

# LA RÉVOLUTION CONSTITUTIONNELLE : LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

*Note du traducteur* : La traduction (de l'hébreu) de l'article qui suit, paru en 1992 dans la revue de la faculté de droit de l'université de Haïfa (Israël), *Mishpat Oumimshal* [Droit et pouvoir] (n°1, p. 9-35), de la plume du vice-président de la Cour suprême Aharon Barak, présente un intérêt tout à fait exceptionnel. D'une part, il s'agit de l'un des juristes les plus éminents du pays. Ancien professeur à la faculté de droit de l'université hébraïque de Jérusalem, ancien doyen, Aharon Barak servit également comme Attorney General de l'État (de 1974 à 1978). A ce titre, il joua un rôle important (n'hésitant pas à tenter, par exemple, des poursuites judiciaires contre certains hommes politiques, dont le Premier ministre Rabin et son épouse, en 1976, pour avoir continué à détenir un compte bancaire à l'étranger). Il joua un rôle important dans la négociation de Camp David (septembre 1978) entre MM. Sadate et Begin. En 1978, à l'âge de 38 ans, il fut nommé à la Cour suprême où il siège depuis. Ses décisions ont profondément influencé la transformation du droit, notamment en ce qui concerne les libertés publiques. Il a également contribué à l'extension tout à fait exceptionnelle du champ d'intervention de la Cour suprême, plus spécialement face aux organes politiques (qu'il s'agisse de l'exécutif, mais aussi du législatif). Mais, d'autre part, c'est surtout la signification que le juge Barak entend donner à l'expression « État juif et démocratique » qui a soulevé un véritable tollé dans les milieux religieux.

17

Avec l'accord de l'auteur, l'article a été quelque peu raccourci. La plupart des notes ont été supprimées. Quelques notes explicatives sont du traducteur, elles sont indiquées en fin de note par [C.K.]<sup>1</sup>.

L'article constitue également une excellente introduction au problème fondamental du droit constitutionnel israélien, celui de l'absence de constitution écrite. En même temps, il montre comment l'adoption progressive d'articles « rigides » a

1. Nous renvoyons le lecteur qui souhaiterait d'autres informations sur le droit israélien aux livres suivants de Claude Klein : *Le Droit israélien*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1990, et *Le Système politique israélien*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1983, ainsi qu'à l'article « Les problèmes constitutionnels de l'État d'Israël. Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Revue du droit public*, 1969, p. 1105-1125.

permis à la Cour suprême de mettre en œuvre un contrôle de la constitutionnalité des lois qui a permis de mettre en place un système constitutionnel reposant sur l'affirmation de certains principes et sur un contrôle efficace. Il faut, bien entendu, lire cet important article parallèlement aux autres études consacrées à la Cour suprême, notamment celles de Françoise Dreyfus et de David Kretzmer. Enfin, cet article est également un très bel exemple de la méthode juridique pratiquée en Israël, plus proche du droit anglais.

C. K.

\*

## INTRODUCTION

### *La révolution constitutionnelle*

18 Jusqu'à une période récente, les droits fondamentaux étaient essentiellement d'origine jurisprudentielle. Le juge S. Z. Cheshin avait reconnu l'un de ces droits – le droit à la liberté professionnelle – dès la création de l'État. C'est ainsi qu'il écrivait :

« C'est un grand principe que chaque personne a un droit naturel de s'adonner au travail ou à la profession de son choix, pour autant que ceux-ci ne soient pas interdits par la loi [...] ce droit ne figure pas au recueil des lois, mais il dérive du droit naturel de chaque individu de chercher une source de revenus et de trouver un métier qui le nourrisse... »  
(*affaire Bejerano c. ministre de la Police*, jugée en 1949).

Ces droits fondamentaux forment une sorte de « parapluie normatif, qui recouvre l'ensemble de la législation ». La Cour suprême a supposé, à la lumière du caractère démocratique de l'État, que notre univers normatif recèle ces droits de l'homme et qu'il n'y a pas de vide dans ce domaine<sup>1</sup>. Cependant, il existait toujours un consensus selon lequel la législation de la Knesset peut porter atteinte à ces droits, elle peut les limiter ou même les écarter. Ainsi donc, dans la dogmatique israélienne – semblable à celle de la Grande-Bretagne –, les droits s'ancrent dans

---

1. Le juge Barak renvoie à plusieurs décisions de la Cour suprême, dont la plus importante est l'affaire *Kol Haam c. ministre de l'Intérieur*, jugée en 1953. Dans cette affaire, interprétant la législation mandataire sur la presse, toujours en vigueur, qui autorise le ministre de l'Intérieur à ordonner la fermeture d'un journal qui a publié des nouvelles de nature à troubler l'ordre public, la Cour avait décidé, à la lumière du caractère démocratique de l'État, que l'expression « de nature à... » devait être interprétée comme représentant une véritable certitude et non pas seulement une appréciation discrétionnaire et subjective. La Cour avait d'ailleurs annulé l'ordre de suspension de ce journal communiste [C.K.].

l'interprétation législative. C'est pourquoi, ici, le droit constitutionnel est né du droit administratif. La supériorité du législateur a été comprise comme autorisant la possibilité pour celui-ci d'adopter des lois contraires aux droits de l'homme. Les tentatives visant à faire annuler des lois qui seraient contraires à tel ou tel principe fondamental du système ou à tel ou tel droit fondamental ont échoué. Pourtant, il a été indiqué que des changements dans le consensus social pourraient intervenir<sup>1</sup>. Bien des projets sont discutés, mais, surtout, la Knesset, agissant en vertu de son pouvoir constituant, vient<sup>2</sup> d'adopter deux lois fondamentales nouvelles et de modifier complètement une troisième loi.

La loi fondamentale sur la liberté professionnelle dispose que tout citoyen ou résident est libre de s'adonner à l'activité professionnelle de son choix. On étudiera plus loin la technique de limitation de ce droit.

La loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu dispose quant à elle qu'il ne saurait être porté atteinte à la vie, au corps ou à la dignité de la personne humaine. De même, toute personne est protégée contre l'arrestation, l'emprisonnement ou l'extradition, elle a droit à la protection de son domicile : nul ne peut y pénétrer sans son assentiment. Il ne saurait y avoir de perquisition domiciliaire ou de fouille corporelle (ce qui comprend l'intégrité corporelle et les objets personnels). Il ne saurait être porté atteinte au secret de la correspondance (sous aucune forme). Cependant, des limitations peuvent être valablement introduites : elles seront étudiées plus loin.

Ces deux lois fondamentales représentent une véritable révolution du statut constitutionnel des droits de l'homme en Israël<sup>3</sup>.

La nouvelle loi fondamentale sur le gouvernement renforce elle aussi cette approche, dans la mesure où elle dispose que les ordonnances prises en vertu de l'état d'urgence ne sauraient « porter atteinte à la dignité de l'homme ». Cette révolution transforme radicalement la

1. Il est fait allusion ici à l'arrêt *Laor c. le président de la Knesset* rendu le 1<sup>er</sup> juillet 1989. Dans cette affaire, le juge Barak se référerait notamment à l'affaire connue sous le nom de *Bonham's case* (décidée par le juge anglais Coke en 1610 et dans laquelle celui-ci avançait la proposition suivante : *When an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudicate such Act to be void*). Il se posait la question de l'attitude du juge face à une loi manifestement contraire à un principe fondamental. Il en arrivait à indiquer qu'au cas où la Knesset priverait une minorité du droit de vote ou s'arrogerait des pouvoirs judiciaires, elle serait susceptible de perdre le fondement de sa légitimité dans notre société.

2. L'article a été écrit en juillet 1992 [C.K.].

3. Une autre révolution constitutionnelle est intervenue en même temps : elle concerne l'élection du Premier ministre au suffrage universel ; son étude dépasse le cadre de cet article.

notion des droits de l'homme en Israël : ceux-ci cessent d'être des droits qui ne « figurent pas au recueil des lois », ils jouissent maintenant d'un statut juridique préférentiel. Certes, ces droits continuent également de faire partie de la jurisprudence. Les tribunaux continueront donc d'interpréter les lois de l'État à leur lumière. Toutefois, un profond changement interne est intervenu : leur statut normatif a changé. Désormais, il y a un point d'appui pour décider de la validité de l'ensemble de la législation.

Il s'agit bien d'une révolution : les droits fondamentaux sont désormais statutaires. Mais celle-ci porte davantage sur la valeur normative de ces droits que sur leur contenu. Il serait désormais erroné d'avancer – comme on le faisait autrefois – que l'État d'Israël n'a pas de constitution écrite (formelle et rigide). Ce pays compte maintenant parmi ceux qui possèdent une constitution écrite et rigide dans laquelle les droits fondamentaux sont bien ancrés et jouissent d'un statut normatif supérieur. Une loi ordinaire ne saurait donc, à l'avenir, porter indûment atteinte à la liberté professionnelle, puisqu'il faudra, pour le faire, adopter une loi fondamentale, à la majorité absolue<sup>1</sup>. De même, ainsi qu'on le montrera, une loi ordinaire ne peut plus porter atteinte indûment à la dignité et à la liberté de l'individu. Enfin, les ordonnances prises en vertu de l'état d'urgence, qui peuvent amender toute loi, ne peuvent cependant porter atteinte à la dignité et à la liberté de l'individu. Cette disposition est elle-même protégée, puisqu'une majorité absolue est nécessaire pour la modifier.

---

1. De fait, dès le mois de septembre 1993, la Cour suprême rendait un arrêt extrêmement important, sur la base même de cette loi fondamentale. À la suite de la disparition du monopole gouvernemental d'importation de la viande, elle annulait le refus opposé à une demande d'importation de viande non cachère. La crise prit une telle ampleur que la Knesset adoptait le 9 mars 1994 une nouvelle loi fondamentale sur la liberté professionnelle, remplaçant celle de 1992 que le juge Barak analyse ici. Dans sa nouvelle formulation, la loi fondamentale introduit dans sa clause limitative des éléments tirés du caractère juif et démocratique d'Israël (qui ne figuraient jusque-là que dans la loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu). Une loi peut donc, depuis cette date, valablement interdire l'importation de viande non cachère. Signalons également que le nouvel article 1<sup>er</sup> de la loi fondamentale renvoie désormais aux principes généraux d'égalité et de liberté de la Déclaration d'indépendance de l'État (14 mai 1948), auxquels la Cour avait, jusque-là, dénié toute valeur supra-législative. Une formulation semblable s'applique également à la loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu (elle résulte également d'un amendement du 9 mars 1994) : elle constitue par ailleurs une importante source de friction dans la vie politique du pays, car certains partis ultra-religieux exigent l'abrogation immédiate de ces dispositions, notamment comme prix de leur entrée dans la coalition de M. Rabin qui ne dispose que d'une marge très étroite [C.K.].

*La technique législative choisie : les chapitres successifs*

Si la révolution constitutionnelle est évidente, elle est cependant loin d'être complète. Les lois fondamentales adoptées ne couvrent pas l'ensemble des matières touchant aux droits fondamentaux. De plus, alors que la loi fondamentale sur la liberté professionnelle est rigide (il faut une autre loi fondamentale adoptée à la majorité absolue pour la modifier), la loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu n'a pas été protégée contre la loi ordinaire (mais elle est cependant protégée contre les ordonnances prises en vertu de l'état d'urgence). Enfin, il convient de remarquer que les conditions dans lesquelles il est licite de limiter les droits de l'homme (la clause limitative) sont différentes dans les deux lois fondamentales. On étudiera ces clauses plus loin : il est permis de se demander si cette différence est justifiée. De plus, remarquons aussi que la loi fondamentale sur la liberté professionnelle protège, pour une période de deux ans, toute la législation ordinaire non conforme. A l'inverse, la loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu protège toute la législation contraire adoptée avant son entrée en vigueur. La solution normative est donc très boiteuse. On se rend compte de la méthode adoptée qui est semblable à celle envisagée en 1950 pour l'adoption de la Constitution : celle-ci était prévue en forme de chapitres successifs. Aujourd'hui, il est envisagé d'adopter les lois sur les droits fondamentaux de manière graduelle. Ceux qui tiennent à la législation sur ces droits fondamentaux le regretteront, mais cette technique reste préférable face à l'alternative, c'est-à-dire à l'absence totale de législation. Il me semble que l'on s'engage désormais dans une voie qui mènera inéluctablement à une véritable charte complète des droits. Celle-ci sera supérieure à la loi ordinaire, tout en comportant une clause limitative appropriée ainsi qu'une clause de protection (rigide).

21

*Les trois buts du présent article*

Les nouvelles lois fondamentales constituent sans nul doute une source importante pour la recherche et pour la jurisprudence. Je suis persuadé que ces lois seront de toute première importance pour l'évolution de la société et du système juridique de ce pays. Le droit n'est plus le même après l'entrée en vigueur de ces lois, et les juges – plus particulièrement ceux de la Cour suprême – disposent désormais d'un instrument très puissant qui peut leur permettre de modifier la société israélienne.

Je me propose dans cet article d'avancer quelques idées quant à la compréhension des nouvelles lois fondamentales. Il ne s'agit pas de donner ici un commentaire exhaustif, mais plutôt de suggérer des voies pour

la compréhension de ces lois. Je vise non pas à répondre à des questions, mais bien plus à en poser de manière que ceux qui sont intéressés par ces questions en prennent conscience. Je m'interrogerai d'abord sur la nature des lois fondamentales en général et sur la compétence des juges d'annuler une loi ordinaire non conforme, ainsi que sur les critiques portées sur cette distinction. Ensuite, je passerai à l'étude du statut normatif de la loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu, en particulier compte tenu des problèmes spécifiques que cette loi soulève du fait de l'absence d'une clause de « rigidité » (j'espère d'ailleurs qu'une telle clause y sera ajoutée, ce qui rendrait la discussion superflue). Enfin, j'étudierai les conditions dans lesquelles il est licite de limiter les droits dans ces deux lois.

## 22 LE STATUT DES LOIS FONDAMENTALES ET LA QUESTION DES LOIS ORDINAIRES CONTRAIRES

### *Les lois fondamentales « rigides » et la compétence du juge d'annuler une loi « ordinaire » contraire*

D'après la conception constitutionnelle reçue, une loi fondamentale « rigide » doit être considérée comme ayant un statut normatif spécial. Pour la résolution Harari<sup>1</sup>, une telle loi représente un chapitre de la constitution de l'État. En voici la teneur :

« La Constitution de l'État sera élaborée chapitre par chapitre, de telle sorte que chacun d'entre eux constitue une loi fondamentale par lui-même. Les chapitres seront présentés à la Knesset, au fur et à mesure que la Commission de la Constitution achèvera son œuvre. Les chapitres seront assemblés et formeront la Constitution de l'État. »

Il s'ensuit que lorsque la Knesset adopte une loi fondamentale, elle n'œuvre pas comme législateur de l'État. Elle agit alors en sa capacité constituante. Ce pouvoir lui vient de l'Assemblée constituante<sup>2</sup> qui s'était transformée en première Knesset et qui avait transmis ses pouvoirs à la deuxième Knesset, ainsi qu'à celles qui suivraient. La Knesset a donc deux casquettes : celle du constituant, celle du législateur. Lorsque la Knesset utilise sa casquette constituante, elle produit des lois

---

1. Du nom du député qui, en juin 1950, proposa cette résolution pour mettre fin au débat à la première Knesset qui avait été élue comme constituante [C.K.].

2. Voir Claude Klein, « A new era in Israel's Constitutional Law », *Israel Law Review*, vol. 6, 1971, p. 376.

fondamentales qui ont un statut spécial. Lorsqu'elle utilise sa casquette de législateur, elle produit des lois « ordinaires ». Pourtant, il ne s'ensuit pas – ce qui serait logique – qu'en cas de contradiction entre une loi fondamentale et une loi ordinaire, cette dernière doive être annulée. Cela dépend de la tradition juridique. Il semble bien qu'il n'y ait plus de discussion – en Israël – quant à la supériorité de la constitution – ou bien des lois fondamentales sur la loi ordinaire : cette supériorité conduit à l'annulation d'une loi ordinaire qui serait en contradiction avec une loi fondamentale « rigide ». Après quelques hésitations, on a même admis le pouvoir de la Cour d'établir cette contradiction entre les deux types de normes (c'est là l'essence du contrôle de la constitutionnalité des lois) et cela malgré l'absence de disposition expresse. Il serait d'ailleurs préférable qu'une telle disposition existât et que le constituant se prononçât clairement, évitant par là toute discussion sur la légitimité du contrôle de la constitutionnalité des lois. Cela reviendrait donc à déduire clairement ce contrôle de la constitution elle-même, alors que, dans la situation inverse, il est parfois avancé que la supériorité de la constitution découle du contrôle ! Cependant, l'absence d'une telle mesure ne saurait être interprétée comme constituant une disposition négative. À l'image des États-Unis, de l'Afrique du Sud, la Cour suprême considère les lois fondamentales rigides comme présentant un caractère constitutionnel supérieur – œuvre du constituant – et en déduit la nullité d'une loi ordinaire contraire. Une telle nullité peut être proclamée par tout tribunal, mais la déclaration finale reviendra évidemment à la Cour suprême. Aujourd'hui, il n'y a donc plus de doute quant au fait que les tribunaux sont compétents pour proclamer un telle nullité.

23

### *Loi fondamentale rigide et non rigide*

Dans la mesure où une loi fondamentale est l'œuvre du constituant, celle-ci dispose d'une supériorité normative. Il devrait s'ensuire que dans le cas d'une contradiction entre une loi fondamentale et une loi ordinaire, la première devrait l'emporter (sauf au cas où la loi fondamentale en déciderait elle-même autrement). Pourtant, ce raisonnement n'a pas été accepté par la Cour suprême. La Cour a décidé qu'il fallait distinguer entre les dispositions rigides et celles qui ne le sont pas. La supériorité normative n'a été reconnue qu'aux seules lois fondamentales rigides. Pour celles qui ne le sont pas, il a été jugé que leur statut serait identique à celui des lois « ordinaires ». Il en résulte qu'une loi « ordinaire » postérieure est susceptible de modifier ou d'annuler des dispositions contenues dans une loi fondamentale antérieure, lorsque

celle-ci n'est pas « rigide ». On peut justifier une telle jurisprudence en analysant les dispositions sur la rigidité. En effet, on induit de l'existence des règles de rigidité pour certaines lois fondamentales que le constituant lui-même a voulu en exempter les autres. Ce raisonnement est parfaitement convaincant, mais, cependant, il n'en résulte pas que l'amendement puisse intervenir dans une loi ordinaire et non pas exclusivement dans une loi fondamentale. A ce sujet, il convient de relever la force de l'argumentation du professeur Claude Klein<sup>1</sup>. Selon cet auteur, le statut normatif spécial de la loi fondamentale par rapport à la loi ordinaire n'est pas dépendant de la majorité requise pour la modifier. Il en résulte qu'une loi fondamentale ne saurait être modifiée que par une autre loi fondamentale. Il écrit :

24

« La source de la supériorité n'est pas à rechercher dans l'exigence d'une majorité, mais dans la nature de l'organe qui produit la norme. Il en résulte qu'une loi fondamentale rigide est supérieure à la loi ordinaire, même en l'absence de disposition rigide. Si la Knesset veut amender une telle loi fondamentale, elle ne peut le faire qu'expressément : la règle *lex posterior* ne s'applique qu'entre normes ayant la même valeur normative<sup>2</sup>. »

Selon ce point de vue, une loi fondamentale non rigide ne saurait être amendée – explicitement ou implicitement – que par une autre loi fondamentale. L'absence de rigidité signifie simplement qu'un amendement peut être réalisé à la majorité simple, par la Knesset, en sa capacité constituante. Selon l'opinion du professeur Klein, en l'absence d'une disposition expresse dans la loi fondamentale, une loi ordinaire ne saurait amender une loi fondamentale non rigide, quelle que soit la majorité recueillie par cette loi ordinaire. De plus, même dans l'hypothèse où la loi fondamentale autorise la loi ordinaire à être en contradiction avec elle (en général, il faudra une majorité spéciale), cette contradiction doit être expresse (elle comprendra une formule du genre « nonobstant les dispositions contraires de la loi fondamentale »). Une contradiction implicite est inadmissible : s'il en était autrement, il serait impossible de connaître de façon précise la Constitution de l'État. D'après cette conception, en l'absence de toute habilitation expresse, une loi ordinaire – quelle que soit la majorité à laquelle elle a été obtenue

---

1. Dans son article précité (ainsi que dans plusieurs articles en hébreu).

2. Cette citation provient d'un article en hébreu, « Le pouvoir constituant en Israël », *Mishpatim*, vol. 2, 1969, p. 51.



nue – ne saurait valablement être en contradiction avec un article d’une loi fondamentale non rigide. Cette manière de voir du professeur Klein devrait, à mon sens, être réexaminée. Il me semble que, dans le passé, elle n’a pas eu la considération qu’elle mérite.

### *La nature des lois fondamentales*

Une loi fondamentale (rigide) jouit d’une supériorité normative. Elle peut certainement limiter le législateur, puisqu’elle est l’œuvre du constituant. D’où la question : comment se manifeste une loi fondamentale ? Comment saurons-nous qu’une loi a été légiférée par la Knesset dans sa capacité constituante ? La réponse est loin d’être simple. On peut imaginer, en principe, trois réponses :

– la première avancerait que le critère doit être purement formel. En vertu de ce critère, une loi fondamentale est celle qui est ainsi qualifiée. Il en résulte que la loi du retour de 1950 n’est pas une loi fondamentale<sup>1</sup>. C’est également le cas de la loi sur l’égalité des droits de la femme de 1951 ;

25

– une deuxième réponse s’en tiendrait au contenu : une loi est fondamentale dans la mesure où son contenu le justifie, c’est alors la raison pour laquelle elle est l’œuvre du pouvoir constituant. D’après cette manière de voir, les deux lois susmentionnées seraient bien des lois fondamentales. A l’inverse, de nombreuses dispositions contenues dans les lois qualifiées comme fondamentales n’auraient aucun caractère constitutionnel (du fait de la matière traitée) ;

– une troisième réponse préconise un critère mixte : formel-matériel. Une loi fondamentale jouirait d’une supériorité normative à la double condition d’être qualifiée comme telle *et* dans la mesure où son contenu serait constitutionnel.

L’avantage du critère formel réside dans sa simplicité et sa clarté. Il permet à la fois certitude et sûreté<sup>2</sup>. Son inconvénient se trouve dans son caractère arbitraire. Il permet à la Knesset de qualifier de loi fondamentale toute loi et de lui attribuer ainsi un statut normatif supérieur. L’avantage du critère matériel est à chercher dans la retenue qu’il impose à la Knesset : son inconvénient réside dans l’incertitude qu’il introduit. Le critère mixte combine les avantages et les inconvénients des deux sys-

1. La loi du retour adoptée en 1950 est l’une des lois les plus importantes de l’État d’Israël : en accordant à tout Juif le droit de venir s’installer en Israël, elle exprime l’idéologie sioniste [C.K.].

2. C’est la thèse du professeur Klein dans son article précité.

tèmes. A mon avis, c'est le critère formel qui s'impose. Il n'est pas souhaitable de créer une incertitude quant à l'identification des normes constitutionnelles ; il n'est pas non plus souhaitable de charger le pouvoir judiciaire de cette tâche. Il est à espérer que la Knesset fera un bon usage de cette faculté de créer des lois fondamentales<sup>1</sup>.

## LE STATUT NORMATIF DE LA LOI FONDAMENTALE SUR LA DIGNITÉ ET LA LIBERTÉ DE L'INDIVIDU

De l'adoption de cette loi fondamentale dérive un problème d'interprétation très particulier. En effet, il n'y a pas dans cette loi de disposition de « rigidité » (celle-ci figurait dans le texte initial, mais disparut lors de la deuxième lecture). Par contre, on y trouve une clause limitative, d'après laquelle :

26

« Toute atteinte aux droits définis dans la présente loi fondamentale ne pourra dériver que d'une loi qui est conforme aux valeurs de l'État d'Israël, qui intervient dans un but approprié et dans une mesure qui n'excède pas ce qui est nécessaire » (article 8 de la loi fondamentale)<sup>2</sup>.

Une loi ordinaire qui ne correspondrait pas à ces critères se trouverait donc en contradiction avec la loi fondamentale. Une telle loi sera-t-elle valide ? Si l'on adopte le point de vue suivant lequel une loi fondamentale ne saurait être modifiée que par une autre loi fondamentale, on aura la réponse suivante : une loi contraire serait nulle, même en l'absence de rigidité de la loi fondamentale. Mais, puisque l'opinion communément admise est qu'une loi ordinaire peut modifier une loi fondamentale non rigide, quelle sera la validité d'une telle loi contraire ? Une telle loi peut-elle être contraire à la loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu, malgré les critères limitatifs

---

1. C'est évidemment une tout autre question que celle de savoir jusqu'à quand la Knesset disposera du pouvoir constituant. Est-elle perpétuelle ? Ou bien cette compétence doit-elle disparaître avec l'adoption des premières lois fondamentales et leur assemblage en constitution de l'État ? Les amendements à la constitution sont effectués non par la Knesset comme pouvoir constituant (originaire) mais conformément à la procédure établie par la constitution elle-même (même si, en fin de compte, c'est la Knesset elle-même qui en sera chargée, à charge pour elle de dégager une majorité particulière ou peut-être même à charge d'autres exigences). Dans ce cas, évidemment, le pouvoir de révision dérivera de la constitution elle-même et non du pouvoir originaire qui n'existe plus.

2. Cette disposition est visiblement inspirée de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte canadienne des droits et libertés de 1981. Voir également plus haut la note de la page 20 qui indique un changement intervenu en mars 1994 [C.K.].

édictees par celle-ci ? D'une part, on peut soutenir que l'absence de rigidité (qui n'est nullement due au hasard) entraînerait bien cette conséquence que toute loi ordinaire postérieure, adoptée à quelque majorité que ce soit, peut valablement contredire ladite loi fondamentale. Si la Knesset en sa capacité constituante avait voulu atteindre un objectif différent, il lui suffisait d'introduire une clause de rigidité. D'autre part, cependant, on peut aussi avancer que cette loi fondamentale n'est pas une loi fondamentale ordinaire dépourvue de rigidité, car elle contient une clause limitative. Cette clause s'adresse au législateur ordinaire et l'instruit d'avoir à s'abstenir de légiférer des lois contraires. Cette clause est certainement valide ; autrement, quel sens donner à sa formulation très précise ? Il nous faut donc interpréter cette loi fondamentale en donnant sa pleine validité à la clause limitative. Ces clauses sont, on le sait, de la plus haute importance dans tous les textes sur les droits de l'homme. Cette loi fondamentale doit donc être considérée à un niveau normatif différent de celui des autres lois fondamentales non rigides (cela, selon l'opinion dominante qui place ces dernières au même niveau que les lois ordinaires).

27

Quel est donc le statut d'une telle loi fondamentale du fait de la présence de la clause limitative ? On peut, en principe, avancer deux opinions :

– la première voit dans la clause limitative une manière de clause de rigidité. Il s'agit alors d'une « rigidification » contre les lois ordinaires non conformes. Une loi qui viserait à porter atteinte aux droits définis dans cette loi fondamentale serait nulle, quelle que soit la majorité à laquelle elle aurait été obtenue ;

– une deuxième approche consiste à affirmer que la clause limitative est différente d'une clause de rigidité et que, en l'absence de celle-ci, une loi ordinaire peut être en contradiction avec les droits fondamentaux. Mais, dans cette seconde hypothèse, pour donner un sens à ladite clause, il faut que la loi ordinaire contraire porte expressément la mention « nonobstant » la loi fondamentale. En d'autres termes, cette manière de voir exclut la possibilité de contradictions et d'amendements implicites. Si la Knesset, agissant comme pouvoir législatif, veut porter atteinte à des droits apparaissant dans cette loi fondamentale, elle peut certainement le faire, à la condition de le dire *expressis verbis*, la technique de l'annulation implicite est inapplicable.

Les deux solutions sont possibles. Il faut espérer que la Knesset, agissant comme pouvoir constituant, éclairera ce débat, évitant à la Cour d'avoir à choisir. La solution la plus naturelle consisterait évi-

demment à ajouter une clause de rigidité pour éviter à la Cour d'avoir à trancher.

La première solution porte une force remarquable. La clause limitative devient une véritable clause de rigidité. La différence avec une véritable rigidité est à trouver – selon l'expérience israélienne – dans le débat sur la majorité à atteindre, alors que la clause limitative porte avant tout sur le contenu, quelle que soit la majorité obtenue. La clause limitative fixe un processus législatif qui vise à éviter les atteintes aux droits fondamentaux. Cela aboutit à une manière de clause de rigidité implicite.

## LA CLAUSE LIMITATIVE

### 28 *La nature de la clause limitative*

La présence d'une clause limitative est la grande nouveauté des deux lois fondamentales : celle sur la liberté professionnelle et celle sur la dignité et la liberté de l'individu. Dans la loi fondamentale sur la liberté professionnelle, on lit :

« Aucune limite à cette liberté ne sera valide, si elle n'est l'œuvre d'une loi, adoptée dans un but approprié et pour des motifs d'intérêt général » (article 1<sup>er</sup>).

Dans la loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu, la clause limitative est différente :

« Toute atteinte aux droits définis dans la présente loi fondamentale ne pourra dériver que d'une loi qui est conforme aux valeurs de l'État d'Israël, qui intervient dans un but approprié et dans une mesure qui n'excède pas ce qui est nécessaire » (article 8).

Les « valeurs de l'État d'Israël » ont par ailleurs été définies dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu :

« La présente loi fondamentale a pour but de défendre la dignité de l'individu ainsi que sa liberté, en ancrant les valeurs de l'État d'Israël comme État juif et démocratique dans cette loi fondamentale. »

Il s'ensuit de ces références que tout contrôle de la validité d'une loi requiert trois examens différents.

– le premier consiste à se demander si la loi touche à l'un des droits fondamentaux protégés dans une loi fondamentale. Ainsi peut-on se demander si la filature d'un individu sans son accord constitue une

infraction à la protection de la personne privée ? La loi fondamentale sur la dignité et la liberté couvre-t-elle la liberté d'expression, la liberté contractuelle et la liberté de conscience ? L'égalité est-elle comprise dans la dignité ? Si l'on parvient à une réponse selon laquelle la loi ordinaire ne touche pas à un droit couvert par la loi fondamentale, l'examen s'arrête là. Si, au contraire, la réponse est positive, on passera au stade suivant ;

– le deuxième examen consiste à se demander si la loi ordinaire est conforme à la clause limitative. Les droits fondamentaux dans les deux lois fondamentales ne sont pas absolus, mais relatifs. C'est la raison pour laquelle il est, de fait, erroné de parler d'atteinte aux droits par une loi conforme puisque, dès l'abord, ces droits sont définis comme relatifs, la clause limitative servant d'aune. Certes, nous devons distinguer entre l'étendue des droits et leur degré de protection. L'étendue d'un droit est déterminée par la conception sociale quant à ces droits. Ainsi, on peut dire que la liberté d'expression comporte également la liberté d'une expression raciste. La protection qui est donnée à un droit est fournie par l'équilibre approprié entre les droits de l'homme et l'intérêt général. On pourra ainsi affirmer que l'expression raciste n'est pas protégée dans une société donnée à un moment donné. La clause limitative joue un rôle majeur dans la détermination de cet équilibre ;

29

– il faut alors passer à un troisième examen, puisqu'il faut enfin juger de la validité de la loi contraire. Si la loi fondamentale était rigide, cela même emporterait la décision. Ainsi, le mode de scrutin figure en Israël dans une disposition rigide : si une loi ordinaire prétend y porter atteinte, il faudra examiner la majorité obtenue pour cette loi. Si, au contraire, la loi fondamentale n'était pas rigide, la réponse dépendra de la position de principe quant à la valeur des lois fondamentales non rigides.

### *L'importance de la clause limitative*

Elle est indispensable dans toute législation sur les droits de l'homme, dans la mesure où elle détermine l'étendue de la protection de ces droits. Elle défend les droits et les limite en même temps. Si de telles clauses n'existaient pas, on aurait malgré tout dû limiter les droits, car ceux-ci ne peuvent être que relatifs. Cette formulation aurait alors été d'origine jurisprudentielle. Le juge aurait alors été chargé de définir un équilibre entre des valeurs constitutionnelles contradictoires. La clause limitative peut apparaître comme une clause interprétative établie par le pouvoir constituant lui-même.

Cette clause n'est d'ailleurs pas la seule qui existe. Les clauses jurisprudentielles continuent d'exister : notamment dans les cas où la clause qui figure dans la loi ne s'applique pas. Ce serait, par exemple, le cas dans l'hypothèse d'une contradiction entre des droits définis dans la loi fondamentale sur la liberté professionnelle et ceux qui sont définis dans la loi fondamentale sur la dignité et la liberté. Quel sera le critère d'interprétation à utiliser ? On peut même imaginer des contradictions entre des principes apparaissant dans des articles différents d'une même loi. Bien des situations sont possibles : ainsi si A a passé un accord avec B, au terme duquel il ne quittera pas le territoire national aussi longtemps qu'il n'aura pas réglé sa dette. Un tel accord est-il valide à la lumière de la loi sur la dignité et la liberté ? La réponse ne peut se trouver exclusivement dans la clause limitative : il y aura lieu de chercher la réponse dans des principes jurisprudentiels. Il faudra faire appel à des principes tirés du droit constitutionnel et du droit privé (ainsi que des rapports entre eux). Ainsi dans les relations entre débiteur et créancier, au cas où le débiteur se serait engagé à ne pas disposer de ses biens (jusqu'au règlement de la dette), on peut soutenir qu'un tel engagement est contraire à l'ordre public. On peut imaginer un nouveau terrain constitutionnel privé, inconnu jusque-là en Israël.

### *La clause limitative dans la loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu*

C'est dans cette loi fondamentale que se trouve la clause la plus large. Examinons-en les différents éléments<sup>1</sup>.

a) *Le premier élément* : l'atteinte ne peut se faire que par la loi. Contrairement à l'interprétation canadienne ou à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, le concept de loi ici ne s'étend qu'à la loi parlementaire (et non, par exemple, à la Common Law...). La question reste cependant posée (en Israël) quant au point de savoir si la jurisprudence peut être englobée (ce que l'on appelle ici « la Common Law à l'israélienne »).

---

1. La clause limitative dans cette loi ressemble beaucoup à celle contenue dans la Charte canadienne des droits et libertés ainsi que dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 29-2) ou encore dans la Convention européenne des droits de l'homme. Il convient donc de prêter attention à la jurisprudence et à la littérature juridique intervenues à ce sujet.

b) *Le deuxième et le troisième élément* (« conformité aux valeurs de l'État d'Israël » et « but approprié »). Bien que la clause limitative distingue entre ces deux éléments, il me semble, quant à moi, qu'ils sont liés. Si une loi n'est pas en conformité avec les valeurs de l'État, peut-on encore imaginer qu'elle soit intervenue dans un but approprié ? La jurisprudence éclairera ces points dans le futur.

La mise en œuvre de ces critères requiert deux examens. Le premier touche au but, le second aux valeurs de l'État (tout au moins celles qui sont « pertinentes »). On peut prévoir des problèmes d'interprétation assez graves. Mais, de fait, il n'y a là rien de neuf : déjà, dans le passé, nous avons eu l'occasion de nous pencher sur de telles questions dans un cadre purement interprétatif, alors que maintenant il s'agira de décider de la validité d'une loi. Une telle entreprise devra se faire avec la plus grande prudence.

31

Comment pourra-t-on déterminer le « but approprié » ? On pourra continuer une pratique ancienne. Il faudra examiner la lettre de la loi, son histoire législative. Il faudra faire jouer plusieurs présomptions (notamment celle selon laquelle la loi n'a pas pour but de porter atteinte aux principes de base du système). Cependant, à l'évidence, ces présomptions peuvent être renversées. Toute la question revenant à demander quand la Cour sera amenée à le faire.

Le juge devra se demander à quel degré d'abstraction il se prononcera pour décider du but « approprié » ? En effet, si ce degré reste très élevé, il est susceptible de correspondre davantage aux valeurs du système. Je prends un exemple canadien qui illustre cette difficulté<sup>1</sup>. Une loi avait stipulé que seul un citoyen canadien pouvait agir comme avocat en Colombie britannique. La Cour suprême du Canada a jugé, à l'unanimité, que cette loi violait le principe d'égalité. La question posée était celle de savoir si cette loi violait la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés, selon laquelle « la Charte [...] garantit les droits et libertés [...] dans les seules limites prescrites par la loi ainsi qu'il peut être justifié dans une société libre et démocratique ». Il fallait donc examiner le but de la loi en question. Une abstraction simple amenait à conclure que le but de la loi était d'empêcher un étranger d'agir comme avocat. Un degré supérieur d'abstraction mène à dire que l'on ne voulait autoriser que les personnes qui connaissent bien la société canadienne. Là-dessus les juges canadiens étaient divisés. Une

1. Voir l'affaire *Andrews c. Law Society (British Columbia)* (1989), 1 SCR 143, ainsi que *Irvin Tov. Ltée c. Québec (procureur général)* (1989), 1 SCR 927.

analyse approfondie de cet arrêt montre que les différents juges se sont arrêtés à des niveaux d'abstraction différents.

Quelles sont les « valeurs de l'État d'Israël » dont il est question ici et qui nous intéressent pour cette loi fondamentale ? On a vu que, dans le passé, cette analyse a été faite par la Cour pour l'interprétation de certaines lois<sup>1</sup>. Dans le passé, cette tâche difficile revenait aux seuls juges ; désormais, les choses ont changé. C'est la Knesset, agissant comme pouvoir constituant, qui a désigné deux des valeurs fondamentales de l'État d'Israël (dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi fondamentale sur la dignité et la liberté de l'individu). Les valeurs de l'État doivent désormais être définies par rapport à ces deux éléments : l'État est juif et démocratique.

Il existe une jurisprudence abondante sur ces questions. Depuis l'affaire *Kol Haam* précitée, la Cour avait fait dériver les droits de l'homme du caractère démocratique de l'État. De plus, le caractère démocratique comprend également l'ordre public, la tranquillité publique, le règne de la loi (*rule of law*), la sécurité et l'existence même de la nation. Ce caractère démocratique s'étend aussi à la règle de la majorité. Il s'agit, on le voit, d'un concept complexe qui comprend bien des éléments. C'est la recherche de l'équilibre entre ces différents éléments qui cristallise les valeurs de l'État démocratique. Le poids respectif qu'il faudra donner à chacun de ces éléments n'est pas déterminé par la loi fondamentale elle-même : ce sera au juge de trancher dans chaque cas.

Les questions qui ont trait à « l'État juif » sont bien plus difficiles. Comment définir le rapport entre les expressions « État juif » et « État démocratique » ? Peut-on définir des valeurs fondamentales qui découlent du caractère juif de l'État d'Israël et qui ne découleraient pas de son caractère démocratique ? Peut-on envisager une contradiction entre le caractère juif et le caractère démocratique de l'État ? Ces questions seront, sans nul doute, traitées par la jurisprudence dans l'avenir. A mon avis, l'expression « juif et démocratique » ne renferme nulle contradiction, mais deux éléments qui se complètent et sont en parfaite harmonie. Le contenu de l'expression « État juif » sera déterminé par le degré d'abstraction qui lui sera donné. Je pense qu'il faut donner à cette

---

1. En particulier à propos du problème très grave de l'interdiction prononcée à l'endroit de certaines listes de participer aux élections. D'après l'article 7a de la loi fondamentale sur la Knesset, une liste peut être écartée dans l'hypothèse où « elle nie l'existence de l'État d'Israël comme État juif » ou encore si « elle nie le caractère démocratique de l'État ». Sur ces points, voir Claude Klein, « Le syndrome de Weimar : version israélienne », *Le Genre humain*, n° 26, 1992, p. 181, et surtout l'article de Raphaël Cohen-Almagor dans ce même numéro [C.K.].



expression une signification qui atteigne un haut degré d'abstraction, de manière à parvenir à ce qui unit véritablement l'ensemble de la société. Le degré d'abstraction doit être d'un tel niveau qu'il puisse se concilier avec le caractère démocratique de l'État. De fait, si l'État est juif, ce n'est pas au sens halakhique-religieux<sup>1</sup>, mais en tant que tous les Juifs ont le droit de venir s'installer en Israël, que leur expérience nationale est celle de l'État : cela s'exprime entre autres par la langue, les jours de fête et de repos, par le fait que les valeurs fondamentales du judaïsme sont celles de l'État. Je fais allusion aux valeurs d'amour de l'homme, de la sainteté de la vie, de la justice sociale, de la recherche d'actions bonnes et droites, du respect de la dignité de l'homme, de la règle de droit qui s'impose aussi au législateur, toutes valeurs que le judaïsme a données au monde entier. La référence à ces valeurs doit se faire par rapport à leur valeur universelle correspondant à la nature démocratique de l'État, c'est pourquoi il ne faut pas confondre les valeurs de l'État d'Israël avec le droit hébraïque. N'oublions pas non plus qu'Israël abrite une minorité non juive importante. Il faut donc considérer que les valeurs de l'État comme État juif sont les mêmes que les valeurs universelles qui sont communes aux habitants d'une société démocratique et qui se sont développées à partir de la tradition et de l'histoire juives. Les valeurs démocratiques leur sont proches. C'est du rapprochement et de la conciliation de ces deux éléments que se forgeront les valeurs de l'État d'Israël<sup>2</sup>.

33

Après que le juge aura déterminé son point de vue quant au but approprié de la loi qui porte atteinte à un droit d'une part et aux valeurs de l'État d'autre part, il devra procéder à une comparaison. Il devra dire si le but de cette loi est compatible avec les valeurs de l'État. Il ne s'agit pas d'une simple comparaison technique. Il lui faudra faire montre de sensibilité et de compréhension. Il s'agit là de la mise en œuvre de la discrétion judiciaire qui sera au centre même de l'activité judiciaire future.

c) *Le quatrième élément* : l'atteinte aux droits ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire.

Ce principe de proportionnalité risque, plus tard, de devenir le plus important. On le voit bien récemment dans les derniers développements

---

1. Le concept de *Halakha* désigne l'ensemble du droit religieux juif, appelé également droit hébraïque [C.K.].

2. Ces remarques du juge Barak se trouvent renforcées, deux ans plus tard, par l'ajout de mars 1994 qui se réfère à l'esprit des principes de la Déclaration d'indépendance [C.K.].

du droit administratif. Le juge devra se demander si le but approprié est assez important qu'il puisse justifier l'atteinte aux droits. Les moyens employés l'ont-ils été *bona fide* ? Le lien avec le but est-il bien rationnel ? Quels sont les moyens alternatifs que l'on peut imaginer, qui constitueraient une atteinte moindre aux droits ? On se demandera donc s'il faut utiliser le critère de la *reasonableness*<sup>1</sup>. Certes, il faudra prêter attention à ce que le juge ne prenne pas la place du législateur. Si un certain résultat peut être atteint par divers moyens et que celui qui a été choisi par le législateur porte une atteinte plus grande aux droits fondamentaux qu'un autre moyen, la loi devra être annulée. Si, au contraire, l'atteinte aux droits est équivalente dans toutes les voies possibles, le juge devra décider que le principe de la proportionnalité requis a été respecté : ce sera alors au législateur de choisir.

34

### *La clause limitative dans la loi fondamentale sur la liberté professionnelle*

On se rappelle la clause dans cette loi : « Toute atteinte à ce droit ne saurait provenir que d'une loi prise dans un but approprié et pour des motifs d'intérêt général. »

De fait, malgré les différences, les deux clauses limitatives ont un noyau commun. En premier lieu, dans les deux cas la limitation doit apparaître dans une loi. Le but doit être « approprié ». Comme je l'ai indiqué, on peut englober dans le but approprié les valeurs de l'État d'Israël, ainsi que les motifs d'« intérêt général ». Dans la loi fondamentale sur la liberté professionnelle manque le critère « dans la mesure de ce qui est nécessaire ». Cette différence pose un problème qui n'est pas simple. Cet élément doit-il être considéré comme requis, même s'il n'est pas spécifiquement indiqué ? Il est à souhaiter que cette différence entre les deux clauses disparaisse. Aussi longtemps que cela ne sera pas effectué par la Knesset agissant en vertu de son pouvoir constituant, le juge aura à trancher. Dans la mesure où il faut rechercher l'unité constitutionnelle, je penche pour une solution qui englobe la proportionnalité, par l'intermédiaire notamment du principe de l'intérêt général. Il reste cependant quelques doutes que le législateur devra résoudre.

---

1. Il s'agit d'un critère très utilisé en Israël (et en Grande-Bretagne) qui permet au juge d'examiner le caractère raisonnable de la décision. On n'est plus très loin du contrôle de l'opportunité [C.K.].

## CONCLUSION

On discute encore de la nécessité d'une charte écrite des droits. Pour l'heure, le constituant a tranché en adoptant les deux lois fondamentales examinées. Le juge, qui disposait jusqu'à présent d'un armement conventionnel pour traiter des droits fondamentaux, dispose maintenant d'un armement non conventionnel qui permet l'annulation de lois dans certaines conditions. La Knesset exprime ainsi une très grande confiance à l'égard des juges. Je suis persuadé que les juges sauront s'en montrer dignes. Ils utiliseront ce nouveau pouvoir avec sagesse et discernement, conscients de la grande responsabilité qui leur revient. L'annulation d'une loi, adoptée par les représentants du peuple, n'est jamais une mince affaire. Il y a toujours présomption de constitutionnalité. Pourtant, il est des cas où le juge n'aura pas le choix. Il lui faudra annuler une loi qui porte atteinte à des droits : n'est-ce pas là le but même des clauses de rigidité et des clauses limitatives ? Dans ces hypothèses, le juge accomplit une tâche qui s'inscrit dans le contexte démocratique, puisqu'il s'agit de faire respecter les principes de base de la société et de la nation. Le juge fait respecter la démocratie au sens le plus noble du terme, telle qu'elle s'est exprimée par la majorité constituante.

35

La tâche du juge est bien difficile, au moment même où l'État lutte pour sa survie, la nation pour son identité et le régime pour sa nature. Ce sont des conditions idéales pour la radicalisation, c'est-à-dire pour des atteintes aux principes fondamentaux : d'où l'importance de la nouvelle législation. A partir de maintenant, le juge ne pourra pas seulement interpréter la loi, il pourra aussi l'annuler. Le peuple a donné à ses juges un instrument d'une exceptionnelle puissance. Nous remplirons notre mission.

## R É S U M É

*L'adoption des deux lois fondamentales portant sur la dignité et la liberté de l'individu et sur la liberté professionnelle a fait entrer Israël dans une nouvelle ère constitutionnelle. Désormais, certains principes fondamentaux ont acquis une valeur normative supérieure à la loi ordinaire : ils permettront au juge d'effectuer un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois. On soulignera en particulier le délicat travail d'harmonisation que le juge sera appelé à réaliser, notamment lorsqu'il s'agit de principes qui peuvent apparaître antagonistes.*