



COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES PARLEMENTAIRES

- CAS N° PAL/28 - MUHAMMAD ABU TEIR) PALESTINE/ISRAEL
CAS N° PAL/29 - AHMAD ATTOUN)
CAS N° PAL/30 - MUHAMMAD TOTAH)
ET
KHALED ABU ARAFEH

Rapport de M. Alex McBride, expert nommé par le Comité des droits de l'homme des parlementaires conformément à la résolution adoptée par le Conseil directeur de l'Union interparlementaire à sa 188^{ème} session (avril 2011), sur l'affaire N° HCJ 7803/06 devant la Cour suprême israélienne, 26 juillet 2011

A. INTRODUCTION

1. J'écris le présent rapport à l'attention du Conseil directeur de l'UIP. Il rend compte d'une audience de la Cour suprême israélienne du 26 juillet 2011 qui entendait les recours de Khaled Abu Arafeh, Muhammad Abu Teir, Muhammad Amran Totah et Ahmad Mahmoud Attoun (les requérants). Les quatre hommes, dont trois sont des parlementaires palestiniens élus et dont le quatrième est Ministre des affaires de Jérusalem pour l'Autorité palestinienne, contestaient une décision du Ministre de l'intérieur (le défendeur) d'annuler leurs titres de séjour en Israël. Je crois comprendre que les avocats des requérants peuvent retirer leur appel avant que la Cour ne statue et que d'autres procédures judiciaires sont possibles à l'avenir.

2. Je tiens à remercier le Procureur, les avocats des requérants, l'*Adalah Legal Center for Arab Minority Rights* (Centre de défense Adalah des droits de la minorité arabe en Israël, représenté par Hassan Jabareen, avocat), l'*Association for Civil Rights in Israel* (Association pour les droits civils en Israël, représentée par Dan Yakir, avocat) et l'*Israel Law Center* (Centre israélien du droit), tous trois intervenant en qualité d'*amicus curiae* (ami de la cour), de m'avoir aidé à suivre les arguments échangés à l'audience.

B. LES REQUERANTS

3. Khaled Abu Arafeh, 50 ans, est marié et père de cinq enfants. Il a une formation d'ingénieur mécanicien et il est membre du Conseil des ingénieurs palestiniens. M Arafeh travaille pour plusieurs ONG et il est membre du Centre Noon pour la recherche coranique où il exerce des responsabilités. En 2006, il a été nommé Ministre des affaires de Jérusalem par l'Autorité palestinienne. Arrêté à plusieurs reprises par les autorités israéliennes, il est actuellement réfugié auprès du Comité international de la Croix-Rouge à Jérusalem. On prétend qu'il est membre du Hamas.

4. Muhammad Abu Teir, 60 ans, est marié et père de sept enfants. Il a étudié l'arabe à l'université et a travaillé pour le Fatah. Il a passé 25 ans de sa vie en prison. Il a été expulsé en Cisjordanie. Il a été élu au Conseil législatif palestinien en 2006 sur la liste Changement et réforme, et le défendeur prétend qu'il est membre du Hamas.

5. Muhammad Amran Totah, 42 ans, est marié et père de quatre enfants. Il a un diplôme d'études commerciales et il est membre du Centre palestinien pour le développement des petites entreprises. Il enseigne à l'école de commerce de l'Université Al Quds et il est secrétaire de l'Institution Iqraa pour la préservation du Coran et de la tradition sunnite. Il était responsable d'écoles coraniques à Jérusalem et membre du Comité de Wadi Al-Joz pour la protection de la terre. Il a été élu au Conseil législatif palestinien en 2006 sur la liste Changement et réforme et, selon le défendeur, serait membre du Hamas. Il est actuellement réfugié auprès du Comité international de la Croix-Rouge à Jérusalem.

6. Ahmad Mahmoud Attoun, 43 ans, est marié et père de quatre enfants. Il a un diplôme d'études islamiques de la charia et fait office d'imam dans une mosquée de Jérusalem. Il dirige aussi un centre d'études coraniques. Il a été élu au Conseil législatif palestinien en 2006 sur la liste Changement et réforme et le défendeur voit en lui un membre du Hamas. Il est actuellement réfugié auprès du Comité international de la Croix-Rouge à Jérusalem.

C. RAPPEL DES FAITS

7. En janvier 2006, un scrutin s'est tenu pour la première fois depuis 1996 pour élire les membres du Conseil législatif palestinien. Les habitants de Jérusalem-Est ont pu y participer, bien que le statut définitif de cette partie de la ville reste à négocier. Le gouvernement israélien était favorable à ces élections. Muhammad Abu Teir, Muhammad Amran Totah, Ahmad Mahmoud Attoun se sont portés candidats et ont été élus sous l'étiquette du parti « Changement et réforme ». L'Etat prétend que le parti « Changement et réforme » est la façade du Hamas. En mars 2006, Khaled Abu Arafah, qui n'a pas participé aux élections et n'est pas membre du parti « Changement et réforme », a été nommé Ministre des affaires de Jérusalem par l'Autorité palestinienne.

8. Le 17 avril 2006, un attentat suicide à la bombe perpétré à la gare centrale de Tel-Aviv a tué neuf personnes et en a blessé 68 autres. L'Organisation du Jihad islamique a revendiqué cet attentat. En réaction, le défendeur a engagé une procédure en annulation des titres de séjour des quatre hommes au motif que le gouvernement palestinien était responsable de l'attentat. Aucun élément n'a été produit publiquement pour prouver que les requérants avaient participé à l'attentat. Aucune procédure pénale n'a été ouverte contre eux pour attentat. Je note que le défendeur a proposé un marché aux requérants (qui l'ont refusé) : s'ils démissionnaient de leurs postes, ils ne perdraient pas leurs titres de séjour.

9. Suite à leur refus, le défendeur a écrit aux requérants pour les informer qu'il annulerait leurs titres de séjour en vertu de l'article 11.a) de la Loi relative à l'entrée en Israël s'ils ne démissionnaient pas de leurs postes. La décision reposait sur l'argument suivant : les requérants étaient membres du Conseil législatif palestinien et du gouvernement palestinien, ainsi que du Hamas. Ce faisant, ils manquaient à leur « obligation de loyauté » envers l'Etat d'Israël, au sens de la Loi relative à l'entrée en Israël. Il leur donnait 30 jours pour se mettre en règle.

10. Les requérants ont engagé des avocats pour contester l'annulation de leurs titres de séjour. Ils nient avoir participé à des activités terroristes et font valoir que cette annulation est une façon de les punir pour la part qu'ils prennent aux affaires publiques à Jérusalem-Est. Ils ont demandé une prolongation du délai de 30 jours qui leur était donné; le défendeur l'a refusée et leurs titres de séjour ont été annulés. L'action se poursuit en justice.

D. ARGUMENTATION DES PARTIES

11. L'argumentation des requérants peut se résumer comme suit :

1. Le statut des titres de séjour

i) La naissance fait du droit de résidence un droit constitutionnel. Les titres de séjour des requérants leur donnent un statut proche de celui de citoyen. Les requérants ont leur

domicile permanent à Jérusalem-Est. Ce droit de résidence qui leur vient de naissance est antérieur à l'annexion de Jérusalem-Est. Comme cette annexion est illégale au regard du droit international, le droit qui, de façon latente, fait autorité à Jérusalem-Est reste le droit international. En vertu de la Quatrième Convention de Genève, Israël, en tant que puissance occupante, est tenu de protéger les droits des habitants.

- ii) L'octroi ou le renouvellement des titres de séjour devrait être fondé sur le « centre de vie effectif » de leurs titulaires. C'est un critère factuel sur lequel insistent les requérants, qui sont nés à Jérusalem-Est et y ont vécu toute leur vie. Il n'y a aucune raison de leur retirer leurs titres de séjour.
- iii) Le critère principal pour la révocation du droit de résidence n'est autre que la réalité de la vie de l'habitant. Le statut des titulaires de permis doit être déterminé par leur comportement réel et le point de savoir s'ils demandent à rompre leurs liens permanents avec Israël et à nouer de nouveaux liens avec un autre Etat.
- iv) L'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose que tout individu a droit à une nationalité. L'article 8 de la Convention des Nations Unies sur la réduction des cas d'apatridie interdit, avec quelques exceptions, de priver de sa nationalité un individu si cette privation doit le rendre apatride. L'annulation des titres de séjour des requérants viole leurs droits constitutionnels à la résidence permanente et leur droit de continuer à vivre sur leur terre natale sans crainte d'être expulsés.

2. « Déloyauté » et proportionnalité de la décision du défendeur

- i) Le défendeur fonde sa décision d'annuler les permis des requérants sur leur « déloyauté » envers l'Etat israélien. Il n'a produit aucune preuve de faits assimilables à la déloyauté. Les requérants n'ont pas été poursuivis au pénal et, à part leur prétendue affiliation au Hamas, ils soutiennent que leurs activités étaient légitimes.
- ii) Il n'y a aucune raison de retirer aux requérants leurs titres de séjour pour « déloyauté ». Les motifs ne peuvent être établis que si l'habitant [pour reprendre les termes mêmes du Procureur général] « est mêlé à une activité grave contraire à la sécurité de l'Etat. »
- iii) Le défendeur n'a pas une discrétion absolue quand il s'agit d'annuler un titre de séjour. La décision du défendeur « est soumise à un contrôle judiciaire comme celles de tous les autres pouvoirs publics ». (HCJ 758/88, affaire Kendall c. Ministre de l'intérieur, [1992] IsrSC 46(4) 505, 527-528; HCJ 3403/97 affaire Ankin c. Ministre de l'intérieur, [1997] IsrSC 51(4) 522, 525). « Il n'y a pas de discrétion « absolue » dans le droit israélien, et même une discrétion qualifiée d'absolue ne l'est pas » (H.C.J. 4542/02, affaire Kav LaOved Worker's Hotline c. gouvernement israélien). Les requérants invitent la Cour à réexaminer la décision du défendeur.
- iv) L'article 11.a) de la Loi relative à l'entrée en Israël, qui habilite le défendeur à annuler des titres de séjour, devrait être lu à la lumière de la Loi fondamentale d'Israël et de la clause des restrictions. Vague et rédigé en termes généraux, l'article 11 n'énonce pas les critères que doit appliquer le défendeur pour décider s'il y a lieu ou non de retirer un permis. La formulation vague de cet alinéa de la Loi relative à l'entrée en Israël le rend inconstitutionnel parce qu'il transfère à l'exécutif un pouvoir du législatif sans lui donner de directives sur la manière de l'exercer.
- v) Le vrai critère pour l'annulation d'un titre de séjour, c'est le « centre de vie » comme indiqué à l'article 11 de la Loi relative à l'entrée en Israël. C'est un critère factuel. Le « centre de vie » des requérants a toujours été à Jérusalem-Est.

3. La décision d'annulation du défendeur viole leur droit d'être entendus

Passé le délai de 30 jours, le défendeur a refusé de le prolonger pour permettre le dépôt de conclusions. Le défendeur a ainsi ignoré l'obligation qui lui est faite de tenir une

audience pour permettre aux intéressés de faire valoir leurs arguments avant qu'une décision définitive ne soit prise sur leur statut.

4. La décision du défendeur viole leur droit constitutionnel à la vie de famille

- i) La décision du défendeur d'annuler les titres de séjour des requérants constitue une atteinte à leur droit à la vie de famille. La Loi de retour autorise les familles juives à venir en Israël pour préserver l'unité familiale.
- ii) Le droit à la protection de la famille est consacré dans le droit international, notamment à l'article 16.3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à l'article 23.1 du PIDCP.
- iii) Les requérants sont séparés de leurs enfants, ce qui va à l'encontre de l'intérêt supérieur des enfants. Les tribunaux israéliens ont souligné que les intérêts de l'enfant devaient être une considération primordiale.

12. L'argumentation du défendeur peut se résumer comme suit :

- i) L'article 11.a) de la Loi relative à l'entrée en Israël dispose que le Ministre de l'intérieur « peut à sa discrétion 1) annuler tout visa accordé en vertu de la présente loi, avant ou à l'arrivée du titulaire du visa en Israël; 2) annuler tout titre de séjour accordé en vertu de la présente loi ». Il donne donc au défendeur une large discrétion pour annuler le titre de séjour d'un habitant. Le défendeur a agi à tout moment dans le cadre de la loi. Le pouvoir du défendeur d'annuler un permis ne transforme pas le droit de résidence permanente en une « affaire de grâce ». Le droit de résidence permanente est accordé par la loi et seules des considérations pertinentes peuvent permettre au défendeur d'user de son pouvoir. Les considérations pertinentes ne sont pas limitées aux faits liés au « centre de vie ».
- ii) L'affiliation des requérants au Hamas et leur participation aux élections du Conseil législatif palestinien sont des considérations pertinentes.
- iii) En se présentant à ces élections, les requérants ont manqué à leurs obligations minimales envers l'Etat israélien. En conséquence, le défendeur était habilité à exercer son pouvoir. L'affiliation des requérants au Hamas est une menace pour la sécurité de l'Etat d'Israël et de ses citoyens. Il est logique de retirer son droit de résidence à quelqu'un dont la présence est contraire au bien public.
- iv) Le défendeur n'a usé de ses pouvoirs que lorsque les requérants ont refusé de démissionner de leurs postes. Ce refus a établi les motifs qui ont conduit le défendeur à annuler leurs titres de séjour.
- v) Cette annulation n'a pas été immédiate et le défendeur a donné aux requérants un délai de 30 jours pour exposer leurs objections/arguments juridiques.
- vi) La décision d'annulation n'a pas été disproportionnée si l'on considère que les requérants sont membres du Hamas et y exercent des responsabilités. Muhammad Abu Teir a été condamné pour délits terroristes et mis en prison. Le Hamas souhaite la destruction de l'Etat d'Israël. La place que les requérants occupent dans le gouvernement de l'Autorité palestinienne et le Conseil législatif palestinien leur permet de menacer facilement la sécurité d'Israël et de ses citoyens.

E. L'AUDIENCE D'APPEL

13. La Cour suprême qui a entendu l'appel des requérants le 26 juillet 2011 était un collège de trois juges (les juges Beinisch, Fogleman et Naor). Le Procureur a commencé par dire que le défendeur avait qualité pour annuler les titres de séjour dans certaines circonstances et que ces

circonstances étaient établies dans le cas des requérants. S'ils restaient en Israël, ceux-ci représentaient un danger pour l'Etat d'Israël. Les requérants n'avaient pas seulement des droits. Ils avaient aussi des responsabilités. Ils devaient à l'Etat d'Israël un minimum de loyauté, même s'ils n'en étaient pas citoyens.

14. Les requérants ont eu le choix – démissionner ou perdre leurs titres de séjour – et ils ont décidé de ne pas démissionner. C'est alors seulement que le défendeur a engagé la procédure d'annulation de leurs titres de séjour. Les requérants ont eu 30 jours pour avancer d'éventuels arguments juridiques. Ils sont membres du Hamas et y exercent des responsabilités et, par la place qu'ils occupent au sein du Conseil législatif palestinien et du gouvernement de l'Autorité palestinienne, ils font peser sur Israël une menace inacceptable.

15. Il a été demandé au Procureur si le défendeur avait connaissance de preuves secrètes fournies par les Services généraux de sécurité (connus sous le nom de Shin Bet) sur les activités des requérants. Cette question n'a pas reçu de réponse directe. Il est apparu clairement qu'il existe des renseignements secrets dont les requérants n'ont pas connaissance et qui sont censés montrer qu'ils étaient actifs au sein du Hamas. Le Procureur a refusé de montrer ces preuves aux requérants.

16. Les juges ont précisé que le défendeur avait donné le choix aux requérants : en démissionnant, ils sauvaient leurs titres de séjour. Les juges se sont demandé si ce n'était pas là un indice de la gravité des activités supposées. Le Procureur a dit que le défendeur n'était plus disposé à donner aux requérants le choix de démissionner. Aucune raison n'a été donnée pour expliquer ce changement si ce n'est que les requérants seraient toujours membres du Hamas.

17. Les juges ont poursuivi leur questionnement en évoquant un scénario hypothétique : s'il y avait de nouvelles élections et que les requérants ne soient pas élus, auraient-ils alors une chance de recouvrer leurs titres de séjour ? Le Procureur n'a pas répondu à cette question mais a dit que les requérants auraient la possibilité de demander des titres de séjour. Les juges ne s'en sont pas tenus là et ont voulu savoir pourquoi, si le statut des requérants changeait, on ne leur rendrait pas leurs permis de séjour puisque c'était l'offre qui avait été faite en 2006. Le Procureur a dit que le défendeur ne leur ferait plus à présent la même offre qu'en 2006. Les juges ont été surpris qu'un marché proposé en 2006 ne le soit plus aujourd'hui.

18. Naitsana Laitner de l'*Israel Law Center*, qui représente des groupes de colons à Jérusalem-Est, a fait valoir que le défendeur était habilité à annuler un titre de séjour. Il n'était pas seulement dans son droit mais réagissait à une menace à la sécurité. Les personnes domiciliées en Israël ne devraient pas pouvoir prêter allégeance à deux gouvernements différents. Le Hamas est responsable de la mort de milliers d'Israéliens. Un domicile en Israël donne aux requérants toute liberté de mouvement en Israël, ce qui est un sérieux risque pour la sécurité.

19. L'Association pour les droits civils en Israël a voulu traiter du statut de Jérusalem dans le droit international. Les requérants avaient été obligés d'avoir un titre de séjour parce qu'Israël est une puissance occupante. Les juges n'ont pas souhaité entendre un exposé sur ce point, qui occupe cependant une grande place dans l'argumentation des requérants. L'Association n'a donc pas pu le développer. Les juges ont dit qu'il y avait un minimum de loyauté à attendre de citoyens israéliens; ne faudrait-il donc pas que les habitants satisfassent à cette exigence minimum ? Le défendeur dit que des personnes qui font partie du Hamas et du Conseil législatif palestinien ne témoignent pas de ce minimum de loyauté envers l'Etat d'Israël. L'Association pour les droits civils en Israël a fait remarquer qu'Israël avait été favorable aux élections, et par extension, au Conseil législatif palestinien aussi.

20. Hassan Jabareen du Centre de défense Adalah des droits de la minorité arabe en Israël a fait valoir que la Loi relative à l'entrée en Israël ne contient aucun critère permettant de juger ce qui constitue une déloyauté ni aucun critère établissant ce dont le défendeur devrait tenir compte au moment de prendre la décision d'annuler un permis. C'est une lacune de la loi. Dans d'autres pays, l'exécutif reçoit du législatif et/ou des tribunaux des directives sur la manière d'exercer ses pouvoirs. Il a invité la Cour à réfléchir aux critères qui devraient être établis pour éclairer le défendeur sur le point de savoir s'il y a lieu ou non d'annuler un titre de séjour.

21. Les juges ont dit que ce n'était pas le moment de parler de critères. Selon le défendeur et les renseignements secrets qu'il avait sous les yeux, les requérants représentaient un danger et cela devrait être pour lui une raison suffisante pour user de son pouvoir d'annuler des titres de séjour. M. Jabareen a fait valoir que la clause des restrictions contenue dans la Loi fondamentale d'Israël (adoptée après la Loi relative à l'entrée en Israël) devrait invalider des pouvoirs aussi généraux que ceux prévus à l'article 11. Le défendeur a d'autres options, telles que la détention administrative ou l'ouverture de poursuites pénales, mais ne les a pas utilisées. Les requérants n'ont même pas été arrêtés.

22. Les juges ont demandé à M. Jabareen s'il avait une objection à ce qu'eux-mêmes aient connaissance des preuves secrètes. M. Jabareen a dit que le problème tenait au fait que ni lui ni les requérants ne pouvaient en avoir connaissance et donc en contester l'exactitude.

23. M. Jabareen a affirmé que le défendeur devait avant tout s'interroger sur le « centre de vie » des intéressés lorsqu'il devait prendre une décision et que c'est sur cette base que devraient être établis les critères à prendre en considération au moment de décider s'il y avait lieu ou non d'annuler un titre de séjour. L'annulation crée un dangereux précédent en ce sens que l'affiliation au Hamas pourrait entraîner la perte d'un titre de séjour.

24. Ainsi s'est conclue l'argumentation entendue par la Cour. Les juges ont réservé leur jugement pour une date ultérieure qu'ils n'ont pas précisée.

F. OBSERVATIONS PRELIMINAIRES

25. L'audience en l'espèce a porté sur la latitude du défendeur lorsqu'il décide de priver des habitants de Jérusalem-Est de leurs titres de séjour. Les requérants n'étaient accusés d'aucune infraction pénale et ne passaient pas en jugement. Les protections accordées par le droit israélien et le droit international aux défendeurs dans une affaire pénale ne sont donc pas applicables.

26. L'annulation de leurs titres de séjour a cependant de graves conséquences sur les requérants. Muhammad Abu Teir a dû quitter sa terre natale pour aller habiter en Cisjordanie et les trois autres hommes se sont réfugiés dans les bureaux du Comité international de la Croix-Rouge à Jérusalem. Leurs habitudes de vie sont totalement bouleversées et ils sont devenus apatrides. L'annulation de leurs titres de séjour soulève nombre de questions en droit international et plusieurs dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), qui a été ratifié par Israël sans réserve ni dérogation pertinente le 3 octobre 1991, pourraient être invoquées. L'article 12 du Pacte prévoit par exemple que « quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit... d'y choisir librement sa résidence » et que « nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». Sous réserve des questions délicates et bien connues que pose le statut des habitants de Jérusalem qui sont nés Palestiniens, l'annulation pourrait aussi se révéler problématique au titre de l'article 13 du PIDCP qui met des limites au pouvoir de l'Etat d'expulser des « étrangers » qui « se trouvent légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent pacte ».

27. Etant donné que ma mission était d'observer l'audience du 26 juillet 2011, je ne vais pas m'appesantir sur ces sujets mais il est juste de relever que cette affaire soulève des questions qui préoccupent les instances internationales depuis quelque temps. Déjà en 1998, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies exprimait les « profondes préoccupations » que lui inspirait une directive non publiée du Ministère de l'intérieur, en vertu de laquelle les Palestiniens qui ne pouvaient prouver que Jérusalem-Est avait été leur « centre de vie » au cours des sept années antérieures pouvaient perdre leur droit de vivre dans la ville.¹ Cette politique a été annulée en partie après mars 2000, mais plusieurs observatoires israéliens des droits de l'homme se sont inquiétés de constater que, depuis quelques années, le ministère renouait avec la politique des « transferts silencieux ».²

¹ Comité des droits de l'homme, Observations finales sur Israël (1998), CCPR/C/79/Add.93, par. 23.

² Voir B'Tselem, *Revocation of Residency in Jérusalem-Est*, 6 mai 2010, disponible en ligne à www.btselem.org/printpdf/51824; voir aussi les efforts constants de surveillance de HaMoked (Centre pour la

28. Au regard de ces préoccupations, il est juste aussi de faire une observation préliminaire sur le statut de la Quatrième Convention de Genève (CGIV) en Israël. Ce traité, qu'Israël a ratifié le 6 juillet 1951, considère comme « personnes protégées » toutes les personnes « qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir... d'une puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes » (article 4). Israël conteste l'applicabilité de la Convention à Jérusalem-Est,³ mais le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies ont affirmé le contraire bien des fois.⁴ Aux yeux des instances internationales, les requérants apparaissent donc comme des « personnes protégées » au sens de l'article 4 de la CGIV.

29. En conséquence, l'argument selon lequel la décision du défendeur de priver les requérants de leurs titres de séjour est contraire à l'article 49 de la CGIV, qui interdit « les transferts forcés, en masse ou individuels » de personnes protégées « hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre Etat, occupé ou non ... quel qu'en soit le motif », ne manque pas de poids. Je sais que la Cour suprême israélienne a statué que l'expression « transferts forcés, en masse ou individuels » ne visait pas le transfert d'individus⁵ mais cette interprétation reste litigieuse même en Israël. Elle n'a jamais été acceptée par aucune autorité judiciaire ni aucun organisme humanitaire hors du pays.

30. S'agissant des questions générales qui se posent en l'espèce au titre des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, il y a aussi la crainte que la décision du défendeur ne cible les requérants en raison de leurs activités politiques et de leurs affiliations partisans supposées. Bien que l'animosité réciproque entre Israël et le Hamas soit de notoriété publique, aucun Etat démocratique qui est censé protéger les libertés d'expression, de réunion et de participation aux affaires publiques ne peut simplement réduire au silence ou expulser des personnes qu'il soupçonne d'avoir des liens avec des parties hostiles, en particulier lorsque, comme dans le cas présent, ce sont des représentants élus ou des membres d'un gouvernement investis d'un mandat populaire. Des instances internationales et régionales des droits de l'homme ont, dans certains cas, confirmé des ordonnances d'interdiction visant des mouvements extrémistes, mais Israël n'a jamais eu l'intention d'interdire la liste électorale Changement et réforme. Le Comité des droits de l'homme a en outre relevé que toutes les restrictions à la liberté de mouvement risquent de contrevenir à l'article 12 du PIDCP dans la mesure elles établissent des distinctions fondées sur des opinions politiques.⁶

31. Enfin, il est important de faire observer que les requérants sont des époux et des pères. Leur vie familiale est bouleversée par la décision du défendeur de leur retirer leurs titres de séjour, et cela pose problème, les droits de la famille et de l'enfant étant protégés par les articles 17, 23 et 24 du PIDCP (entre autres dispositions d'instruments internationaux bien connus relatifs aux droits de l'homme).

32. Par souci de clarté, je répète que les questions ci-dessus ne sont pas rappelées dans le but d'avancer une opinion quelconque sur le point de savoir si elles mettent en évidence ou

défense de l'individu) à l'adresse suivante : www.hamoked.org/Document.aspx?dID=744_update et www.hamoked.org/Document.aspx?dID=868_update.

³ La position officielle d'Israël est la suivante : les dispositions de la CGIV ne sont pas applicables parce que la Jordanie n'était pas une « haute partie contractante » au sens de la Quatrième Convention de Genève et donc n'exerçait pas de souveraineté légitime lorsqu'elle a été boutée hors de Jérusalem-Est en 1967. La Cour suprême a statué que la CGIV n'était pas directement applicable : voir affaire Ayub c. Ministre de la défense (affaire Beit El), HC 606/78. Les représentants du gouvernement ont cependant déclaré il y a longtemps qu'Israël observerait en pratique les dispositions humanitaires du traité et, chaque fois que le ministère public a fait cette concession, la Cour suprême a reconnu que la CGIV reflétait le droit international coutumier. Voir par ex. affaire Conseil du village de Beit Sourik c. gouvernement d'Israël, HCJ 2056/04, par. 23; voir en général Meir Shamgar, 'Legal Concepts and Problems of the Israeli Government: The Initial Stage', in Shamgar (éd.), *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980* (1982), pp. 13-59.

⁴ Voir par ex. la résolution 446 du Conseil de sécurité (22 mars 1979), la résolution 478 du Conseil de sécurité (20 août 1980); voir aussi la Déclaration de la Conférence des Hautes Parties contractantes à la Quatrième Convention de Genève datée du 5 décembre 2001, disponible en ligne sur le site Web du CICR à l'adresse suivante : www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/5fldpj.htm.

⁵ Affo et al. c. Commandement des Forces de défense israéliennes en Cisjordanie, HCJ 785/87, HCJ 845/87.

⁶ Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 27, 2 novembre 1999, par. 18.

constituent des violations des normes internationales relatives aux droits de l'homme. Elles sont cependant au centre des motifs qu'ont les requérants de se plaindre du défendeur et, comme telles, ont tenu une place essentielle lors de l'audience d'appel que j'avais pour mission d'observer en Israël.

G. OBSERVATIONS SUR L'AUDIENCE DU 26 JUILLET 2011

33. Le défendeur a fondé sa décision originelle d'annulation sur des rapports secrets établis par le Shin Bet, qui apparemment allèguent que les requérants sont membres du Hamas, y exercent des responsabilités et ont participé à des activités terroristes non spécifiées qui menaçaient la sécurité de l'Etat d'Israël. Se fiant à ces rapports, le défendeur a conclu que les requérants manquaient à leur obligation minimale envers Israël et qu'il pouvait et devait même leur retirer leurs titres de séjour. La Cour suprême, même si elle n'a pas vu ces rapports, leur accorde un grand poids. Les requérants n'ont pas été autorisés à les voir et n'ont donc pas pu les contester.

34. L'article 14.1 du PIDCP fait état de l'obligation contraignante qui incombe en droit international à tous les Etats d'observer certaines normes de base dans leur examen judiciaire du statut légal d'une personne sur leur territoire. Aux termes de cet article :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera...des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. »

35. On peut se demander à titre préliminaire si l'article 14 peut régir la décision initiale du défendeur. Il est établi que cet article ne vise pas toutes les audiences et toutes les procédures, et le Comité des droits de l'homme a estimé assez récemment dans l'affaire Zundel c. Canada qu'une audience sur une affaire d'expulsion pour des motifs de sécurité nationale n'était pas « de caractère civil » au sens de l'article 14.⁷

36. Il me semble clair, cependant, que l'article 14 s'appliquait à cette affaire. Il ne s'agissait pas d'expulser quelqu'un qui était arrivé d'un autre pays, mais de priver les requérants du droit de rester dans la ville où ils étaient nés. Il est difficile d'imaginer de nombreuses décisions au civil qui puissent avoir plus d'incidences sur la vie quotidienne des requérants, et la législation israélienne elle-même considère que ce droit mérite d'être protégé par la loi, puisqu'elle prévoit des recours directs à la Cour suprême. En l'absence d'une autorité judiciaire se prononçant pour le contraire, il existe de nombreuses raisons convaincantes de considérer que l'article 14 est en principe applicable et aucune pour l'exclure d'emblée.

37. Ensuite, il est important de se demander si l'annulation décidée par le défendeur était une décision prise « par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi ». Le Comité des droits de l'homme a indiqué dans son Observation générale N° 32 (2007) que cette exigence ne souffrait aucune exception et qu'elle supposait une indépendance de fait à l'égard de l'exécutif.⁸

38. Je n'ai pas d'élément qui me permette de juger dans quelle mesure le défendeur était ou non « compétent, indépendant et impartial » au sens de l'article 14, mais de son statut de ministre du gouvernement découle qu'à l'évidence il n'est pas indépendant de l'exécutif israélien. Cela ne veut pas dire qu'il soit automatiquement injuste dans son rôle quasi judiciaire : les gouvernements à travers le monde recourent de manière routinière aux décisions administratives pour régler efficacement les problèmes et il est clairement établi dans la jurisprudence du Comité

⁷ Zundel c. Canada, 1341/2005, 20 mars 2007, par. 6.8. Voir aussi l'affaire antérieure de V.M.R.B. c. Canada (236/1987) dans laquelle le tribunal a laissé en suspens la question de savoir si des audiences sur des questions d'immigration et une procédure d'expulsion étaient « de caractère civil » au sens de l'article 14 : par. 6.3. Pour des observations générales du Comité des droits de l'homme sur le sens de l'expression « de caractère civil », voir Y.L. v. Canada (112/81), par. 9.1 & 9.2.

⁸ Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 32, 23 août 2007, par. 19.

des droits de l'homme et d'autres instances régionales compétentes pour les droits de l'homme que ces décisions peuvent très bien satisfaire aux normes du droit international. Cela donne cependant un poids supplémentaire aux observations faites ci-dessus sur la fonction de contrôle de la Cour suprême. Dans une affaire dans laquelle l'auteur d'une décision quasi judiciaire est un membre du gouvernement, et pas l'un des moindres, le contrôle exercé par les tribunaux devrait être scrupuleux, vu en particulier l'obligation qui incombe aux Etats au titre de l'article 2 du PIDCP de donner effet au Pacte et de garantir aux victimes de violations un recours utile.

39. Eu égard à ces questions, il incombait à la Cour suprême de trouver un équilibre délicat entre les préoccupations de sécurité nationale exprimées par le défendeur au nom du Gouvernement israélien et le droit des requérants à une juste détermination de leurs droits et obligations. Et bien qu'à première vue l'article 14 s'applique davantage aux audiences de première instance qu'aux recours, les normes d'équité que le défendeur aurait dû observer relèvent nécessairement de ce que la Cour suprême doit contrôler. L'appel qu'elle entendait faisait suite à une procédure administrative qui n'avait pas permis aux requérants de prendre connaissance des éléments adverses sur lesquels se fondait le défendeur, ni d'argumenter sur leur importance. Dans ces circonstances, il incombait à la Cour suprême de contrôler avec soin la procédure antérieure et de remédier aux vices éventuels, faute de quoi son arrêt reviendrait à les confirmer.

40. A ce sujet, le fait que le défendeur se soit fié à des renseignements secrets suscite, de prime abord, de sérieuses préoccupations. Comme l'a observé le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, il convient d'interpréter la notion de procès équitable dans le contexte du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte, « comme exigeant un certain nombre de conditions, telles que l'égalité des armes [et] le respect du débat contradictoire ». ⁹ Dans son observation générale N° 32 (2007), « Le principe de l'égalité entre les parties s'applique aux procédures civiles également et veut, entre autres, que chaque partie ait la possibilité de contester tous les arguments et preuves produits par l'autre partie ». ¹⁰

41. Les tribunaux israéliens ont longtemps prétendu reconnaître le risque d'injustice inhérent à l'absence de transparence dans les procédures et y remédier ¹¹ et, en l'espèce, les juges ont apparemment pris une précaution à cet égard en demandant aux avocats des requérants s'ils avaient une objection à ce que la Cour ait connaissance des renseignements secrets. Mais j'ai été surpris qu'à l'audience du 26 juillet 2011, leurs questions s'arrêtent apparemment là. Lorsque les avocats des requérants ont répondu qu'ils avaient effectivement une objection parce qu'ils auraient aimé argumenter sur l'exactitude de ces renseignements, la Cour ne les a pas invités en termes généraux à développer leurs préoccupations. Elle n'a pas proposé de tenir une audience à huis clos ni d'élaguer le rapport pour évaluer si certaines parties ne pourraient pas être divulguées en toute sécurité aux requérants. Dès que les requérants ont émis leur objection, elle n'a même pas indiqué si elle entendait ignorer l'existence de ces preuves, ni proposé de passer outre aux objections et de prendre les renseignements en considération. Pour ce qui est de la dernière question du moins, il faut espérer que la Cour clarifiera la situation lorsqu'elle motivera son jugement final parce que j'ai quitté l'audience dans une incertitude totale sur la mesure dans laquelle la Cour entendait prendre en compte les renseignements secrets.

42. Bien qu'à l'évidence, mes incertitudes à cet égard ne constituent pas en soi une base solide pour jeter le doute sur les procédures de la Cour, celle-ci n'a rien livré de plus solide aux requérants que les assurances de sa bonne foi sur son intention de répondre à leurs préoccupations et d'évaluer leurs droits au regard de la loi. Je ne vois aucune raison de douter de cette bonne foi mais elle ne suffit pas, et de loin, à satisfaire aux normes internationales d'équité et aux garanties d'une procédure équitable. Il fallait des procédures solides qui donnent la garantie que les renseignements seraient examinés et pesés en accordant aux intérêts des requérants autant d'attention qu'il était possible de le faire, compte tenu des préoccupations légitimes de sécurité nationale. Cela l'oblige à essayer de trouver un équilibre entre les intérêts en jeu. Je note qu'au Royaume-Uni, par exemple, un individu soupçonné de terrorisme dont le droit de séjour a

⁹ Morael c. France (207/86), par. 9.3.

¹⁰ Comité des droits de l'homme, Observation générale N° 32, 23 août 2007, par. 13.

¹¹ Itzhak Zamir, Human Rights and National Security, 23 *Isr. L. Rev.* 375, 399 (1989), et *CrimA 6659/06 A c. Etat d'Israël* [2008].

été menacé par l'utilisation par le gouvernement de renseignements secrets n'est pas automatiquement autorisé à voir ce qui a déterminé l'Etat à prendre sa décision; cependant, il a toujours le droit, lorsque sa cause relative à l'immigration est entendue en appel, de confier la défense de ses intérêts à un conseil indépendant, dont le rôle spécifique est d'examiner les informations sensibles et de bâtir son argumentation en conséquence.¹² Israël pourrait choisir une manière quelque peu différente de rétablir l'équilibre mais une conclusion est claire. Une détermination des droits fondée sur des preuves secrètes ne peut pas être soumise à un contrôle efficace si l'on n'essaie pas d'évaluer les affirmations de l'Etat quant à la sûreté nationale selon des critères autres que ceux établis par l'Etat lui-même. Cela demande une procédure qui donne à la partie touchée des moyens utiles de contester ces affirmations – et qui repose sur des bases plus solides que la seule intégrité personnelle des juges.

43. Dans le cas présent, les requérants ont été informés de l'existence d'informations qui leur étaient contraires et invités à en contester le contenu à l'aveugle. Cela leur a posé des difficultés évidentes et les a empêchés d'avancer des arguments qui puissent réfuter ceux sur lesquels le défendeur s'était fondé pour prendre sa décision. Le risque que les requérants soient privés de leur droit de résidence sur la base d'informations inexacts, partiales et de témoignages indirects était en conséquence inévitable. Dans les circonstances données, les requérants ne pouvaient pas, pour reprendre les termes de l'Observation générale N° 32, « contester tous les arguments et preuves produits par l'autre partie ».

44. En outre, et c'est un dernier sujet d'inquiétude, la Cour a refusé d'entendre dans son intégralité l'argumentation des avocats des requérants sur l'applicabilité du droit international et les éventuels critères que le défendeur aurait dû prendre en considération avant de se déterminer. Il est possible que la Cour, ayant lu les diverses conclusions écrites des parties, aient effectivement tenu compte des arguments des requérants mais, étant donné l'importance de cette affaire, le peu d'empressement de la justice à entendre les conclusions orales était assez étonnant. Les requérants auraient dû au moins avoir le droit de traiter d'éléments de fait et de droit qui étaient étayés et qui se défendaient. Dans ce contexte, je constate que le Comité des droits de l'homme a conclu à une violation du paragraphe 1 de l'article 14 du PIDCP dans une affaire dans laquelle un tribunal finlandais n'avait pas autorisé une partie à faire des commentaires sur le dossier de la partie adverse. Il a alors estimé que « l'une des obligations fondamentales des tribunaux est d'assurer l'égalité des parties, notamment en leur permettant de contester tous les arguments et les éléments de preuve avancés par la partie adverse ».¹³ Le refus opposé par les juges donnait l'impression que les arguments des requérants ne les intéressaient pas ou qu'ils étaient d'ores et déjà disposés à statuer contre eux. Un des principes fondamentaux d'un procès équitable – peut-être le plus important de tous – veut que la justice ressemble à de la justice. Les apparences sont ici contre les juges, qui n'ont pas observé ce principe, et ne permettent pas d'exclure la possibilité qu'ils ne fassent qu'entériner une décision ordonnée par l'exécutif.

H. CONCLUSION

45. L'audience du 26 juillet 2011 devant la Cour suprême a manqué à certains des principes fondamentaux d'équité. Il est particulièrement inquiétant que, alors que le principal motif de contestation des requérants était que des renseignements secrets avaient été utilisés contre eux et avaient desservi leur cause, la Cour suprême n'ait pas essayé d'en révéler aux requérants une version expurgée ni de leur permettre de comprendre et de contester d'une autre manière ce qui avait servi à les priver de droits. Il y a là une violation du principe de « l'égalité des armes », qui est une garantie essentielle de tout système accusatoire, comme le reconnaît le PIDCP dans son article 14.

46. A la gravité des manquements constatés à cet égard à l'audience s'est ajoutée la décision de la Cour de poursuivre sans faire apparemment grand cas de plusieurs des conclusions

¹² Sur l'équilibre instauré au Royaume-Uni dans les commissions spéciales de recours sur les questions d'immigration, voir par ex. les observations de Lord Hope dans *RB (Algérie) (FC) et consort c. Secrétaire d'Etat pour le Ministère de l'intérieur; OO (Jordanie) c. Secrétaire d'Etat pour le Ministère de l'intérieur* [2009] UKHL 10, par. 230-34.

¹³ Communication n° 779/1997, *Åarelä et Näkkäläjärvi c. Finlande*

des requérants. L'article 11 de la Loi relative à l'entrée en Israël est rédigé en termes étonnamment généraux. La Cour suprême n'a cependant pas voulu entendre de conclusions sur l'étendue du pouvoir donné au défendeur de priver quelqu'un de son droit de résidence, ni sur les critères qu'il devrait appliquer au moment de prendre une telle décision. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, les requérants et leurs familles risquent d'être sans recours alors que plusieurs dispositions du droit international ont été violées, notamment l'article 2 du PIDCP. L'audience du 26 juillet 2011 a manqué à une obligation fondamentale pour un système judiciaire qui se veut fondé sur la primauté du droit – celle de veiller à ce que la justice ressemble à de la justice.