

**A l'occasion des anniversaires de la Constitution française et de la création d'Israël :
Réflexions sur les titulaires du pouvoir constituant**

Emilie Marcovici
Doctorante à l'Université Toulouse 1 - CERCPC

« Toute Constitution suppose avant tout un pouvoir constituant », affirmait Sieyès. A l'heure où la V^e République fête ses cinquante ans, Israël célèbre en 2008 ses soixante ans. Ces deux Etats présentent certaines particularités et convergences relatives à l'exercice du pouvoir constituant. En effet, on observe dans ces deux systèmes juridiques, la prééminence du rôle exercé par les juridictions constitutionnelles, dans le fonctionnement de ce pouvoir.

La France est dotée d'une Constitution écrite, adoptée par le pouvoir constituant originaire, lors du référendum de 1958. La place reconnue au juge par le constituant de 1958 reste limitée, mettant en exergue les craintes traditionnelles existant en France à l'encontre de ce pouvoir¹. La V^e République a pour la première fois instauré une juridiction constitutionnelle, le Conseil constitutionnel, qui initialement était seulement chargé d'assurer le respect de la frontière posée par les articles 34 et 37, de garantir le domaine de la loi². La Constitution de 1958 prévoyait en outre, ses modalités de révision dans son article 89³, qui impliquait l'intervention d'autorités politiques déterminées. Le rôle du Conseil constitutionnel a progressivement évolué, il a développé sa jurisprudence, pour être désormais impliqué dans le processus constituant. Le juge constitutionnel s'immisce progressivement dans ces procédures, pour être à l'origine de révisions constitutionnelles, mais également pour leur faire échec.

Israël, en 1948, n'a pas établi de Constitution, contrairement à ce qui était indiqué dans la Déclaration d'indépendance⁴. La création d'un nouvel Etat appelle l'établissement d'une

¹ Ces craintes découlent notamment des pratiques des Parlements d'Ancien régime, qui avaient développé des pouvoirs exorbitants. Sous la V^e République le juge est conçu comme une autorité et non comme un pouvoir (article 64 de la Constitution).

² MAUS D., « La naissance du contrôle de constitutionnalité », in *Mélanges P. Pactet*, « L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs », Dalloz, 2003, p. 713.

³ Article 89 : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier Ministre et aux membres du Parlement. Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum. Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée Nationale. Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. » Cette rédaction résulte de la loi constitutionnelle adoptée le 23 juillet 2008.

⁴ « Nous déclarons qu'à compter de la fin du mandat, à minuit, dans la nuit du 14 au 15 mai 1948, et jusqu'à ce que des organismes constitutionnels régulièrement élus entrent en fonction, conformément à une Constitution qui devra être adoptée par une Assemblée constituante d'ici le 1er octobre 1948, le présent Conseil agira en tant qu'Assemblée provisoire de l'État et que son propre organe exécutif, l'administration nationale, constituera le

Constitution écrite, fondant sa souveraineté. Le 14 mai 1948⁵, David Ben Gourion⁶ en proclamant la création d'Israël⁷, précisait ainsi les conditions selon lesquelles cette nouvelle Constitution fondatrice devait être adoptée. Il était donc logiquement envisagé, pour marquer l'instauration de cet Etat, qu'un texte constitutionnel soit rédigé, afin de réguler le fonctionnement des pouvoirs publics et d'assurer la protection des droits fondamentaux⁸. La rédaction d'une Constitution devait, en outre, permettre aux pères fondateurs d'Israël, de s'émanciper du système juridique en vigueur sous le mandat britannique⁹.

Se doter d'une Constitution, apparaissait pour les créateurs d'Israël comme une évidence¹⁰, cet objectif étant fixé par la Déclaration d'indépendance qui prévoyait l'élection d'une Assemblée constituante. La Déclaration indiquait que la Constitution israélienne devait être adoptée avant le 1^{er} novembre 1948. Si l'objectif des auteurs de la Déclaration d'indépendance est clair, ce projet n'a toutefois pas été réalisé. La guerre qui a suivi la création de l'État, a eu notamment pour conséquence le report des élections qui devaient se tenir avant le 1^{er} octobre 1949¹¹. Ainsi, l'Assemblée qui s'est réunie pour la première fois le 14 février 1949, a décidé, comme première mesure, d'adopter une loi transitoire qui constituait l'Assemblée en première Knesset et de procéder à l'élection du président de l'Etat. L'Assemblée élue ne répondant pas à sa mission constituante initiale, une solution de compromis a été trouvée par l'adoption le 13 juin 1950, de la « résolution Harari¹² » (du nom de son premier signataire). Au lieu de rédiger immédiatement une Constitution complète, la Knesset chargea un Comité de la Constitution, des lois et de la justice, d'adopter le document

gouvernement provisoire de l'État d'Israël. », dispose la Déclaration d'indépendance de l'État d'Israël (Medinat Israël) du 14 mai 1948.

⁵ « La date du 14 mai n'est pas fortuite. Priées de demeurer jusqu'au 1^{er} août pour appliquer la résolution 181 de l'Assemblée générale des Nations Unies qui substituait au mandat britannique sur la Palestine, le partage du territoire en deux États souverains juif et arabe, les autorités britanniques avaient pris la décision d'avancer au 15 mai, le départ du haut-commissaire et de ses troupes. », CHARBIT D., « Institutions et vie politique : instabilité sur fond de stabilité », *Questions internationales*, n°28, nov.-déc. 2007, p. 52.

⁶ D. Ben Gourion exerçait lors de la proclamation de l'État, la fonction de « chef de gouvernement provisoire », en attendant de procéder aux élections.

⁷ Cette déclaration de 1948 clôt un long processus : la création de cet État s'inscrit dans la continuité du peuple juif, *Eretz Israël* étant le lieu où naquit ce peuple. En 1897, lors du premier congrès sioniste à Bâle, T. Herzl, proclama le droit du peuple juif à la renaissance nationale dans son propre pays. Le 2 novembre 1917, la Déclaration Balfour « envisage favorablement l'établissement en Palestine d'un Foyer national pour le peuple juif ». Le 29 novembre 1947, l'ONU a adopté une résolution prévoyant que le mandat britannique laisse place à deux États, dont un juif. Voir par exemple : CHARBIT D., *Qu'est ce que le sionisme ?*, A. Michel, 2007.

⁸ « La Constitution a pour objet d'instituer les règles de droit fondamentales concernant la nature de l'État, le régime politique, la désignation des gouvernants et la définition de leurs compétences, les libertés et droits garantis aux individus et aux groupes sociaux » ; VEDEL G., « Qu'est-ce que la Constitution ? », *La Constitution de 1958 à 40 ans*, question n°1, www.conseil-constitutionnel.fr.

⁹ Le droit en vigueur sous le mandat britannique se caractérisait par ses sources diversifiées : les tribunaux ont continué à appliquer le droit ottoman, les vides juridiques étant comblés par les principes du droit coutumier et du droit anglais. BAUER J., *Le système politique israélien*, P.U.F., Q.S.J., 2000.

¹⁰ KLEIN C., *Le droit israélien*, P.U.F., 1990.

¹¹ Le 25 janvier 1949, avant la signature des Accords d'armistice mettant fin à la Guerre d'Indépendance, des élections ont été organisées pour élire l'Assemblée constituante. Elles ont été remportées par le Mapai, parti de Ben Gourion. Mais, cette période de transition a été à l'origine d'évolutions dans la pensée du nouveau dirigeant d'Israël, qui a progressivement renoncé à rédiger une Constitution.

¹² Résolution Harari : « La première Knesset confie à la commission de la Constitution, des Lois et du Droit, la tâche de préparer une Constitution pour l'État. Cette Constitution sera élaborée sous forme de chapitres séparés, de telle sorte que chaque chapitre constitue en lui-même une loi fondamentale. Chaque chapitre sera présenté à la Knesset lorsque la commission aura terminé son travail ; tous les chapitres seront réunis et formeront la Constitution de l'État. »

chapitre par chapitre. Ces chapitres, qui sont chacun présentés sous forme de loi fondamentale, seront regroupés après l'adoption du dernier, pour former une Constitution.

En l'absence de Constitution, cet Etat a toutefois su se doter des institutions nécessaires à son fonctionnement. Si le pouvoir législatif a été confié à la Knesset, le pouvoir exécutif au Président et au Premier ministre, le pouvoir judiciaire est notamment incarné par l'existence d'une Cour suprême¹³. Cet organe juridictionnel, inspiré du modèle de Common law¹⁴, a progressivement développé ses compétences, pour devenir un organe central de la production normative de ce pays. Le rôle exercé par cette juridiction, soulève la question des modes de production du droit constitutionnel en Israël. Les organes politiques se sont initialement désengagés de ce domaine, laissant une place prééminente à la Cour suprême. A l'heure où l'État fête ses 60 ans, différents dirigeants politiques se sont prononcé en faveur de l'adoption d'une véritable Constitution écrite, venant remplacer le système actuel complexe et ambigu¹⁵.

Dans ces deux pays le pouvoir constituant n'incombe pas exclusivement au peuple et aux autorités politiques. Ces deux Etats présentaient des situations politiques initialement éloignées, mais l'on constate qu'ils ont progressivement développé certains points communs. Les juridictions constitutionnelles s'impliquent de plus en plus dans le processus constituant, ce qui peut apparaître comme une faillite du « politique ». La présence de la Cour suprême et du Conseil constitutionnel est-elle nécessaire au fonctionnement du pouvoir constituant ?

Ces deux États se heurtent à des difficultés de fonctionnement du pouvoir constituant, qui justifient un recours croissant au juge constitutionnel. Le juge est dans ces systèmes juridiques un acteur à part entière de ce processus. La Cour suprême et le Conseil constitutionnel deviennent les auteurs de la Constitution (I), ce qui induit des évolutions dans le fonctionnement du pouvoir constituant (II).

I-Le juge constitutionnel auteur de la Constitution : convergences des systèmes israélien et français

La Cour suprême israélienne et le Conseil constitutionnel français ont développé des pouvoirs leur permettant de s'impliquer dans le processus constituant. Ces deux États présentent certaines convergences dans leur conception du pouvoir constituant. Ils sont en effet marqués par la prééminence de ces juridictions dans le fonctionnement de ce pouvoir ; si cette situation était prévisible pour Israël (A), elle reste plus inattendue pour le cas français (B).

¹³ En 1948, un décret relatif à l'organisation du gouvernement et de la justice, précisait que le droit alors applicable dans le pays resterait en vigueur, sauf s'il entraînait en contradiction avec les lois à venir. Il stipulait également que, faute de texte, on ferait appel aux principes juridiques anglais. Les compétences reconnues aux magistrats britanniques ont été transférées aux magistrats israéliens. La Cour suprême est la plus haute instance judiciaire israélienne. Les jugements sont rendus par des juges professionnels laïcs. Des tribunaux religieux propres à chaque confession gèrent les questions matrimoniales.

¹⁴ En 1980, une loi relative aux fondements du droit a été votée, elle abolit le lien entre les droits israéliens et anglais. Elle indique les principales sources normatives : la loi, la chose jugée et la coutume. En leur absence, les tribunaux doivent appliquer les principes de liberté, de justice, d'équité, et de paix de la tradition d'Israël.

¹⁵ « La Constitution sera le plus grand cadeau que la Knesset puisse faire à l'État d'Israël pour son 60^e anniversaire » avait déclaré le Premier ministre Ehoud Olmert, lors de son discours d'ouverture de la session du Parlement israélien, le 8 octobre 2007.

A-Un pouvoir attendu en Israël : la reconnaissance de la norme constitutionnelle par la Cour suprême

1-L'absence initiale de Constitution écrite : les paradoxes de l'Etat d'Israël

La Déclaration d'indépendance prévoyait la rédaction d'une Constitution, qui n'a pu être adoptée lors de la création d'Israël. D. Ben Gourion a renoncé à ce projet ambitieux, qu'il qualifiait de « caprice de juriste », pour différents motifs¹⁶. Il a alors exprimé un souci de perfection¹⁷ et la volonté de ne pas « lier les générations futures¹⁸. »

En Israël, en 1948¹⁹, les dirigeants n'ont pas refusé officiellement de rédiger une Constitution reportant seulement son adoption. La détermination du contenu d'une Constitution soulevait d'importantes controverses. La création d'Israël repose sur de nombreux compromis ; le sionisme ayant réuni des courants opposés, la population de cet Etat se caractérise par sa diversité et ses antagonismes. Ainsi, la question centrale de la place de la religion, marquée par de nombreuses ambiguïtés²⁰, n'a pas été véritablement tranchée afin de satisfaire tant les religieux que les laïcs. La rédaction d'un texte constitutionnel aurait imposé de statuer définitivement, au risque de briser cette fragile unité nationale naissante²¹. Afin de préserver la cohérence de l'Etat, Ben Gourion, a donc choisi de temporiser ce débat en reportant le projet de Constitution.

Ben Gourion refusait, également la rédaction d'une Constitution en raison des pouvoirs prééminents qu'elle aurait conférés, selon lui, aux juges. La Constitution est considérée comme un acte de valeur supérieure dont le respect doit être assuré par des juridictions constitutionnelles. Estimant que le pouvoir politique devait être une source de droit supérieure aux pouvoirs des juges, D. Ben Gourion, a ainsi fondé son opposition à l'établissement d'un texte constitutionnel en Israël²². Mais, l'organisation normative défendue par Ben Gourion, a

¹⁶ D. Ben Gourion a expliqué ses positions dans un discours prononcé à la Knesset en février 1950. S'il était réticent à cette idée de Constitution, M. Begin paradoxalement, militait en faveur de son adoption.

¹⁷ « L'essentiel pour Ben Gourion est de se garder de toute hâte excessive. Il ne s'agit pas de se lancer dans la rédaction d'un texte qui à l'instar de beaucoup de Constitutions, ne survivrait guère à l'épreuve du temps. D'ailleurs, il est bien des exemples de textes superbes qui sont vite effacés (la France) ou qui ne restent que lettre morte (par exemple la Constitution stalinienne). » ; KLEIN C., *La démocratie d'Israël*, Seuil, 1997, p. 121.

¹⁸ « Selon Ben Gourion, toute hâte doit être évitée pour une raison supplémentaire : n'est-il pas évident que l'État d'Israël est l'État du peuple juif ? Or, au moment du débat en 1950, 10% à peine du peuple juif vit en Israël. C'est encore l'époque de l'immigration massive en Israël : pour Ben Gourion, il ne faut pas lier les générations futures ; il est préférable d'attendre que la majorité du peuple juif soit installée en Israël pour adopter une Constitution. » ; KLEIN C., *Op. cit.*, p. 121.

¹⁹ D. Ben Gourion exprimait une certaine méfiance à l'encontre du constitutionnalisme, alors qu'Israël a été créé lors d'une nouvelle vague de constitutionnalisation. Après la Seconde guerre mondiale, différents États, ont adopté de nouvelles Constitutions ; France : octobre 1946, Italie : décembre 1947... Des Constitutions écrites sont en vigueur dans la quasi-totalité des États, à l'exception de la Nouvelle Zélande et de la Grande Bretagne qui a exercé une influence sur le système juridique israélien.

²⁰ La religion est présente, dans différents symboles de l'État : le drapeau dont les deux bandes bleues rappellent le *Talit*, et l'étoile de David. L'emblème est bleu et blanc, et représente le *Menorah* (candélabre) de l'ancien temple de Jérusalem. L'hymne national, *Hatikva*, décrit les Millenia espoir de liberté et de retour à la patrie.

²¹ Ben Gourion a renoncé au projet de Constitution sous la pression des partis religieux, hostiles par principe à une Constitution. Les religieux ne peuvent admettre qu'une Constitution se substitue aux textes sacrés ; la seule référence écrite s'imposant à l'État devant être la Thora. Ils préféreraient un État juif sans Constitution, qu'une Constitution qui ne soit pas juive.

²² Ben Gourion « s'était toujours opposé à une activité trop marquée du pouvoir judiciaire. Pour lui, l'idée de voir la Cour suprême annuler des décisions entérinées par le parti et par la Knesset était inadmissible. » ; KLEIN C., *Op. cit.*, p. 123.

produit des effets contraires à ceux initialement recherchés, dans la mesure où elle a conduit à conférer un rôle central au pouvoir judiciaire, et plus précisément à la Cour suprême.

La proclamation de cet État n'a pas permis l'émergence et l'expression d'un véritable pouvoir constituant originaire. La Déclaration d'indépendance énonçait clairement, la nécessité de procéder à l'élection d'une assemblée constituante exclusivement chargée d'établir une Constitution, le pouvoir législatif devant être exercé temporairement par le Conseil provisoire de l'État. La fonction de cette Assemblée a évolué par l'adoption de plusieurs décisions, jusqu'à l'adoption de la résolution Harari²³. Cette résolution entérinée en juin 1950, prévoyait l'adoption progressive des chapitres de la Constitution, devant aboutir à la formation d'une Constitution « par tranches²⁴. » Le système mis en place diffère sensiblement de celui initialement prévu par les auteurs de la Déclaration d'indépendance. Une confusion des pouvoirs est organisée entre les fonctions constituante et législative conférées à la Knesset. La résolution adoptée en 1950, n'a pas permis la reconnaissance de ce pouvoir constituant, mais elle laisse place à une organisation complexe, suscitant des discussions relatives à la nature des pouvoirs de la Knesset. Ainsi, une partie de la doctrine israélienne²⁵ soutenant que le pouvoir constituant n'est pas transmissible à la Knesset, conclut à l'inexistence ou à la disparition de ce pouvoir. Mais, cette thèse est remise en cause, notamment par C. Klein²⁶ qui estime que ce pouvoir constituant a bien été transmis à la première Knesset²⁷.

Le système israélien est source d'une grande confusion qui apparaît comme un renoncement du politique, qui plutôt que de proclamer explicitement la valeur constitutionnelle de ces textes, a préféré mettre en place un système d'une rare complexité. Ce système est critiqué ; ces lois fondamentales ne font pas l'objet de débat national, elles sont seulement ratifiées par une partie de la Knesset. Quatorze lois fondamentales ont été adoptées depuis la création de l'État, mais elles ne sont pas toutes en vigueur actuellement. Ces différentes lois ne bénéficient pas toutes d'une protection identique ; dans leur grande majorité ces lois ne sont pas rigides. Seules quelques dispositions ou lois les plus récentes peuvent être protégées par l'exigence d'une majorité spéciale pour leur modification, il est possible de faire référence à la loi relative à la Knesset, dans ses articles prévoyant le scrutin

²³ Le 13 janvier 1949, « le Conseil provisoire a adopté une ordonnance de transition à l'assemblée constituante », disposant que « le Conseil provisoire sera considéré comme dissous, au moment de la réunion de l'Assemblée constituante. » Le 16 février 1949, il a ensuite été acté par une loi de transition, que « l'assemblée législative d'Israël sera appelée Knesset. L'Assemblée constituante sera appelée « la première Knesset » Les membres de l'Assemblée constituante, seront appelés membres de la Knesset. » ; KLEIN C., *Op. Cit.*, p. 123.

²⁴ « Israël se dote d'une Constitution en tranches, par étapes, en adoptant au fil du temps, matières par matières, des lois fondamentales. [...] Sans voter en une seule fois et en bonne et due forme une Constitution, la Knesset adopte morceau par morceau ces chapitres constitutionnels, chacun sous la forme d'une loi fondamentale. » ; DUHAMEL O., *Les démocraties*, Seuil, 1993, p. 225.

²⁵ Il s'agit notamment de la thèse soutenue par E. Likhovski: « Can the Knesset adopt a Constitution which will be the supreme law of the land ? », *Israel law review*, vol. 4., 1969, p. 61. Cité par KLEIN C., *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, P.U.F., 1996, p. 53.

²⁶ « Cette résolution ne pouvait affecter la nature ou l'exercice du pouvoir constituant : à l'évidence, elle ne présentait qu'une mesure d'ordre intérieur du Parlement » ; KLEIN C., *Idem*, p. 50.

²⁷ La Knesset exerce-t-elle un pouvoir constituant originaire ou dérivé ? La Knesset est l'organe compétent pour adopter les lois fondamentales, dont certaines présentent un caractère rigide, qui ne peuvent être modifiées que par des règles de majorité renforcée. Dans cette perspective, les lois fondamentales sont perçues comme l'expression d'un pouvoir constituant continu.

proportionnel²⁸. Enfin, ces lois interviennent dans des domaines diversifiés et abordent des questions spécifiques, qui s'éloignent des ambitions caractérisant les textes constitutionnels²⁹.

Ce système s'inspire des pratiques de la III^e République, les dirigeants sionistes dont notamment Herzl lui-même, avaient pour référence en matière juridique, les pays de tradition continentale, dont la France. Les pratiques françaises étaient bien connues des fondateurs du sionisme qui se sont inspirés de ce modèle. L'organisation ainsi retenue par Israël a permis le développement des pouvoirs de la Cour suprême, illustrant les convergences existant entre les deux États étudiés. Mais ces multiples interrogations suscitées par le fonctionnement du système israélien peuvent être analysées comme le renoncement du politique, qui a préféré se désengager du champ constitutionnel. La réponse à ces questionnements est donnée par la Cour suprême, qui est à l'origine de la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de ces textes. La « Constitution israélienne » échappe au politique, pour être véritablement construite par la Cour suprême, à travers différentes décisions qui vont réellement trouver leur aboutissement en 1995.

2- *Le développement de la jurisprudence de la Cour Suprême : de l'instauration de la Cour à la « révolution constitutionnelle »*

Les compétences initialement reconnues à la Cour suprême n'incluaient pas l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité³⁰, mais la Cour suprême s'est attribuée cette fonction, en l'absence de Constitution écrite³¹. Le contrôle de constitutionnalité s'est développé par étapes. Les bases de ce contrôle ont tout d'abord été posées en 1969, dans l'arrêt Bergman³², puis véritablement consacré en 1995. La Cour opère alors un tournant dans sa jurisprudence³³, dans son arrêt Bank Mizrahi³⁴, qui trouve sa source dans les deux lois fondamentales adoptées

²⁸ Les lois fondamentales n'ont par ailleurs, pas toutes la même forme, et ne présentent pas toutes un caractère rigide.

²⁹ 1958 : Knesset, 1960 : Terres d'Israël, 1964 : Président de l'État, 1968 : Gouvernement, 1975 : Economie nationale, 1976 : Forces de défense d'Israël, 1980 : Jérusalem, capitale d'Israël, 1984 : Pouvoir judiciaire, 1988 : Le contrôleur de l'État, 1992 : Dignité humaine et liberté, 1992 : le Gouvernement, 1992 : Liberté professionnelle, 1994 : Liberté professionnelle, 2001 : le Gouvernement. Ces lois recouvrent pour certaines, des domaines techniques et consensuels : loi fondamentale sur le Gouvernement, et loi sur le Parlement... Mais l'une d'entre elles a toutefois été dénoncée au niveau international : la loi fondamentale relative à Jérusalem, capitale d'Israël, a donné lieu à l'adoption par le Conseil de sécurité des NU, le 20 août 1980, de la résolution 478 qui affirme qu'elle « constitue une violation du droit international ».

³⁰ Les créateurs d'Israël s'opposaient à ce contrôle, dans cet État caractérisé par des traditions légicentristes. Israël présente la particularité d'être doté d'un Parlement monocaméral, faisant de la Knesset une institution centrale, dont la censure a été difficilement acceptée.

³¹ Ce contrôle de constitutionnalité « spontané », est exceptionnel, il existe également en Australie. FROMONT M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996.

³² « Le 3 juillet 1969 la Cour suprême d'Israël rendait une décision qui devait provoquer un véritable éclat dans tous les milieux, en interdisant au ministre des finances de procéder à l'exécution d'une loi votée par la Knesset, au motif que cette loi était contraire à l'article 4 de la loi fondamentale sur la Knesset » ; KLEIN C., « Les problèmes constitutionnels de l'État d'Israël (le contrôle de la constitutionnalité des lois) », *R.D.P.*, 1969, p. 1105. Cette jurisprudence constitue une véritable surprise, la Cour n'avait connu avant cette décision, que deux affaires relatives à la matière constitutionnelle ; Décision Jabontinsky contre Weizmann, 1951, Décision Yeredor contre Commission centrale de contrôle des élections à la Knesset de 1965.

³³ Jusqu'en 1995, la Cour suprême a « développé la jurisprudence suivante : d'une part des principes constitutionnels non écrits relatifs aux libertés principales peuvent être déduits de l'ensemble des textes constitutionnels israéliens (déclaration d'indépendance et lois fondamentales) ; mais faute d'habilitation constitutionnelle expresse, ils ne peuvent s'imposer qu'aux seules autorités gouvernementales et administratives et les seules règles qui ont une valeur supérieure aux lois ordinaires sont celles qui sont formellement consacrées par une loi fondamentale, c'est à dire dans la pratique, les principes sur le droit de vote contenus dans la loi sur la Knesset. » ; FROMONT M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996, p. 35.

³⁴ *United Mizrahi Bank plc v. Migdal Cooperative Village*, C.A. 6821/93, 49 (4) P.D.221 (1995).

en 1992, relatives à la liberté d'activité et au respect de l'individu et sa liberté. Il s'agit des premières lois conférant un statut juridique préférentiel aux droits de l'homme en Israël, et qui ont opéré selon le juge A. Barak, une véritable « révolution constitutionnelle³⁵ ». L'adoption de ces lois fonde cette évolution jurisprudentielle : « Le 9 novembre 1995, la Cour a accepté de contrôler la conformité de la loi à ces deux nouveaux textes constitutionnels, même si ceux-ci sont rédigés de façon assez restrictive, et même parfois de façon ambiguë³⁶ », souligne M. Fromont. Le contrôle de constitutionnalité est en Israël « auto fondé³⁷ », il a été décidé par la Cour suprême elle-même, à l'image des juges américains (décision *Marbury v. Madison* en 1803), et français (décision *Liberté d'association* en 1971).

Le raisonnement tenu par le juge Barak pour justifier l'exercice de ce contrôle, peut se rattacher aux démonstrations classiques selon lesquelles « la Constitution est supérieure à la loi ; une loi contraire à la Constitution n'est pas du droit, elle est nulle ; si elle est nulle, elle ne doit pas être appliquée. » Mais, la pensée d'A. Barak présente toutefois certaines particularités liées à l'originalité du système israélien, ainsi que le rappelle M. Troper « Les lois fondamentales rigides prévalent sur les lois adoptées à la majorité simple parce qu'elles émanent du pouvoir constituant, tandis que les lois ordinaires n'émanent que du pouvoir législatif. L'ensemble des lois fondamentales forme la Constitution d'Israël, non en raison de la majorité qui les a adoptées, mais du caractère constituant de la Knesset et de l'expérience nationale. Il semble donc que c'est l'existence d'une Constitution qui se prouve par la suprématie et non la suprématie par l'existence de la Constitution³⁸. » A. Barak a permis de dépasser les limites des théories relatives au pouvoir constituant en Israël, en précisant que si la Constitution est supérieure, c'est qu'elle constitue le fondement de la validité des lois.

L'absence de véritable Constitution écrite en Israël, n'a donc pas constitué un obstacle à l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité³⁹. La Cour, en application des principes dégagés par A. Barak, a procédé à ce contrôle qui a donné naissance à une Constitution israélienne déterminée par les juges⁴⁰. En décidant de mettre en œuvre ce contrôle de constitutionnalité, la Cour a formalisé véritablement l'existence de cette Constitution, en consacrant la suprématie des lois fondamentales adoptées en 1992⁴¹. En l'absence de Constitution écrite formalisée, la Cour a créé ses propres normes de référence, en faisant émerger la Constitution de son choix. Si ces textes émanent de la Knesset dans sa fonction constituante, leur valeur a été déterminée par la Cour suprême. Le juge israélien a décidé seul de l'exercice de ce

³⁵ BARAK A., « La révolution constitutionnelle: la protection des droits fondamentaux », *Mishpat Oumimshal*, n°1, p. 9, reproduit dans *Pouvoirs*, n°72, 1995, p. 17.

³⁶ FROMONT M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996, p. 35.

³⁷ TROPER M., « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in ZOLLER E. [dir.] *Marbury v Madison : 1830-2003, un dialogue franco-américain*, Dalloz, 2003, p. 215.

³⁸ TROPER M., « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », *Op. cit.*, p. 215.

³⁹ Cette jurisprudence a eu un important retentissement sur le système juridique israélien, en transformant la Cour suprême en véritable juge constitutionnel. La Cour exerce cette nouvelle fonction, qui s'ajoute à son rôle de juge civil et pénal. BAUER J., *Le système politique israélien*, P.U.F., Q.S.J., 2000, p. 84.

⁴⁰ Avant que la Cour suprême ne se déclare compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois, des auteurs estimaient qu'il existait des textes constitutionnels en Israël, adoptés par le pouvoir constituant : les lois fondamentales adoptées à partir de 1958 : l'ordonnance sur les pouvoirs publics du 19 mai 1948, l'ordonnance de transition à l'Assemblée constituante, loi sur l'immunité parlementaire, 1951... KLEIN C., « Les problèmes constitutionnels de l'État d'Israël (le contrôle de la constitutionnalité des lois) », *R.D.P.*, 1969, p. 1105.

⁴¹ « Cette décision a cependant été vivement critiquée. On a souligné notamment que la Cour suprême avait décidé qu'elle pouvait statuer sur la constitutionnalité des lois, mais que bien au-delà, c'était la Cour qui, en fin de compte avait décidé que les lois fondamentales pouvaient être considérées comme les éléments d'une Constitution ou même comme la Constitution elle-même. » ; KLEIN C., *La démocratie d'Israël*, Seuil, 1997, p. 135. Ce point de vue a été défendu par M. Landau, « L'adoption d'une Constitution par la voie jurisprudentielle », *Mishpat Umimshal*, vol. 3, 1996, p. 697.

contrôle, mais il a également choisi la norme de référence, s'associant à l'exercice du constituant en complétant son œuvre par l'attribution d'une véritable valeur juridique.

La Cour a donc été amenée à préciser le sens de ces textes ; dans son arrêt de 1995, elle s'est référée à la notion éminemment ambiguë contenue dans l'article 1 de la loi fondamentale relative à la dignité et à la liberté de l'individu, évoquant les « valeurs de l'État d'Israël, comme État juif et démocratique⁴². » La loi fondamentale relative à la liberté professionnelle a fait l'objet d'une interprétation libérale de la Cour⁴³, qui a permis l'importation de viande non casher, en se fondant sur le principe de la libre concurrence. Contestée par les religieux cette loi fondamentale a été révisée en 1994, afin d'y introduire notamment la référence aux « principes de la déclaration d'indépendance » ainsi qu'aux « valeurs de l'État d'Israël, comme État juif et démocratique ». La jurisprudence de 1995 a reconnu à ces principes, une valeur constitutionnelle. Pour examiner le caractère constitutionnel d'une loi, le juge doit en conséquence, apprécier sa conformité aux valeurs de l'État d'Israël, définies comme étant celles d'un "État juif et démocratique". Ces principes sont souvent considérés comme inconciliables, mais le juge Barak en a précisé le sens, et indiqué que ces valeurs ne sont pas opposées. Selon A. Barak, la notion d'« État juif » doit être entendue dans un sens extensif, « les valeurs de l'État d'Israël, en tant qu'État juif, sont les valeurs universelles communes aux membres d'une société démocratique⁴⁴ », ce qui lui a valu de nombreuses critiques émanant des milieux haredim⁴⁵.

A. Barak a permis de poursuivre et de finaliser le processus enclenché avec la résolution Harari. La Cour suprême est à l'origine de cette « Constitution israélienne⁴⁶ ». Remettant en cause le traditionnel principe de séparation des pouvoirs, la Cour est devenue un acteur central de la vie politique israélienne⁴⁷. Le droit constitutionnel israélien s'est progressivement juridictionnalisé, confirmant les craintes émises par D. Ben Gourion. La « révolution constitutionnelle » montre ses limites, en mettant en exergue la nécessité de procéder à l'adoption d'une véritable Constitution écrite. L'adoption d'une Constitution permettrait de diminuer les pouvoirs de la Cour, en restant paradoxalement, plus fidèle à la vision de Ben Gourion.

⁴² Ces deux lois fondamentales, ont été adoptées à l'initiative des laïcs, soutenus par les religieux.

⁴³ Décision *Mitrael c. Itzhak Rabin, Premier ministre et ministre des Cultes*. KLEIN C., *La démocratie d'Israël*, Seuil, 1997, p. 135. Cette décision est intervenue peu après l'assassinat d'Y. Rabin.

⁴⁴ « Les valeurs fondamentales du judaïsme sont les valeurs fondamentales de l'État. J'entends par là, les valeurs d'amour de l'humanité, de sainteté de la vie, de justice sociale, de recherche du bien et du juste, de protection de la dignité humaine, valeurs que le judaïsme a léguées à l'humanité tout entière » ; BARAK A., « La révolution constitutionnelle: la protection des droits fondamentaux », *Mishpat Oumimshal*, n°1, p. 9, reproduit dans *Pouvoirs*, n°72, 1995, p. 17.

⁴⁵ La Cour suprême a agi sur le contenu même de la norme constitutionnelle en définissant et précisant progressivement, la notion d'« État juif et démocratique », formule de compromis adoptée par les fondateurs de l'État. Elle a tranché des questions controversées, en développant une jurisprudence libérale, souvent contestée par les religieux. Faisant preuve d'un certain activisme, concernant notamment la protection des droits de l'homme, elle a agi comme si l'État était doté d'une déclaration de droits. La Cour suprême a consacré différentes libertés (expression, mouvement, religion, conscience, manifestation, d'association et d'assemblée), ainsi que le principe d'égalité et le droit à la propriété privée.

⁴⁶ AMIT R., *Les Paradoxes constitutionnels – Le cas de la Constitution israélienne*, Connaissances et savoirs, 2007.

⁴⁷ L'absence de Constitution écrite a permis le développement des pouvoirs de la Cour suprême qui a dû opérer des choix relevant normalement du politique. Le pouvoir politique s'est ainsi déchargé de sa responsabilité sur le juge, pour trancher des questions politiquement sensibles, propres à cet État. La Cour devenant un acteur normateur en matière constitutionnelle, il convient alors de s'interroger sur les moyens à mettre en œuvre pour repolitiser ce droit « constitutionnel » israélien.

B-Un pouvoir imprévu en France : le Conseil constitutionnel à l'origine de révisions constitutionnelles

1-Les moyens du Conseil constitutionnel pour faire évoluer la Constitution

Le constituant de 1958 concevait les pouvoirs du Conseil constitutionnel comme devant être limités, sa présence dans le processus constituant n'était pas envisagée. Mais, cette juridiction a progressivement développé ses compétences pour s'investir dans l'évolution constitutionnelle, principalement par les procédures de « révisions préalables » et de « révisions dérogoires ».

Ces « révisions préalables exigées par la Constitution et déterminées par le juge », consistent selon L. Favoreu en un « contrôle des engagements internationaux qui peut conduire à une révision de la Constitution. Il s'agit donc de l'hypothèse où une juridiction constitutionnelle se prononce préalablement à une révision et, ainsi commande celle-ci. » Dans cette hypothèse « la révision sera donc souvent commandée ou provoquée par le juge constitutionnel, et cela, particulièrement lorsqu'à l'instar de la Constitution française, le texte lui-même prévoit ce processus : c'est que l'on peut appeler la « révision préalable » ou induite⁴⁸. »

La Constitution de 1958 a donc prévu cette procédure dans son article 54. Ces mécanismes procèdent de la théorie de l'aiguilleur, qui implique que « la Cour ne se prononce pas réellement sur le contenu de la loi, mais seulement sur la procédure. En effet, si elle l'annule, elle se borne à indiquer au Parlement quelle est la procédure qu'il convient d'employer : non pas la procédure législative ordinaire, mais la procédure de révision constitutionnelle⁴⁹. » La théorie de l'aiguilleur est de la sorte constitutionnalisée ; le Conseil doit alors préciser la nécessité de la révision. Si le juge constitutionnel conclut à la non-conformité de la norme internationale, elle ne peut être ratifiée qu'après révision de la Constitution⁵⁰.

Cette disposition n'a toutefois connu sa pleine efficacité qu'à partir de 1992⁵¹ ; le Conseil a pour la première fois rendu une décision de non-conformité, suivie par l'adoption d'une loi constitutionnelle. Cet article a été modifié afin d'étendre les modalités de la saisine du Conseil⁵² permettant le développement d'une nouvelle forme de jurisprudence

⁴⁸ FAVOREU L., « Table ronde : Révision de la Constitution et justice constitutionnelle - France », *A.I.J.C.*, X, 1994, p. 105. Voir : KNAPP B., « Table ronde : Révision de la Constitution et justice constitutionnelle - Suisse », *A.I.J.C.*, X, 1994, p. 245. DELPEREE F., RASSON A., VERDUSSEN M., « Table ronde : Révision de la Constitution et justice constitutionnelle - Belgique », *A.I.J.C.*, X, 1994, p. 39.

⁴⁹ « Le juge constitutionnel est donc comparable à l'aiguilleur des chemins de fer, qui se borne à mettre les trains sur une voie ou sur une autre. » ; TROPER M., « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », in HERRERA C.-M. [dir.], *Le droit, le politique - Autour de Max Weber, Hans Kelsen et Carl Schmitt*, L'Harmattan, 1995, p. 157.

⁵⁰ La ratification de l'acte nécessite une modification constitutionnelle, les décisions des juridictions constitutionnelles étant obligatoires. Mais si cette jurisprudence s'impose, l'État reste libre de renoncer à ratifier l'engagement en cause, s'il ne souhaite pas procéder à la révision prescrite par les juges.

⁵¹ Décision n°92-308 DC du 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne. Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, Ratification du traité de Maastricht : ajout d'un titre XIV "Des CE et de l'UE".

⁵² Cette révision permet à 60 députés ou sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel, appliquant à l'article 54, la réforme de 1974 relative à l'article 61. Dans sa rédaction originelle, cet article disposait que le Conseil pouvait être saisi par le Président de la République, le Premier Ministre, ainsi que par les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat.

constitutionnelle. Le Conseil a en effet rendu 6 décisions⁵³ de non-conformité, qui ont donné lieu à l'adoption de 5 révisions entre 1992 et 2008.

Le juge constitutionnel est par ailleurs, à l'origine de « révisions dérogatoires », décrites par L. Favoreu : « l'intervention du juge constitutionnel censurant des dispositions législatives peut avoir pour effet de déclencher une révision constitutionnelle destinée à contourner l'obstacle qu'il représente en empruntant une autre voie : c'est ce que l'on peut appeler la « révision dérogatoire »⁵⁴. » Le pouvoir constituant dérivé intervient pour contourner une décision du juge, qui est « malgré lui » à l'origine de la révision. Ces révisions confèrent une valeur constitutionnelle à la norme censurée⁵⁵. Elles procèdent de la fonction d'aiguilleur reconnue au juge constitutionnel, qui est compétent pour « indiquer la voie à suivre ». En censurant une loi, le juge suscite l'intervention d'un organe supérieur, le pouvoir constituant dérivé⁵⁶.

En France la première révision dérogatoire adoptée date de 1993⁵⁷, et a été suivie par exemple, par les révisions relatives à la parité⁵⁸, à la décentralisation⁵⁹, au gel du corps électoral en Nouvelle Calédonie^{60,61}...

⁵³ Voir les décisions suivantes : Décision n°97-394 DC du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam. Décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale. Décision n°99-412 du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Décision n°2005-524/525 DC du 13 octobre 2005, Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort. Décision n°2007-560 DC du 20 décembre 2007, Traité modifiant le traité sur l'UE et le traité instituant la Communauté européenne. Toutes ces décisions n'ont pas été suivies de révisions, le constituant reste libre de renoncer à la ratification de l'engagement international.

⁵⁴ FAVOREU L., « Table ronde : Révision de la Constitution et justice constitutionnelle - France », *A.I.J.C.*, X, 1994, p. 105.

⁵⁵ La jurisprudence constitutionnelle présente un caractère obligatoire, consacré à par l'article 62 de la Constitution, modifié par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008. Ces révisions sont l'unique moyen permettant de « briser » cette jurisprudence constitutionnelle. DRAGO G., *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel – L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Economica – P.U.A.M., Collection droit public positif, 1991.

⁵⁶ Les révisions dérogatoires peuvent être confondues avec les révisions préalables, dont les procédures peuvent apparaître relativement proches. Ces deux mécanismes procèdent de la théorie de l'aiguilleur, le juge constitutionnel orientant l'action du pouvoir constituant dérivé. Les révisions dérogatoires, peuvent apparaître comme une forme particulière de révision préalable.

⁵⁷ Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 - Accords internationaux en matière de droit d'asile ajout d'un article 53-1, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 - Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

⁵⁸ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999, Égalité entre les femmes et les hommes, Décision n°82-146 DC du 18 novembre 1982, « Quota par sexe », Décision n°98-407 DC du 14 janvier 1999, Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux. La loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 a contourné des décisions du Conseil relatives à la parité : Décision n°2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats du Conseil supérieur de la magistrature, Décision n°2006-533 DC du 16 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

⁵⁹ Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003, Organisation décentralisée de la République ; Décision n°2001-454 DC du 17 janvier 2002 interdisant le transfert, même à titre expérimental d'un certain pouvoir à la collectivité de Corse.

⁶⁰ Loi constitutionnelle n°2007-237, du 23 février 2007, relative à l'article 77 de la Constitution. Décision n°99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie.

⁶¹ La loi constitutionnelle de juillet 2008 présente différents aspects dérogatoires à la jurisprudence du Conseil ; Voir la modification de l'article 34, article 24 (contournant la décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000).

2-Motifs et conséquences de l'intervention du Conseil constitutionnel dans le processus constituant

Le Conseil constitutionnel a su progressivement s'immiscer dans l'évolution de la Constitution de 1958, affirmant sa présence dans le processus constituant. Cette juridiction constitutionnelle est désormais acceptée dans les procédures de révision, permettant notamment de prévenir des conflits de normes. La multiplication des sources normatives implique alors l'intervention du juge constitutionnel pour régler les conflits éventuels. Les procédures de révision préalable participent à l'intégration dans l'ordre juridique interne de normes externes, contribuant à l'internationalisation⁶² et à l'européanisation⁶³ du texte de 1958⁶⁴. Le Conseil devient dans cette perspective un acteur indispensable, garant de la cohérence entre les différents ordres normatifs, expliquant ainsi que son rôle soit directement prévu par les Constitutions. Le juge participe en outre à la modernisation des Constitutions, qui peuvent s'adapter aux évolutions du contexte juridique⁶⁵.

Le Conseil constitutionnel voit ensuite son expression remise en cause par l'adoption de révisions venant briser sa jurisprudence. Si l'autorité du Conseil semble a priori remise en cause par ces révisions, celles-ci participent au contraire à sa légitimité. « Le Conseil constitutionnel ne tire sa légitimité que du fait que, lui-même pouvoir constitué, il est le serviteur du pouvoir constituant. Aucun des pouvoirs constitués n'est souverain. Le souverain, c'est le pouvoir constituant. La preuve en est que, lorsqu'il opère une révision, ce peut être pour faire échec à des censures possibles du Conseil constitutionnel. Loin d'être illégitime, ce lit de justice tenu par le souverain non seulement rappelle sa légitimité initiale et de premier rang, mais justifie celle, dérivée et seconde, du juge constitutionnel. La jurisprudence du Conseil constitutionnel français n'a jamais contesté cet ordonnancement rationnel et, au surplus, politiquement sage⁶⁶. », souligne G. Vedel. Les révisions dérogoires fondent la légitimité des juridictions constitutionnelles, en reconnaissant au pouvoir constituant dérivé, le droit au dernier mot.

La présence du Conseil constitutionnel dans le processus constituant participe au renouvellement des normes contenues dans la Constitution. Il peut dans cette perspective être perçu comme un élément utile à son amélioration. Il apporte ainsi des précisions en comblant

⁶² Il s'agit de « la soumission de rapports juridiques de droit interne à des règles internationales [...] Certains instruments internationaux influencent l'exercice même du pouvoir constituant dérivé, les Constitutions nationales ensuite mettent au point les modalités de leurs rapports avec les règles internationales » ; CONSTANTINESCO V., PIERRE-CAPS S., *Droit constitutionnel*, P.U.F., 2004, p. 214. TOURARD H., *L'internationalisation des Constitutions nationales*, Préface d'E. Zoller, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T. 96, 2000. En France 8 révisions ont été adoptées depuis 1958, sous l'influence du droit européen ou international. L'internationalisation est source d'innovation en matière de droits fondamentaux, attributs de la souveraineté (droit de vote, langue, nationalité), répartition des compétences normatives.

⁶³ La révision de 1992 a donné un fondement constitutionnel à la construction européenne, l'article 88-1 énonce que « la République participe aux CE et à l'UE, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». La Constitution de 1958 a été révisée à 4 reprises pour permettre l'intégration dans l'ordre interne de Traités communautaires.

⁶⁴ Les procédures de révision préalables ne sont pas propres à la Constitution française mais figurent dans la majorité des Constitutions en vigueur. Ces mécanismes induisent une uniformisation des textes constitutionnels. FAVOREU L., « Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du « droit constitutionnel international » », *R.G.D.I.P.*, T. XCVII, 1993, p. 39. CANIVET G., « La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge », in *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, « De tous horizons », S.L.C., 2005, p. 11.

⁶⁵ Les révisions préalables ne sont pas les seules procédures à encourager ce phénomène d'internationalisation des Constitutions, qui peut également résulter par exemple, de révisions dérogoires.

⁶⁶ VEDEL G., « La parité mérite mieux qu'un marivaudage législatif ! », *Le Monde*, 8 décembre 1998, p. 16.

les lacunes du constituant originaire⁶⁷. Acteur de l'internationalisation de ce texte, mais surtout de son européanisation, il contribue également à renforcer la protection des droits figurant dans la Constitution. Le juge constitutionnel, traditionnel garant des droits et libertés, contribue à leur évolution en participant à la consécration d'une nouvelle génération de droits^{68,69}.

Le juge constitutionnel est progressivement devenu un acteur accepté de l'évolution constitutionnelle en France, étant impliqué directement ou indirectement dans la majorité des révisions constitutionnelles adoptées⁷⁰. La jurisprudence constitutionnelle est progressivement devenue une référence admise du constituant, qui tout au long de la procédure de révision est susceptible de l'utiliser. En pratique, l'on constate en effet que le constituant utilise les décisions du Conseil constitutionnel pour justifier ses choix et l'adoption de révisions déterminées. Les débats ayant lieu lors de la phase d'élaboration et les motifs des projets de révision, mentionnent explicitement des décisions de la juridiction constitutionnelle⁷¹.

La nature des liens unissant les juridictions constitutionnelles françaises et israéliennes au constituant, présente alors, certaines similitudes. Le pouvoir politique se décharge progressivement sur les juges pour adopter les décisions les plus controversées. Ces nouvelles pratiques attestent d'une transformation des modes de production du droit. Le pouvoir constituant dérivé n'est plus exercé de manière autonome, son fonctionnement est désormais encadré par les juridictions constitutionnelles. Le juge étend son influence pour donner lieu à un droit constitutionnel de plus en plus juridictionnalisé. Le droit constitutionnel perd progressivement son caractère strictement politique pour être émis par les juges. Ce droit ne peut plus être perçu comme l'œuvre, l'expression exclusive du peuple constituant. En étant à l'origine de révisions constitutionnelles, le juge constitutionnel étend son champ

⁶⁷ Voir la Loi constitutionnelle n° 76-527 du 18 juin 1976 : Empêchement ou décès d'un candidat à l'élection présidentielle, modifiant l'article 7 de la Constitution, faisant suite à la déclaration du Conseil constitutionnel du 25 mai 1974 après l'élection présidentielle.

⁶⁸ On distingue traditionnellement deux générations de droits, la première faisant suite à la Révolution de 1789. Consacrés dans la D.D.H.C., ces « droits barrières » tendaient seulement à limiter le rôle de l'État. La deuxième génération de droits renvoie, au Préambule de la Constitution de 1946. Ils présentent une nature sociale, collective et impliquent une intervention positive de l'État, nécessaire afin de garantir ces « droits créances ». Ces droits ont évolué et l'on est désormais confronté à l'émergence d'une troisième génération de droits. Le juge constitutionnel favorise cette nouvelle conception en inscrivant dans les Constitutions des droits qui ne peuvent être rattachés à aucune des générations antérieures. Le Conseil constitutionnel a participé à la consécration constitutionnelle de l'égalité homme-femme, de l'abolition de la peine de mort. Voir : Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 : Égalité entre les femmes et les hommes, modification des articles 3 et 4, suite à la Décision n°82-146 DC du 18 novembre 1982, « Quota par sexe » et à la Décision n°98-407 DC du 14 janvier 1999, Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux. La loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 a approfondi ce principe contournant la Décision n°2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats du Conseil supérieur de la magistrature et la Décision n°2006-533 DC du 16 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Loi constitutionnelle n°2007-239, du 23 février 2007, relative à l'interdiction de la peine de mort, suite à la décision n°2005-524/525 DC du 13 octobre 2005, Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort.

⁶⁹ Le juge intervient dans des domaines diversifiés (organisation territoriale, institutionnelle...) et il peut également introduire des dispositions non constitutionnelles d'un point de vue matériel dans le texte de 1958 (gel du corps électoral en Nouvelle Calédonie...).

⁷⁰ La Constitution de 1958 a été révisée à 24 reprises ; près d'un tiers de ces modifications ont subi l'influence du Conseil constitutionnel (Voir les lois constitutionnelles de 1976, 1992, 1993, 1995, 1996, 1998, 1999, 2003, 2005, 2007, 2008).

⁷¹ L'on assiste désormais en France à une constitutionnalisation formelle de la jurisprudence constitutionnelle qui se trouve désormais inscrite directement dans le texte de 1958.

d'intervention, en développant de nouvelles compétences, ce qui peut être perçu comme une atteinte à la séparation des pouvoirs.

II-Le juge constitutionnel acteur du processus constituant : évolution des systèmes israélien et français

En concurrençant le pouvoir constituant dérivé, en agissant dans un domaine qui ne relève traditionnellement pas de leur compétence, ces juridictions influent sur la nature même du droit constitutionnel. Ce droit n'étant plus produit par ses auteurs habituels, les Constitutions sont désormais « juridictionnalisées » (A). Cette évolution constatée dans ces deux États met donc l'accent sur le caractère désormais inévitable de la présence du juge dans ce processus (B).

A-Le droit constitutionnel en France et en Israël : entre juge et politique

1-Les limites de la juridictionnalisation du droit constitutionnel : la déconstruction de la Constitution de 1958

L'implication désormais constatée du juge constitutionnel dans la rédaction de la Constitution comporte certains risques. La présence du Conseil constitutionnel dans l'évolution de ce texte perturbe les modes traditionnels de la production normative, et emporte certaines conséquences sur la norme constitutionnelle elle-même. En impulsant de nouvelles modifications constitutionnelles, le Conseil participe à la « déconstruction » du texte de 1958.

Le juge, en encourageant cette augmentation des révisions, ébranle les critères traditionnels qui définissent cette notion. Il porte tout d'abord atteinte à l'aspect matériel de la définition de la Constitution ; en effet, par la multiplication de ces révisions, il perturbe la détermination du contenu de ces textes. Les Constitutions présentent des caractères spécifiques les définissant, tels que leur stabilité et leur clarté. Comportant les règles les plus importantes pour réguler le fonctionnement des institutions, elles doivent pouvoir être assimilées par les citoyens, devenant ainsi le véritable « miroir de la société », selon l'expression utilisée par D. Rousseau⁷².

Cette norme a classiquement pour objet « d'instituer les règles de droit fondamentales concernant la nature de l'État, le régime politique, la désignation des gouvernants et la définition de leurs compétences, les libertés et les droits garantis aux individus et aux groupes sociaux. », nous rappelle G. Vedel⁷³. Le juge en favorisant l'insertion dans ces dispositions, de principes éloignés de leur champ traditionnel, contribue à élargir leur domaine d'intervention⁷⁴. Ces valeurs nouvelles présentes dans les Constitutions, désorganisent son contenu, mais également sa forme⁷⁵

⁷² « Dans un monde désenchanté où les hommes sont condamnés à établir eux-mêmes, sans autre garantie que la finitude de leur raison, les règles sociales de leur liberté, la Constitution est cet espèce de miroir magique qui les fait être droits, qui leur donne un point de repère et d'identité » ; ROUSSEAU D., « Trop de révisions tue la Constitution », *La Croix*, mars 1996.

⁷³ VEDEL G., « Question n° 1 : Qu'est-ce que la Constitution ? », in *La Constitution de 1958 à quarante ans*, www.conseil-constitutionnel.fr

⁷⁴ « On a peu réfléchi jusqu'ici au fait qu'il y ait un domaine de la Constitution, comme il y a un domaine de la loi et un domaine du règlement. Ce domaine de la Constitution voit, comme les autres, ses contours définis par le juge constitutionnel ; mais la différence est que le domaine dans lequel s'exerce le pouvoir constituant peut être élargi par celui-ci alors que le pouvoir législatif comme le pouvoir réglementaire ne peuvent sous le régime de la Constitution de 1958, élargir leurs domaines respectifs. » ; FAVOREU L., GAIA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 10^e éd., 2007,

Le texte de 1958, sous l'effet de ces multiples révisions a perdu son identité originelle, pour devenir un texte « fourre-tout », véritable « mille feuilles⁷⁶ » de réformes désordonnées, sans véritable cohérence ou ligne directrice. La Constitution, devient un texte obscur, qui organise en son sein des régimes contradictoires⁷⁷, et présente une forme peu lisible.

L'aspect formel de la définition de la Constitution s'attache à son régime juridique, à ses modalités d'expression. G. Vedel, précise que « Le premier principe est que la Constitution ne peut être modifiée que par une procédure plus difficile à mettre en œuvre que celle des lois ordinaires⁷⁸. » La progression régulière de ces modifications constitutionnelles contribue à remettre en cause la valeur du texte constitutionnel, qui ne peut désormais plus être considéré comme un texte sacré, « intouchable ». Le juge, par son action, participe à cette « révisionnisme » constitutionnelle, affectant ainsi la suprématie de la norme constitutionnelle.

Les révisions adoptées suite à l'intervention du juge constitutionnel ne peuvent véritablement confirmer la suprématie de la norme constitutionnelle⁷⁹. Les conséquences des révisions préalables demeurent de ce point de vue, très contestées⁸⁰, et peuvent être perçues comme une atteinte à la traditionnelle suprématie constitutionnelle. Les révisions dérogoires induisent, en outre, une inversion de la hiérarchie des normes, dans la mesure où elles inscrivent dans la Constitution de normes infra-constitutionnelles pour contourner la jurisprudence. Le Conseil constitutionnel dévalorise la Constitution par sa présence dans les procédures de révision⁸¹. Le pouvoir constituant dérivé n'est plus la seule autorité compétente pour déterminer la nécessité et le contenu, des modifications auxquelles il convient alors de procéder.

La Constitution, de par l'influence exercée par ces juges, voit son degré de rigidité remis en cause par ces multiples révisions adoptées en réponse au Conseil constitutionnel. Cette évolution incite à modifier les procédures même de révisions constitutionnelles afin de rigidifier leur mise en œuvre.

p. 669. Des matières non constitutionnelles figurent dans la Constitution ; l'abolition de la peine de mort est un principe qui relève du domaine de la loi. Tous les États abolitionnistes, n'ont pas inclus cette règle dans leur Constitution, lui accordant un rang seulement législatif (voir notamment le cas de la Belgique, de la Bulgarie...).

⁷⁵ Voir la révision relative au gel du corps électoral de la Nouvelle Calédonie, qui introduit une règle technique, précise, s'éloignant ainsi de la forme générale des principes consacrés par les Constitutions.

⁷⁶ ROUSSILLON H., « Le Conseil Constitutionnel : une institution menacée ? », in BEN ACHOUR R., GICQUEL J. [dir.], *Regards croisés sur les Constitutions tunisienne et française à l'occasion de leur quarantenaire*, Colloque de Tunis 2-4 décembre 1999, Travaux de l'Ecole doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris 1, Publications de la Sorbonne, 2003, p. 145.

⁷⁷ Les révisions dérogoires peuvent instaurer des régimes qui contredisent les Constitutions en vigueur, troublant leur cohérence ; Voir la révision relative à la Nouvelle-Calédonie, qui consacre un régime électoral spécifique à cette île, qui contredit des principes constitutionnellement consacrés.

⁷⁸ VEDEL G., « Question n° 1 : Qu'est-ce que la Constitution ? », in *La Constitution de 1958 à quarante ans*, www.conseil-constitutionnel.fr

⁷⁹ Ces révisions élèvent différents principes au niveau constitutionnel, marquant ainsi l'intérêt que le juge porte à la norme constitutionnelle. D'un point de vue symbolique la Constitution est revalorisée, dans la mesure où l'on considère qu'elle est une meilleure garantie pour protéger ces principes.

⁸⁰ Les conséquences des révisions préalables sur la hiérarchie des normes donnent lieu à controverse ; il est possible de considérer qu'elles renforcent la suprématie de la Constitution. Si la Constitution est modifiée, c'est par application de la norme constitutionnelle elle-même. L'article 54 prévoit en effet, les conditions de l'intégration du droit externe dans l'ordre constitutionnel interne. Cette interprétation confirme alors la jurisprudence du Conseil d'État. Dans son arrêt de 1998, Sarran et Levacher, il affirme explicitement la supériorité de la Constitution.

⁸¹ Ces révisions portent atteinte à la valeur juridique du texte de 1958, le juge ayant contribué à intégrer des principes d'une nature infra-constitutionnelle (l'abolition de la peine de mort par exemple), dans ce texte. La valeur symbolique de la Constitution est donc affectée par cette intervention juridictionnelle, ce texte devenant désormais le support de revendications politiques, évoluant au gré des prétentions émises par les juges.

2-Les limites du système israélien et la revalorisation d'un droit politique : la nécessaire rédaction d'une Constitution

Le système israélien accorde une place prépondérante à la Cour suprême, donnant lieu à un droit constitutionnel juridictionnalisé, à l'image des évolutions constatées en France. Le développement des prérogatives de la Cour suprême a mis en exergue les limites et les dysfonctionnements affectant les institutions israéliennes⁸². Une Constitution s'impose désormais en Israël, afin de revaloriser la place du politique. Dans ce contexte, l'on assiste depuis quelques années en Israël à un renouveau du débat constitutionnel⁸³.

La proclamation officielle d'une Constitution aurait dans ce contexte, une dimension symbolique importante, permettant d'affirmer véritablement la souveraineté de cet État contesté⁸⁴. L'heure est venue pour Israël de procéder à la rédaction de ce texte, les migrations attendues et évoquées en 1950, par D. Ben Gourion ont eu lieu, le peuple juif réuni est donc en mesure d'adopter sa Constitution⁸⁵.

L'établissement d'un texte constitutionnel contribuerait, en outre, à lever les nombreuses ambiguïtés affectant le système israélien devenu progressivement illisible, qui mérite alors une clarification apportée par le politique. La question de la place de la religion doit notamment être tranchée ; c'est l'une des questions les plus débattues, dans une société israélienne partagée entre les religieux et une revendication laïque de plus en plus affirmée^{86,87}. Le succès d'une éventuelle Constitution israélienne dépend de sa capacité à

⁸² L'adoption d'un tel texte s'inscrit dans un objectif de modernisation de l'État, 60 ans après sa création. « Depuis lors, régulièrement, des associations – tel l'Institut israélien pour la démocratie – interpellent la classe politique pour réclamer la rédaction définitive de la Constitution, notamment lorsque des crises surgissent. » ; CHARBIT D., « Institutions et vie politique : instabilité sur fond de stabilité », *Questions internationales*, n°28, nov.-déc. 2007, p. 52. Cette Constitution est désormais perçue comme une solution de compromis. Elle est devenue pour les religieux, un objectif à atteindre ; « Ils préférèrent un document qui exprime la volonté des électeurs plutôt que de subir les ingérences des juges de la Cour Suprême », estime le député M. Ben Sasson (Kadima), Président de la Commission parlementaire sur la Constitution. Les partis de gauche estiment ensuite, que dans un contexte qui tend à être défavorable au secteur laïc sur le plan démographique, la Constitution est un facteur de stabilité garantissant le statu quo religieux de la société israélienne.

⁸³ Depuis sa création, une trentaine de projets de Constitutions ont été présentés. Le projet de « Constitution par consensus » n'a été relancé qu'en 2003, par la 17^e Knesset qui a décidé de reprendre le travail de l'Assemblée constituante. Les dirigeants des trois principales formations politiques de l'époque ont approuvé cette démarche (Kadima : E. Olmert, Likoud : B. Netanyahou, Havoda : A. Peretz)

⁸⁴ L'existence même de cet État soulevant toujours des contestations, 60 ans après sa création, l'adoption d'une Constitution, peut contribuer à renforcer sa légitimité. Seuls l'Égypte, la Jordanie, la Mauritanie et l'Autorité palestinienne ont reconnu l'État d'Israël, mais pas les autres pays arabes.

⁸⁵ Israël se caractérise par ses différents flux migratoires, la population composant cet État est désormais différente de celle de 1948, ce qui justifie une modernisation institutionnelle. « Entre 1948 et 2008, Israël a beaucoup changé. La population est passée de 700 000 à 7 millions de citoyens, la culture politique s'est considérablement transformée, les élites sociales se sont diversifiées, le sionisme socialiste a perdu de son hégémonie d'antan et, cependant, rien de comparable n'a été enregistré sur le plan institutionnel. » ; CHARBIT D., « Institutions et vie politique : instabilité sur fond de stabilité », *Questions internationales*, n°28, nov.-déc. 2007, p. 52. ALLOUCHE J., « La société, entre valeurs communes et clivages sociaux », *Questions internationales*, n°28, nov.-déc. 2007, p. 66.

⁸⁶ « La composition de la société israélienne a beaucoup changé et nombreux sont les Juifs qui ne sont pas pratiquants ; des dizaines de milliers d'immigrants russes non-juifs (selon la Loi juive) sont arrivés ; on est beaucoup plus sensible qu'autrefois à la démocratie, aux droits de l'homme, à l'égalité de la femme et au respect des choix personnels. » ; GREISLAMMER I., « La loi laïque de 1905 : un exemple pour Israël ? », *L'Arche*, n°572, décembre 2005. Cette évolution transparaît notamment dans le score réalisé par le Shinoui, lors des élections de 2003.

⁸⁷ Cette préoccupation renvoie à des interrogations fondamentales pour cet État : Israël doit-il apparaître comme l'État juif ? Quelle place reconnaître aux minorités composant cet État ? Comment retranscrire les symboles du

établir un consensus sur les problématiques les plus sensibles, l'idée de compromis perdurant dans cet État.

L'établissement d'une Constitution peut, enfin, avoir des conséquences bénéfiques dans le règlement du conflit israélo-palestinien. En effet, la rédaction d'une Constitution peut faciliter la reconnaissance des droits des minorités⁸⁸. Elle peut également, avoir le mérite d'apporter des clarifications nécessaires concernant le fonctionnement de ce système juridique et politique⁸⁹. Le régime israélien donne lieu à de nombreuses critiques, régime parlementaire intégral, il est marqué par une forte instabilité qui nuit à la prise de décision et bloque la mise en place d'une politique cohérente à long terme^{90,91}.

Le régime israélien est caractérisé par une confusion des pouvoirs législatif et constituant. L'adoption d'une Constitution écrite, clarifiant la répartition des compétences normatives, mettrait fin à ce système complexe qui se rapproche des pratiques en vigueur sous la III^e République en France. L'émergence d'un pouvoir constituant autonome, associant différents acteurs institutionnels, simplifierait les pouvoirs exercés par la Knesset, qui se verrait seulement attribuer l'exercice du pouvoir législatif. Outre les acteurs institutionnels et politiques, il serait opportun d'intégrer les Israéliens dans ce pouvoir constituant, en les associant à l'élaboration et à la ratification, par la voie référendaire, de la Constitution ; l'implication d'un « peuple constituant » ne peut que faciliter la construction de l'unité de l'État. Mais, le pouvoir constituant ne se limite pas à l'établissement d'une Constitution, il concerne également l'évolution de cette norme. Pour rester fidèle à la vision dégagée en 1948 par D. Ben Gourion, qui estimait qu'une Constitution ne doit pas « lier les générations futures », un droit de révision doit être reconnu et associer les différentes composantes de la société israélienne.

L'adoption d'une Constitution aurait, enfin, pour conséquence de transformer sensiblement les modes de production normative en Israël. L'établissement d'un tel texte, en revalorisant la source politique du droit constitutionnel, limiterait les pouvoirs exercés par la

judaïsme ? Ce dernier point a fait l'objet de réflexions spécifiques, mais un consensus existe relatif à l'actuel drapeau, l'emblème, et l'hymne.

⁸⁸ Des universitaires arabes ont fait valoir que l'établissement d'une Constitution est susceptible de renforcer le sentiment national d'appartenance des ces populations, en créant de véritables domaines de citoyenneté.

⁸⁹ « Le paradoxe est impressionnant : pays jeune, Israël est réputé pour sa capacité d'innovation dans tous les domaines, hormis son système politique qui est demeuré à peu près identique. [...] Des leaders d'une stature historique indéniable – D. Ben Gourion, Y. Rabin, M. Begin, A. Sharon – ont pu déployer leur compétence en domestiquant le système sans jamais parvenir à le transformer. [...] Devant des phénomènes aussi alarmants, n'y a-t-il pas là un risque pour la légitimité du pouvoir politique ? La démocratie israélienne est-elle à bout de souffle ? » ; CHARBIT D., « Institutions et vie politique : instabilité sur fond de stabilité », *Questions internationales*, n°28, nov-déc. 2007, p. 52.

⁹⁰ Les divisions politiques observables dans cet État, peuvent être expliquées par la mise en oeuvre du scrutin proportionnel pour la désignation de la Knesset. Le choix de ce mode de scrutin résultant du nécessaire compromis fondateur israélien, permet la représentation de chacune des communautés composant cet État. Mais, il est 60 ans après son instauration, sources de difficultés ; en entraînant une multiplication du nombre de partis politiques souvent éphémères (12 partis sont représentés dans l'actuelle Knesset issue des élections de 2006) qui contribue à une instabilité gouvernementale (31 gouvernements depuis la création de l'État), comparable à celle que l'on pouvait observer en France sous la IV^e République. Le régime israélien nécessite compte-tenu des particularismes de cet État, une certaine stabilité, afin de permettre notamment le règlement du conflit.

⁹¹ Différentes personnalités politiques (de droite, notamment A. Libermann) ont proposé divers changements institutionnels, allant jusqu'à l'instauration d'un régime présidentiel calqué sur le modèle américain. Une telle rupture institutionnelle, mérite d'être encadrée par l'établissement d'une Constitution, afin d'éviter toutes dérives.

Cour suprême⁹². Une Constitution doit effectuer des choix politiques, qui sont actuellement faits par la Cour suprême. Les différents compromis adoptés, ont permis à la Cour de développer ses prérogatives, souvent qualifiées d'exorbitantes⁹³. Une Constitution fixerait un cadre aux pouvoirs exercés par cette juridiction, qui doit se conformer aux prescriptions constitutionnelles. La Cour suprême, dans cette perspective, serait positionnée en véritable juridiction constitutionnelle chargée de faire appliquer un texte constitutionnel défini, mais n'exercerait plus son rôle actuel de constituant.

B-L'inévitable présence des juridictions constitutionnelles française et israélienne dans le processus constituant

1-L'impossible réforme ?

Le fonctionnement des systèmes français et israélien montre les limites de l'intervention autonome du pouvoir constituant dérivé. Le pouvoir politique doit désormais composer avec la présence de ces juridictions. Le rétablissement de l'équilibre entre ces pouvoirs, implique certaines réformes, qui semblent actuellement compromises.

L'établissement d'une Constitution israélienne est difficilement concevable à l'heure actuelle. La réalisation d'un tel projet se heurte à différents obstacles. Le premier de ces obstacles, est matériel ; quels principes une telle Constitution peut-elle fixer ? Un consensus politique est-il véritablement envisageable sur des sujets toujours sensibles, tels que la place de la religion ou la détermination des frontières ? L'adoption de cette Constitution comporte le risque de cristalliser les oppositions existantes dans la société israélienne, et de rompre le difficile compromis de 1948.

Si en théorie, une Constitution peut résoudre certaines difficultés sur le plan institutionnel, l'instauration de cette Constitution comporte des risques. S'appuyant sur son « arsenal » de lois fondamentales, Israël « fonctionne » et parvient même, malgré ses dysfonctionnements institutionnels, à atteindre selon D. Charbit « une certaine stabilité dans l'instabilité⁹⁴ ». Le compromis historique demeure, dans un contexte politique qui ne lui est pourtant pas favorable. Compte-tenu du contexte, ces « tranches » de Constitution, établies progressivement, semblent donc pouvoir suffire à cet État, montrant les limites des conceptions classiques de la notion de Constitution⁹⁵. L'établissement d'une Constitution en

⁹² Cette perspective semble être plus fidèle à la vision des pères fondateurs de l'État, et notamment, de manière paradoxale, à celle de D. Ben Gourion. Il souhaitait limiter les prérogatives exercées par les organes juridictionnels, afin de privilégier la voie politique, comme source normative.

⁹³ Les décisions rendues par la Cour suprême peuvent faire l'objet de contestations, notamment relatives à l'interprétation des valeurs d'État « juif et démocratique ». La crise a véritablement été précipitée lorsque, en 1998, la Cour suprême a déclaré illégale l'exemption du service militaire accordée aux étudiants des yechivots, provoquant ainsi la colère des milieux religieux. La légitimité de la Cour est contestée, la plupart de ces juges sont des laïcs libéraux, peu représentatifs de l'ensemble de la population israélienne.

⁹⁴ CHARBIT D., « Institutions et vie politique : instabilité sur fond de stabilité », *Questions internationales*, n°28, nov.-déc. 2007, p. 52.

⁹⁵ Seule manque à cette construction juridique, à ces quatorze « tranches de Constitutions », une déclaration de droits, pour finaliser ce système normatif. Cette déclaration permettrait de rapprocher les lois fondamentales de la forme constitutionnelle ; les Constitutions comportant en principe en préambule ce type de déclaration. Mais, si d'un point de vue formel, cette option semble plus facile à mettre en œuvre que l'établissement d'une Constitution, d'un point de vue matériel, l'on retrouve les obstacles déjà évoqués : quelles valeurs consacrer dans une telle déclaration ? Une déclaration des droits présente en outre, une portée limitée, ne permettant pas de régler les difficultés institutionnelles rencontrées par cet État.

Israël constitue donc, une entreprise risquée pour cet État fragile qui ne bénéficie pas d'une reconnaissance internationale⁹⁶.

A la lumière du fonctionnement actuel des institutions israéliennes, on peut donc s'interroger sur l'utilité d'un tel projet. En effet, même s'il n'existe pas formellement de Constitution écrite, cet État n'est pas dépourvu de textes, quatorze lois fondamentales ayant été adoptées en application de la résolution Harari. Ces lois ont été complétées par la jurisprudence de la Cour suprême, qui a su faire preuve d'un certain activisme⁹⁷ afin de renforcer cet arsenal juridique. Depuis la jurisprudence établie par le juge Barak, la Cour suprême a défini la notion controversée « d'État juif et démocratique. » Si la jurisprudence de la Cour suscite des critiques émanant notamment des religieux qui la jugent trop libérale, elle permet toutefois de maintenir le compromis originaire. L'établissement du droit par la Cour suprême permet de faire accepter des décisions sur des sujets sensibles, qui n'auraient pas été admises si elles avaient été prises par le pouvoir politique. Le politique s'est déchargé de sa responsabilité sur l'institution judiciaire, pour les questions les plus polémiques, et il semble que ce mode de production normative soit finalement le mieux adapté au modèle israélien⁹⁸.

La rédaction d'une Constitution n'est en outre, pas un moyen infaillible de réduire les pouvoirs de la Cour suprême⁹⁹. En effet, même en présence d'une Constitution écrite, la Cour conserve son pouvoir d'interprétation et dispose à ce titre, d'un pouvoir créateur de droit. Dans les États disposant de Constitution écrite, les juridictions constitutionnelles s'investissent de plus en plus dans l'évolution de ces textes. Ainsi, en France, le Conseil constitutionnel s'implique dans le processus constituant.

En France, il est actuellement difficile de réduire les pouvoirs du Conseil constitutionnel dans ce processus. Ses principales prérogatives résident dans les procédures de révision préalable, qui lui permettent d'effectuer le contrôle des actes externes. Signe de modernité constitutionnelle, il n'est actuellement pas envisagé de modifier l'article 54 du texte de

⁹⁶ La proclamation d'une Constitution implique des arbitrages qui peuvent être à l'origine de profonds clivages dans la société israélienne, et rompre le compromis fondateur qui a présidé à sa création. La Constitution s'avère dans ce contexte, un projet périlleux qui peut porter atteinte à l'existence même de l'État.

⁹⁷ La Cour suprême a ainsi développé une jurisprudence en matière de droits fondamentaux, droits de l'homme en dégagant des principes là où les lois fondamentales ne sont pas intervenues. Elle a également agi en matière institutionnelle, intervenant dans l'activité du gouvernement, mais également de la Knesset. « Plus encore, l'activisme judiciaire dans des domaines qui semblaient hors d'atteinte ont attiré sur la vénérable institution les foudres des conservateurs et l'admiration des libéraux qui, devant la paralysie de la Knesset, placent leurs espoirs dans la Cour Suprême. C'est ainsi qu'elle a reconnu au nom de la liberté du travail, le droit d'ouvrir un commerce de viande non casher ou qu'elle a aligné les droits des conjoints homosexuels sur la législation libérale régissant les couples vivant en concubinage. » ; CHARBIT D., « Institutions et vie politique : instabilité sur fond de stabilité », *Questions internationales*, n°28, nov-déc. 2007, p. 52. La jurisprudence de la Cour, caractérisée par une approche libérale et démocratique, permet des évolutions contrairement au droit adopté par la Knesset qui est influencé par les religieux. Mais il convient toutefois de modérer la portée de la jurisprudence de la Cour suprême en indiquant que depuis sa jurisprudence de 1995, seules quatre lois ont été déclarées inconstitutionnelles.

⁹⁸ Le juge est un « tiers impartial », ses décisions sont plus facilement tolérées. La Cour suprême apparaît désormais, comme l'une des institutions les plus respectées, les autres institutions (présidence et premier ministre) étant fréquemment impliquées dans des affaires politico-judiciaires. Mais depuis le départ d'A. Barak, la Cour a toutefois perdu de son autorité, sa jurisprudence est contestée.

⁹⁹ En outre, en raison de la complexité et des fragilités du contexte israélien, on peut supposer que cet État reconduirait dans une Constitution écrite, des principes déjà dégagés par la Cour suprême. Dans cette hypothèse, l'adoption d'une Constitution écrite contribuerait à constitutionnaliser expressément des principes de nature jurisprudentielle et à consacrer les pouvoirs de la Cour, qui resterait productrice de droit.

1958¹⁰⁰. Le développement constaté des normes externes laisse alors présager la croissance des pouvoirs du Conseil en ce domaine.

Le Conseil constitutionnel est ensuite malgré lui, à l'origine de révisions dérogatoires qui contournent sa jurisprudence. Ces révisions, condition de la légitimité de cet organe, ont vocation à se pérenniser. En effet, le Conseil constitutionnel a conservé au pouvoir constituant dérivé son « droit au dernier mot » en se déclarant incompétent pour contrôler les révisions constitutionnelles¹⁰¹. Le Conseil constitutionnel a ainsi, évité de s'exposer à la classique accusation de « gouvernement des juges¹⁰² », refusant de s'octroyer le pouvoir de censurer le constituant.

Les deux Etats étudiés présentent une évolution similaire, de leur mode de production normative, marquée par la présence désormais acceptée des juridictions constitutionnelles dans le processus constituant.

2-Le retour aux sources du pouvoir constituant

L'étude de ces deux systèmes illustre la transformation des liens unissant le pouvoir constituant au juge, ces deux organes étant désormais liés. Cette évolution traduit un retour aux « sources » aux premières théories relatives au pouvoir constituant et à la justice constitutionnelle, formulées par Sieyès.

L'origine moderne du contrôle de constitutionnalité est souvent présentée comme résidant dans les travaux d'E.-J Sieyès. Dans deux discours, *Opinions*, des 2 et 18 thermidor an III¹⁰³, lors de la Convention nationale, il a formulé son projet de « Jurie constitutionnaire », qui « fait souvent figure d'ancêtre des cours constitutionnelles modernes et présente toutes les qualités d'un mythe fondateur », selon M. Troper¹⁰⁴. Ce Jury présente pour la première fois les grands mécanismes de la justice constitutionnelle, il est chargé de l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité (qui se limite à la procédure). Les compétences du Jury ont été finalisées le 18 thermidor ; « Son nouveau Jury pourra non seulement annuler les actes contraires à la Constitution, mais aussi proposer tous les dix ans une révision constitutionnelle.¹⁰⁵ », indique

¹⁰⁰ Voir par exemple, le rapport remis par le Comité « Balladur » et la révision qui a suivi en juillet 2008, ne remettent pas en cause le fonctionnement de ces mécanismes.

¹⁰¹ Décision n°2003-469, DC du 26 mars 2003, Révision relative à l'organisation décentralisée de la République.

¹⁰² LAMBERT E., *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, 1921, Rééd. Dalloz, Préface de F. Moderne, 2005.

¹⁰³ DORIGNY M., *Œuvres de Sieyès*, E.D.H.I.S., 3 tomes, 1989. Dans son premier discours, il refuse le mot anglais de « Jury », mais il renonce le 18 thermidor à son néologisme.

¹⁰⁴ TROPER M., « Sieyès et le jury constitutionnaire », in *Mélanges P. Avril*, « La République », Montchrestien, 2001, p. 265. Si l'apport de Sieyès est unanimement reconnu, le caractère novateur de ces projets est contesté. Il s'est inspiré des pratiques américaines, mais également des « idées de Thibaudeau, de Boulay de la Mouthe [son secrétaire], ou de Daunou. » ; BASTID P., *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'An III*, Hachette, 1939, p. 7.

¹⁰⁵ Sieyès a réduit les compétences du Jury en matière de contrôle de constitutionnalité, pour lui attribuer des pouvoirs relatifs aux révisions, il précise dans le second discours : « Je demanderais trois services au jury constitutionnaire : 1° qu'il veille avec fidélité à la garde du dépôt constitutionnel ; de ce fait il est le tribunal de cassation dans l'ordre constitutionnel ; 2° qu'il s'occupe à l'abri des passions funestes, de toutes les vues qui peuvent servir à perfectionner la Constitution, comme atelier de proposition pour les amendements que le temps pourra exiger dans la constitution ; 3° qu'il offre à la liberté civile une ressource d'équité naturelle dans les occasions graves où la loi tutélaire aura oublié sa juste garantie. » Selon M. Troper, l'attribution de ces nouvelles compétences au Jury, se justifiait par des considérations tactiques, mais ce point reste toutefois discuté. TROPER M., « Sieyès et le jury constitutionnaire », *Op., cit.*, p. 265. JAUME L., « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Droits*, n°36, 2002, p. 115.

M. Troper. Le Jury a pour mission de « réaliser le perfectionnement gradué de l'art constitutionnel¹⁰⁶. »

Les pouvoirs du Jury se comprennent au regard de la théorie du pouvoir constituant¹⁰⁷. Sieyès rappelle dans son discours du 2 thermidor : « Une idée saine et utile fut établie en 1788 ; c'est la division du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. » Le Jury n'est pas conçu comme un coconstituant, ses pouvoirs sont délimités par la Constitution, cet organe ne bénéficiant d'aucune autonomie. Sieyès précise que « Dans mon *Opinion*, le Jury constitutionnaire n'a pas le droit de toucher lui-même à la Constitution : ce serait lui commettre le pouvoir constituant. Borné à la simple proposition, il n'a pas la faculté de l'exercer quand et comme bon lui semble. Je fixe des époques éloignées et des formes certaines ; et alors même l'action constituante se trouve partagée entre les assemblées primaires, le Jury constitutionnaire et la législature¹⁰⁸. » Sieyès limite les pouvoirs de ce Jury, assignant à cet organe l'adoption de simples améliorations-adaptations, rejetant la rénovation bouleversement. Les pouvoirs du Jury sont ainsi compatibles avec la conception de la notion de Constitution¹⁰⁹ et de ses révisions¹¹⁰ retenue par Sieyès. Les pouvoirs du Jury, ne portent pas atteinte au traditionnel principe de la séparation des pouvoirs¹¹¹. Ce jury constitutionnaire

¹⁰⁶ Sieyès précise les modalités d'exercice de ce pouvoir ; « Dans chaque dixième année, à dater de la fin de ce siècle, qui n'est pas bien éloignée, à dater de l'an 1800, le Jury constitutionnaire fera imprimer son cahier ou projet des améliorations de l'acte constitutionnel. Ce cahier sera sans doute le choix le mieux fait sur la récolte générale des années précédentes ; il sera élaboré de manière à ne présenter que des vues véritablement utiles pour la réforme constitutionnelle. »

¹⁰⁷ « Ce qu'on doit appeler la Constitution n'est point une manière d'être de la nation, elle n'appartient qu'à son gouvernement. C'est le gouvernement qui est constitué et non la nation. J'y vois que le pouvoir constitué et le pouvoir constituant ne peuvent se confondre. Et qu'ainsi le corps des représentants ordinaires du peuple, c'est à dire ceux qui sont chargés de la législation ordinaire, ne peuvent sans contradiction et sans absurdité toucher à la Constitution. » *Archives nationales*, 284 AP 4 doss. 8, Cité par PASQUINO P., « Le républicanisme constitutionnel de E. Sieyès », *Droits*, n°17, 1993, p. 67.

¹⁰⁸ « Vous seriez effrayés avec raison d'un projet qui tendrait à établir la permanence du pouvoir constituant ; autant vaudrait n'avoir pas de Constitution ; elle perdrait tout principe de stabilité, ces sentiments d'amour et de vénération, qui appartient surtout aux peuples libres de lui consacrer, parce que de tels sentiments sont incompatibles avec l'idée de versatilité qui s'y attacherait nécessairement. [...] Il n'y a pas de loi qui ait plus besoin d'une sorte d'immutabilité qu'une Constitution. » ; SIEYES E., *Opinion du 18 thermidor an III*.

¹⁰⁹ « La Constitution d'un peuple serait un ouvrage imparfait, si elle ne recelait en elle-même, comme tout être organisé, son principe de conservation et de vie, mais faut-il comparer sa durée à celle d'un individu naissant, croissant, déclinant et mourant ? Je ne le pense pas. » SIEYES E., *Opinion du 18 thermidor an III*. Sieyès résume ainsi les trois fonctions de son Jury constitutionnaire : « Sous les deux premiers points de vue, il sert la Constitution ; sous le troisième, il sert les droits de l'homme. » ; Voir : PASQUINO P., *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, O. Jacob, 1998.

¹¹⁰ Il considère, qu'« un peuple a toujours le droit de revoir et de réformer la Constitution. Il est même bon de déterminer les époques où cette révision aurait lieu. », écrivait-il dans l'article 42 dans un projet de déclaration des droits présenté le 12 avril 1789.

¹¹¹ « La question est de savoir comment on divisera les pouvoirs. La règle que j'ai énoncée en commençant nous répond : diviser pour empêcher le despotisme ; centraliser pour éviter l'anarchie. [...] Je ne connais que deux systèmes de division des pouvoirs : le système de l'équilibre et celui du concours ou en termes à peu près semblables, le système des contrepoids et celui de l'unité organisée. » ; SIEYES E., *Opinion du 2 thermidor an III*. Ce pouvoir reconnu au Jury doit en outre, se comprendre, avec ses théories de la représentation.

a été refusé par la Commission des Onze¹¹² et n'a pas connu de réelle application, mais les discours de Sieyès ont toutefois influencé la pratique constitutionnelle¹¹³.

Ces théories établies par Sieyès trouvent actuellement leur prolongement dans les deux systèmes juridiques étudiés. En effet, les fondements du contrôle de constitutionnalité en Israël reposent sur les thèses de Sieyès. A. Barak s'est inspiré des travaux de Sieyès qui affirmait à la Convention nationale, thermidor an III que « la Constitution est obligatoire ou elle n'est rien¹¹⁴. » La suprématie constitutionnelle implique, selon A. Barak, une sanction conformément aux théories classiques de la justice constitutionnelle. La Cour, s'appuyant sur cette doctrine, s'est alors déclarée compétente pour procéder au contrôle de constitutionnalité dans cet État « sans Constitution ». La Constitution n'a pas été adoptée selon les modalités prévues par la Déclaration d'indépendance, la résolution Harari ayant eu pour conséquence, selon C. Klein, de « repousser aux calendes l'adoption d'une Constitution écrite ». Le juge constitutionnel a donc permis la reconnaissance d'une Constitution israélienne, sans intervention directe du peuple.

La pratique des juridictions constitutionnelles étudiée évolue, devenant un véritable acteur du processus constituant. Le Conseil constitutionnel a su progressivement développer son pouvoir d'induire des révisions constitutionnelles, se rapprochant ainsi des premières théories formulées par Sieyès et de son Jury constitutionnaire. Dès son origine, le Conseil constitutionnel s'est vu reconnaître des prérogatives lui permettant d'être à l'origine de révisions par la consécration de cette théorie de l'aiguilleur, dans l'article 54. Ce pouvoir est ainsi inhérent à l'exercice même de sa fonction. Ce constat amène alors à s'interroger sur l'organisation même de ces juridictions. Si le Conseil constitutionnel voit son organisation admise et confirmée¹¹⁵, la Cour israélienne fait, elle, l'objet de propositions de réforme¹¹⁶.

¹¹² Le projet de Sieyès a été contesté, les attaques les plus virulentes portaient sur la nature et la fonction de ce Jury et plus spécifiquement sur ses compétences pour proposer des révisions. En effet, « la perspective du perfectionnement constitutionnel prend à rebrousse poil une assemblée qui, dans sa masse anonyme, ne rêve plus que de textes intangibles et d'ordre définitif » ; GAUCHET M., *La Révolution des pouvoirs – La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Gallimard, 1995, p. 179.

¹¹³ « Son projet de l'an III, Sieyès le présenta à nouveau sous le nom de Collège des conservateurs et quoi que dénaturé par Bonaparte, la Constitution de l'an VIII, l'adopta en le qualifiant de conservateur. », KOUNG-YOEH, *La théorie constitutionnelle de Sieyès*, Thèse, Grenoble, Recueil Sirey, 1934, p. 144. Les pratiques du Sénat ont permis « non de conserver la Constitution, mais de la faire évoluer par l'intermédiaire des sénatus consultes, la charte fondamentale. » ; ROUSSILLON H., « Les révisions constitutionnelles dans les déclarations de l'An I », *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, T. XLVI, P.U.S.S.T., 1993, p. 311.

¹¹⁴ Ce raisonnement a également fondé l'arrêt *Marbury v. Madison* de la Cour suprême américaine et explique aussi les théories d'H. Kelsen. TROPER M., « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », *Op. cit.*, p. 215.

¹¹⁵ La doctrine ne remet pas en cause son caractère de juridiction, qui est désormais accepté. Le constituant a même étendu le champ de ses prérogatives, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Voir l'ajout d'un article 61-1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

¹¹⁶ Des propositions de réformes de la Cour suprême sont formulées, en vue de politiser cette institution. La Cour agissant comme un acteur politique, et il convient en conséquence, de lui conférer une composition plus politique. D. Friedman, garde des sceaux d'E. Olmert, par exemple, souhaite fixer à sept ans le mandat des membres, procéder à l'élection du président de la Cour, au lieu de s'en tenir à la règle automatique de l'ancienneté et modifier la composition de la commission qui nomme les juges. Cette proposition reste toutefois critiquée, de telles mesures peuvent avoir pour effet de politiser l'institution, ce qui porterait atteinte à sa légitimité.

Le juge prend la place du peuple, ce qui pose la question de la réforme globale de ces systèmes¹¹⁷. La réforme éventuelle de ces juridictions ou des procédures de révision apparaît insuffisante et met l'accent sur la nécessité d'une refonte globale du fonctionnement politique de ces systèmes¹¹⁸.

Si le pouvoir constituant se transforme¹¹⁹, les pratiques observées en Israël et en France confirment les difficultés traditionnelles liées à sa détermination, qui traditionnellement fait l'objet de discussions. Ainsi, G. Burdeau, précisait que « L'étude du pouvoir constituant présente du point de vue juridique, une difficulté exceptionnelle qui concerne la nature hybride de ce pouvoir... La puissance que recèle le pouvoir constituant est rebelle à une intégration totale dans un système hiérarchisé de normes et de compétences... toujours le pouvoir constituant demeure étranger au droit¹²⁰. »

La présentation de ces deux systèmes juridiques permet de mettre en exergue les paradoxes classiques liés au pouvoir constituant, qui reste par définition lié aux juridictions constitutionnelles¹²¹. Mais l'étude de ce pouvoir demeure toutefois fondamentale dans la mesure où pour reprendre la formule de Sieyès, « Toute Constitution suppose avant tout un pouvoir constituant. »

¹¹⁷ La limitation des pouvoirs de la Cour implique de donner au Parlement les moyens de fonctionner efficacement. Or, le système actuel est marqué par une instabilité et un manque de cohérence, imputables au scrutin proportionnel, qui rappelle les pratiques françaises de la IV^e République. Il serait donc utile de revoir ce mode de scrutin, mais Israël reste attaché à cette représentation proportionnelle résultant du compromis fondateur. Ce mode de scrutin a peu évolué depuis sa mise en place, seuls les seuils ont été relevés de manière infime (2%). Toutefois, l'établissement du scrutin majoritaire permettrait l'émergence d'une véritable démocratie dirigée, notamment utile pour régler le conflit israélo-palestinien. Mais il est difficilement envisageable dans le contexte politique israélien actuel (12 partis à la Knesset), de trouver 61 députés favorables à une telle réforme. Dans la mesure où il est impossible de supprimer la représentation proportionnelle des institutions israéliennes, il est alors utile de s'interroger sur l'introduction du bicaméralisme dans cet Etat.

¹¹⁸ Ce débat relance alors l'idée de l'instauration d'une VI^e République en France ; ROUSSILLON H., « Feu la VI^e République ou la fin d'un mythe », *R.F.D.C.*, décembre 2002.

¹¹⁹ Ces évolutions mettent en exergue la nécessité de rigidifier en France la Constitution, en modifiant l'article 89 de la Constitution. Les évolutions actuelles (le « Rapport Balladur » et la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008), ne prônent toutefois pas de véritable réforme en ce sens. Une telle réforme permet en outre de réguler l'adoption des révisions dérogatoires, à l'image par exemple des pratiques américaines. Voir les procédures de révision prévues par l'article V de la Constitution ; ZOLLER E., *Le droit des États-Unis*, Q.S.J., P.U.F., 2001, p. 88.

¹²⁰ BURDEAU G., *Traité de Sciences politiques*, Vol. IV, 1983, p. 171.

¹²¹ Sieyès s'interrogeait déjà sur la question de savoir, « Comment, peut-on abandonner la Constitution à elle-même au moment de sa naissance ? Où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code ? » Mais D. Chagnollaud, rappelle toutefois que « de même chacun croit connaître le projet de jurie constitutionnaire de Sieyès qui illustre dans tous les manuels le paragraphe de l'exception d'autant mieux que la pensée de ce dernier était restée mystérieuse : le juge qu'il imagine n'était-il pas un juge seulement pas métaphore ? » ; CHAGNOLLAUD D., « Avant-propos », in CHAGNOLLAUD D. [dir.], *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII^e-XX^e siècle*, Ed. Panthéon-Assas, 2003, p. 8.