'elle œuvre dans un environnement d'urgence et dans un état de guerre officiel depuis sa fondation³. L'objectif poursuivi n'est pas d'étudier la qualité de la démocratie israélienne en tant que telle ou la question plus générale de la tension entre sécurité et liberté mais bien d'étudier l'action de la Cour suprême dans la gestion de cette tension. L'article s'articule en trois parties. La première est une brève présentation des fonctions de la Cour dans le système démocratique israélien. La seconde partie met en lumière l'évolution de l'intervention de la Cour dans les affaires sécuritaires dans une perspective historique. La troisième vise à analyser le contenu des décisions de la Cour dans les affaires impliquant impératif sécuritaire et droits fondamentaux et d'en évaluer l'impact en terme de reproduction de l'ordre établi.

³ L'état de guerre qui a été déclaré en 1948 lors de la première guerre arabo-israélienne est en effet revoté chaque année par le parlement israélien, la Knesset.

Statut et fonctions de la Cour suprême dans la protection de la démocratie

A l'indépendance de l'Etat d'Israël, la Cour Suprême s'est vue attribuer deux fonctions la plaçant au sommet de l'organisation judiciaire israélienne. D'une part, elle a été formée comme dernière Cour d'appel du pays et d'autre part, elle a été chargée d'agir comme haute cour administrative en tant que Haute Cour de Justice (article 15 de la Loi Fondamentale sur le judiciaire, 1984). Dans cette dernière fonction, la loi prévoit que la Cour juge « des affaires pour lesquelles il lui paraîtra nécessaire de trancher pour l'administration de la justice et qui ne sont pas de la compétence d'une autre institution judiciaire » (article 15 c). De part la nomination de ses 14 juges, la Cour est une institution relativement indépendante du pouvoir politique. Les juges sont nommés par un comité mixte composé de deux ministres (le ministre de la Justice et un ministre désigné par le gouvernement), deux membres de la Knesset, deux membres du barreau, le Président de la Cour suprême et enfin deux juges de la Cour désignés par leurs collègues. De plus, les juges restent en fonction jusqu'à l'âge de la retraite, 70 ans (Kretzmer 2002). Jusque dans les années 1970, la majorité des juges était issue d'universités étrangères et avait d'abord exercé dans des tribunaux de plus basse instance. Depuis la fin des années 1970 ils sont généralement nés en Israël ou en Palestine mandataire et nombreux d'entre eux ont eu une carrière au sein du gouvernement ou une carrière académique (Kretzmer 2002, 10). En 1999, deux juges issus de la minorité arabe ont pour la première fois été nommés comme juge de la Cour suprême.

En dépit de sa supériorité hiérarchique sur les autres cours et de ses larges compétences en vertu de l'article 15c, le rôle de la Cour suprême israélienne en tant que contre-pouvoir du législatif et de l'exécutif s'est vu limité en raison de plusieurs éléments. En premier lieu, la Cour a ceci de spécifique qu'elle a été mise en place dans un Etat n'ayant jusqu'à ce jour aucune constitution (Sharfman 1993, Edelman 1994, Gavison 2003). En lieu et place d'une constitution, les parlementaires israéliens ont édicté une série de Lois fondamentales destinées à organiser les structures politiques de l'Etat⁴. Deuxièmement, jusqu'en 1992, il n'existait en Israël aucune charte de droits fondamentaux, et même après cette date, l'inscription des droits dans la loi n'a été que

⁴ Ces lois sont aujourd'hui au nombre de 12. Voir annexe.

partielle⁵. Ainsi, légalement, la Cour suprême israélienne était privée de fait d'une des fonctions principales des cours suprêmes, celle de garante des principes démocratiques constitutionnels. Enfin, le régime parlementaire israélien est ainsi défini que le parlement israélien, la Knesset, est le pouvoir suprême, sur lequel la Cour n'a officiellement aucune capacité de contrôle – par le contrôle a priori, la révision ou l'annulation de lois- alors que la Knesset a le pouvoir (théorique) d'abolir la Cour suprême (Klein 1990, 40). Ainsi, en guise de contre-pouvoir, le rôle de la Cour se limitait à peu de chose près au contrôle de l'État de droit dans sa version procédurale (Edelman 1994).

Malgré ses fonctions assez réduites, la Cour a progressivement acquis un rôle constitutif dans la protection de la démocratie. Premièrement, malgré l'absence de constitution et de charte de droits, la Cour a affirmé son droit à interpréter les lois à la lumière de principes supra-législatifs censés exister en dehors et indépendamment de l'autorité législative. Ensuite, en se référant aux « valeurs de toutes les démocraties », en se basant sur la Déclaration d'indépendance de l'Etat d'Israël ainsi que sur d'autres textes étrangers et internationaux, (Conventions de La Haye, Constitution américaine, jurisprudence anglaise et américaine etc.), la Cour a progressivement fondé par sa jurisprudence, un corpus de droits fondamentaux parmi lesquels, la liberté d'expression, le droit à un traitement équitable, la liberté de rassemblement, le droit à l'intégrité physique et la liberté du culte (Kretzmer 1992, 241). Enfin, après la rédaction en 1992 de deux lois fondamentales concernant les droits et libertés, la Cour a affirmé la supériorité hiérarchique de ces lois, lui permettant de contrôler la compatibilité des lois ordinaires avec ces lois fondamentales⁶. Israël est en ce sens une exception puisque c'est le seul État où la Cour a elle-même engendré une « constitutional law of rights » et un contrôle judiciaire pour protéger les droits constitutionnels qu'elle a elle-même créés (Shapiro, Stone Sweet, 2002, 154)

La Cour a également eu un rôle capital dans la définition du droit de saisine, en affirmant notamment le droit de toute personne à la saisir dans des matières dites d'intérêt général et en restreignant la notion de non-justiciabilité. En outre, bien que les habitants

⁵ Les deux lois fondamentales sur les droits de l'homme votées en 1992 ne protègent ni la liberté d'expression ni de culte et ne mentionnent pas non plus l'égalité des citoyens.

⁶ Cela concerne également la loi fondamentale sur la Knesset qui contient un article dit rigide. L'affirmation des lois fondamentales sur les droits et libertés comme hiérarchiquement supérieures aux autres a été qualifiée à l'époque de « révolution constitutionnelle ».

des territoires occupés ne font pas partie du système juridique israélien, la Cour leur a accordé unilatéralement un droit de saisine dès l'occupation des territoires en 1967 (Shamgar 1971). Enfin, la Cour a également eu un rôle important dans la détermination du droit applicable aux territoires puisqu'elle a imposé en 1982 le respect des Conventions de Genève aux autorités dont ces dernières n'avaient jusqu'alors le caractère contraignant (Kretzmer 2002, 39).

Ainsi, malgré l'absence de charte des droits et de Constitution et en dépit de la suprématie du pouvoir législatif, la Cour suprême a progressivement réussi à accroître ses fonctions et à imposer son contrôle sur le respect des principes démocratiques par les autorités.

L'intervention de la Cour dans les matières liées à la sécurité

En vertu de l'état de guerre permanent, les autorités israéliennes disposent d'un arsenal de règlements d'urgences en partie hérité du mandat britannique et en partie intégré dans le corpus juridique par le parlement israélien au fil des années. Ces règlements d'urgence qui sont constamment d'application en raison de l'état de guerre permettent aux autorités exécutives et à l'armée de réduire à peu près toutes les grandes libertés des citoyens au nom de l'impératif sécuritaire (liberté d'expression, liberté d'association, liberté de mouvement, droit à un procès équitable etc). De plus, en vertu de l'état de guerre le gouvernement peut passer des décrets d'urgence toutefois qu'ils sont considérés nécessaires aux « intérêts de la défense de l'État, de la sécurité publique et au maintien de l'approvisionnement et des services publics » (section 9 a de la loi sur l'état de guerre). Le gouvernement peut enfin modifier ou suspendre, par le biais de ces décrets, toute loi dont il considère que la modification est nécessaire à la sécurité de l'Etat (Hofnung 1996). A l'intérieur du territoire israélien, les règlements d'urgence et l'état d'urgence ont surtout été invoqués et utilisés en matière de liberté d'expression -constamment limitée par la censure militaire- et en ce qui concerne la liberté d'association qui est régulée par plusieurs lois à motifs sécuritaires⁷. En raison des liens réels ou présumés des résidents

⁷ L'Emergency Regulation, chapitre VIII et la Press Ordinance, 1933 permettent la censure militaire sur toutes les publications écrites. En ce qui concerne la liberté d'association, les Règlements d'urgence de

palestiniens des territoires occupés et dans une moindre mesure de Jérusalem Est avec des groupes ennemis et terroristes, tous ces règlements d'urgence sont constamment utilisés par l'armée ou le gouvernement afin de restreindre la grande majorité de leurs droits (droits civils et politiques mais plus largement des droits reconnus comme des droits de l'homme) (Sharfman 1993, Hofnung 1996).

La position de la Cour dans ce type de matières a évolué et a varié selon le type d'autorités, de droits et de requérants concernés. De manière générale, durant les toutes premières années de l'Etat d'Israël, la Cour a adopté une attitude de retenue dans les affaires de sécurité quelles qu'elles soient, considérant que « les affaires militaires et de sécurité, comme les affaires étrangères ne [faisaient] pas partie des matières pouvant être tranchées par le pouvoir judiciaire ». ⁸

Cette position a changé dès 1953, lorsque la Cour a décrété contre l'avis du gouvernement qu'il était de sa compétence de juger de la légalité des actes pris par un ministre ou un préfet sur le fondement des Règlements d'urgence. Le premier arrêt dans lequel la Cour est intervenue dans ce domaine est l'affaire Kol Ha'am, dans laquelle la Cour avait à juger de l'ordre du Ministre de l'Intérieur de fermer deux journaux en vertu des Règlements d'urgence de 1945 et de l'Ordonnance sur la Presse de 1933. Dans cette affaire, la Cour a pris le parti d'évaluer elle-même le caractère nécessaire de la censure invoqué par le gouvernement pour des raisons de sécurité. Elle a ainsi affirmé la Cour a affirmé qu'« une simple tendance à mettre la paix publique en danger n'est pas suffisante pour remplir cette exigence. Même si il est convaincu que la paix publique est susceptible d'être menacée, le Ministre doit néanmoins considérer dans quelle mesure le danger est suffisamment grave pour justifier l'usage de pouvoirs drastiques de suspension d'un journal. » ⁹. En ce faisant, la Cour a imposé la nécessité que la probabilité d'un « danger grave » soit établie, restreignant la discrétion du le Ministre de l'Intérieur. Par la suite, les principes de l'arrêt Kol Ha'am ont été réaffirmés afin de limiter la censure de la presse mais aussi celle exercée sur les films et les pièces. Ces principes ont plus tard été

1945 ont été complétés par l'Ordonnance pour la prévention du terrorisme, 1948; la Loi pénale, 1977, la loi sur les organisations à but non lucratif, 1980 et la loi sur les partis politiques, 1992.

⁸ HCJ. 7/48 *Al Karbuteli v. Minister of Defence*

⁹ HCJ 73/53, *Kol Ha'am Co. LTD v. Minister of Interior*

renforcés par l'imposition du « droit du public à l'information sur des matières aussi essentielles que la sécurité »¹⁰. La Cour a utilisé par la suite le critère du « danger grave » dans des affaires concernant les droits et libertés publics : liberté d'association, liberté de manifester et de participer aux élections¹¹. Dans les affaires concernant le droit à manifester, la Cour a en outre ajouté au critère du « danger grave » le critère de « forte probabilité », restreignant un peu plus l'utilisation de l'argument sécuritaire¹².

L'intervention de la Cour a eu lieu plus tard dans les affaires impliquant les autorités militaires lors de leurs activités. En pratique pendant les premières décennies, tous les actes concernant le domaine de l'ordre public et de la sécurité conduits par l'armée étaient systématiquement approuvés toutefois que les autorités concernées pouvaient prouver qu'elles avaient respecté deux conditions : qu'elles avaient agi dans le cadre de leur fonction et qu'elles l'avaient fait de bonne foi (Shetreet 1990, 460). Cette position a été maintenue jusqu'en 1979, date à laquelle la Cour a pour la première fois, examiné le contenu d'actes émanant de l'armée en vertu des Règlements d'urgence (Benvenisti 1993). La Cour a justifié ce nouveau pouvoir de contrôle par le fait que les officiers de l'armée « font partie de la branche exécutive de l'État d'Israël puisqu'ils sont chargés d'une fonction publique en vertu de la loi », statut qui les rend sujets au contrôle de Cour suprême¹³. Dans la même affaire, la Cour a déclaré que les considérations sécuritaires pouvaient, comme toute autre affaire, être soumises au contrôle judiciaire, même là où les autorités agissent dans les limites de leurs prérogatives (Shetreet 1990, 461). Enfin, la Cour y a affirmé la possibilité d'évaluer l'argument sécuritaire et a fondé pour la première fois sa décision, non pas sur le contrôle de la procédure mais sur le fond, en se référant au principe de bonne foi et du raisonnable. En s'appuyant sur ce principe, la Cour a pu aller au-delà du contrôle de légalité pour se placer à la limite du contrôle d'opportunité (Klein 1990, 63) et a ainsi annulé la décision des autorités parce que les

¹⁰ H CJ 243/62 *Israel Film Studios v. Levi Geri and the film and Theatre Censorship Board*. Plus tard ces principes ont été réaffirmés dans H CJ 549/75 *Noah Films Co., Ltd v. The film and Theatre Censorship Board*, H CJ 9/77 *Electric Company and others v. Haaretz Newspaper and others*, H CJ 243/82 *Zichroni v. Broadcasting Authority*. H CJ 14/86, *Laor v. Film and Theater Review Broadcast*.

¹¹ 1 /65 *Yeredor v. Chairman of the Central Elections Committee for the Sixth Knesset*, H CJ 2/84 et 3/84 *Neiman v. Chairman of the Elections Committee*, E.A. 1/88 *Neiman v. Central Elections Committee*, E.A. 2/88 *Ben Shalom v. Central Elections Committee*

¹² H CJ 153/83 *Alan Halevi and Yaeli Amit v. Southern District Police Commander*, H CJ 292/83 *The Temple Mount Trustees v. Police Commander of Jerusalem*.

¹³ H CJ. 680/88, *Schintzer v Chief Military Censor.*, H CJ 113/1979 *Ayyub et al. v. Minister of Defence et al.*

considérations de l'armée lui semblaient « plus politiques que d'ordre sécuritaire » et donc non raisonnables.¹⁴ En 1982, la Cour a étendu encore un peu plus les critères lui permettant de juger du contenu des affaires liées à la sécurité en utilisant le principe de proportionnalité entre impératif sécuritaire et dommage encouru dans le but d'atteindre la sécurité¹⁵ (Shetreet 1993, 463). En 1988, la Cour réaffirmait les principes établis jusque là ainsi que sa volonté de contrôler les matières liées à la sécurité en déclarant dans un arrêt que « Le caractère sécuritaire [...] a restreint le contrôle judiciaire dans le passé. [Il était alors considéré que parce que] Les juges n'appartiennent pas à l'institution militaire, ils devraient s'abstenir d'interférer dans des considérations sécuritaires [...] cependant, le principe de séparation des pouvoirs exige d'eux qu'ils contrôlent la légalité des décisions administratives. De même, les considérations sécuritaires ne jouissent pas d'un statut particulier. »¹⁶.

L'évolution de la position de la Cour dans les matières de sécurité a ainsi été dans le sens d'un interventionnisme marqué, entraînant un contrôle de plus en plus grand sur les actes liés à la sécurité, autant en ce qui concerne les droits et libertés civils des citoyens israéliens que dans le cas d'actes commis par l'armée, généralement à l'égard des droits des Palestiniens –droits de l'homme et habeas corpus. En outre, d'un contrôle basé uniquement sur le respect des procédures, la Cour a imposé petit à petit un contrôle sur le contenu des décisions, passant imposant ainsi sa vision non pas d'un Etat droit procédural mais bien d'une démocratie libérale constitutionnelle.

L'intégration de l'argument sécuritaire : reproduction ou limitation de l'ordre établi ?

La Cour, à l'origine plutôt réticente à intervenir dans les matières de sécurité a donc progressivement imposé son contrôle sur ces matières, démontrant une volonté de s'affirmer comme institution centrale du régime démocratique. Afin de trancher dans les affaires opposant protection des droits fondamentaux et argument sécuritaire, la Cour a

¹⁴ *Dweikat v. The Government of Israel*, op.cit. Cette décision reposait aussi sur le fait que cet acte était contraire au droit international.

¹⁵ HCJ. 393/82 *Jamiat Askan v. Commander of the IDF of Judea and Samaria*.

¹⁶ HCJ. 680/88 *Schnitzer v. Chief Military Censor*, p. 617.

progressivement pris le parti d'évaluer non pas seulement le respect de la procédure, mais d'évaluer le danger et la menace invoqués par les autorités pour limiter certains droits et libertés. Deux hypothèses opposées peuvent être posées au regard de cette attitude : d'une part, l'évaluation par la Cour du degré du danger ou de menace peut amener à restreindre l'utilisation de l'impératif sécuritaire par les autorités pour justifier la violation de certains droits. D'autre part, on peut postuler que l'intégration du critère du danger par la Cour diminue au contraire sa capacité d'indépendance et la mène à reproduire la position des autorités aux dépens des droits fondamentaux. Une étude de la jurisprudence disponible concernant droits fondamentaux et sécurité¹⁷ complétée par des études exhaustives permet d'évaluer dans quelle mesure l'intégration de ce critère sécuritaire a eu un effet sur les décisions de la Cour (plus ou moins *rights* ou *executive minded*). Il est nécessaire de différencier d'une part, l'activité de la Cour dans les affaires concernant les droits civils et politiques des Israéliens, relativement limités par les autorités et les décisions de la Cour au sujet des droits de l'homme et de *habeas corpus* des Palestiniens, qui sont les premiers concernés par les règlements d'urgence.

L'intégration du critère du danger a eu un double effet concernant la première catégorie de droits et de personnes. D'une part, l'utilisation du critère du danger a impliqué la reconnaissance de la relativité des droits et libertés face à l'argument sécuritaire invoqué par les autorités. La Cour a en effet souligné de nombreuses fois dans ses arrêts, qu'ils soient favorables ou non aux autorités, que les droits et libertés publics n'étaient pas absolus car ils sont limités par d'autres droits, et en premier lieu par le besoin de préserver l'ordre public et la sécurité¹⁸. D'autre part, l'utilisation de ce critère a permis à la Cour de limiter la portée de l'argument sécuritaire. Ainsi, en se plaçant sur le terrain de l'opportunité, la Cour a annulé de nombreuses décisions de censure par ce que le danger n'apparaissait pas comme suffisamment certain et grave pour justifier cette pratique. De manière plus générale, dans les affaires liées aux droits civils et politiques (liberté d'expression, d'association et de manifestation, de participation politique), la

¹⁷ Seule une partie de la jurisprudence de la Cour est disponible en anglais sur le site de la Cour. Nous avons donc dû nous reporter à ces arrêts, qui ne représentent qu'une part minime des arrêts délivrés par la Cour, en l'occurrence 64 arrêts.

¹⁸ HCJ 73/53, *Kol Ha'am Co. LTD v. Minister of Interior*, HCJ. 680/88 *Schnitzer v. Chief Military Censor*, p. 617.

mobilisation du critère du danger a le plus souvent permis de contrebalancer l'argument sécuritaire (Hofnung, 1996, Sharfman, 1995). Ainsi, parmi les 31 affaires à notre disposition impliquant une limitation des droits et libertés publics au nom de la sécurité, la Cour a, en se référant à ce critère, invalidé dans 19 cas la décision des autorités de limiter les droits fondamentaux, contre 12 cas dans lesquels la Cour a donné raison aux autorités. En outre, il apparaît que contrairement aux suppositions de la *crisis thesis*, ces droits ont été défendus avec plus de virulence lorsque le pays a traversé une période de crise (dans les cas qui nous intéressent, cas de guerre ou Intifada, voir annexe), ce qui peut être interprété comme une volonté de réaffirmer la protection de ces droits durant les périodes pendant lesquelles ils sont plus fortement menacés.

Il faut toutefois relativiser l'indépendance de la Cour par rapport au discours sécuritaire dominant. Si la Cour a invalidé des décrets d'urgence fondés sur les Régulations d'urgence au nom des droits et libertés, elle n'a par contre jamais remis en question l'existence même des règlements d'urgence à l'intérieur du territoire israélien au nom des normes démocratiques. Ainsi, en 2000, lorsque la Cour a été saisie par une association demandant que la légalité de la censure au regard des nouvelles lois fondamentales sur les droits civils et politiques soit examinée, la Cour a simplement refusé d'examiner la pétition, évitant ainsi de se prononcer sur la question¹⁹.

L'intégration et l'évaluation du critère du danger semblent avoir eu un impact autre sur la protection des droits de l'homme et de *l'habeas corpus* des Palestiniens. L'utilisation du principe du caractère raisonnable de l'argument sécuritaire et de proportionnalité entre impératif sécuritaire et dommage, si elle a permis à la Cour de juger sur le fond et non plus seulement sur la forme dans ce type d'affaire, n'a pas été accompagnée d'une protection substantielle de ces droits et a souvent au contraire permis de justifier leur violation.

Ainsi, alors que dans plusieurs affaires liées aux détentions administratives, la Cour a indiqué que ces détentions ne pouvaient être utilisées que pour des raisons sécuritaires et a imposé aux autorités militaires de prouver que le détenu représentait un

¹⁹ ACRI (Association for Civil Rights in Israel), "Fighting Requirement for State Issued Newspapers Permits", 14.09.00.

danger réel pour la sécurité, ce critère ne l'a jamais conduit à annuler d'ordres de détention administrative (Kretzmer 2002). De même, dans les affaires liées aux destructions punitives de maisons à l'encontre des familles d'un terroriste, la Cour a fait référence à l'impératif sécuritaire pour justifier ces méthodes, affirmant que même si l'«on ne peut s'assurer de l'efficacité d'une telle mesure [...], étant donné le nombre limité de mesures dont l'État dispose pour se défendre contre les 'bombes humaines', nous ne pouvons dédaigner celle-là. L'utilisation –tardive- de l'évaluation du danger dans les affaires d'expulsion de Palestiniens suspectés de terrorisme, a par contre permis une limitation, tout le moins partielle de ces méthodes. Dans ce type d'affaire, la Cour, en évaluant la menace que représentaient les personnes concernées par l'acte d'expulsion, a en effet décidé d'invalider l'expulsion des membres de la famille du suspect²⁰. Néanmoins, elle n'a jusqu'à présent jamais contraint les autorités à limiter l'utilisation de l'expulsion des personnes suspectées de terrorisme. L'intégration du critère sécuritaire dans le jugement de la Cour a enfin eu des conséquences sur ses décisions dans les affaires de tortures employées par les services de sécurité contre des suspects de terrorisme. Dans ce type d'affaire, la Cour a d'abord longtemps toléré ces pratiques pour des raisons de sécurité jusqu'en 2002 lorsqu'elle a pour la première fois condamné ces méthodes de manière catégorique. Toutefois, l'impératif sécuritaire qui sous-tend la décision de la Cour l'a menée à une déclaration ambiguë : tout en condamnant la torture, la Cour a en effet déclaré que « [sa] décision ne niait pas la possibilité que la 'légitime défense' soit rendue disponible aux enquêteurs » pour justifier ces méthodes a posteriori. La légitime défense étant entendue ici comme la nécessité de contrer une attaque terroriste imminente, la Cour a ainsi laissé la porte ouverte à l'utilisation de l'impératif sécuritaire par les autorités pour justifier la violation de l'intégrité physique²¹.

L'intégration du critère du danger par la Cour a donc eu un impact différent pour les résidents palestiniens des territoires et de Jérusalem Est que pour les citoyens israéliens. Premièrement, il ressort très clairement que leur droits ont été moins bien protégé par la Cour en raison de l'impératif sécuritaire. En effet, alors que 61% des arrêts concernant les citoyens israéliens dont nous disposons sont *rights-minded*, 36% des

²⁰ HCJ 7015/02, Ajuri v. IDF Commander. Voir

²¹ Voir HaMoked and B'tselem, ABSOLUTE PROHIBITION. The Torture and Ill-treatment of Palestinian Detainees, Report, May 2007.

décisions concernant les seconds le sont. Ce constat de divergence dans le niveau de protection des droits est confirmé par une étude effectuée sur une dizaine d'années (1986-1995) qui montre que la Cour a donné raison à 1.5% des requérants lorsqu'ils sont Palestiniens pour 2.8% de requêtes totales ayant gain de cause (Dotan 1999, 332-334).

En outre, l'intégration de l'impératif sécuritaire semble entraîné, contrairement à la première catégorie de droits, à une corrélation entre période de crise grave et contenu de l'arrêt dans le sens de ce que prévoit la *crisis thesis*. En effet, alors qu'en temps de paix, presque un cas sur deux des décisions de la Cour concernant les droits de Palestiniens est *rights-minded*, ce nombre se situe à 1/3 lorsque le pays est confronté à une crise grave, ce qui tend à démontrer l'ancrage de la Cour dans le contexte sociopolitique.

Ainsi, l'utilisation du critère de la sécurité, de la menace ou du danger, semble mitigé. D'une part, l'intervention de la Cour dans les matières de sécurité et l'utilisation du critère du danger ont permis une limitation de la violation des deux types de droits. D'autre part, ceux qui en ont le plus bénéficié sont ceux qui sont le moins touchés par les règlements d'urgence et qui jouissent de droits civils et politiques reconnus tandis que les Palestiniens des territoires et de Jérusalem Est dont les droits sont extrêmement réduits, ont été moins bien protégés contre l'argument de l'impératif sécuritaire.

Conclusion

En raison de la configuration politco-institutionnelle du pays, la Cour suprême israélienne n'était pas destinée à jouer un rôle important dans la protection de la démocratie que l'état de guerre permanent et ses implications semblaient restreindre encore un peu plus. Toutefois, la Cour a réussi à prendre une place de premier plan dans la protection de la démocratie en créant ou intégrant elle-même la reconnaissance d'une série de droits fondamentaux dans le système juridique. De même, peu résolue tout d'abord à jouer un rôle dans les affaires de sécurité, la Cour a progressivement imposé son droit de regard sur ces questions, intervenant ainsi contre l'avis des autorités dans des matières vues comme le domaine réservé de l'exécutif. De plus, la Cour a choisi d'examiner la plupart

des requêtes liées à la sécurité, sur le fond et non plus seulement sur la procédure, lui permettant ainsi de contrecarrer l'argument de l'impératif sécuritaire invoqué par les autorités en donnant par exemple sa propre appréciation du danger. Cette intervention accrûe et progressive dans ces matières, si elle n'invalide pas totalement l'hypothèse de la *crisis thesis*, en diminue toutefois la portée heuristique, puisque dans ce cas précis, l'état d'urgence permanent n'a pas mené à une perte d'indépendance de la Cour qui a au contraire su renforcer sa position de contre-pouvoir avec le temps.

Néanmoins, l'analyse des arrêts disponibles concernant sécurité et droits fondamentaux montre les limites de l'indépendance de la Cour par rapport au discours dominant, en l'occurrence, le discours sécuritaire. Ainsi, on a vu que l'intégration du critère de la sécurité dans les arrêts de la Cour a eu des conséquences diverses qui, si elle ne confirme pas la *crisis thesis*, conforte l'idée de l'importance de l'ancrage sociologique. En effet, en se plaçant sur le terrain de l'opportunité et de l'évaluation de la menace, la Cour a nuancé, mais en même temps reproduit, les schèmes existant. D'une part, elle a limité la violation des droits de tous en atténuant la portée de l'argument sécuritaire. Mais d'autre part, les personnes dont les droits sont fréquemment violés en raison de leurs liens réels ou perçus avec l'ennemi et le terrorisme ont été bien moins défendus par la Cour que ceux des citoyens israéliens bénéficiant au départ d'une meilleure protection des droits. Ainsi, l'intégration de l'argument sécuritaire semble non seulement avoir mené à une protection différenciée des droits mais aussi à une reproduction des catégories de la menace et de la sécurité, confirmant la proximité entre la Cour et la vision dominante.

En conclusion, cet article met en évidence deux tendances. D'une part, une tendance de la Cour à s'imposer comme institution garante des droits fondamentaux en limitant la portée de l'argument sécuritaire pour justifier la violation des droits. D'autre part, cette volonté de s'imposer comme contre-pouvoir s'est accompagnée, semble-t-il d'une perpétuation du modèle dominant par la reproduction des critères utilisés par les autorités, qu'un besoin de légitimation dans la société dans laquelle elle œuvre peut sans doute expliquer.

Cette tension entre volonté d'indépendance et souhait d'acquérir une légitimité sont deux aspects qui mériteraient une étude plus poussée. Il faut également souligner qu'une analyse sur un plus grand nombre d'arrêts que celui auquel nous avons eu accès

jusqu'à ce jour et une étude plus importante des discours des juges de la Cour devrait être effectuée afin que les conclusions de cet article soient pleinement valables. Cela est surtout vrai en ce qui concerne l'étude des arrêts portant sur les droits et libertés publics pour lesquels il n'existe que peu d'étude exhaustive et quantitative pouvant confirmer l'analyse ici réalisée.

Annexe

1. Les lois fondamentales israéliennes

Loi fondamentales : la Knesset (1959) ; les terres de l'État (1960) ; le président de l'État (1964) ; le gouvernement (1968) ; le budget de l'État (1975) ; l'armée (1976) ; le statut de Jérusalem (1980) ; le pouvoir judiciaire (1984) ; le contrôleur de l'État (1986) ; le gouvernement (1992, annulée et remplacée en 2001) ; la dignité humaine et la liberté (1992) ; la liberté professionnelle (1992, remplacée en 1994).

2. Résumé des Emergency Regulations

The Palestine Gazette No. 1442 of 27th September, 1945.

THE DEFENCE (EMERGENCY) REGULATIONS, 1945.

PART I - INTRODUCTORY.

PART II - MILITARY COURTS.

Miscellaneous Provisions as to Military Courts.

Procedures at Trials.

Confirmation by the General Officer Commanding.

Sentences.

PART III - MILITARY COURT OFFENCES.

PART IV - GENERAL PROVISIONS AS TO CIVIL COURT OFFENCES.

PART V - PROVISIONS APPLICABLE TO BOTH MILITARY COURT AND CIVIL COURT OFFENCES.

PART VI - EMERGENCY CONTROL OF MOTOR VEHICLES.

PART VII - UNLAWFUL ASSOCIATIONS.

PART VIII - CENSORSHIP.

PART IX - PROHIBITED IMMIGRANTS.

PART X - RESTRICTION ORDERS, POLICE SUPERVISION, DETENTION AND DEPORTATION.

PART XI-REQUISITIONING, ETC. .

PART XII - MISCELLANEOUS PENAL PROVISIONS.

PART XIII - TRANSPORT, TRAFFIC, CONTROL OF ROADS, ETC.

PART XIV - MISCELLANEOUS PROVISIONS.

Source : Israel Law Resource Center

3. Arrêts utilisés et distribution des arrêts

Type de décisions	Droits civils et politiques Période de calme	Habeas corpus Période de calme	Droits civils et politiques de guerre/intifada	Habeas corpus de guerre/intifada
<i>Rights minded</i>	HCJ 148/79 HCJ 2/79 HCJ 14/86 HCJ 153/83 HCJ 292/83 HCJ 2/84 HCJ 3/84 HCJ 2056/04 HCJ 7957/04 HCJ 35/06	HCJ390/79 HCJ 351/80 HCJ 37/83 HCJ 124/87 HCJ 42/85 HCJ 634/85 HCJ 42/85 HCJ 665/98	HCJ 243/82 HCJ 680/88 HCJ 806/88 EA 2/88 HCJ 485/90 HCJ 15/02 HCJ 316/03 EA 315/03 HCJ 651/03	HCJ 393/82 HCJ 574/82 HCJ 626/90 HCJ 5973/92
<i>Executive minded</i>	HCJ 619/78 HCJ 807/78 HCJ 771/80 HCJ 672/81 HCJ 415/81 HCJ 541/83 HCJ 234/84 HCJ 806/87	HCJ 34/79 HCJ 698/80 HCJ 223/81 HCJ 95/85 HCJ 130/85 HCJ 456/85 HCJ 514/85 HCJ 43/85 HCJ 123/95	EA 1/88 HCJ 8/00 HCJ 212/03 HCJ 752/03	HCJ 755/82 HCJ 439/82 HCJ 42/88 HCJ 801/88 HCJ 78/89 HCJ 84/89 HCJ 27/88 HCJ 792/89 HCJ 3239/02 CA 1232/01 HCJ 5591/02 HCJ 7015/02

HCJ: High Court of Justice

EA : Election Appeal

CA : Court of Appeal

Bibliographie

Ackerman, Bruce A., "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution", *Yale LawJournal*, 93, pp.1013-1072.

Barak, Aharon, "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", *Harvard Law Review*, 2002, 116 (1), p.16-160.

Benvenisti, Eyal, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *European Journal of International Law*, 1993, 4 (2)

Brennan, William, J., "The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Time of Security Crises", Discours à la faculté de droit de l'Université Hébraïque de Jérusalem, 22 décembre 1987.

Dotan, Yoav, "Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights : the Case of the Israeli High Court of Justice during the Intifada" *Law and Society Review*, vol.33 (2), 1999, pp.319-363.

Edelman, Martin, *Courts, Politics, and Culture in Israel*, Charlottesville: University of Virginia Press, 1994.

Gavison, Ruth, "Constitutions and Political Reconstructions? Israel's Quest for a Constitution", *International Sociology*, 2003, vol.18 (1), pp.53-70.

Hofnung, Menachem, *Democracy, Law and National Security in Israel*, Dartmouth: Aldershot, 1996.

Klein, Claude, *Le Droit israélien*, Paris : puf, "Que sais-je?", 1990.

Kretzmer, David, "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-revolution in Israeli Constitutional Law?", *Israel Law Review*, 1992, 26 (2), pp.238-247.

Kretzmer, David, *The Occupation of Justice, The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, Albany: State University of New York Press, 2002.

Mishler, William, Sheehan, Reginald S., "The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions", *The American Political Science Review*, 1993, vol.87 (1), pp.87-101.

Norton, Daniel, A, Collins, Paul M., "US Conflict Behavior and Supreme Court Decision Making: an empirical Analysis of the Crisis Thesis", *Paper for the Annual Meeting of the New York State political Science Association*, April 23-24, 2004

Segal, Jeffrey, Epstein, Lee, Ho, Daniel E., King, Gary, "The Supreme Court During Crisis: How war affects only non-war cases", *New York University Law Review*, vol. 80 (1), 2005, pp.1-116.

Shamir, Ronen, "'Landmark Cases' and the Reproduction of Legitimacy: the Case of Israel's

High Court of Justice”, *Law and Society Review*, 1990, 24, pp.781-805.

Shamgar, Meir, “The Observance of International Law in the Occupied Territories”, *Israeli Yearbook on Human Rights*, 1971, 1, p.262-276.

Shapiro, Martin, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago: University of Chicago Press, 1981.

Shapiro, Martin, Stone Sweet, Alec, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford University Press, New York, 2002.

Sharfman, Daphna, *Living without a Constitution, Civil Rights in Israel*, New York: Sharpe, 1993.

Shetreet, Shimon, “Developments in constitutional Law: Selected Topics”, *Israel Law Review*, 1990, vol.24 (2-3), pp.369-428.

Sommer, Udi, “A New Institutional Approach to Judicial Decision Making With Application to the Israeli High Court of justice”, *Presentation presented at the AIS 2007 annual conference*.

Weber, Max, *Economy and Society*, Berkeley: University of California Press, 1978.