

---

# Comment faire disparaître une Cour suprême en quatre étapes ?

## Étude comparée des récentes évolutions constitutionnelles en Israël

---

Fannie Duverger

Doctorante en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et à l'Université de Montréal  
ATER à l'Université de Bordeaux

« Le rôle du magistrat en démocratie consiste à protéger la constitution et la démocratie elle-même. [...] Si nous souhaitons sauvegarder la démocratie, nous ne pouvons voir son existence comme un fait acquis. Nous devons lutter pour la conserver. C'est certainement le cas des démocraties nouvelles, mais ceci est également vrai pour les démocraties anciennes et bien établies. L'hypothèse selon laquelle "cela ne peut nous arriver" n'est plus acceptable. Tout peut arriver. Si la démocratie a été pervertie et détruite dans l'Allemagne de Kant, de Beethoven et de Goethe, cela peut se produire n'importe où. Si nous ne protégeons pas la démocratie, elle ne nous protégera pas non plus »<sup>1</sup>.

Par ces termes, le professeur Aharon Barak, président de la Cour suprême d'Israël entre 1995 et 2006, présente sa conception du rôle des juges dans une démocratie, et particulièrement du rôle de la plus haute juridiction judiciaire d'Israël : la Cour suprême. Si le contrôle de constitutionnalité des lois existe aujourd'hui dans cet État de la Méditerranée, l'instauration de celui-ci ne semblait pas une mince affaire.

Sous mandat britannique, le territoire de la Palestine fait l'objet d'une résolution de l'Organisation des Nations unies en 1947. L'État d'Israël est proclamé le 14 mai 1948, il y a 75 ans. La guerre qui suit retarde l'élection de l'assemblée constituante jusqu'en 1949, qui prend alors le nom de « première Knesset »<sup>2</sup>. Bien que la première Knesset soit élue pour adopter une Constitution, le projet rencontre l'opposition des religieux qui ne s'accordent pas sur l'équilibre entre État et religion. Un compromis est trouvé avec la résolution *Harari* du 13 juin 1950, qui charge la Knesset d'adopter la Constitution chapitre par chapitre.

Depuis lors, onze lois fondamentales ont été adoptées, lesquelles constituent une Constitution « à la fois écrite, mais lacunaire, rigide, mais d'une souplesse excessive, supra-législative, mais élaborée par l'organe législatif »<sup>3</sup>. En effet, leur élaboration ne diffère pas des lois ordinaires, puisqu'elles sont toutes deux adoptées à la majorité simple des votants présents. Leur supériorité sur les lois ordinaires tient donc à ce que les lois fondamentales,

---

<sup>1</sup> A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, vol. 66, n° 2, 2006, p. 227-302, spé. p. 237.

<sup>2</sup> « Knesset » signifie « se mettre ensemble, s'assembler [...] du nom « Knesset HaGuedolah » donné à l'assemblée des Rabbins de 410 à 310 avant l'ère commune ». Voir, M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel ; étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2019, p. 55.

<sup>3</sup> A. JUSSIAUME, « La Cour suprême et la Constitution en Israël : Entre activisme et prudence judiciaire », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, p. 1-32, spé. p. 1.

les « *basic laws* », sont adoptées par la Knesset réunie en assemblée constituante<sup>4</sup>. En outre, certaines lois fondamentales à « rigidité renforcée » ne sont modifiables qu'à une majorité de 61 voix, voire pour certaines de 80 voix, sur les 120 membres de la Knesset. C'est le cas pour l'article 4 la loi fondamentale sur la Knesset relative aux élections du Parlement au scrutin proportionnel, protégé par la nécessité d'obtenir soixante et une voix pour tout amendement<sup>5</sup>. De même, les lois fondamentales sur le gouvernement et sur la liberté professionnelle requièrent une majorité qualifiée<sup>6</sup>. En raison de la simplicité du processus d'adoption et de la dispersion des textes fondamentaux, le rôle de la Cour suprême est d'autant plus important pour assurer l'effectivité de la supériorité des lois fondamentales sur les lois ordinaires : elle donne ainsi une cohérence à l'ensemble de l'ordonnement juridique israélien.

Dès lors, à partir des années 1980, s'observe « un accroissement notable de l'activisme des juges israéliens »<sup>7</sup>. Selon la même logique que l'arrêt *Marbury V. Madison* de la Cour suprême des États-Unis, par l'arrêt du 9 novembre 1995 *United Mizrahi Bank*, la Cour israélienne place les lois fondamentales au sommet de la hiérarchie des normes et s'attribue la compétence pour exercer le contrôle de constitutionnalité des lois<sup>8</sup>. Ainsi, les juges considèrent que les lois fondamentales sur la dignité et la liberté de l'homme et sur la liberté professionnelle « limitent le pouvoir de la Knesset, même lorsqu'elles peuvent être modifiées à la majorité simple, et qu'Israël possède une Constitution en bonne et due forme »<sup>9</sup>. Cet arrêt suscite pourtant l'opposition des partis religieux, dans la mesure où il entraîne la soumission du droit religieux, qui concerne essentiellement le statut personnel, aux lois fondamentales<sup>10</sup>.

À la fin de l'année 2022, la tension entre pouvoir religieux et exigences démocratiques ressurgit d'une nouvelle manière. En novembre, le Likoud, parti politique présidé par Benjamin Nétanyahou, et ses alliés d'extrême droite remportent la majorité à la Knesset. Le président Isaac Herzog désigne ce dernier pour former un gouvernement, lequel est investi par le Parlement le 29 décembre. Ce gouvernement est considéré comme le plus à droite depuis 1948, en raison de sa composition de membres de l'extrême droite et de religieux ultraorthodoxes. Ce tournant politique s'insère dans un contexte où Benjamin Nétanyahou

---

<sup>4</sup> Voir, Site officiel de la Knesset, « Basic Laws », 2023, en ligne : <https://main.knesset.gov.il/EN/activity/Pages/BasicLaws.aspx> (consulté le 09.05.2023). De la même façon, le professeur Guillaume Tusseau précise : « la question de la prévalence de ces lois fondamentales sur les lois ordinaires ne reçoit pas de réponse évidente ». Voir, G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2021, p. 238.

<sup>5</sup> C'est aussi le cas pour les articles 44 et 45 de la Loi fondamentale sur la Knesset qui empêchent la modification de la loi par le biais du règlement d'urgence et ne peuvent, dès lors, qu'être modifiés à une majorité de 80 voix. Voir, Loi fondamentale sur la Knesset, 1958, art. 45 : « Article 44, or this article, may not be changed, save by a majority of eighty Members of the Knesset ».

<sup>6</sup> Soit 61 voix sur 120. Voir, par exemple, la Loi fondamentale sur le Gouvernement, 2001, art. 44 : « This Basic Law cannot be changed save by a majority of the Knesset Members. The majority required on the basis of this clause will be required for the decisions of the Knesset Plenum in first reading, second reading, and third reading. For the purpose of this article "change" - whether explicit or implicit ».

<sup>7</sup> M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel ; étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2019, p. 116.

<sup>8</sup> G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel, op. cit.*, p. 614.

<sup>9</sup> Suzie NAVOT, « La Cour suprême israélienne et le contrôle de constitutionnalité des lois », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 35, n° 2, 2012, p. 243-254, spé. p. 245

<sup>10</sup> S. PIERRE-CAPS, *Droits constitutionnels étrangers*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Quadrige manuels », 2015, p. 169.

fait l'objet de poursuites pénales pour corruption, auxquelles il semble vouloir échapper en nouant de nouvelles alliances politiques. Dans ce contexte, en décembre 2022, les députés adoptent un amendement à la loi fondamentale sur le gouvernement, la loi *Déri*, autorisant une personne reconnue coupable de crime, mais non condamnée à de la prison ferme, à entrer au gouvernement<sup>11</sup>. La Cour suprême, compétente pour le contrôle des lois fondamentales à la Constitution n'invalide pas cet amendement<sup>12</sup>. Pourtant, en janvier 2023, la Cour suprême censure la nomination du ministre de l'Intérieur et de la Santé, Aryeh Deri, en raison de ses condamnations en 2021 pour corruption et fraude fiscale sur le fondement que cette nomination nuit « à l'image et à la réputation du système judiciaire du pays et contredisait les principes de conduite éthique et de légalité »<sup>13</sup>. Selon les juges, cette nomination paraît donc « déraisonnable à l'extrême »<sup>14</sup>.

Concomitamment, le nouveau ministre de la Justice, Yariv Levin, présente à la Knesset son projet pour réformer le système judiciaire. Ce projet remonte aux années 2010, lorsque le gouvernement avait déjà tenté de faire adopter une « clause de contournement » de la jurisprudence de la Cour suprême<sup>15</sup>. À cette époque, l'amendement n'avait pas été adopté, car le gouvernement n'avait pas de majorité suffisante. Aujourd'hui, la situation est différente, car le parti de coalition majoritaire dispose de 64 sièges sur les 120 membres de la Knesset. La réforme actuelle se présente sous la forme d'un amendement à la loi fondamentale sur le système judiciaire de 1984, elle ne nécessite donc qu'une majorité simple. Sans difficulté, la coalition a fait voter ce texte en première lecture le 22 février. Cependant, de nombreuses manifestations dans tout le pays ont conduit à la suspension du processus législatif le 27 mars<sup>16</sup>.

À ce titre, les principales mesures prises par le Gouvernement pour limiter les compétences de la Cour suprême sont dénoncées comme des mesures illibérales visant à renforcer la concentration du pouvoir au profit de l'exécutif. Parfois confondues avec le terme de démocrature, les démocraties illibérales désignent ce « mouvement par lequel une démocratie se transforme progressivement à travers ses caractéristiques identitaires en un

---

<sup>11</sup> Il fallait 61 voix sur les 120 députés pour que cet amendement à la loi fondamentale soit adopté. Son application a été immédiate.

<sup>12</sup> « La coalition a deux jours pour expliquer l'amendement d'une Loi fondamentale pour Deri », *The Times of Israël*, le 27 décembre 2022, en ligne : <https://fr.timesofisrael.com/la-coalition-a-deux-jours-pour-expliquer-lamendement-dune-loi-fondamentale-pour-deri/> (consulté le 09.05.2023).

<sup>13</sup> « En Israël, la Cour suprême invalide la nomination d'un ministre ultraorthodoxe », *Courrier International*, Le 18 janvier 2023, en ligne : <https://www.courrierinternational.com/article/justice-en-israel-la-cour-supreme-invalide-la-nomination-d-un-ministre-ultraorthodoxe> consulté le 09.05.2023). En effet, les juges suprêmes sont compétents pour contrôler la nomination des ministres.

<sup>14</sup> J. SHARON, « La loi permettant le retour au cabinet de Deri adoptée en première lecture », *The Times of Israël*, le 21 mars 2023, en ligne : <https://fr.timesofisrael.com/la-loi-permettant-le-retour-au-cabinet-de-deri-adoptee-en-premiere-lecture/> (consulté le 09.05.2023).

<sup>15</sup> C. DELOY, « Israël, la démocratie fracturée. Entretien avec Samy Cohen », *Sciences Po*, 2023, <https://www.sciencespo.fr/ceci/fr/content/israel-la-democratie-fracturee-entretien-avec-samy-cohen> (consulté le 09.05.2023).

<sup>16</sup> J. TIROLE, « Israël : la tentation illibérale de Netanyahu risque de peser sur l'économie du pays », *Challenges*, 11 avril 2023, en ligne : [https://www.challenges.fr/idees/israel-la-tentation-illiberale-de-netanyahu-risque-de-peser-sur-leconomie-du-pays\\_851448](https://www.challenges.fr/idees/israel-la-tentation-illiberale-de-netanyahu-risque-de-peser-sur-leconomie-du-pays_851448) (consulté le 09.05.2023).

régime autoritaire, tout en conservant son apparence initiale »<sup>17</sup>. Les démocraties illibérales semblent reposer sur deux critères particuliers : « l'origine électorale du gouvernement et l'exercice autoritaire du pouvoir au moyen d'un État de droit – formel et matériel – plus ou moins sophistiqué »<sup>18</sup>. À ce titre, par opposition au libéralisme politique, l'exercice autoritaire du pouvoir renvoie particulièrement à sa concentration aux mains d'un seul pouvoir, principalement au profit de l'exécutif<sup>19</sup>. En se fondant sur les principales sources doctrinales, cette définition recouvre notamment la Pologne de Jarosław Kaczyński, la Hongrie de Viktor Orbán, la Turquie de Recep Erdoğan ou le Brésil de Jair Bolsonaro<sup>20</sup>.

Malgré l'éventail plutôt large des régimes concentrant le pouvoir aux mains de l'exécutif, « ce n'est qu'en Hongrie et en Pologne que les populistes ont osé remodeler le régime démocratique »<sup>21</sup>. À ce titre, les juridictions exerçant le contrôle de constitutionnalité, en Hongrie et en Pologne, servent de *tertium comparationis*<sup>22</sup>, autrement dit de référent, pour analyser de façon comparative comment les mesures illibérales visant à faire « disparaître une cour suprême » peuvent être mises en œuvre. Certes, le terme d'illibéralisme relève du discours et de la rhétorique visant à critiquer la concentration du pouvoir<sup>23</sup>. Pour autant, les débats sur l'usage des termes ne doivent pas empêcher l'étude de ces mesures cherchant à encadrer les pouvoirs de la Cour suprême tout en élargissant les compétences de l'exécutif. L'illibéralisme constitue alors une des grilles de lecture pertinentes pour donner du sens et une trajectoire à des mesures distinctes, mais destinées à un même objectif. Dès lors, les mesures illibérales s'orchestrent autour de quatre grandes étapes, la plupart du temps concomitantes, lesquelles se retrouvent d'ailleurs dans d'autres régimes évoluant vers

---

<sup>17</sup> X. PHILIPPE, « La légitimation constitutionnelle des démocraties », *Pouvoirs*, vol. 169, n° 2, 2019, p. 33-45, spé. p. 33.

<sup>18</sup> P. RRABI, « Les non-dits de l'expression "démocratie illibérale" », dans V. BARBE, B.-L. COMBRADE, et C.-É. SENAC, *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruylant, 2023, p. 33-44, spé. p. 35.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>20</sup> En croisant les régimes communément cités dans l'ouvrage *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, publié en 2023 et les régimes cités dans les articles de la revue *Pouvoirs*. Voir, V. BARBE, B.-L. COMBRADE, et C.-É. SENAC, *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2023. Voir aussi, N. BAVEREZ et al., « Les démocraties », *Pouvoirs*, vol. 169, n° 2, 2019. Une recension plus large est donnée par Fareed Zakaria en 1997, puisque « parmi les pays qui se trouvent à mi-chemin entre la dictature avérée et la démocratie consolidée, [...] la moitié des pays en voie de démocratisation dans le monde sont aujourd'hui des démocraties illibérales ». Voir, F. ZAKARIA, « The rise of illiberal democracy », *Foreign Affairs*, vol. LXXVI, n° 6, 1997, p. 22-43, spé. p. 23.

<sup>21</sup> P. TACIK, « Le populisme au pouvoir : stratégies (anti)constitutionnelles », dans N. HAUPAIS, T. POUTHIER, P. SZWEDO et W. ZAGORSKI, *Le constitutionnalisme face au populisme en Europe centrale*, Paris, Institut Louis Joinet, 2021, p. 65-80, spé. p. 65.

<sup>22</sup> Le professeur Ralf Michaels explique : « la fonction elle-même sert de *tertium comparationis*. Les institutions, tant juridiques que non juridiques, même celles qui sont doctrinalement différentes, sont comparables si elles sont fonctionnellement équivalentes, si elles remplissent des fonctions similaires dans des systèmes juridiques différents ». Le *tertium comparationis* désigne la qualité que deux choses comparées ont en commun. Voir, R. MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law » dans M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford Handbooks Online, 2006, p. 340-373, spé. p. 342. Source non traduite : « function itself serves as *tertium comparationis*. Institutions, both legal and non-legal, even doctrinally different ones, are comparable if they are functionally equivalent, if they fulfill similar functions in different legal systems ».

<sup>23</sup> A.-M. LE POURHIET, « Démocratie illibérale : un oxymore à déconstruire », dans V. BARBE, B.-L. COMBRADE, et C.-É. SENAC, *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 17-31, spé. p. 29 : « le terme démocratie illibérale n'est donc pas une catégorie juridique opérationnelle, mais plutôt une étiquette idéologique, décevante, car incohérente ».

l'illibéralisme. Il s'agit d'en identifier les ressorts et d'analyser, à l'aide du droit comparé, les risques potentiels de la « disparition » de la Cour suprême israélienne. Ainsi, les récentes évolutions constitutionnelles en Israël visant à réduire l'importance de la Cour suprême relèvent à la fois de modifications procédurales (I) et d'un changement de discours sur le droit (II).

## I. Les voies procédurales de la disparition d'une cour suprême

Les voies procédurales de la disparition d'une cour suprême s'organisent autour de deux étapes, à savoir, la diminution de ses pouvoirs et domaines de compétences (A) et le contrôle de sa composition (B).

### A. Étape 1 : réduire progressivement ses pouvoirs

De nombreuses mesures illibérales permettent de limiter les compétences des juges suprêmes. L'une d'entre elles concerne la possibilité de renforcer les conditions nécessaires à la saisine afin que le contrôle de constitutionnalité soit plus difficilement mis en œuvre<sup>24</sup>. C'est d'ailleurs ce que fit le Premier ministre de la Hongrie, en 2010, lorsqu'il entama une profonde révision de la Constitution, d'ailleurs revendiquée par Viktor Orban comme illibérale<sup>25</sup>. Ainsi, par la loi de révision constitutionnelle du 19 novembre 2010, l'article 32/A de la Constitution hongroise de 1989 a été modifié pour limiter le contrôle de constitutionnalité des lois relatives aux finances publiques et autres lois fiscales « aux seuls cas où le moyen au fondement de la saisine consiste en une violation du droit à la vie ou à la dignité humaine, du droit à la protection des données personnelles, du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ou encore des droits directement liés à la citoyenneté hongroise »<sup>26</sup>. Cette limitation des cas de saisine peut aussi se concrétiser par une réduction temporelle consistant, par exemple, à interdire au juge de contrôler la constitutionnalité des lois en période d'élection, au motif que leurs jugements influeraient sur la campagne. Dans le même ordre d'idées, concernant le contrôle de constitutionnalité proprement dit, il est possible de limiter les actes

---

<sup>24</sup> X. PHILIPPE, « La légitimation constitutionnelle des démocraties », *art. cit.*, p. 39.

<sup>25</sup> J.-C. MONOD, « Le culte du chef, une résurgence ? », dans B. BADIE et *al.*, *Le retour des populismes. L'état du monde 2019*, La Découverte, 2018, p. 83-93, spé. p. 90.

<sup>26</sup> P.-A. COLLOT, « Le Constitutionnalisme abusif en Hongrie », dans P.-A. COLLOT (dir.), *Le Constitutionnalisme abusif en Europe*, Paris, Mare & Martin, 2023, p. 137-168, spé. p. 151. Cette réduction de cas de saisine peut toutefois être contredite par l'élargissement en 2012, du recours constitutionnel. En application du modèle allemand, le recours constitutionnel permet que les dispositions juridiques aussi bien que les décisions judiciaires puissent être examinées. Voir, Loi fondamentale de la Hongrie, 2012, art. 24. « En revanche, l'organisation du contrôle ultérieur des normes est préoccupante. Avec la suppression de l'*actio popularis*, un tel contrôle ne peut plus être opéré que par le gouvernement lui-même, l'Ombudsman (médiateur pour les droits fondamentaux) ou par un quart des députés ». Voir, A. JAKAB et P. SONNEVEND « Une continuité imparfaite : la nouvelle Constitution hongroise », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, p. 1-20, spé. p. 16. Voir aussi, L. CSINK et I. MAROSI, « Un aperçu du système constitutionnel de la Hongrie » dans N. HAUPAIS, T. POUTHIER, P. SZWEDO et W. ZAGORSKI, *Le constitutionnalisme face au populisme en Europe centrale*, Paris, Institut Louis Joinet, 2021, p. 81-95, spé. p. 92.

susceptibles d'être contrôlés et d'exclure ainsi les lois référendaires, constitutionnelles, financières ou les actes relatifs aux élections. Ainsi, l'article 37 de la Loi fondamentale hongroise fut modifié pour limiter le contrôle du juge constitutionnel sur les lois budgétaires, lorsque la dette du pays dépasse 60% du PIB<sup>27</sup>. Aujourd'hui, la réforme judiciaire en Israël se présente sous des traits similaires. En effet, l'amendement à la loi fondamentale sur le système judiciaire prévoit d'interdire tout contrôle de constitutionnalité des lois fondamentales<sup>28</sup>. Parallèlement, la coalition tente de faire adopter un autre amendement à la loi fondamentale sur le gouvernement, la loi *Déri 2*, afin d'exclure le contrôle de la validité des nominations ministérielles du champ de compétence de la Cour suprême<sup>29</sup>, contrôle possible depuis une décision de 1993<sup>30</sup>. Voté en première lecture, si cet amendement était définitivement adopté, il permettrait au précédent ministre de l'Intérieur et de la Santé de réintégrer le gouvernement, malgré ses condamnations ayant conduit à l'invalidation de sa nomination par la Cour suprême. Les pouvoirs de l'organe exécutif au détriment de l'organe juridictionnel en seraient inévitablement renforcés.

Au-delà de mesures visant à restreindre le contrôle de constitutionnalité, le travail des juges peut être rendu plus difficile en conditionnant leurs décisions à une majorité qualifiée. À ce sujet, en 2015, l'exécutif polonais œuvrait à la « paralysie du Tribunal constitutionnel [...] en modifiant la procédure légale de contrôle de constitutionnalité »<sup>31</sup>. La loi du 22 décembre 2015 *portant modification de la loi sur le Tribunal constitutionnel de la Pologne* instaure notamment la règle de la majorité qualifiée des deux tiers pour la prise des décisions et un quorum de 13 juges sur 15, contre 9 auparavant, désormais obligatoire pour statuer sur des affaires importantes<sup>32</sup>. De façon symétrique, la réforme judiciaire israélienne tente d'instaurer des mécanismes conditionnant la censure des lois ordinaires « à l'obtention d'une majorité de 80% des juges de la Cour suprême »<sup>33</sup>, ce qui rendrait l'adoption d'une décision plus complexe. La réforme tente également d'interdire certains types de contrôles de

---

<sup>27</sup> J. BRZENCZEK, « Pologne : vers un virage anti-libéral ? », *art. cit.*, p. 205.

<sup>28</sup> A. BACHERT-PERETTI, « La réforme de la justice en Israël : Régression ou revitalisation démocratique ? », *Le club des juristes*, 2023, en ligne : <https://blog.leclubdesjuristes.com/la-reforme-de-la-justice-en-israel-regression-ou-revitalisation-democratique/> (consulté le 09.05.2023).

<sup>29</sup> J. LE BORGNE, « Réforme judiciaire en Israël : les 4 propositions qui ont embrasé le pays », *Le Point*, 27 mars 2023, en ligne : [https://www.lepoint.fr/monde/reforme-judiciaire-en-israel-les-4-propositions-qui-ont-embrase-le-pays-27-03-2023-2513818\\_24.php](https://www.lepoint.fr/monde/reforme-judiciaire-en-israel-les-4-propositions-qui-ont-embrase-le-pays-27-03-2023-2513818_24.php) (consulté le 09.05.2023). La loi *Déri 2* a été adoptée en première lecture par 63 voix contre 55. Le projet de loi est retourné en commission. Les deuxième et troisième lecture suivront de façon simultanée. Cette loi permettrait à Aryeh Deri de reprendre ses fonctions ministérielles, en dépit de la décision de la Cour suprême s'y opposant et invalidant sa nomination.

<sup>30</sup> La Cour suprême s'est reconnue compétente pour contrôler la validité de la désignation des ministres (HCJ 3094/93 *Movement for Quality of Government in Israel v. Government of Israel* 47(5) PD 404 ; HCJ 4267/93 *Amitai V. Prime Minister of Israel* 47(5) PD 441 ; HCJ 5364/94 *Movement for Quality of Government in Israel v. Government of Israel* 57(6) PD817. V., aussi, La Cour suprême s'est reconnue compétente pour contrôler la validité de la désignation des ministres (HCJ 3094/93 *Movement for Quality of Government in Israel v. Government of Israel* 47(5) PD 404 ; HCJ 4267/93 *Amitai V. Prime Minister of Israel* 47(5) PD 441 ; HCJ 5364/94 *Movement for Quality of Government in Israel v. Government of Israel* 57(6) PD817

<sup>31</sup> J. BRZENCZEK, « Pologne : vers un virage anti-libéral ? », *art. cit.*, p. 206.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> A. BACHERT-PERETTI, « La réforme de la justice en Israël : Régression ou revitalisation démocratique ? », *art. cit.*

constitutionnalité, notamment en proscrivant l'usage du contrôle de la « raisonabilité » par la Cour suprême, pourtant traditionnellement usité pour les actes administratifs<sup>34</sup>.

Combiné à ces premières mesures, un gouvernement illibéral a aussi la possibilité de neutraliser les normes de référence de la Cour suprême qu'il cherche à faire disparaître. Cet objectif peut être atteint en annulant les précédentes jurisprudences ou en supprimant, dans le texte fondamental, la référence à d'autres textes de valeur constitutionnelle. Il peut s'agir d'effacer les normes citées dans certains préambules, afin qu'elles ne constituent plus des normes de référence par renvoi<sup>35</sup>. Par exemple, la révision hongroise du 25 mars 2013 ajoute un quatrième amendement à la constitution qui prive le juge constitutionnel de sa jurisprudence antérieure<sup>36</sup>. Si une telle mesure n'est pas envisagée dans la réforme israélienne, d'autres mesures visent à neutraliser les décisions de la Cour suprême une fois celle-ci rendue. En effet, un gouvernement illibéral a encore la possibilité d'outrepasser ces décisions avec une clause nonobstant ou une clause dérogoire. Les termes de clause « nonobstant » ou « dérogoire » font référence à un processus mis en place à l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* selon lequel « Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi » même si celle-ci s'avère contraire aux droits garantis par la charte, énoncés à l'article 2 ou aux articles 7 à 15, pour une durée de cinq ans, renouvelables. Lors du « rapatriement » de la Constitution canadienne en 1982, cette clause a été souhaitée par les provinces afin de limiter les effets de la charte<sup>37</sup>. Parallèlement, une telle mesure existe déjà en Hongrie où un amendement constitutionnel autorise une majorité des deux tiers du Parlement à annuler ou modifier une décision issue de la juridiction constitutionnelle<sup>38</sup>. Dans le même ordre d'idée, la réforme israélienne inclut une clause dérogoire qui permettrait à la Knesset d'outrepasser les décisions d'inconstitutionnalité de la Cour suprême à la majorité simple en adoptant de nouveau le texte censuré et en l'immunisant contre un quelconque recours juridictionnel pour une durée de quatre ans, « renouvelable indéfiniment »<sup>39</sup>. Selon le professeur Yedidia Stern, une telle clause dérogoire donnerait un pouvoir absolu au Parlement<sup>40</sup>.

Enfin, la réforme judiciaire israélienne envisage de réduire l'influence des conseillers juridiques au sein du gouvernement. Organe actuellement indépendant rendant des avis contraignants, ces derniers devraient devenir consultatifs et les conseillers recrutés à la

---

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Sur la constitutionnalité par renvoi, Voir, Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Réflexions sur la constitutionnalité par renvoi », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 198-210.

<sup>36</sup> J. BRZENCZEK, « Pologne : vers un virage anti-libéral ? », *art. cit.*, p. 205.

<sup>37</sup> G. DURAND, « Le « pouvoir de déroger » et la Charte des droits et libertés », *Éthique publique*, vol. 7, n° 1, 2005.

<sup>38</sup> J. RUPNIK, « Illiberal Democracy and Hybrid Regimes in East-Central Europe », dans K. KOLOZOVA et N. MILANESE (dir.), « *Illiberal Democracies* » in *Europe: An Authoritarian Response to the Crisis of Illiberalism*, The Institute for European, Russian, and Eurasian Studies, 2023, p. 9-16, spé. P. 13.

<sup>39</sup> A. BACHERT-PERETTI, « La réforme de la justice en Israël : Régression ou revitalisation démocratique ? », *art. cit.*

<sup>40</sup> J. SHARON, « Contourner la Cour suprême : les droits du peuple – minorités et majorité en Israël », *The times of Israël*, le 14 novembre 2022, en ligne : <https://fr.timesofisrael.com/contourner-la-cour-supreme-les-droits-du-peuple-minorites-et-majorite-en-israel/> (consulté le 13.05.2023).

discrétion des ministres<sup>41</sup>. Cette mesure prend un sens différent dans un contexte politique où c'est notamment le Conseiller du gouvernement qui, en 2019, inculpe Benjamin Nétanyahou pour trois chefs d'accusation, dont celui de corruption<sup>42</sup>.

Par ailleurs, il reste encore des outils à la disposition de l'exécutif pour neutraliser l'exercice du contrôle de constitutionnalité par les juridictions compétentes : celui d'en contrôler la composition.

## B. Étape 2 : contrôler sa composition

La deuxième voie pour encadrer les juridictions exerçant le contrôle de constitutionnalité se concrétise par le contrôle de sa composition. Ainsi, les mesures illibérales consistent à mettre à l'écart les anciens juges et à en nommer de nouveaux, plus coopératifs. Plusieurs mécanismes peuvent être identifiés : « lois de "lustrations" pour limoger des magistrats, modification de l'âge de la retraite ou des règles de nomination, quand ce n'est pas une purge massive comme en Turquie »<sup>43</sup>. En effet, l'abaissement de l'âge de retraite, la fixation d'une limite d'âge maximale, l'augmentation du nombre de juges au sein de l'organe sont autant de mesures visant à renforcer l'emprise de l'exécutif sur l'organe juridictionnel. Les réformes menées en Pologne en 2015 illustrent d'ailleurs ce processus.

En 2015, la crise constitutionnelle polonaise débute lorsque le Président de la République, Andrzej Duda, refuse d'assermenter les juges désignés par la Diète précédente<sup>44</sup>. Pour mettre un terme à la crise, la loi du 22 décembre 2015 *portant modification de la loi sur le Tribunal constitutionnel* réforme le *Sąd Najwyższy*, le tribunal constitutionnel, par « une seconde élection des juges, l'introduction d'une durée limitée des fonctions du président et du vice-président du Tribunal constitutionnel [et] l'extinction des fonctions des actuels président et vice-président »<sup>45</sup>. Par conséquent, cette même année, les élus de *Droit et Justice* ont pu nommer neuf des quinze membres du tribunal constitutionnel<sup>46</sup>. Parallèlement, la loi du 20 juillet

---

<sup>41</sup> A. BACHERT-PERETTI, « La réforme de la justice en Israël : Régression ou revitalisation démocratique ? », *art. cit.*

<sup>42</sup> S. COHEN, « Israël : de l'émergence du pouvoir judiciaire à sa contestation », *Institut Montaigne*, 2023, en ligne : <https://www.institutmontaigne.org/expressions/israel-de-lemergence-du-pouvoir-judiciaire-sa-contestation> (consulté le 13.05.2023).

<sup>43</sup> D. SALAS, « Les populistes à l'assaut des démocraties libérales », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau*, Paris, LGDJ, 2020, p. 535-544, spé. p. 538.

<sup>44</sup> K. ANT CZAK, « Une réflexion sur la crise du Tribunal constitutionnel polonais », *Blog Droit européen*, 2016, en ligne : <https://blogdroiteuropeen.com/2016/12/16/la-crise-du-tribunal-constitutionnel-polonais-par-karolina-antczak/> (consulté le 05.01.2022).

<sup>45</sup> *Ibid.* Voir encore, W. ZAGORSKI, « L'État de droit est mort, vive la « démocratie illibérale » ? Les populistes gagnent les élections parlementaires en Pologne », *Blog Jus Politicum*, 2019. la loi du 22 décembre 2015 *portant modification de la loi sur le Tribunal constitutionnel* est disponible en polonais au Journal officiel : <http://dziennikustaw.gov.pl/du/2015/2217/1> (consulté le 09.05.2023).

<sup>46</sup> W. ZAGORSKI, « Une réforme de la justice en trompe-l'œil : la déconstruction de l'État de droit en Pologne », *Jus Politicum Blog*, 2017, en ligne : [https://blog.juspoliticum.com/2017/12/07/une-reforme-de-la-justice-en-trompe-loeil-la-deconstruction-de-letat-de-droit-en-pologne-par-wojciech-zagorski/#\\_ftn3](https://blog.juspoliticum.com/2017/12/07/une-reforme-de-la-justice-en-trompe-loeil-la-deconstruction-de-letat-de-droit-en-pologne-par-wojciech-zagorski/#_ftn3) (consulté le 09.05.2023).



2018 relative à la plus haute institution judiciaire de Pologne, la Cour suprême<sup>47</sup>, abaisse l'âge de départ à la retraite des juges nommés avant le 3 avril 2018 à 65 ans, tout en accordant au président de la République le pouvoir discrétionnaire de prolonger leur fonction au-delà de cet âge<sup>48</sup>. De cette manière, en dépit des rapports alarmants de la Commission de Venise<sup>49</sup>, la composition des juridictions suprêmes de Pologne paraît nettement déterminée par la majorité politique au gouvernement<sup>50</sup>.

De la même façon, en Hongrie, l'abaissement de l'âge de départ à la retraite et le départ forcé de certains juges a permis à V. Orbán d'« écartier tout un pan de l'appareil judiciaire, qu'il a immédiatement remplacé par des juges à la fois plus jeunes et plus "fiables" politiquement »<sup>51</sup>. Pour les juges constitutionnels particulièrement, le pouvoir constituant a modifié la composition du comité parlementaire qui nomme les juges à la Cour constitutionnelle par une loi du 5 juillet 2010 : « plutôt que d'une composition à hauteur d'un membre par groupe parlementaire, celle-ci tient désormais compte de l'importance de chaque groupe parlementaire au sein de l'Assemblée nationale. Le but visé a été de rompre avec le consensualisme jusqu'ici prévalant et de conférer à la FIDESZ associée au KDNP une maîtrise des nominations »<sup>52</sup>. Dans la continuité de ces mesures, la révision constitutionnelle du 14 juin 2011 a élargi la composition de la cour constitutionnelle de 11 à 15 membres, où les nouveaux membres ont été nommés par la majorité parlementaire. Depuis que les juges ont été remplacés, le nombre de cas où la position du gouvernement hongrois l'emportent aurait augmenté de 250%<sup>53</sup>.

À ce titre, la réforme israélienne envisage des mesures similaires en accordant à la coalition gouvernementale une majorité au sein du comité qui nomme les juges. Actuellement, les juges constitutionnels sont désignés par une commission de neuf membres, composée de trois juges de la Cour suprême dont son président, de deux députés, de deux membres de l'exécutif dont le ministre de la Justice et de deux représentants de l'ordre des avocats<sup>54</sup>. Au regard de sa composition, « [l]e comité est dominé par les juges,

---

<sup>47</sup> Journal officiel de Pologne, Dz. U. de 2018, position 1443, autrement nommée la « loi sur la KRS ».

<sup>48</sup> *Commission européenne contre République de Pologne*, 15 novembre 2018, affaire C-619/18.

<sup>49</sup> COMMISSION DE VENISE, *Avis sur le projet de loi portant modification de la loi sur le Conseil national de la justice, sur le projet de loi portant modification de la loi sur la Cour suprême, proposés par le président de la République de Pologne, et sur la loi sur l'organisation des tribunaux ordinaires*, Avis n°904/2017, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2017.

<sup>50</sup> Il est à noter que « par ses ordonnances du 19 octobre et du 17 décembre 2018, la CJUE a suspendu le limogeage des juges de la Cour suprême de Pologne ». Par conséquent, en décembre 2018, une nouvelle loi relative à la Cour suprême a été votée par le Parlement et signée par le Président de la République. Voir, W. ZAGORSKI, « Commission/Pologne : la Cour de Luxembourg vient au secours des juges polonais », *Jus Politicum Blog*, 2019, en ligne : [https://blog.juspoliticum.com/2019/01/16/commission-pologne-la-cour-de-luxembourg-vient-au-secours-des-juges-polonais-par-wojciech-zagorski/#\\_ftn3](https://blog.juspoliticum.com/2019/01/16/commission-pologne-la-cour-de-luxembourg-vient-au-secours-des-juges-polonais-par-wojciech-zagorski/#_ftn3) (consulté le 09.05.2023). Toutefois, les juges qui ont été réintégrés n'ont pas tous retrouvés leurs anciennes fonctions.

<sup>51</sup> J. RUPNIK et A. LALO. « La démocratie illibérale en Europe centrale », *Esprit*, n° 6, 2017, p. 69-85, spé. p. 72. Cette procédure a également fait l'objet d'une sanction de la part de l'Union européenne. Voir, <https://www.senat.fr/rap/r11-684/r11-6841.html#toc53>

<sup>52</sup> Pierre-Alain COLLOT, « Le Constitutionnalisme abusif en Hongrie », *op. cit.*, p. 151.

<sup>53</sup> Democracy Reporting International, *Judging by results, 5 facts on Hungary's illiberal state*, Berlin, Democracy Reporting International, 2016, p. 2 : « Prior to this date, the Government 'won' 20% of high profile or politically sensitive cases, and 70% of cases afterwards ».

<sup>54</sup> Loi fondamentale sur le système judiciaire, 1984, art. 4, B : « Le comité est composé de neuf membres, qui sont le président de la Cour suprême, deux autres juges de la Cour suprême choisis par leurs collègues, le

qui sont consultés par le gouvernement en amont de ses réunions et votent en bloc. La majorité requise étant de sept voix, ils disposent par ailleurs d'un droit de veto »<sup>55</sup>. De surcroît, depuis 2008, cette commission peut nommer et surtout révoquer les juges, à une majorité d'au moins sept des neuf membres, ce qui implique nécessairement un accord au-delà du gouvernement majoritaire. La réforme envisage pourtant de faire passer cette commission à onze membres, alors composée de trois magistrats, de trois ministres du gouvernement, et surtout de cinq députés dont trois seraient issus des rangs de la coalition<sup>56</sup>. Le processus décisionnel devrait être modifié puisque seule une majorité de 6 membres sur 11 serait suffisante pour nommer un magistrat, tout en complexifiant leur révocation avec une décision devant être prise par neuf membres sur onze<sup>57</sup>. Dès lors, avec trois ministres et trois députés acquis au gouvernement, la commission serait sous l'influence majoritaire de l'exécutif, renforçant *a fortiori* la concentration des pouvoirs en sa faveur.

Au-delà des voies procédurales visant à réduire les compétences de la Cour suprême et à en contrôler la composition, d'autres outils, fondés sur le discours légitimant toute révision constitutionnelle, se trouvent à la disposition d'un gouvernement illibéral qui voudrait « faire disparaître » une cour suprême.

## II. Les voies discursives de la disparition d'une cour suprême

Parallèlement aux évolutions procédurales, les étapes discursives renvoient à toutes les stratégies relatives aux discours ou à ce que le professeur X. Philippe nomme « le discours organisé de la légitimation constitutionnelle » des démocraties. Il s'agit principalement des discours visant à délégitimer la Cour suprême (A) et à couvrir les mesures du pouvoir exécutif sous le voile de la démocratie et de la légalité formelle (B).

### A. Étape 3 : délégitimer la Cour suprême

---

ministre de la Justice et un autre ministre désigné par le gouvernement, deux membres de la Knesset choisis par la Knesset, et deux représentants de l'ordre des avocats, choisis par le Conseil national de l'ordre des avocats. Le ministre de la justice est le président du comité ». Source non traduite : « The Committee shall be made up of nine members, who are the President of the Supreme Court, two other justices of the Supreme Court chosen by their fellow justices, the Minister of Justice and another Minister assigned by the Government, two Members of the Knesset selected by the Knesset, and two representatives of the Bar Association, selected by the National Council of the Association. The Minister of Justice shall be the Chairperson of the Committee ».

<sup>55</sup> G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, *op. cit.*, p. 477.

<sup>56</sup> Communiqué de presse de la Knesset, « Constitution, Law and Justice Committee approves for first reading proposed amendment to Basic Law: The Judiciary (Judicial Review of Legislation and Override Clause) », *Knesset News*, le 1er mars 2023, en ligne : <https://main.knesset.gov.il/en/news/pressreleases/pages/press1323w.aspx> (consulté le 13.05.2023). Voir aussi, J. LE BORGNE, « Réforme judiciaire en Israël : les 4 propositions qui ont embrasé le pays », *art. cit.*

<sup>57</sup> A. BACHERT-PERETTI, « La réforme de la justice en Israël : Régression ou revitalisation démocratique ? », *art. cit.*

Cette étape constitue le corollaire de toute réforme législative ou constitutionnelle ayant pour objectif de renforcer le pouvoir de l'exécutif. Il s'agit d'insister sur l'activisme judiciaire des juges exerçant le contrôle de constitutionnalité, lequel serait antidémocratique. L'épouvantail d'un « gouvernement des juges » est ainsi agité.

En Pologne, par exemple, le parti de *Droit et Justice* a remis en cause la légitimité de l'organe juridictionnel en soutenant que le peuple n'avait plus confiance en ses juges, que les juges étaient loyaux aux régimes précédents, que le nombre de juges était trop élevé pour une justice restant pourtant inefficace<sup>58</sup>. Ainsi, le Tribunal constitutionnel, la Cour suprême et les tribunaux judiciaires inférieurs opposés aux réformes sont pareillement « devenus la cible d'une campagne de dénigrement menée par le parti au pouvoir et destinée à préparer les citoyens à "l'assainissement" de la justice »<sup>59</sup>. Dès lors, ces arguments accompagnent et justifient un changement d'ensemble du pouvoir juridictionnel. De même, pour le membre fondateur du parti hongrois du Fidesz, József Szájer, la Cour constitutionnelle hongroise était devenue une « force politique » disposant d'un « pouvoir d'annulation quasi illimité »<sup>60</sup>. Cet argument a justifié un changement d'ensemble de la Constitution de 1990, par l'adoption de la Loi fondamentale de la Hongrie au mois d'avril 2011, afin d'instaurer un nouvel équilibre institutionnel. En outre, en Pologne comme en Hongrie, le pouvoir juridictionnel est souvent présenté « comme le pouvoir des élites ou même [...] le pouvoir illégitime d'une caste »<sup>61</sup>.

En Israël, un même processus visant à délégitimer la Cour suprême s'observe depuis une vingtaine d'années. La coalition gouvernementale actuelle dénonce l'activisme des juges et le déséquilibre en faveur du pouvoir juridictionnel<sup>62</sup>. *A fortiori*, elle proteste contre l'immixtion de la Cour suprême dans l'exercice du pouvoir exécutif, par son contrôle des décisions de nature purement politique. En effet, après les avoir longtemps jugés insusceptibles de recours<sup>63</sup>, la Cour suprême s'est estimée compétente pour contrôler les accords conclus entre les partis politiques relatifs au fonctionnement des coalitions

---

<sup>58</sup> W. ZAGORSKI, « Une réforme de la justice en trompe-l'œil : la déconstruction de l'État de droit en Pologne », *Jus Politicum Blog*, 2017, en ligne : [https://blog.juspoliticum.com/2017/12/07/une-reforme-de-la-justice-en-trompe-loeil-la-deconstruction-de-letat-de-droit-en-pologne-par-wojciech-zagorski/#\\_ftn3](https://blog.juspoliticum.com/2017/12/07/une-reforme-de-la-justice-en-trompe-loeil-la-deconstruction-de-letat-de-droit-en-pologne-par-wojciech-zagorski/#_ftn3) (consulté le 09.05.2023).

<sup>59</sup> W. ZAGORSKI, « Une réforme de la justice en trompe-l'œil : la déconstruction de l'État de droit en Pologne », *Jus Politicum Blog*, 2017, en ligne : [https://blog.juspoliticum.com/2017/12/07/une-reforme-de-la-justice-en-trompe-loeil-la-deconstruction-de-letat-de-droit-en-pologne-par-wojciech-zagorski/#\\_ftn3](https://blog.juspoliticum.com/2017/12/07/une-reforme-de-la-justice-en-trompe-loeil-la-deconstruction-de-letat-de-droit-en-pologne-par-wojciech-zagorski/#_ftn3) (consulté le 09.05.2023). Voir aussi, W. ZAGORSKI, « L'État de droit est mort, vive la « démocratie illibérale » ? Les populistes gagnent les élections parlementaires en Pologne », *Jus Politicum Blog*, 2019, en ligne : [https://blog.juspoliticum.com/2019/10/25/letat-de-droit-est-mort-vive-la-democratie-illiberale-les-populistes-gagnent-les-elections-parlementaires-en-pologne-par-wojciech-zagorski/#\\_ftn1](https://blog.juspoliticum.com/2019/10/25/letat-de-droit-est-mort-vive-la-democratie-illiberale-les-populistes-gagnent-les-elections-parlementaires-en-pologne-par-wojciech-zagorski/#_ftn1) (consulté le 09.05.2023).

<sup>60</sup> B. ABLONCZY, *Sur les traces de la Constitution hongroise. Entretiens avec József Szájer et Gergely Gulyás*, Elektromédia, 2012, p. 143.

<sup>61</sup> P. TACIK, « Le populisme au pouvoir : stratégies (anti)constitutionnelles », dans N. HAUPAIS, T. POUTHIER, P. SZWEDO et W. ZAGORSKI, *Le constitutionnalisme face au populisme en Europe centrale*, Paris, Institut Louis Joinet, 2021, p. 65-80, spé. p. 73.

<sup>62</sup> J. SHARON, « Contourner la Cour suprême : les droits du peuple – minorités et majorité en Israël », *art. cit.*

<sup>63</sup> HCJ 313/67 Axehrod v. Minister of Religious Affairs 22 (1) PD 80

gouvernementales et à l'attribution des postes<sup>64</sup>. À ce titre, les pouvoirs que s'octroie la Cour suprême paraissent s'étendre un peu plus d'années en années, selon les opposants à ces évolutions. Selon le professeur Eugène Kontorovich, « la Cour suprême a usurpé l'autorité de la Knesset en interprétant des lois adoptées par une petite majorité, comme si ces lois avaient un statut constitutionnel » : en cela, elle a « fabriqué une doctrine constitutionnelle sans autorité législative préalable »<sup>65</sup>. Dès lors, une telle immixtion de la part de l'organe juridictionnel légitime que soient prises des mesures pour encadrer ses interventions, justifiant l'interdiction pour le juge d'intervenir dans un domaine politique défini de plus en plus largement.

De surcroît, en Israël, le processus de délégitimation des autorités judiciaires dans leur ensemble s'est concrétisé par le limogeage du ministre de la Défense, Yoav Galant, ayant fortement critiqué la réforme judiciaire. Enfin, la réforme illibérale présente la particularité de se draper du voile de la démocratie et de la légalité formelle.

## **B. Étape 4 : couvrir ses actions sous le voile de la démocratie et de la légalité formelle**

L'analyse se porte sur la façon dont « la Constitution d'une démocratie peut être utilisée comme justification logique et naturelle de la transformation du régime en démocratie »<sup>66</sup>. En effet, à la différence des mesures purement autoritaires, les mesures illibérales présentent la particularité d'être adoptées dans le respect de l'État de droit. D'abord, les gouvernements arrivent au pouvoir légalement, par le biais de véritables élections. Par conséquent, les discours visant à légitimer les politiques publiques qui suivent ne cessent de se fonder sur cette légitimité démocratique<sup>67</sup>. Ensuite, les mesures visant à concentrer le pouvoir au profit de l'exécutif sont prises dans le respect du formalisme<sup>68</sup>. Il reste que ce respect de l'État de droit s'avère purement formel : les lois constitutionnelles ne peuvent empêcher ou contraindre la réinterprétation de leurs propres principes. En effet, la Commission de Venise postule que « le bon fonctionnement d'un régime démocratique

---

<sup>64</sup> HCJ 669/86 Rubín v. Berger 41(1) PD73; HCJ 1523/90 Levy v. Prime Minister of Israel 44(2) PD 213 ; HCJ 1601/ 90 Shalit v. Peres 44(3) PD 353 ; HCJ 1635/90 Zharzevski v. Prime Minister 45(1) PD 749 ; HCJ 5364/94 Welner v. Chairman of Israel Labor Party 49(1) PD 758. Voir aussi, G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, op. cit., p. 27.

<sup>65</sup> J. SHARON, « Contourner la Cour suprême : les droits du peuple – minorités et majorité en Israël », art. cit. De même, reprenant ces arguments, Selon les parlementaires de droite, la Haute cour aurait « usurpé le pouvoir accordé aux deux autres branches sans approbation législative préalable » et, en cela, elle piétinerait « la volonté de la majorité par le biais de son interventionnisme judiciaire ».

<sup>66</sup> X. PHILIPPE, « La légitimation constitutionnelle des démocraties », art. cit., p. 34.

<sup>67</sup> L. JAUME, « L'idée de démocratie autoritaire : Quelques réflexions », *Jus Politicum*, n° 25, 2021, p. 9-15, spé. p. 12 : « les démocraties autoritaires reviennent toujours à ce thème de l'identité trouvée entre gouvernants et gouvernés, voire à la métaphore (ou au fantôme social) du peuple au pouvoir ». Voir aussi, Z. ENYEDI et S. WHITEFIELD, « Populists in power. Populism and representation in Illiberal Democracies » dans R. ROHRSCHEIDER et J. THOMASSEN, *The Oxford Handbook of Political Representation in Liberal Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 583-598, spé. p. 588.

<sup>68</sup> C'est-à-dire, dans le respect des procédures constitutionnellement et légalement fixées. Voir, T. HOCHMANN, « Cinquante nuances de démocraties », *Pouvoirs*, vol. 169, n° 2, 2019, p. 19-32, spé. note 44.

repose sur sa capacité d'évolution permanente »<sup>69</sup>. Dès lors, explique le professeur Xavier Philippe, « si les textes constitutionnels des États démocratiques contiennent des références aux valeurs et principes qui les ont vus naître, les moyens et procédures qu'ils comportent ne permettent pas de protéger ces idéaux souvent indéterminés et malléables »<sup>70</sup>. À ce titre, « l'idée selon laquelle la Constitution d'un État démocratique serait un rempart contre la transformation de ce régime demeure largement tributaire du phénomène majoritaire »<sup>71</sup>. À partir du moment où les gouvernements détiennent une majorité suffisante et que la révision constitutionnelle est possible, rien ne s'oppose formellement à ce qu'ils modifient les principes constitutionnels selon leur vision<sup>72</sup>. Dans ce cadre, « la Constitution non seulement n'empêche pas le glissement vers la démocratie, mais de surcroît l'accompagne en créditant celle-ci d'un brevet de respect de son contenu formel »<sup>73</sup>.

Ces discours fondés sur le respect de la légalité et de la constitution se retrouvent usités par les gouvernements décrits comme illibéraux. En Pologne, Jaroslaw Kaczyński, président du parti *Droit et justice*, a forgé le concept de l'impossibilisme juridique, selon lequel « le pouvoir des institutions nationales politiques, contrôlées démocratiquement [est transféré] vers des organes bureaucratiques et administratifs, des tribunaux et des structures mondiales, paneuropéennes et internationales », entraînant une « impuissance structurelle des instances politiques au sein d'un État de droit libéral »<sup>74</sup>. Dans ce contexte, la lutte contre l'activisme du tribunal constitutionnel se présente comme un retour au choix démocratique, empêchant que les juges puissent procéder au verrouillage systémique des décisions parlementaires<sup>75</sup>.

L'observation de ces discours se retrouve également en Israël. En effet, l'amendement à loi fondamentale sur le système judiciaire est explicitement présenté comme œuvrant au renforcement de la séparation des pouvoirs<sup>76</sup> et de l'équilibre entre les branches législatives, exécutives et judiciaires<sup>77</sup>. Elle est aussi défendue par le gouvernement comme une manière de « rendre le processus de nomination des juges “plus démocratique” et “plus

---

<sup>69</sup> M.-E. GASTINEAU, « « L'Union européenne s'attaque à l'héritage culturel des sociétés qui la constituent » », *Le Figaro*, 21 septembre 2020, en ligne : <https://www.lefigaro.fr/vox/monde/1-union-europeenne-s-attaque-a-l-héritage-culturel-des-societes-qui-la-constitue-20200921> (consulté le 09.05.2023).

<sup>70</sup> X. PHILIPPE, « La légitimation constitutionnelle des démocraties », *art. cit.*, p. 36.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> G. TUSSEAU, « Les juridictions constitutionnelles en contexte illibéral : la figure du complice », dans V. BARBE, B.-L. COMBRADE, et C.-É. SENAC, *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruylant, 2023, p. 255-269, spé. p. 267-268.

<sup>73</sup> X. PHILIPPE, « La légitimation constitutionnelle des démocraties », *art. cit.*, p. 38.

<sup>74</sup> W. ZAGORSKI, « L'intelligentsia polonaise au service du populisme. Espoirs trahis d'une élite national-conservatrice », dans N. HAUPAIS, T. POUTHIER, P. SZWEDO et W. ZAGORSKI, *Le constitutionnalisme face au populisme en Europe centrale*, Paris, Institut Louis Joinet, 2021, p. 99-114, spé. 105.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>76</sup> Communiqué de presse de la Knesset, « Constitution, Law and Justice Committee approves for first reading proposed amendment to Basic Law: The Judiciary (Judicial Review of Legislation and Override Clause) », *Knesset News*, le 1er mars 2023, en ligne : <https://main.knesset.gov.il/en/news/pressreleases/pages/press1323w.aspx> (consulté le 13.05.2023).

<sup>77</sup> Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats, 16 février 2023, Ref.: OL ISR 2/2023, en ligne : <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=27890> (consulté le 13.05.2023).

représentatif’ »<sup>78</sup>. Selon ces discours, « en réduisant le déficit de légitimité démocratique des juges par la politisation du processus de nomination et en limitant leurs capacités de contrainte contre-majoritaire, la réforme serait donc une forme de revitalisation démocratique »<sup>79</sup>. Cette vision n’intègre pourtant pas l’importance des contrepouvoirs et du respect des minorités au sein du régime politique. En effet, « amputée de son principe de limitation et de modération du pouvoir, la “démocratie illibérale” présente le risque de conduire à une forme d’“autocratie majoritaire” »<sup>80</sup>.

Le rééquilibrage institutionnel est souvent un jeu à somme nulle. En Israël, l’appropriation des discours illibéraux soulève d’autant plus de risques qu’il n’existe que peu de mécanismes permettant de limiter la concentration des pouvoirs. Par exemple, le régime parlementaire israélien n’est pas bicaméral, lequel ajoute la garantie d’un contrepoids par une seconde chambre. De surcroît, il s’agit d’un État unitaire où le pouvoir, fortement centralisé, ne peut être sérieusement contesté ni par des échelons régionaux ni par des organisations supranationales comme a pu l’être l’Union européenne pour la Pologne et la Hongrie. Pour l’instant, seules les recommandations du Rapporteur spécial sur l’indépendance des juges et des avocats permettraient juridiquement de freiner l’adoption de cette réforme ou d’en faire évoluer le contenu<sup>81</sup>.

Le dernier contrepouvoir dans ce contexte particulier reste encore les citoyens : d’importantes manifestations ont cours depuis le mois de janvier. Bon nombre d’Israéliens semblent s’inquiéter d’un déséquilibre du pouvoir au profit de l’exécutif, preuve s’il en est que ces derniers semblent alerter par la presse des risques inhérents à la réforme. Finalement, le 27 mars, le gouvernement s’est trouvé contraint d’annoncer une « pause » du travail législatif pour apaiser les tensions. Dans ce cadre, il est à espérer que la coalition israélienne ne réussisse pas à transformer la Cour suprême en complice d’un exercice autoritaire du pouvoir. Cette issue consacrerait inévitablement le résultat d’un jeu à somme négative pour la démocratie et l’équilibre des pouvoirs en Israël.

À Paris, le 15 mai 2023.

---

<sup>78</sup> M. SEHIMI, « Israël : la réforme de la justice, une dérive autoritaire », *Le 360*, 2023, en ligne : [https://fr.le360.ma/monde/israel-la-reforme-de-la-justice-une-derive-autoritaire\\_XHL2S37Y3VASZOKZWHBU53PYVU/](https://fr.le360.ma/monde/israel-la-reforme-de-la-justice-une-derive-autoritaire_XHL2S37Y3VASZOKZWHBU53PYVU/) (consulté le 13.05.2023).

<sup>79</sup> A. BACHERT-PERETTI, « La réforme de la justice en Israël : Régression ou revitalisation démocratique ? », *art. cit.*

<sup>80</sup> T. CHOPIN, « Démocratie illibérale » ou « autoritarisme majoritaire ? Contribution à l’analyse des populismes en Europe », *Institut Delors*, Policy paper n° 235, 2019, p. 1-14, spé. p. 12.

<sup>81</sup> Rapporteur spécial sur l’indépendance des juges et des avocats, 16 février 2023, Ref.: OL ISR 2/2023, en ligne : <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=27890> (consulté le 13.05.2023). La procédure devrait être examinée par le Conseil des droits de l’homme de l’Organisation des Nations unies.