Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem

20 | 2009
Varia

La judiciarisation de l'éthique militaire en Israël

Éléments pour une analyse politique du rôle de la Cour Suprême dans le conflit israélo-palestinien

The judicialization of Israeli Military Ethics

Samia Chouchane

Édition électronique
URL : http://journals.openedition.org/bcrfj/6197
ISSN : 2075-5287

Éditeur
Centre de recherche français de Jérusalem

Édition imprimée
Date de publication : 15 décembre 2009

Référence électronique
Samia Chouchane, « La judiciarisation de l'éthique militaire en Israël », *Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem* [En ligne], 20 | 2009, mis en ligne le 10 mars 2010, Consulté le 19 avril 2019. URL : http://journals.openedition.org/bcrfj/6197

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

© Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem

La judiciarisation de l'éthique militaire en Israël

Éléments pour une analyse politique du rôle de la Cour Suprême dans le conflit israélo-palestinien

The judicialization of Israeli Military Ethics

Samia Chouchane

1 Depuis plusieurs années maintenant, ce qu'il est convenu de désigner d' « hyperactivisme » de la Cour Suprême n'a cessé d'alimenter des débats passionnés en Israël sur le rôle et le contrôle que peut exercer la plus haute institution judiciaire du pays dans les affaires dites « du conflit ». Parmi les interventions les plus critiquées figurent les très nombreuses décisions de la Cour dans les affaires militaires, rendant ainsi progressivement le Juge ordonnateur de ce que *Tsahal* a ou non le droit de faire, en se prononçant ouvertement sur la légalité de pratiques ou des méthodes engagées lors de ses opérations, telles les éliminations ciblées ou la « procédure du voisin » par exemple. L'origine d'un tel phénomène se situe clairement dans l'évidente judiciarisation du conflit israélo-palestinien de manière plus globale, comme en atteste par exemple, la judiciarisation du tracé de la barrière de sécurité (ou mur de séparation) décidé aussi dans l'arène judiciaire[1]. Une telle situation est créatrice de nombreuses contraintes juridiques, bon an mal an intégrées à que nous avons convenu d'appeler l'éthique militaire israélienne[2], c'est-à-dire ce corps de valeurs défini et exprimé à l'intérieur d'un certain nombre de textes et de discours mais aussi de pratiques qui président à l'action et au comportement militaire. Ainsi, indéniablement, la Cour Suprême israélienne est devenue l'un des principaux « producteurs » de cette éthique militaire israélienne, que l'on peut donc considérer comme l'une des manifestations principales de la judiciarisation de l'espace politique.

2 Il convient d'ailleurs de préciser d'emblée que c'est l'ensemble des enjeux politiques et sociaux de l'État d'Israël qui ont été marqués par l'évolution du rôle du Juge, et notamment celui de la Cour Suprême. En effet, c'est l'ensemble de la sphère publique,

pour reprendre l'expression d'Itshak Galnoor[3], qui a fait l'objet d'une judiciarisation considérée par de nombreux observateurs comme étant l'une des plus abouties dans les sociétés démocratiques[4]. Et, bien entendu, un tel processus a suscité nombre de polémiques[5]. Très souvent, les critiques adressées à l'encontre de l'activisme de la Cour visent son ancien Président (de 1995 à 2006), le Juge Aharon Barak, qui peut être considéré comme la personnification de l'idée selon laquelle « tout est justiciable », et qui est à l'origine de l'évolution du rôle du juge en Israël. Cependant bien que celui-ci soit à l'origine d'une impulsion cruciale, la vision de la fonction et du rôle du juge du Président Barak n'est pas le seul facteur d'explication de cette évolution. En réalité, cette montée en puissance de l'autorité judiciaire est véritablement le miroir des évolutions tant internes et qu'externes à l'État d'Israël qui n'ont fait que permettre l'affirmation d'une tendance activiste du juge perceptible dès les premières années d'existence de l'État[6]. Comme le fait remarquer très justement Eli Salzberger, si la personnalité du juge Barak constitue un facteur important au développement de ce processus de judiciarisation, il doit être analysé avec ce qu'il appelle la « fascinante combinaison » entre facteurs personnels et facteurs institutionnels dont résulte une incroyable montée en puissance du juge dans de nombreux enjeux politiques, sociaux ou militaires. Cette combinaison fonde en effet un processus inéluctable de judiciarisation qui peut être défini comme étant la capacité pour l'autorité judiciaire à créer des normes et des contraintes au détriment des pouvoirs exécutifs et législatifs. Un tel phénomène repose plus particulièrement sur une idée forte : celle du juge en tant qu'arbitre. Il est ainsi une sorte d'autorité « palliative » des manquements des différents acteurs politiques (leaders, administrations, etc...).

3 La judiciarisation du champ de bataille israélien constitue en ce sens à la fois la manifestation, l'expression et le produit de la montée en puissance de l'exigence de traitement des nombreux problèmes irrésolus jusque là et que posent les Territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967 : leur statut juridique et celui des Palestiniens d'une part, l'occupation militaire d'autre part, mais aussi la question des colonies, le maintien de l'ordre, les cadres politiques et juridiques des opérations militaires, etc... Jacques Commaille évoque à juste titre la « crise du politique et de son incapacité à arbitrer des demandes sociales »[7] en tant que contexte propice à l'émergence d'un tel processus. Par ailleurs, en Israël, une telle faiblesse des instances détentrices du pouvoir est accentuée par la gestion partisane du pouvoir. Le système politique israélien, du fait de son caractère « partisan » a effectivement longtemps favorisé des politiques pouvant être objectivement considérées comme arbitraires et intéressées, et s'est avéré incapable de résoudre, voire même de traiter de problématiques politiques et sociales importantes et transversales au système partisan, comme le conflit des territoires. Cette situation, que l'on peut considérer comme une faiblesse structurelle du régime politique, a logiquement profité à une institution symbolique de la « restauration de la souveraineté politique du peuple juif »[8] (au même titre que l'armée d'ailleurs), et perçue comme une garantie d'un mode de fonctionnement démocratique dans un contexte marqué par de nombreux clivages et un clientélisme politique latent. Par conséquent et comme le fait remarquer à juste titre Martin Edelman, les Israéliens perçoivent « l'espace judiciaire » comme le gardien des valeurs démocratiques qui fondent leur société et dont il est nécessaire par conséquent d'assurer l'autonomisation par rapport aux autres pouvoirs en tant que garantie de l'indépendance du Juge. Cela explique bien évidemment la forte confiance accordée à l'institution judiciaire, sorte d'îlot d'impartialité et d'indépendance dans un contexte politique partisan. Dès 1971 P. Elman écrivait déjà que la Cour Suprême est considérée comme le symbole traditionnel de l'indépendance, de l'objectivité et de

l'impartialité[9]. Dans les affaires relatives à la conduite des opérations militaires et à l'éthique des soldats, comme pour l'ensemble des problèmes liés au conflit israélo-palestinien, ces trois caractéristiques qui s'expriment pourtant de manière assez inachevée dans l'ensemble[10], sont à l'origine d'une contrainte nouvelle et fondamentale pour l'armée : celle de voir les décisions et les ordres militaires soumis à la révision judiciaire[11].

4 Une telle « incursion », pour employer volontairement un terme militaire qui d'ailleurs exprime parfaitement le sentiment de certains officiers à l'égard de la montée en puissance du Juge dans le conflit, intervient dans un contexte qui l'a paradoxalement favorisée : celui de la lutte contre le terrorisme. Ce « combat du quotidien » en Israël[12] s'inscrit comme pour toutes les démocraties dans le nécessaire bien que difficile équilibre entre d'une part la sécurité des citoyens et d'autre part l'impérative préservation de ses propres valeurs, fondatrice d'un mode de vie démocratique, et ce dans l'exercice même des opérations d'anti-terrorisme. Considérée comme étant un véritable test fait à la démocratie israélienne[13], l'une des problématiques les plus compliquées et complexes au niveau mondial[14], la guerre contre le terrorisme sera l'occasion ainsi d'affirmer que plus que jamais les lois ne sont pas silencieuses en temps de guerre[15], bien au contraire : aucune bataille pour la sécurité d'Israël ne peut être conduite dans un *vacuum* juridique[16]. Sous certaines réserves et dans certaines limites, la Cour se pose ainsi idéalement en tant qu'institution de contrôle et le cas échéant de sanction des opérations militaires dans les Territoires Occupés.

5 Cette question, précisons-le, est loin d'être nouvelle, puisque le contrôle que le juge peut exercer à l'encontre des décisions et des actes notamment du pouvoir exécutif a été largement discuté. D'ailleurs, un simple état de la question qui peut faire l'objet d'une étude en soi (ce qui dépasserait le cadre de cet article) démontre aisément l'intérêt suscité par la révision judiciaire des affaires liées au conflit[17] en Israël et en sciences sociales de manière générale. On peut évoquer à cet égard un certain nombre de contributions fondamentales, qu'elles soient axées autour d'une analyse d'un arrêt ou au contraire qu'elles proposent une étude plus globale de la position, voire de la politique de la Cour à l'encontre des détentions administratives[18], des expulsions[19] ou encore des démolitions de maisons d'auteurs d'attentats terroristes[20]. Dans ce sens l'ouvrage de David Kretzmer, « *The Occupation of Justice* »[21] qui s'entend comme une étude profonde et critique de l'évolution de la Cour dans les questions liées à l'occupation des Territoires, représente probablement la référence la plus complète en la matière. Notons cependant, que la recherche sur l'activisme judiciaire à l'encontre des activités militaires a été profondément marquée par la première *Intifada*, véritable tournant dans l'occupation militaire des Territoires par Israël : elle a créé en effet une situation sécuritaire faite de tensions quotidiennes dans une mesure bien supérieure à ce qui était le cas depuis 1967. C'est le soulèvement palestinien de 1987 qui transforme drastiquement les exigences et les besoins militaires et sécuritaires israéliens dans les Territoires, au point, selon Yoav Dotan, de « considérablement porter atteinte aux libertés civiles des Palestiniens »[22]. La jurisprudence de la Cour fera dans ce sens l'objet de multiples débats avec néanmoins une unanimité pour reconnaître, comme le fait Daphna Sharfman, une protection des droits des habitants des territoires plus symbolique que substantielle, sans réelle influence sur les droits humains et les libertés individuelles des Palestiniens au quotidien[23]. La Cour est aussi décrite, notamment par Anat Biletzki, comme « schizophrène » au regard de sa jurisprudence dans les affaires liées au conflit, considérée comme incohérente[24]. Elle est

également accusée d'être trop libérale, porteuse d'une vision laïcisante de l'État, par Hillel Neuer par exemple qui dénonce un « empire judiciaire » où règne un juge surpuissant sur Israël[25].

6 C'est finalement en tant que contribution à ce débat, et uniquement au travers des questions liés à l'éthique et à la moralité des soldats, que notre objectif sera modestement celui d'apporter quelques éléments pour une analyse politique d'une problématique devenue présente et visible au sein de l'armée, notamment en s'affranchissant de cette vieille et désuète distinction entre ordre interne et ordre externe. La judiciarisation de l'éthique militaire est, en ce sens, un véritable phénomène multicausal, créateur de contraintes juridiques nouvelles tant du point de vue des normes que des procédures. Un tel activisme de la Cour est aussi à l'origine de tensions qui produisent de nombreuses transformations, tant au niveau des perceptions que des pratiques des militaires ; de notre point de vue, l'activité de la Cour est ainsi fondatrice d'une nouvelle culture de combat. C'est dans cette perspective que nous entendons nous saisir de cette dynamique en plein développement, au travers de deux principaux questionnements : comment au travers de la judiciarisation du conflit la Cour Suprême est-elle devenue productrice de l'éthique militaire israélienne, et quelles transformations l'activisme de la Cour produit-il au sein de l'armée ?

Les évolutions du contexte militaire israélien

« Israël n'est pas une île enclavée, mais fait partie d'un système international » (Juge Barak)[26]

7 La montée en puissance de cet acteur judiciaire inhabituel et contraignant aux yeux de l'armée n'est pas particulière à Israël puisqu'il s'agit là d'une manifestation logique de l'évolution des relations entre droit et conflits armés au niveau global. Ce processus a été présenté dans la littérature consacrée comme la victoire de l'École libérale qui offre une « représentation du monde où la force n'est plus omniprésente »[27]. L'affirmation d'un tel principe, au lendemain notamment de la dislocation de l'URSS, se traduit par une subtile mais certaine transformation du paradigme sécuritaire israélien ancré historiquement dans ce que Hobbes appelle « la posture du gladiateur[28] », symbolisant la croyance en la maximisation de la puissance, notamment militaire, seule garante de la sécurité dans un environnement moyen-oriental hostile, et plus généralement au sein d'un système international anarchique. En effet, progressivement, la nécessité de repenser les fondamentaux du réalisme pur et dur défendu ardemment par toute une génération de militaires israéliens, émerge au profit d'une vision toujours réaliste certes, mais plus libérale. La sécurité reste un référent absolu, mais sont prises également en considération « des composantes politiques, économiques, sociales et aussi environnementales »[29].

8 Le professeur de relations internationales Barry Buzan, fondateur d'une nouvelle approche des questions de sécurité[30] en s'appuyant sur les travaux du théoricien américain Kenneth Walz, explique ainsi que la sécurité devient alors « la capacité d'une société à conserver son caractère malgré des conditions changeantes et des menaces réelles ou virtuelles. Plus précisément, elle concerne la permanence de schémas traditionnels de langage, de culture, d'association, d'identité, de pratiques nationales ou religieuses, compte tenu de nécessaires évolutions jugées acceptables »[31]. Dans ce sens, la sécurité obéit à une logique qui lui est à la fois propre et contradictoire : la conciliation

entre les intérêts de l'État (sa protection, celle de son mode de vie, de ses valeurs, de sa culture nationale, de son identité politique, etc.) et ceux des individus (liberté d'expression, de mouvements, etc...) Dans un tel contexte, obligatoirement démocratique, qui requiert un arbitre, le rôle du juge est important, voire même valorisé puisque il peut déployer son autorité de contrôle du fait de son indépendance.

9 Cette évolution doit être mise en perspective avec une transformation plus générale : celle de l'après guerre froide où l'hégémon réaliste, construit autour des paradigmes de la puissance et de l'intérêt, a cédé le pas à une vision des relations internationales fondée sur la recherche de la paix. Cette perspective idéaliste qui se nourrit du projet de paix perpétuelle kantien, inspiratrice de la première institution en charge de la promotion de l'idée de résolution pacifique des conflits (la SDN), envisage ainsi le recours au droit en tant que facteur de paix. L'émergence d'un ordre juridique international, insistant sur l'exigence de la justification, l'obligation de rendre compte[32], la désignation des responsabilités et la repentance (puisque « se repentir, c'est modifier le passé »[33]) reflète ainsi une culture nouvelle : celle du droit, du droit de la guerre, du droit dans la guerre. Ce *credo* renforce ainsi l'application des règles et des procédures et donc presque tout autant le recours au juge en tant que gardien ultime des valeurs de droits humains et de dignité humaine bien plus dans des situations de crises et de chaos que de paix. Michael Walzer, philosophe et auteur de *Guerres justes et injustes*[34] exprime parfaitement en ces termes qu'en fin de compte, la « justice est devenue pour ainsi dire une nécessité militaire »[35]. Dans une telle situation, on interroge « à la fois les prétextes de la guerre et les modalités de son déroulement »[36], et de plus désormais, de manière médiatique.

10 En effet, ce contexte international, dominé par une vision nettement idéaliste du monde, a favorisé l'émergence d'acteurs particuliers des relations internationales, grâce au développement et à la sophistication des moyens de communication devenus planétaires. C'est ainsi que certains ont pu parler de « l'opinion publique » en tant qu'acteur des relations internationales, puisque rapidement mobilisée et mobilisable pour des causes politiques ou humanitaires. Et dans les conflits contemporains comme le conflit israélo-palestinien, finalement la « guerre avant d'être une affaire militaire est une affaire de mots »[37]. Les comportements des soldats israéliens sont particulièrement scrutés et critiqués, et susceptibles de susciter le déchaînement des passions. En effet, les images d'usages dissymétriques de la violence, opposant une force armée à des manifestants, ont placé le problème de l'éthique des forces armées israéliennes au premier plan tant d'un point de vue médiatique que pour les militaires eux-mêmes. L'enfant faisant face au char, la pierre contre des armes létales, le bulldozer face à une famille, sont autant des images négatives d'Israël que des remises en cause de la moralité du soldat de *Tsahal*. Elles sont par ailleurs en complète contradiction avec la tradition voulue et affichée par l'armée, qui se vante d'avoir érigé à un niveau élevé les obligations éthiques et morales de ses soldats.

11 Cette réalité médiatique renvoie à la conclusion de Steven Metz : « l'ère de l'asymétrie » scelle la fin de la période où le militaire était le garant de la sécurité[38]. Désormais, face aux principaux défis qui menacent notamment les États démocratiques, l'élément militaire est important mais il n'est plus dominant. La puissance militaire est devenue comme secondaire, notamment en termes politiques[39], puisque l'asymétrie entend transférer le conflit du champ de bataille « vers Internet, les media, les manifestations de la rue, les Nations Unies, et les autres lieux de la lutte psychologique et politique »[40]. Dans cet esprit, on comprend mieux comment les espaces judiciaires sont désormais perçus comme des lieux de victoires possibles, puisque finalement gagner sur le plan militaire

n'est plus considéré comme un *sine qua non* de la victoire politique. Obtenir gain de cause auprès du juge participe du conflit, des rapports de forces entre les acteurs du conflit qui ne sont plus nécessairement uniquement des militaires, puisque peut l'être un simple justiciable.

Un faisceau d'évolutions sociopolitiques internes

12 La montée en puissance du juge s'explique également par des prédispositions[41] puisqu'elle repose aussi sur une sorte de faisceau d'évolutions sociopolitiques qu'a connues Israël aussi sur le plan interne. Citant Jacques Commaille, Hélène Sallon qui a analysé le processus de reconnaissance dans l'arène judiciaire des droits collectifs des citoyens arabes de l'État d'Israël[42], expose assez clairement la multiplicité des critères d'émergence d'un tel processus : « l'avènement d'un individualisme démocratique, la redéfinition du rôle et du statut de l'État », ou encore « la contractualisation des rapports sociaux ». La montée en puissance d'une société civile dans un Israël jusque-là dominé par une culture militaire et politique qui valorisait l'armée notamment du fait de sa fonction politique de socialisation, ou encore l'émergence de la « culture de la paix » née des processus de négociation pour une résolution pacifique du conflit, sont également identifiés comme des critères ayant contribué à cette judiciarisation. Udi Lebel évoque même une société civile israélienne en plein essor venue bousculer une historique souveraineté militaire, tant Israël est (était ?) une armée[43].

13 On peut dire qu'il n'existe pas de véritable liste exhaustive des conditions d'émergence de ce processus aussi complexe et incertain qu'est la judiciarisation, mais bien un ensemble d'éléments concomitants qui s'inscrit dans un contexte propice : celui de la séparation des pouvoirs. Précisément, c'est le principe de séparation des pouvoirs favorable à l'autorité judiciaire, et la garantie autant que la certitude d'une indépendance des juges qui fondent non seulement l'idéal démocratique mais plus encore le respect de ses valeurs [44] : liberté d'expression, égalité, respects des droits humains, etc. En ce sens, la conception « lockéenne » d'Aharon Barak sous-tend ce que l'on peut qualifier d'entreprise de sa carrière, sa véritable empreinte historique : la mise sur pied d'un bloc de constitutionalité réceptacle de nombreux droits fondamentaux désormais statutaires[45]. Cette « révolution constitutionnelle »[46] israélienne repose ainsi sur l'affirmation de la protection de la dignité humaine et la liberté de l'individu avant tout. Aucune loi ordinaire, ordonnance, ordre ou encore décision, ne peut y déroger sous peine de nullité que peut prononcer le juge. C'est là le fondement même de la politique judiciaire du juge Barak en faveur de l'établissement d'une justice et d'une « justiciabilité » des actes de l'armée, puisque la fonction et le rôle du juge dans une démocratie sont d'assurer le maintien de l'équilibre des pouvoirs et de prévoir des mécanismes de contrôle en cas de manquement préjudiciable au fonctionnement démocratique. C'est aussi au nom de cette séparation que le pouvoir d'interprétation du juge est envisagé comme un facteur important de l'indépendance de l'autorité judiciaire[47]. Et c'est cette grande capacité d'interprétation qui a constitué le procédé par lequel la Cour Suprême a élaboré une jurisprudence libérale, protectrice des droits individuels et ainsi fait preuve « d'une audace certaine en étendant son contrôle à des normes à l'égard desquelles sa compétence n'est pas formellement prévue »[48]. C'est ce qu'explique Françoise Dreyfus au sujet de l'interprétation qui implique « de choisir entre différentes normes ou principes, de faire référence aux valeurs sociales qui sous-tendent le droit »[49]. Pour Aharon Barak comme

pour d'autres juges siégeant à la Cour, le droit est le reflet des valeurs d'une société[50] ; en l'occurrence, la société israélienne a très tôt, et même avant la création de l'État, posé le principe d'un nécessaire comportement éthique quant à l'usage de la force, établissant ainsi une véritable tradition d'attachement aux valeurs morales du soldat.

Une tradition militaire attachée à un comportement moral au combat

L'armée la plus morale au monde ?

14 La culture tant politique que militaire est presque unanimement acquise à l'idéal d'un usage moral de la force par les troupes. La question de la moralité du comportement militaire est tellement centrale que pour certains, *Tsahal* est l'armée « la plus morale au monde »[51]. S'il est parfois difficile d'évaluer sur le terrain cette réalité, cette réputation repose sur une indéniable et profonde préoccupation éthique dans l'usage de la force, dont on peut dire qu'elle procède d'un choix politique historique, celui des *leaders* sionistes, avant même la création de l'État. L'un des débats les plus importants entre sionistes était en effet celui du cadre éthique de l'usage de la force par les organisations juives de défense des communautés du *Yishouv,* et notamment quelle attitude adopter vis-à-vis des attaques palestiniennes. La Haganah, l'embryon de la future armée israélienne, inscrit alors sa stratégie dans l'auto-défense du *Yishouv* et adopte une doctrine dite de « restriction », désignée par le terme en hébreu *Havlagah*. Cette doctrine de la modération s'entend également comme une balise éthique et morale pour les soldats de la Haganah et dont les Forces Israéliennes de Défense hériteront puisque on retrouve le même principe dans le fameux concept de « pureté des armes » (*tohar haneshek*), expression forgée avant la création de l'État mais qui va constituer le socle des valeurs du soldat israélien[52]. Si la formulation est quelque peu maladroite, la signification de ce concept se veut pourtant claire : l'utilisation de la violence militaire se conçoit uniquement avec l'objectif de neutraliser l'ennemi armé, en tentant d'éviter de porter atteinte aux populations civiles. Ce principe invite idéalement ainsi au respect des principes d'humanité même dans l'exercice des missions au cours desquelles les armes sont utilisées. Il sera ainsi inculqué à des générations entières que la « pureté des armes » signifie selon les termes d'un ancien commandant : « Pardonner, renoncer, avoir pitié. Ne rien faire au-delà du nécessaire »[53]. Il constitue plus généralement le socle de l'*ethos* militaire auquel la société a régulièrement démontré son attachement en exigeant que l'armée rende compte de son comportement, par des manifestations ou des recours devant le juge par des associations de défense des droits de l'homme israéliennes.

« *Tirer et Pleurer* »

15 Cependant, *tohar haneshek* en tant que « balise morale » est également intimement liée à la question de la légitimité des guerres d'Israël : leur remise en cause a été l'occasion de s'interroger aussi sur le sens de l'éthique militaire[54]. Lors des répressions dans les territoires occupés au lendemain de la guerre du Kippour, pendant la guerre du Liban et ensuite face aux populations civiles palestiniennes lors de la première Intifada, le désarroi moral de certains militaires apparaît au grand jour. Pris entre la nécessité de défendre le pays (*eïn brera*, « on n'a pas le choix ») et le poids culturel et social de

l'éthique militaire, l'obéissance aux ordres était suivie chez certains soldats de véritables crises de larmes. Au sein de la société israélienne, cette attitude désignée par l'expression « tirer et pleurer » (*bokhim vé yorim*) est le symbole du défi lancé à la moralité de l'armée[55] par un conflit devenu asymétrique. Finalement en Israël comme ailleurs (et on pense au Vietnam pour les États-Unis), la guerre et ses modalités sont devenues objets de débats politiques. Un véritable processus de *détabouisation* de l'armée s'est ainsi produit, notamment grâce une banalisation des critiques à l'encontre du comportement des militaires.

16 En réponse à une remise en cause sans précédant, un travail de réflexion générale sur les règles éthiques et morales du soldat israélien a été entamé. En 1994, le code d'éthique, autrement désigné par son titre officiel « l'Esprit des forces israéliennes de défense » (*Ruach Tsahal*), est devenu « la carte d'identité des valeurs » utilisé comme fondement pour toutes les actions militaires[56]. Marqué par un certain échec, notamment en raison de son manque d'enracinement dans les valeurs et la culture nationale israélienne, ce code a fait l'objet de nombreuses contestations dans un Israël où l'identité politique de l'État est en permanente oscillation entre judéité et laïcité et où les valeurs de ses soldats sont au cœur d'une telle dynamique de tensions. Envisagé comme une formalisation de l'éthique dans un texte unique et officiel (dans un contexte de montée en puissance de l'éthique et du droit religieux dans la guerre au service des sionistes religieux), ce code ne parvient pas à résoudre (le pouvait-il ?) tous les problèmes relatifs au comportement des militaires israéliens sur le terrain. La complexité des problèmes posés par l'éthique militaire en général et israélienne tout particulièrement n'est pas résolue. C'est donc dans l'arène judiciaire que nombre de problématiques éthiques trouvent un début de réponse sur ce que les soldats peuvent concrètement faire ou ne pas faire.

La Cour Suprême, censeur de l'armée ?

17 Comme l'explique Amos N. Guiora[57], juriste israélo-américain qui a largement contribué à étoffer les questions de droit des conflits armés au sein de *Tsahal*, la Cour Suprême, par ses interventions, s'est posée, consciemment ou non, en véritable contrôleur général du comportement l'armée dans les Territoires, au nom de l'idéal démocratique de protection de l'équilibre entre sécurité nationale d'une part et droits individuels d'autre part[58]. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'action du président Barak et des autres membres de l'institution judiciaire : faire que la démocratie ne soit pas formelle mais réelle[59].

Un contrôle au nom d'une mini-révolution juridique

18 Partant du principe universellement reconnu que le terrorisme pose de nouveaux défis tant sur le plan strictement militaire (ou policier d'ailleurs)[60] que sur la nécessité de protection des citoyens contre cette forme de « meurtre arbitraire qui peut frapper à tout moment »[61], la Cour Suprême pose d'abord un principe absolument fondamental : il n'existe aucun vide juridique. Cela explique qu'il ne soit plus devenu rare d'entendre les militaires qualifier la plus haute instance judiciaire de véritable censeur de l'armée. Celle-ci n'était effectivement pas habituée à cette intervention indépendante, bien que parfois bienveillante, dans « ses affaires » et prétendait pouvoir seule incarner la défense et la sécurité d'Israël et de ses citoyens. Ainsi les plans militaires obtenaient-ils presque toujours la faveur des différents gouvernants (idéalement d'anciennes gloires de l'armée)

et de la société, l'armée étant perçue comme le rempart d'Israël. La Cour elle-même n'a pas échappé à cette forme de déférence à la raison d'État, d'autant plus qu'Israël n'a finalement jamais cessé d'être en état de guerre, laissant triompher ainsi l'idée, notamment auprès de l'opinion, que « lorsque la sécurité est en jeu, le juge exerce un contrôle minimum sur les actes de l'exécutif »[62]. Toutefois, cette posture de la Cour a progressivement évolué : pour la première fois en 1988 dans l'affaire Schnitzer il ressort que toutes les décisions y compris celles prises dans le cadre de la sécurité d'Israël, peuvent être contrôlées par le juge[63]. Depuis lors, le principe posé par le juge ne cesse de se préciser et de se renforcer pour s'étendre jusqu'aux questions du comportement militaire. Il est important de noter que dans l'ensemble le juge s'attache à poser des limites (rarement à interdire) dans bon nombre de domaines relevant de l'éthique militaire, allant des méthodes employées lors des interrogatoires[64] aux obligations humanitaires israéliennes dans les territoires au regard du droit international[65].

19 Un tel contrôle représente une importante évolution : celle liée à la question de la recevabilité des recours émanant des habitants des Territoires. Il est important de préciser d'emblée qu'il n'a pas été facile, ni même évident, pour les Palestiniens de saisir la Cour contre des décisions militaires entravant leurs droits et libertés, théoriquement possible dès 1967. En raison d'une méconnaissance des systèmes judiciaires et juridiques israéliens mais également par refus de reconnaître, au travers d'un recours, la compétence et donc une légitimité à une institution israélienne pour demander réparation, les recours portés devant la cour sont « rares et espacés »[66]. La jurisprudence établit par l'affaire *Elon Moreh*[67] et la claire définition d'une politique et d'une stratégie israéliennes à l'égard des Territoires conquis en 1967 avec l'accession au pouvoir de Menahem Begin en 1977, transforme la donne. Désormais, les recours se feront plus nombreux, ce qui dans un contexte de remise en cause de la doctrine de justiciabilité entraîne une expansion de son contrôle potentiel. Il a fallu également qu'elle résolve le problème du statut juridique des Territoires et du droit qui s'y appliquent, ce qu'elle fait en précisant, arrêt par arrêt, l'applicabilité des différents instruments juridiques internationaux mais aussi des règles de droit israéliennes[68]. Ainsi, l'affaire *Ja'amit Ascan* est l'occasion pour la Cour de préciser le statut, qualifié d'occupation militaire, de la Cisjordanie et de la Bande de Gaza (avant le retrait de 2005). Elle pose alors le principe selon lequel s'applique aux Territoires, un ensemble complexe et complémentaire de règles et de principes juridiques internationaux et nationaux. Selon le Juge Barak, ceux-ci s'imposent par ailleurs « à chaque soldat israélien » qui se doit de les « porter » en toutes circonstances, « tel un sac à dos »[69].

20 L'argumentation du juge s'est construite au regard de l'interprétation et de l'appréciation des opérations militaires en fonction d'un ensemble d'instruments juridiques nationaux ou internationaux[70], notamment de ce que l'on désigne en latin, le *jus in bello* (le droit dans la guerre). Il s'agit aussi d'un contrôle opéré par rapport à la nouvelle configuration de l'ordonnancement juridique israélien qui s'est pourvu d'un bloc de constitutionalité fondé sur une consécration des droits et libertés individuels. David Kretzmer parle à juste titre de « mini révolution dans le statut constitutionnel des droits de l'homme en Israël », qui à notre avis révolutionne à son tour, bien que partiellement, les questions de sécurité et le « problème » des Territoires palestiniens, notamment lorsque le juge affirme que le droit est un fondement de la sécurité israélienne[71]. C'est pourquoi la Cour Suprême (et à travers elle son emblématique ex-Président), paraphrasant l'assertion de Cicéron, fait sienne l'idée que sur le champ de bataille les lois ne sont pas silencieuses, bien au

contraire[72]. Après avoir renversée sa propre tradition de recevabilité des recours, anciennement fondée sur le rejet de s'intéresser aux choix des moyens et méthodes militaires[73], progressivement la Cour est amenée à se prononcer donc sur la légalité de la torture, des assassinats ciblés ou encore de la procédure dite du « voisin ». Ces interventions, parce qu'elles sont les plus significatives et les plus commentées et critiquées, sont d'une certaine manière symboliques de la judiciarisation de l'éthique militaire en Israël. Elles le sont d'autant plus que la nécessité militaire a longtemps été considérée comme une justification, un moindre mal et même le repoussoir à toute forme de contrôle. Ce dont est par ailleurs parfaitement consciente la Cour lorsqu'elle affirme, dans un arrêt rendu en 1986, qu'il y a « simplement des cas dans lesquels ceux qui sont le bouclier de l'État et portent la responsabilité de sa survie et de sa sécurité considèrent que certains écarts par rapport au droit, dans le but de protéger la sécurité de l'État, sont une inévitable nécessité »[74]. Cette dernière bien qu'ayant perdue de sa force, reste néanmoins un fait justificatif potentiellement valable ou acceptable par la Cour. Et ainsi maintenu en veille, cette « ancienne » réalité de la guerre qui convoque les principes de nécessité et d'urgence « pour préparer nos esprits à des actes de brutalité »[75].

La révision des méthodes militaires

21 La judiciarisation de l'éthique s'est essentiellement manifesté autour de décisions relatives à l'usage de certains modes opératoires militaires marqués par les problèmes qu'ils peuvent poser sur le plan éthique et juridique. Autrefois seul maître des techniques de combat ou de lutte contre les groupes palestiniens armés, *Tsahal* s'est vu imposer de nombreuses contraintes, balayées auparavant par des considérations de nécessité ou encore de « moindre mal ». La question des pressions physiques et des méthodes d'interrogatoire employées par l'armée et le Service Général de Sécurité obéissait à ce type d'argumentation : dans certains cas, parce que cela est à la fois nécessaire et le seul moyen d'obtenir des informations vitales à la sécurité d'Israël, un « usage modéré de pressions physiques » était admis. Le juge Barak qui a rédigé l'opinion majoritaire de la cour dans l'un de ses arrêts les plus célèbres, proclame en 1994 que ces méthodes sont illégales[76]. Dans l'un de ses attendus la Cour s'attache aussi à préciser la notion de « nécessité » sécuritaire, qui constitue l'argument principal de l'Exécutif, en établissant deux critères concomitants pour sa recevabilité : dans une situation de « *ticking bomb* »[77] et lorsque il y a « un besoin immédiat de préservation de la vie humaine »[78]. Dès lors, en dehors de ce cadre précis de l'urgence absolue, la torture, puisqu'il s'agit bien de cela, est illégale.

22 Une autre interdiction suscite de nombreux débats et même un tollé au Ministère de la Défense : celle faite à la pratique dite « du voisin ». Peu connue du grand public, c'est une méthode d'arrestation qui s'inspire de ce que l'on appelle les boucliers humains. Plus précisément il s'agissait pour l'armée lors d'une opération d'arrestations, d'utiliser l'un des voisins pour approcher l'homme à appréhender. Le voisin (d'où le nom de « procédure du voisin ») forme une sorte de garantie et de protection contre d'éventuels tirs dans la direction des militaires. Pendant longtemps critiquée par de nombreux spécialistes du droit international[79], cette méthode a fait l'objet d'un recours collectif de nombreuses organisations de défense des droits des Palestiniens et à l'issue de ce recours le juge a prononcé l'interdiction d'un tel procédé en application des conventions de Genève. Dans un attendu de l'arrêt rendu le 23 Juin 2005, le Président Barak explique qu'il

s'agit même d'une méthode en contradiction avec le droit international, car « trop proche du noyau de l'interdit » et en tout cas dans l'évidente « zone grise » de l'indécent et de l'abusif[80]. Cette décision marque un tournant important dans les questions relatives aux méthodes militaires car pour la première fois, la cour interdit formellement à l'armée de procéder à de telles arrestations. Cet arrêt est par ailleurs l'occasion d'un renforcement da la volonté exprimée par certains hommes politiques de « verrouiller » la Cour jugée trop indépendante. Les divergences s'exprimèrent à l'époque même au plus haut sommet de la chaîne de commandement militaire, puisque le Ministre de la Défense, Shaul Mofaz critiqua publiquement une décision qu'il considérait comme « mettant en danger les soldats » ; son chef d'État-Major quant à lui appela à une application immédiate au nom du devoir de chaque militaire de respecter la légalité[81].

23 Cette interdiction, qui n'empêche pas l'armée de continuer à procéder à ce type d'arrestations, selon certains associations israéliennes[82], était également attendue par bon nombre de défenseurs des droits de l'Homme en Israël et dans les Territoires pour ce qu'il est convenu d'appeler les éliminations (ou assassinats) ciblées[83]. Ce type d'opérations consiste à tuer une personne considérée comme une très grande menace pour la sécurité d'Israël, l'opération d'arrestation étant considérée comme particulièrement complexe et dangereuse pour les soldats. Bien qu'ancienne, cette méthode fait l'objet de débats très vifs tant en Israël qu'ailleurs dans le monde. Le mode opératoire qui s'est aujourd'hui généralisé autour d'une attaque aérienne[84] est en effet largement discuté en raison des nombreux dommages collatéraux que ce type d'opérations peut provoquer[85].

24 Considérée par certains comme une exécution sans procès ni jugement et par d'autres comme un acte de défense préventif, cette méthode a aussi fait l'objet d'un recours auprès de la Cour. Avant cela, il était arrivé que le juge Barak se prononce, notamment lors de publications académiques ou de conférences scientifiques, sur ce type d'opérations, et manifeste publiquement[86] une volonté d'y poser des limites et des contraintes juridiques. Cette position s'est bien exprimée dans la décision finale rendue le 11 novembre 2005 : les assassinats ciblés ne peuvent, en tant que tels, être considérés comme illégaux. La Cour pose néanmoins le principe de l'examen au cas par cas puisque parfois, peut-on lire dans un attendu rédigé par Aharon Barak, les démocraties sont amenées à « combattre une main attachée dans le dos », l'autre membre devant contribuer à préserver le droit et assurer le respect des libertés individuelles, puisqu'ils constituent des fondements même de la sécurité nationale[87]. Cet arrêt pose également le principe que ces assassinats ciblés doivent rester exceptionnels, comme l'a écrit le juge Beinish dans son opinion, car il s'agit là d'opérations de « nature extrême » à n'employer qu'en dernier recours. La Cour consacre aussi juridiquement la nécessité de respecter la proportionnalité entre les bénéfices sécuritaires de l'action et les dommages civils, en convoquant les principes juridiques de « prudence nécessaire » et de « diligence requise ». L'armée doit en effet agir dans ce souci de protection des civils et en ce sens doit établir un mécanisme clair de décision de ce type d'opérations et d'identification rigoureuse des cibles au travers de critères stricts, objectifs et pertinents.

25 D'autres domaines qui soulèvent des questions d'ordre éthiques ou morales, ont également fait l'objet de contrôle judiciaire telles les arrestations[88], les assignations à résidence[89] et les destructions de maisons[90], ou encore les obligations humanitaires dans les Territoires[91]. Le Juge s'est alors contenté d'encadrer ces opérations par un renforcement des procédures mais l'ensemble des décisions, par les exigences juridiques, a contribué à forger une culture nouvelle au sein de l'armée.

La « conscience » du recours et ses conséquences

Combattre avec l'ombre du juge ?

26 Il n'est plus rare, au regard d'un tel rôle du juge dans les affaires militaires, d'entendre les militaires évoquer ce que nous avons décidé d'appeler la « conscience du recours » chez de très nombreux soldats. Autrement dit, l'activisme judiciaire a conduit à une omniprésence dans les esprits que chaque opération, chaque mouvement militaire peut faire l'objet d'un examen auprès du Juge. Cette situation a produit également les consignes faites aux soldats lors des *briefings* d'agir avec cette idée que le juge peut à tout moment être saisi. Souvent les commandants insistent sur le fait que le contrôle et l'éventuelle sanction sont d'une autre nature, moins indulgente que les instances militaires, car ce juge de la Cour Suprême se veut le gardien des droits de l'homme et entend procéder en toute indépendance. Une telle omniprésence est renforcée par la volonté de la Cour de voir son accès possible à tout moment, en temps réel, surtout lorsqu'il s'agit de recours établis sur la base d'une violation des droits de l'homme[92]. Parfois, et c'est là que l'on mesure à quel point la Cour Suprême est devenue un acteur du conflit et du déroulement des opérations, la saisine et la décision sont prises alors que les combats sont en cours[93]. L'affaire de la Basilique de la Nativité à Bethléem en constitue un parfait exemple[94] : des recours invoquant des principes de droit humanitaire ont pu être déposés pendant l'occupation même du lieu-saint.

L'émergence d'une culture nouvelle

27 Prenant acte de cette omniprésence du Juge et de l'immédiateté de son action, l'armée a entamé différents processus d'intégration des nouvelles normes et principes que la Cour a exigé qu'elle respecte dans ses missions. C'est ainsi qu'un code d'éthique spécifique aux opérations antiterroristes a été rédigé par le « philosophe de l'armée », le Professeur Asa Kasher[95] et dont les principes seront largement confirmées par le Juge dans l'arrêt sur les éliminations ciblées[96]. C'est le cas aussi de l'obligation imposée par la Cour en faveur de la formation au droit des conflits armés, généralisée à l'ensemble des recrues[97]. Autrefois dispensé seulement aux officiers, ce droit, dont la Cour a rappelé l'importance, fait désormais partie intégrante de la formation militaire en insistant notamment sur la dimension de prévention d'un tel enseignement puisque le droit humanitaire propose un mode d'emploi assez clair qui permet d'éviter le pire, selon le juge Dorner[98].

28 Pour répondre cet objectif, une École de droit militaire est fondée en 1994. Particulièrement révélatrice de cette nouvelle culture militaire israélienne, sa création est clairement justifiée par l'évolution du système international vers une judiciarisation des conflits et des infractions au *jus in bello,* comme en témoigne les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie ou le Rwanda et la mise en place d'une Cour Pénale Internationale permanente en 1998. La naissance de cette dernière est ainsi à l'origine d'une publication par l'armée d'un manuel de droit des conflits armés[99], très largement distribué et diffusé auprès des soldats. Cette École s'est aussi lancée dans une publication à caractère scientifique, l'*Israel Defense Forces Law Review*, qui se veut un espace d'échanges, de discussions et d'approfondissement de l'ensemble des aspects juridiques du conflit dans lequel *Tsahal* est impliquée, et en premier lieu, des questions liés à la conduite des

hostilités. Cette École a également mis en place un cd-rom interactif d'enseignement de onze principes de droit valant pour la gestion des *checkpoints* et qui propose un cadre juridique clair, au travers de simulations, à des situations qui comptent parmi les missions les plus contestés et difficiles éthiquement parlant. Ceci s'inscrit dans une nouvelle démarche éducative plus globale qui tend aussi à faire entrer les nouvelles technologies dans la formation militaire israélienne[100]. Le choix d'un tel enseignement peut être aussi justifié par le manque de personnel puisqu'il aurait été difficile de mobiliser voire même de trouver des professeurs de droit international pour une telle tâche. Mais surtout cette méthode pratique s'explique par le fait que l'enseignement du droit des conflits armés n'a pas pour objectif la connaissance totale et précise des principes et fondements de cette branche du droit mais plutôt de donner les outils pour mener à bien la mission en respectant les règles de base de ce droit[101].

29 Cette conscience du pouvoir du juge est également à l'origine d'un phénomène assez inattendu : celui de la construction d'argumentaires par les conseillers juridiques de l'armée qui tiennent systématiquement compte de l'éventuelle révision par la Cour Suprême. Comme l'explique David Kretzmer : « la simple existence d'un processus de révision judiciaire a exercé un pouvoir de restriction sur les responsables militaires. Il n'est pas rare de voir les autorités abandonner une action envisagée lorsqu'elles sont menacées d'une action légale ou lorsqu'une pétition est effectivement présentée à la Cour ou encore lorsque les conseillers juridiques de l'armée informent les commandants que leur action ne tiendra pas devant les tribunaux »[102]. Un tel processus que l'on pourrait qualifier d'autocensure, se produit également au sein des tribunaux militaires. De nombreux représentants de l'armée prennent acte de ces nouveaux cadres dans leurs motifs ou tentent désormais de plus en plus une négociation avec les plaignants en des termes favorables à ces derniers, puisqu'ils pensent pouvoir être censurés si un appel est formé devant la Cour. De la même manière et plus globalement, une première génération de conseillers juridiques militaires a émergé en Israël pour éclairer et guider les commandants en contribuant ainsi au processus décisionnel qui a désormais intégré l'activisme judiciaire[103].

30 La révolution constitutionnelle fondée sur la suprématie de la loi voulue par le Juge Barak qui a longtemps incarné l'audace du Juge, a accouché d'une autre révolution qui fait entrer le droit dans l'exercice au quotidien de la fonction militaire en Israël. L'armée, dont on disait qu'elle « possède un État », en paraphrasant Mirabeau lorsqu'il décrivait le modèle militaire prusse, n'échappe plus au contrôle de ses actes et cela se traduit par la judiciarisation de son éthique et l'expression en termes juridiques de la moralité de ses troupes. Le contexte de lutte contre le terrorisme a d'une certaine manière considérablement renforcé le rôle d'une autorité judiciaire aux velléités indépendantistes évidentes, bien qu'on puisse penser qu'une telle situation peut évoluer dans un sens contraire dans un futur plus ou moins proche. Elle se considère comme l'arbitre entre deux fondements importants de la démocratie : assurer une sécurité effective et une vie normale à ses citoyens et protéger les libertés individuelles de chacun, y compris ceux du camp ennemi, bien *qu'a minima*. La délicate et fragile mais nécessaire synthèse israélienne entre sécurité et liberté, loin d'être parfaite, représente pour beaucoup d'observateurs un modèle, car elle a repoussé le plus loin possible l'immunité d'une armée pourtant historiquement, socialement et politiquement prépondérante. Néanmoins, on est loin de l'idéal de l'École libérale prônant une (utopique ?) paix perpétuelle entre les nations grâce aux vertus du droit, et qui tendrait vers ce que résume Michael Walzer dans *Guerres justes*

et injustes : « que la justice soit, sauf si le ciel est (vraiment) sur le point de s'effondrer ! » [104].

NOTES

1. Notamment dans l'emblématique affaire Beit Sourik. Voir : *HCJ 2056/04 Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel.*

2. Nous utiliserons de manière indifférente les termes « éthique », « moralité » et « valeurs ».

3. Itzhak Galnoor, « The judicialization of the public sphere in Israel », *Israel Law Review*, n° 2-3, 2003-2004, p. 501.

4. Eli Salzberger, « Judicial Activism in Israel », *Working Paper Series*, p. 4. Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ?abstract_id =984918

5. Pour comprendre, il n'est qu'à se remémorer les polémiques violentes entre constitutionnalistes sur le « gouvernement des juges » aux États-Unis, ou encore les critiques récurrentes à propos du statut et du rôle du Conseil Constitutionnel en France dès sa création.

6. *Ibid*, p. 4.

7. Jacques Commaille, *La judiciarisation, une nouvelle économie de la légalité face au social et au politique*, Note de bilan d'étape du groupe « Judiciarisation de la société et du politique », CERAT, 17 Février 2002, p. 3.

8. Françoise Dreyfus, « La Cour Suprême : l'audace du Juge », *Pouvoirs*, n° 72, 1995, p. 61.

9. Martin Edelman, « The judicialization of politics in Israel », *International Political Science Review*, vol. 15, n° 2, p. 179.

10. Anat Biletzki parle d'attitude « schizophrène » de la Cour Suprême dès qu'il s'agit de la sécurité nationale. « The judicial rhetoric of morality, Israel's High Court of Justice on the legality of torture », *Occasional Papers of the School of Social Sciences*, n° 9, Janvier 2001, p. 2.

11. David Kreztmer, « Les droits de l'homme en Israël », *Pouvoirs*, n° 72, 1995, p. 57.

12. Menachem Finkelstein, « Legal perspective in the fight against terror. The Israeli experience », *IDF Law Review*, n° 1, 2003, p. 342.

13. Aharon Barak, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 286.

14. Michael Ignatieff, *The lesser evil, political ethics in an age of terror*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2005, p. 22.

15. Par opposition à la phrase de Cicéron *inter arma silent leges*. L'idée est que les lois sont encore plus importantes en temps de guerre que de paix, ce que le juge a rappelé à plusieurs reprises. Par exemple dans un arrêt de 1991, H.C. 168/91, Morcos v. Minister of Defense, 45(1) P.D. 467, 470-71.

16. Dorit Beinisch, « The role of the Supreme Court in the fight against terrorism », *Israel Law Review*, vol. 37, 2003-2004, p. 286.

17. On peut consulter par exemple plusieurs des travaux du professeur Gad Barzilaï, notamment, « Modernity and Terrorism: Legal Complexities, Political Paradoxes, and Social Challenges », *Comparative Law Research Seminar*, Université de Washington (Law School) ou encore, « National Security in Courts and Law: A Theoretical and Comperative Analysis », *Annual Conference of American Political Science Association*, 2003. Disponible en ligne : http://faculty.washington.edu/gbarzil/pubs.html#dns

18. Voir notamment, Yoav Dotan, « The Judicial rhetoric, government lawyers, and human rights : the case of the Israeli High Court of Justice during the Intifada », *Law & Society Review*, vol. 33, n° 2, 1999, pp. 319-363.

19. Par exemple, Emanuel Gross, « Human Rights, Terrorist and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does A Democracy have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips ? », *Arizona Journal of International & Comparative Law*, n° 18, 2001.

20. Par exemple, David Kretzmer, « Judicial Review over the demolition and sealing houses in the Occupied Territories », in, Itzhak Shamir, *Klinghoffer on Public Law*, Jerusalem, Harry Sacher Institute (hébreu). Voir aussi, Usama Halabi, « Demolition and sealing of houses in the Israeli Occupied Territories: a critical legal analysis », *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 5, n° 2, 1991.

21. « *The occupation of Justice, the Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* », David Kretzmer, New York, SUNY, 2002.

22. Yoav Dotan, *op. cit.*, p. 321.

23. Lire Daphna Sharfman, *Living without a constitution, Civil rights in Israel*, New-York, Armonk, 1993, pp. 147-158.

24. Anat Biletzki, *op. cit.*, p. 2.

25. *Ibid.*, p. 4.

26. HCJ 769/02, Public Committeee against Torture in Israel v. Government of Israel, du 11 décembre 2005, p. 10.

27. Jean-Jacques Roche, *Théories des relations internationales*, Paris, LGDJ-Montchrestien, 7e édition, p. 86.

28. Ariel Colomonos, *La morale dans les relations internationales*, Paris, Odile Jacob, 2005, p. 57.

29. Jean-Jacques Roche, *op. cit.*, p. 53.

30. Lire dans ce sens, *People, States and Fear: national security problem in international relations*, Barry Buzan, Brighton, 1983 ; et *Security: a new framework analysis*, Barry Buzan, Ole Waever, Jaap de Wilder, Londres, Lynn Rinner Pub, 1997.

31. Cité par Jean-Jacques Roches, *op.cit.*, pp. 55-56.

32. Ariel Colonomos, *op. cit.*, p. 36.

33. *Ibid.*, p. 46.

34. *Guerres justes et injustes*, Michael Walzer, Paris, Gallimard, 2ème édition, 1997.

35. Michael Walzer, *De la guerre et du terrorisme*, Paris, Bayard, 2004, p. 28.

36. *Ibid.*, p. 26.

37. Joss Dray et Denis, Sieffert, *La guerre israélienne de l'information : désinformation et fausses symétries dans le conflit israélo-palestinien*, Paris, La Découverte, 2002, p. 8.

38. Steven Metz, « La Guerre asymétrique et l'avenir de l'Occident », *Politique Étrangère*, vol. 1, 2003, p. 26-40.

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*

41. Itzhak Galnoor, *op. cit.*, p. 506.

42. Hélène Sallon, « La judiciarisation du politique en Israël », *Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem*, n° 16, 2005. Disponible en ligne : http://bcrfj.revues.org/index63.html

43. Udi Lebel, « Civil society versus military sovereignty : cultural, political and operational aspects », *Armed Forces & Society*, vol. 54, n° 1, octobre 2007, pp. 67-89.

44. Eyal Benvenisti, « The influence of international human rights law on the israeli legal system: present and future », *Israel Law Review*, vol. 28, n° 137, 1994, p. 145.

45. Aharon Barak, « La révolution constitutionnelle : la protection des droits fondamentaux », *Pouvoirs*, n° 72, 1995, p. 20.

46. *Ibid.*, p. 17.

47. Aharon Barak, *A judge in a democracy*, *op. cit.*, p. 49.

48. Françoise Dreyfus, *op. cit.*, p. 62.

49. *Ibid.*

50. Aharon Barak, *A judge in a democracy*, *op. cit.*, p. 3.

51. Max Singer, « Moral standards under pressure, the Israeli army and the Intifada », *Ethics & International Affairs*, vol. 4, 1990, pp. 135-143.

52. C'est d'ailleurs à Berl Katznelson que l'on doit la paternité de l'expression, dont on trouve les premières traces avant la création de l'État. *In,* Ehud Luz, *op. cit.*, p. 77.

53. Irvin Greenberg, « The Ethics of Jewish power »**,** Forward, juillet 2002.

54. Professeur à l'université de Haïfa et spécialiste des questions d'objections de conscience en Israël, Ruth Linn exprime ainsi cette remise en cause de l'éthique militaire consubstantielle à la transformation du conflit : « de la guerre d'usure à l'usure morale ». Voir, *Conscience at war, the Israeli soldier as a moral critic*, New York, SUNY, 1996 (notamment le chapitre XI, pp. 211-224).

55. Ruth Linn, *Not shooting and not crying. Psychological inquiry into moral disobedience*, Londres, GreenWood, 1989.

56. L'actuelle version du code a remplacé une précédente mouture plus longue et dont l'objectif était de tenir compte des critiques émises à l'encontre de la première version. Préambule du code, http://www.idf.il

57. Ancien directeur de l'École de droit militaire de Tsahal, aujourd'hui professeur de droit aux États-Unis, il contribue largement à la diffusion des activités de l'École.

58. Amos N. Guiora et Erin M. Page, « Going toe to toe, President Barak's and chief justice Rehnquist's theories of judicial activism », *Case Research Paper Series in Legal Studies*, janvier 2006, p. 51.

Disponible en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ?abstract_id =873646

59. Dorit Beinisch, *op. cit.*, p. 281.

60. Pour une analyse critique de la lutte contre le terrorisme en Israël, lire Sammy Cohen, *Tsahal à l'épreuve du terrorisme*, Paris, Seuil, 2009.

61. Michael Walzer, *Guerres justes et injustes*, Paris, Gallimard, 2006, pp. 362-363.

62. Françoise Dreyfus, *op. cit.*, p. 66.

63. Françoise Dreyfus, *op. cit.*, p. 67.

64. H.C. 5100/94, Pub. Committee against Torture in Israel v. Government of Israel (1994).

65. HCJ 2936/02 Physicians for Human Rights v. The Commander of IDF Forces in the West Bank, (2002).

66. David Kretzmer, *The Occupation of Justice*, *op. cit.*, p. 8.

67. HCJ 390/79, Azar Muhamad Mustafa Dweikat v. Government of Israel (1979). La Cour invalide une décision militaire ordonnant une réquisition de terre au motif qu'il s'agit d'un ordre fondé sur de pures considérations politiques.

68. Pour une revue complète de l'applicabilité du droit international et du droit israélien au Territoires, voir, *The Occupation of Justice*, David Kretzmer, *op. cit.*, notamment les chapitres 2 et 3, p. 31-56.

69. HCJ 393/82 Ja'amait Ascan v. IDF Commander inJudea and Samaria (1982).

70. Pour une liste complète des instruments que le juge peut appliquer, lire : Anne Bayefsky, « Israel and the United Nations' human rights agenda, the inequality of nations large and small », *Israel Law Review*, vol. 29, n° 3, 1995, pp. 424-458.

71. H.C. 428/86, Barzilai v. Gov't of Israel, (1986).

72. Par exemple dans l'affaire Morcos, voir note 13.

73. Sur l'évolution de ce principe, lire Suzie Navot, « The Supreme Court of Israel and the war against terror », *European Public Law*, vol. 9, Issue 3, 2003, p. 323-333.

74. H.C. 428/86, Barzilai v. Gov't of Israel (1986)

75. Michael Walzer, *Guerres justes et injustes*, *op. cit.*, p. 449

76. HCJ 5100/94 Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel. Notons que dans le corps de cet arrêt de principe est décrit tout un panel de méthodes employées lors des interrogatoires.

77. Ce terme se réfère à une situation dans laquelle un suspect appréhendé par les services de sécurité détient d'importantes informations concernant la localisation d'une bombe sur le point d'exploser. Dans ce cas d'extrême urgence, des pressions peuvent être exercé afin d'obtenir les renseignements nécessaire pour la localiser.

78. Suzie Navot, « More of the same: judicial activism in Israel », European Public Law,Vol. 7, Issue 3, p. 361.

79. Voir par exemple, Roland Otto, « Neighbours as human shield? The IDF's early warning procedure and international humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, vol. 86, n ° 856, décembre 2004, p. 771-787.

80. HCJ 3799/02 Adalah v. Military Commander of the West Bank, 23 Juin 2005.

81. Yediot Aharonot, 10 juin 2005.

82. Les plus actives en la matière sont Adalah, Bt'selem, Physicians for Human Rights, l'Association for Civil Rights in Israel ou encore le Public Committee Against Torture in Israel.

83. Il existe une polémique assez partisane concernant l'utilisation des termes, mais nous utiliserons indifféremment les deux termes pour y échapper. Voir sur ce point, Steven R. David, « Fatal choices: Israel's policy of targeted killings », Mideast Security & Policy Studies, n° 51, septembre 2002, p. 2-26.

84. L'empoisonnement a aussi été une technique d'élimination employée par les services secrets, notamment en 1997 contre Khaled Meshaal, chef du Hamas.

85. L'élimination de Salah Shahadeh en juillet 2002 en constitue l'exemple parfait, puisque quatorze civils ont été tués.

86. « Aharon Barak's agenda », Jerusalem Post, 16 novembre 2005.

87. HCJ 3799/02 Adalah v. Military Commander of the West Bank, 23 Juin 2005.

88. Voir par exemple ces deux arrêts rendus en 2002 : HCJ 3278/02 The Center for the Defense of the Individual v. The Commander of IDF Forces in the West Bank et HCJ 3239/02 Marab v. The Commander of IDF Forces in the West Bank.

89. HCJ 7015/02 Ajuri v. The Commander of IDF Forces in the West Bank.

90. HCJ 2006/97 Janimat v. OC Central Command.

91. HCJ 3114/02 Barakeh v. The Minister of Defense.

92. Dorit Beinisch, *op. cit*., p. 289.

93. Voir par exemple l'arrêt rendu en 2004, HCJ 4764/04 Physicians for Human Rights v. Commander of the IDF in the Gaza Strip.

94. H.C. 3436/02 La Custodia Internazionale di Terra Santa v. Government of Israel (2002).

95. Le contenu de ce code a été largement publié et diffusé dans plusieurs publications scientifiques. Lire par exemple, Asa Kasher et Amos Yadlin, « Military ethics of fighting terror : an israeli perspective », *Journal of Military Ehtics*, vol. 4, Issue 1, 2005.

96. Le code établit notamment des échelles d'implication dans les activités terroristes contre Israël (critère de la présomption directe ou indirecte). Il s'articule aussi autour de la notion de nécessité militaire.

97. HCJ 2936/02 Physicians for Human Rights v. The Commander of IDF Forces in the West Bank.

98. Dorit Beinsisch, *op. cit*., p. 291.

99. Ce manuel a été publié par l'IDF Military Law School, sous la direction du Capitaine Erez Hazon, « Laws of war in the battlefield », Département de droit international, 1998.

100. *IDF to set up simulator city*, Amir Buhbut, Maariv, 1 Juillet 2004.

101. *Balancing IDF checkpoints and International Law, teaching the IDF code of conduct*, op. cit.

102. David Kretzmer, « Les droits de l'homme en Israël », *Pouvoirs*, n° 72, 1995, p. 57.

103. Cette situation n'est d'ailleurs pas spécifique à l'armée israélienne : sur les problèmes similaires rencontrés par les Forces Armées Britanniques en Irlande du Nord dès leur engagement en 1969, mais aussi par la Police Britannique en matière de lutte antiterroriste, on peut consulter les travaux d'Anne Mandeville, *L'Armée Britannique en Irlande du Nord. Contribution à une théorie du maintien de l'ordre*, mémoire pour le DEA de science politique, Université de Toulouse I sciences sociales, 1983, et *Les Autorités responsables du maintien de l'ordre public dans le Royaume-Uni. Éléments pour une analyse politique du système britannique de maintien de l'ordre public*, Thèse pour le doctorat de science politique, Université de Toulouse I sciences sociales, disponible à l'adresse : http://www.biu-toulouse.fr/uss/scd/theses/fiches-pdf/mandeville-a/ThAMandeville.pdf

104. Michael Walzer, *op. cit.*, p. 416.

RÉSUMÉS

Depuis plusieurs années maintenant, l'hyperactivisme de la Cour Suprême n'a cessé d'alimenter des débats passionnés en Israël sur le rôle et le contrôle que peut exercer la plus haute institution judiciaire du pays dans le conflit. Et parmi les interventions les plus critiquées figurent les très nombreuses décisions de la cour dans les affaires militaires, rendant ainsi progressivement la Cour juge de ce que Tsahal est autorisé ou pas de faire. L'origine d'un tel phénomène se situe clairement dans l'évidente judiciarisation du conflit israélo-palestinien, créatrice de nombreuses contraintes juridiques, bon an mal an intégrées par une armée sommée de prendre en considération que la sécurité nationale ne peut plus être assurée indépendamment du respect du droit. Progressivement, la Cour Suprême israélienne est devenue actrice de cette éthique militaire israélienne au point de créer une culture nouvelle chez les militaires, fondatrice de ce que nous appelons la « conscience du recours » : à tout moment, le juge peut intervenir, contrôler la légalité des opérations et sanctionner le cas échéant.

For many years, the judicial activism of the Israeli Supreme Court constituted one of the most impassioned debates in Israeli politics, particularly in respect of the definition of the role which the highest judicial institution in the country should play in military issues. The Supreme Court's most controversial interventions pertain to the Israeli-Palestinian conflict and these are so numerous that the Court can be considered an active player in the task of defining what the Israeli Defence Forces are allowed to do or not in warfare. This judicial activism in the realm of the IDF's ethics is rooted in the wide-scale phenomenon of the "judicialization" of politics and of the entire public sphere in Israel. This phenomenon has contributed to the emergence of a new culture within the armed forces, which is characterized by a deep awareness that the Supreme Court can, at any time, intervene, control and, if necessary, punish.

INDEX

Mots-clés : armée israélienne, éthique militaire, activisme judiciaire, lutte contre le terrorisme
Keywords : Israeli Defence Forces, military ethics, judicial activism, fight against terror

AUTEUR

SAMIA CHOUCHANE

Samia Chouchane est doctorante en Science Politique à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse I. Elle prépare une thèse sous la direction d'Anne Mandeville, portant sur l'éthique militaire en tant qu'objet d'enjeux et de tensions politiques au sein d'un État d'Israël qui se définit comme étant juif et démocratique. Contact : samia_chouchane@hotmail.com