L'état d'exception, le juge, l'étranger et les droits de l'Homme : trois défis des Cours britanniques

Elspeth Guild

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/conflits/1834>
DOI : 10.4000/conflits.1834
ISSN : 1777-5345

Éditeur :

CCLS - Centre d'études sur les conflits liberté et sécurité, L'Harmattan

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2005
Pagination : 183-204
ISBN : 2-7475-8911-0
ISSN : 1157-996X

Référence électronique

Elspeth Guild, « L'état d'exception, le juge, l'étranger et les droits de l'Homme : trois défis des Cours britanniques », *Cultures & Conflits* [En ligne], 58 | été 2005, mis en ligne le 10 octobre 2005, consulté le 30 mars 2021. URL : <http://journals.openedition.org/conflits/1834> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/conflits.1834>

Ce document a été généré automatiquement le 30 mars 2021.

Creative Commons License

L'état d'exception, le juge, l'étranger et les droits de l'Homme : trois défis des Cours britanniques

Elsbeth Guild

- 1 L'Union européenne voit actuellement une véritable expansion du pouvoir des juges¹. L'élévation de l'Etat de droit en principe fondamental, incorporé dans le préambule du projet de Constitution européenne (sous la forme du respect du droit), indique ce changement d'équilibre entre les sphères politiques et juridiques. Tandis que la légitimité du droit reste faible dans l'UE², la légalité du droit (*the legality of law*) est mise en avant. L'Etat de droit devrait ainsi compenser le faible contrôle démocratique sur le processus législatif. Mais pour que cette approche soit respectée, l'Etat de droit doit dépasser le processus législatif lui-même. L'Etat de droit ne peut, de toute évidence, compenser un exécutif dominant, s'il est exclusivement cantonné à mettre en application les lois de cet exécutif. De telles lacunes sont principalement comblées par le rôle des traités internationaux sur les droits de l'Homme – en Europe, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH). L'Etat de droit peut être présenté comme un moyen de protéger l'individu contre un exécutif dominant sans l'intermédiaire démocratique dans la mesure où les juges tempéreront des lois excessives de l'exécutif par l'application des règles supranationales sous-jacentes à l'Etat de droit.
- 2 Guarnieri et Pederzoli identifient trois types d'éléments qui peuvent affecter directement l'expansion du pouvoir judiciaire³ : les juges eux-mêmes (statut et recrutement) ; le système judiciaire (son mode opératoire, ses moyens d'accès et ses pouvoirs), et les caractéristiques du système politique. Dans un tel cadre, le changement le plus spectaculaire, qui accroît actuellement le pouvoir des juges en Europe, est la transformation du système politique. Nous aborderons dans cet article trois décisions récentes des Cours britanniques allant dans le sens d'une mondialisation de la justice qui accroît le pouvoir national des juges, limitant ainsi le pouvoir de l'Etat. Le droit supranational interprété par les juges dans différentes juridictions se façonne

en un tout cohérent qui place des contraintes à l'utilisation du pouvoir par les Etats. De plus, l'application du droit n'est plus exclusivement liée au monopole de la violence mais aussi à la force du principe du respect de l'Etat de droit.

- 3 Les trois jugements au coeur de notre analyse furent tous transmis à la *UK High Court*⁴ en décembre 2004. Tous dépendent de l'interprétation de la CESDH et tous définissent la catégorie des détenteurs de droits envers lesquels l'Etat a des obligations en termes de droits de l'Homme, des étrangers que l'Etat a spécifiquement exclus. Les cas sont les suivants : A (FC) and others (FC) vs Secretary of State for the Home Department; X (FC) and another (FC) vs Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56 ; R vs Immigration Office at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others [2004] UKHL 55 ; R (Al Skeini and others) vs Secretary of State for Defence [2004] EWHC 2911.

A (FC) and others (FC) vs Secretary of State for the Home Department; X (FC) and another (FC) vs Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56

- 4 Il s'agit du jugement final rendu sur la détention illimitée d'étrangers que nous avons abordé plus en détail dans le texte intitulé « *Exceptionalism and Transnationalism: UK Judicial Control of the Detention of Foreign 'International terrorists'* »⁵. La difficulté vient de la partie 4 du *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* officialisé le 14 décembre 2001 comme la réponse principale du Royaume-Uni aux attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis. Cette partie du traité permet en effet au secrétaire d'Etat de désigner des citoyens étrangers suspectés d'être des terroristes internationaux. Par de telles désignations ces personnes peuvent être détenues jusqu'au moment où elles décident de quitter le Royaume-Uni, choix qui n'en est pas un lorsque ces mêmes personnes sont menacées de torture et de persécution dans leur Etat d'origine. Neuf hommes (huit détenus en décembre 2001 et un en février 2002) ont fait appel de leur détention. L'un d'entre eux fut libéré sous caution – sous des conditions strictes – en avril 2004, et un autre fut libéré sans condition en septembre 2004. Deux personnes ont quitté le Royaume-Uni volontairement : un vers le Maroc le 22 décembre 2001 et un vers la France (dont il a la nationalité) le 13 mars 2002.
- 5 Les hommes, en majorité originaires d'Afrique du Nord (aucun ne provenait d'Irak ou d'Afghanistan), ont contesté leur détention en partant du principe que le statut sous lequel ils avaient été détenus ne respectait pas le droit à la liberté individuelle et à la non discrimination stipulé dans la CESDH. En première instance, devant la *Special Immigration Appeal Commission* (SIAC), leur appel fut accepté sur la base de cette législation, qui ne respecte donc pas le devoir de non discrimination⁶ lié au droit à la liberté⁷. La principale avancée du jugement SIAC fut que dans la mesure où une telle législation ne pouvait pas s'appliquer aux citoyens britanniques, une application exclusive aux étrangers – dont il apparaît qu'un grand nombre furent suspectés d'être des terroristes internationaux du fait de leur association avec des citoyens britanniques – serait incompatible avec la CESDH. La Cour d'appel renversa rapidement ce jugement, considérant que la position des étrangers et celle des citoyens britanniques n'étaient pas comparables dans le cadre de l'application de la règle contre la discrimination.

- 6 La Chambre des Lords, se référant de nouveau à l'article 14 de la CESDH (associé à l'article 5), jugea que la législation en question ne respectait pas la CESDH et publia une déclaration d'incompatibilité⁸.
- 7 L'article 5 de la CESDH protège le droit à la liberté des personnes. Cet article comporte toutefois une clause d'exception à la règle stricte de la liberté de la personne, lorsque la détention a lieu dans un but d'expulsion ou pour prévenir une entrée illégale dans le pays. Toutefois, dans la mesure où ces hommes ne pouvaient être expulsés du fait du risque de torture ou de persécution, cette exception n'était pas effective. Le gouvernement du Royaume-Uni fut ainsi contraint de déroger à l'article 5 de la CESDH pour sa propre législation. La procédure de dérogation est prévue dans l'article 15 de la CESDH et n'est permise que dans le cadre de certaines dispositions de la CESDH (ainsi, par exemple, la prohibition de la torture ne peut être sujette à dérogation). Selon l'article 15, la dérogation est possible uniquement « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* ». Les mesures qu'un Etat peut prendre dans de telles circonstances pour déroger à la convention ne doivent pas dépasser les limites strictement requises par la situation, et ces mesures ne doivent pas être contradictoires avec les autres obligations du droit international.
- 8 La majorité des juges de la Chambre des Lords acceptèrent dans ce cas qu'il était de la responsabilité du gouvernement du Royaume-Uni de déterminer les états d'urgence menaçant la vie de la nation. Il n'y aurait qu'un faible contrôle judiciaire de cette évaluation. Au cours du jugement, Lord Bingham donna trois raisons à son refus d'interférer dans la décision d'état d'urgence : (1) le SIAC a pu voir des données confidentielles non accessibles aux autres Cours et fut donc satisfait de la justification de l'Etat concernant sa déclaration d'état d'urgence ; la Chambre des Lords ne devait interférer avec ce résultat. (2) La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) laisse une large marge d'appréciation aux autorités nationales sur ce sujet – et le Juge passa en revue toute la jurisprudence sur ce point. (3) La nature politique de la décision :

« Plus une question est purement politique (dans un sens large ou restreint), plus il est approprié que la résolution soit politique et non pas le fruit d'une décision juridique, et plus le rôle potentiel des Cours sera en conséquence restreint. La résolution des questions politiques relève des corps politiques, non pas des corps juridiques. A l'inverse, plus le contenu juridique d'une question est important plus le rôle potentiel des Cours sera important car grâce à notre Constitution et au pouvoir souverain du Parlement, il est du rôle des Cours et non pas des corps politiques de régler des questions juridiques »⁹.
- 9 Toutefois, les juges s'accordèrent sur le fait que la mesure adoptée (une détention à durée indéterminée) n'était pas proportionnelle au risque. Accusé d'abuser de l'argument politique, Lord Bingham déclara :

« Mais la fonction du juge indépendant impliquant d'interpréter et d'appliquer le droit est universellement reconnue comme un trait cardinal de l'Etat démocratique moderne, une pierre angulaire de l'Etat de droit lui-même. L'Attorney General est pleinement en droit d'insister sur les limites de l'autorité judiciaire, mais il aurait tort de stigmatiser la prise de décision juridique en tant que non démocratique »¹⁰.
- 10 Lord Scott fit un dernier commentaire sur la question de la légalité de la déclaration de l'état d'urgence :

« Le secrétaire d'Etat a joué de malchance au moment où l'examen judiciaire de l'Etat d'urgence qu'il postulait est arrivé. On ne peut réfuter le fait que le judiciaire doit se conformer à l'évaluation par l'exécutif de ce qui constitue une menace à la sécurité nationale ou à la 'vie de la nation'. Mais la mémoire judiciaire n'est pas plus

courte que celle du public et le public n'a pas oublié les évaluations erronées des services de renseignement à partir desquelles les forces armées britanniques ont été envoyées en Irak pour prendre part aux hostilités, et y sont toujours. Je ne doute pas qu'il y ait une menace terroriste sur ce pays et je ne doute pas de la nécessité d'une grande vigilance de la part des forces de sécurité et du public pour nous prévenir d'attaques terroristes. Mais je doute fortement que 'l'urgence publique' corresponde dans ce cas à la description de la 'menace à la vie de la nation'. Je suis toutefois pour ma part préparé à accorder au secrétaire d'Etat le bénéfice du doute sur ce point et j'accepte que le critère seuil de l'article 15 est respecté »¹¹.

- 11 Les juges s'accordèrent sur le fait que tandis que la détermination de l'état d'urgence ne fut sujette qu'à un faible contrôle judiciaire, les mesures prises qui devaient effectivement instituer une détention à durée indéterminée pour les citoyens étrangers ne respectaient pas le test « impératif » de l'article 15. Ainsi, si l'Etat peut déclarer l'état d'urgence sans que son raisonnement ne soit soumis à un contrôle judiciaire strict, les mesures prises dans le cadre de cette déclaration d'état d'urgence seront quant à elles sujettes à un contrôle bien plus strict du point de vue de leur nécessité. La gravité de l'urgence est sans aucun doute évaluée à partir de la sévérité des mesures que les juges considèrent comme acceptables ou non à partir du test requis.
- 12 Le référent à partir duquel un Etat est en droit de déclarer l'état d'urgence et de prendre les mesures qui en résultent dépasse le contrôle de l'Etat – il s'agit ici de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et de son interprétation par la CEDH. Le Royaume-Uni en soi n'est pas en mesure de changer la CESDH ou son interprétation. Le résultat de l'intégration de la CESDH, tant au niveau national qu'au niveau de l'UE, est qu'il n'est plus possible pour le Royaume-Uni d'échapper aux effets de la CESDH et de son interprétation tant par la CEDH, au niveau international, que par les Cours nationales. Un dialogue a par ailleurs été entamé entre la Cour nationale, ici la Chambre des Lords, et la CEDH sur le sens et les effets de l'état d'urgence et des mesures prises suite à une telle déclaration par un Etat. Il y a peu de chances qu'un tel dialogue aboutisse au renversement du jugement de la Chambre des Lords par la CEDH en faveur d'un contrôle étatique du Royaume-Uni. La souveraineté se voit transformée par l'application de règles supranationales au niveau national. Au Royaume-Uni, le corps de l'étranger représente le medium par lequel ce processus a lieu.

R vs Immigration Office at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others [2004] UKHL 55

- 13 Les autorités britanniques et le gouvernement tchèque ont signé un accord en février 2001 autorisant la mise en place temporaire d'officiers d'immigration britanniques dans l'aéroport de Prague, de manière à autoriser ou refuser l'admission au Royaume-Uni avant que les passagers n'embarquent dans les avions. Du point de vue des Britanniques, l'objectif fut de réduire le flux de demandeurs d'asile en provenance de la république Tchèque et en direction du Royaume-Uni. Bien que les chiffres soient négligeables – 515 demandes d'asiles de Roms tchèques pour le Royaume-Uni en 1998, et 1200 en 2000 – l'arrivée de ces derniers généra un sentiment de crise au sein des services d'immigration britanniques (le *UK Immigration Service*). Il fallait faire quelque chose.

14 Lord Bingham, instruisant l'affaire, déclare ainsi :

« Les officiers des services d'immigration britanniques postés à Prague étaient là pour 'pré-sélectionner'¹² tous les passagers avant qu'ils ne montent dans des vols en direction du Royaume-Uni. Le visa d'entrée fut accordé aux passagers pour qui c'était nécessaire et qui assuraient aux officiers leur intention de se rendre au Royaume-Uni dans un but répondant aux lois d'immigration. Les autres personnes pour qui un visa était requis, y compris ceux affirmant qu'ils allaient demander l'asile politique au Royaume-Uni et ceux dont les officiers conclurent qu'ils avaient l'intention de le faire, virent leur demande rejetée. Ceci empêcha effectivement qu'ils voyagent vers ledit pays dans la mesure où aucune compagnie aérienne n'accepterait de les faire voyager. Cette opération se montait à l'aéroport de Prague par intermittences, en général pour quelques jours ou quelques semaines à la fois, et sans préavis. Son objectif était de réduire le flux de demandeurs d'asile en provenance de la République Tchèque. Tel fut son effet. Trois semaines avant le début de l'opération il y eut plus de 200 demandes d'asile (y compris des membres de la famille à charge) faites par des citoyens tchèques aux points d'entrée du Royaume-Uni. Il n'y eut que 20 demandes similaires faites trois semaines après le début de l'opération, période pendant laquelle 110 voyageurs prévus se virent refuser le visa d'entrée à l'aéroport de Prague »¹³.

15 Le Royaume-Uni s'est toutefois engagé à respecter la convention des Nations Unies de 1951 relative aux réfugiés ainsi que son protocole de 1967 (la convention de Genève). Cette convention exige de traiter les demandes d'asile des arrivants au Royaume-Uni avant qu'ils ne soient renvoyés dans un Etat qui selon eux les menace de persécution. Selon la convention de Genève une personne ne peut être réfugiée qu'en dehors de son pays d'origine. Six Roms tchèques qui souhaitaient se rendre au Royaume-Uni et y demander l'asile mais qui ne furent pas autorisés à prendre l'avion à l'aéroport de Prague par les officiers d'immigration britanniques firent appel de leur mise à l'écart. Les demandes de ces personnes furent refusées en première et deuxième instance. La dernière instance, la Chambre des Lords, jugea en leur faveur le 9 décembre 2004.

16 La requête à la Chambre des Lords avait deux fondements : premièrement, et avant tout, le fait que la protection des réfugiés requiert que les Etats signataires de la convention de Genève ne prennent aucune mesure visant spécifiquement à empêcher les personnes craignant une persécution de quitter leur pays d'origine pour aller dans le pays refuge ; deuxièmement, que la mise en place de la procédure de « présélection » à Prague correspondait à une discrimination raciale illégale.

17 Les juges n'attaquèrent pas le gouvernement britannique pour son action ayant la claire intention de bloquer l'application du traité de Genève. Ils adoptèrent une position passive sur ce point, réaffirmant le droit des Etats de refuser ou d'admettre sur leur territoire tout individu, en fonction de leurs propres lois. Lord Bingham affirma que « le pouvoir d'admettre, d'exclure et d'expulser des étrangers fait partie des pouvoirs les plus anciens et les plus reconnus de l'Etat souverain. En Angleterre, ce fut une prérogative de la couronne »¹⁴. Il poursuivit ensuite en insistant longuement et fortement sur le fait que selon la convention de Genève, pour qu'un individu étranger soit qualifié de « réfugié », il lui faut être à l'extérieur de son pays d'origine. Ainsi, quiconque est encore dans son pays d'origine ne peut, par définition, être un réfugié. Donc selon les juges, le devoir envers les réfugiés ne commence qu'à la frontière de l'Etat et non pas au début du voyage. Cette vision prit le dessus nonobstant la déclaration de Lord Steyn selon laquelle :

« Les éléments essentiels de l'opération peuvent être énoncés assez facilement. Elle fut conçue comme une réponse à l'afflux de Roms tchèques au Royaume-Uni. Les

agents des services d'immigration savaient qu'ils étaient postés à Prague pour arrêter des demandeurs d'asile voyageant vers le Royaume-Uni. Ils savaient également que la quasi totalité des demandeurs d'asile tchèques étaient des Roms car ces derniers représentent une minorité raciale défavorisée de la République Tchèque. Il y avait ainsi dès le départ un risque important que les individus reconnus comme Roms soient sujets à des questions particulièrement intrusives et suspicieuses. Les Roms et les non-Roms furent traités de manière radicalement différente par les agents des services d'immigration opérant à l'aéroport de Prague. Les statistiques montrent que près de 90% des Roms se virent refuser le visa d'entrée contre seulement 0,2% des non-Roms. Il y avait 400 fois plus de risque que les Roms n'obtiennent pas d'autorisation. Il n'y eut aucune tentative du *Home Office* pour expliquer à partir des explications données par les officiers des services d'immigration la différence de traitement entre Roms et non-Roms »¹⁵.

- 18 Lord Steyn ne fit, dans son jugement, aucune référence à la convention de Genève.
- 19 Par ailleurs, les avocats tentèrent de faire valoir l'argument selon lequel les autorités britanniques se devaient au minimum de faire preuve de bonne foi – du fait de leur adhésion à la convention de Genève – de ne pas empêcher des réfugiés présumés de quitter leur pays d'origine. Ces tentatives ne rencontrèrent aucun succès. Discutant une lecture très stricte de la convention de Genève, Lord Hope déclara que tandis que la bonne foi peut être un principe d'application générale, elle ne peut être source d'obligation¹⁶. Il parvint à éviter la question en la reformulant. Il déclara premièrement que :

« La question est alors de savoir si les appelants, en faisant appel à ce principe, ne cherchent qu'à insister pour que les droits et les devoirs créés par la convention de 1951 soient appliqués dans le cadre de la loi comme le disait M. Goodwin-Gill, ou s'ils cherchent à élargir ce que cela permet pour imposer de nouvelles obligations aux Etats signataires. Pour nous, la réponse à cette question doit être recherchée dans le langage de la convention interprété de bonne foi, en accord avec le sens ordinaire à donner aux termes du traité, dans leur contexte, et à la lumière de son objet et de ses objectifs, comme l'article 31 de la convention de Vienne le requiert. Pour le moment, on ne peut qu'insister sur l'argument selon lequel la bonne foi requiert que l'Etat évite d'agir de manière incompatible avec l'objet et les objectifs du traité. Tout dépend de ce que le traité dispose »¹⁷.
- 20 Il fut ensuite capable de réfuter l'argument de la bonne foi en déclarant :

« La convention garantit aux réfugiés les droits et les libertés spécifiés dans les chapitres I à V lorsqu'ils sont dans des pays qui ne sont pas le leur. Elle n'oblige pas à s'abstenir de contrôler en dehors de ses frontières le mouvement des personnes qui souhaitent y venir pour y demander l'asile. Elle manque de provisions conçues pour faire face aux charges supplémentaires qui interviendraient si une telle prohibition avait été validée par un accord. On doit en conclure que les mesures prises pour contrôler les mouvements de telles personnes n'ayant pas encore atteint les frontières de l'Etat ne sont pas incompatibles avec l'acceptation des obligations qui émergent lorsque les réfugiés sont arrivés sur le territoire de l'Etat en question. Considérer que de telles mesures sont incompatibles avec le principe de bonne foi car elles renversent l'objet et les objectifs du traité revient à se faire l'avocat d'un élargissement des obligations stipulées dans la convention »¹⁸.
- 21 Cet argument particulièrement repoussant risque bien de ne pas convaincre les personnes de bonne conscience qui considèrent que les Etats devraient être contraints de respecter, non seulement les termes d'un traité mais aussi son esprit.
- 22 Le jugement ne s'achève toutefois pas ici. Les juges ont condamné l'action des autorités britanniques à l'aéroport de Prague partant du principe que les vérifications ont été

entreprises de manière illégalement discriminatoire dans la mesure où tous ceux présumés Roms furent traités moins favorablement que les autres. Selon Baroness Hale, « On prétend en particulier qu'ils furent sujets à des interrogatoires plus longs et plus intrusifs, qu'on leur demanda des preuves concernant des questions pour lesquelles la croyance sur parole suffisait aux non-Roms et qu'ils furent bien plus nombreux que les non-Roms à se voir refuser le droit d'entrée ». Il s'agit ici d'une accusation de discrimination directe.

- 23 Si le droit britannique prohibe toute discrimination de race ou d'origine ethnique depuis 1968, les services publics ont toutefois toujours été exempts de cette interdiction de discrimination. Ce n'est qu'en 2001 que des changements sont intervenus dans la législation, résultant d'une enquête publique sur le racisme dans la police à l'échelle nationale. Les services publics sont depuis soumis à une loi interdisant toute discrimination raciale ou ethnique. La directive européenne de 2001 contre la discrimination a également joué un rôle important dans l'extension aux services publics de la prohibition de toute discrimination raciale ou ethnique. Mais la législation nationale octroya au ministre un pouvoir spécifique autorisant les discriminations de race pour certains actes dans des cas relatifs à l'immigration ou la nationalité¹⁹. Peu de temps avant que ne soit lancée l'opération à Prague en juillet 2001 le ministre prit l'une de ces autorisations, qui permit aux agents de l'immigration de discriminer certains groupes, y compris les Roms²⁰. Au cours des premières audiences de la Cour, le gouvernement déclara que les agents des services d'immigration ne discriminaient pas mais traitaient simplement différemment des passagers différents. Le juge accepta cet argument. Au second niveau, la Cour d'appel admit que les Roms furent traités différemment et moins bien que les non-Roms mais accepta l'argument selon lequel ce traitement n'était pas destiné aux Roms mais plutôt aux demandeurs d'asile potentiels et qu'il ne s'agissait de ce fait pas de discrimination raciale. Toute cette ligne argumentaire fut rejetée par la Chambre des Lords. Baroness Hale, parlant au nom de la Chambre entière déclara que « la conclusion inévitable est que cette opération était discriminatoire et illégale de manière inhérente et systématique ». L'une des questions principale de ce résultat fut de savoir ce qui était comparable et ce qui ne l'est pas. En rejetant l'argument de la discrimination, la Cour d'appel a tranché de la manière suivante :

« Voici ce que nous postulons :

- Les agents des services d'immigration à Prague ont traité tous les passagers de la même manière sans considération de race, dans la mesure où ils ont sincèrement essayé de faire de leur mieux pour ne pas discriminer les Roms mais au contraire offrir aux Roms et non-Roms une opportunité juste et égale d'être satisfaits en fonction des probabilités qu'ils viennent dans un cadre autorisé et non pas qu'ils demanderont l'asile une fois arrivés. Le juge de première instance a émis un jugement, et à mon avis il a raison.
- Considérant toutefois que les Roms, en tant que groupe, souffrent de discrimination (que cela mène ou non à des persécutions) en République Tchèque et sont donc en général plus incités à demander l'asile et tendent donc, lorsqu'ils sont interrogés à l'aéroport de Prague, à mentir sur les motivations de leur visite au Royaume-Uni. A partir de là, les agents d'immigration sont inévitablement plus sceptiques sur les vraies intentions d'un candidat Rom que sur celles d'un non-Rom, et se laissent donc moins facilement convaincre que le Rom a vraiment l'intention de venir dans un cadre autorisé.

De ce fait, en général, les Roms sont interrogés plus longuement et plus intensivement que les non-Roms et ont plus de probabilités de se voir refuser le droit d'entrée »²¹.

- 24 Une telle formulation de la question a permis au juge de la Cour d'appel de déclarer :

« Je jugerai soit que les candidats Roms ne sont pas moins bien traités que d'autres, dans les mesures invoquées, et alternativement, s'ils le sont, que cela ne se fait pas sur des bases raciales. (...) Si nécessaire, je jugerai qu'il n'existe aucun comparatif pertinent pour juger le traitement réservé aux candidats Roms. Je considère que la véritable analyse de ce cas est que loin d'être moins bien traités que d'autres dans une position similaire, en réalité les candidats Roms se voient appliquer une exigence ou une condition qui est également appliquée aux autres – l'exigence de convaincre l'agent d'immigration de ne pas voyager au Royaume-Uni dans le but de demander l'asile »²².

- 25 Ainsi c'est le fait de nécessiter une protection qui place l'individu dans une catégorie si différente qu'il ou elle ne peut être comparé(e) à quelqu'un qui n'a pas besoin de protection et il n'y a donc pas de discrimination de traitement entre les deux personnes.

- 26 Cette approche fut rejetée par la Chambre des Lords. Baroness Hale aborda la question directement : comment les agents des services d'immigration savaient-ils qu'ils devaient les traiter avec plus de scepticisme ? Parce qu'ils étaient Roms. Cela revient à agir sur des bases raciales²³. Elle remarqua par ailleurs que « *ce risque [de discrimination raciale] fut exacerbé par l'existence même de l'autorisation. Ceci sanctionna le traitement discriminatoire du groupe ethnique précis auquel appartenait la majorité des personnes contre lesquelles l'opération de Prague était destinée* »²⁴. Les exemples des témoignages des six citoyens tchèques dont l'affaire portée devant les tribunaux fut prise en compte dans le jugement rendu par la Baroness Hale apportent un certain éclaircissement :

« M. Vasil, un Rom tchèque travaillant pour le ERRC [European Roma Rights Center - Centre Européen pour les droits des Roms] a observé la plupart des vols à destination du Royaume-Uni pendant onze jours en janvier, treize jours en février, quatorze jours en mars et treize jours en avril 2002. Il était en mesure d'identifier les voyageurs Roms de par leur apparence physique, leur vêtements et d'autres détails qui étaient reconnaissables pour lui, étant lui-même Rom. Ses observations montrèrent que 68 des 78 Roms furent rejetés contre 14 des 6170 non-Roms. Ainsi, tout individu Rom avait 400 fois plus de risque d'être rejeté qu'un individu non-Rom. La grande majorité des Roms fut rejetée. Et seule une infime minorité de non-Roms fut rejetée. On ne peut être surpris du fait qu'une proportion bien plus importante de Roms soit exclue. Mais si les agents des services d'immigration avaient entamé leur service avec un esprit véritablement ouvert, il est plus surprenant que tant de Roms aient été refusés. Si tous les demandeurs d'asile ou presque sont des Roms, il n'est pas vrai que tous les Roms ou presque sont des demandeurs d'asile. Il est encore plus surprenant que si peu de non-Roms aient été refusés. On aurait pu s'attendre à ce qu'ils soient plus nombreux à avoir des raisons tout aussi douteuses de voyager au Royaume-Uni. L'apparente facilité avec laquelle les non-Roms furent acceptés est assez cohérente avec l'emphase mise dans les Instructions et outils de formation [donnés aux officiers de l'immigration] qui proposent le ciblage des ressources aux moments de circulation intense »²⁵.

- 27 Tandis que les juges étaient prêts à ignorer l'objectif affiché du gouvernement d'empêcher les demandeurs d'asile de quitter leur pays d'origine pour venir trouver protection au Royaume-Uni, ils n'étaient pas prêts à ignorer la question de la discrimination raciale. Baroness Hale déclare ainsi :

« Toutes les preuves dont nous disposons, autres que celles des intentions de ceux qui étaient en charge de l'opération, intentions qui ne furent pas communiquées aux officiers sur le terrain, soutiennent la conclusion que les Roms, simplement parce qu'ils sont Roms, ont subi un traitement routinier plus suspicieux et ont été

sujets à des interrogatoires plus intensifs et intrusifs que les non-Roms. Il n'y a rien de surprenant à propos de cela. En effet, la Cour d'appel le considéra comme 'totalement inévitable'. C'est peut-être aller trop loin. Mais la mise en place d'une telle opération provoquée par un afflux de demandeurs d'asile dont la très large majorité vient d'un groupe racial ou ethnique comparativement très facile à identifier requiert un soin tout particulier si l'on veut éviter toute discrimination. Cela n'est pas arrivé. La conclusion inévitable est que l'opération fut de manière inhérente et systématique discriminatoire et illégale »²⁶.

- 28 L'existence de l'autorisation ne pouvait pas ôter à l'opération sa nature illicite.
- 29 La juge fonda son jugement non seulement sur des lois nationales britanniques mais également sur l'article 2 de la déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 2 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (dont aucune n'a été intégrée au droit national, et aucune Cour supranationale prise en compte pour l'interprétation de leurs provisions), l'article 14 de la CESDH, et enfin l'article 4 de la convention de Genève.
- 30 En effet, les actions des autorités britanniques en dehors du territoire et eu égard aux étrangers, qui ont été spécialement permises à partir du droit national et d'autorisations à discriminer, ont été jugées illicites par la Cour nationale du point de vue des normes supranationales.

R (Al Skeini and others) vs Secretary of State for Defence [2004] EWHC 2911

- 31 Le dernier cas que nous aborderons est celui des citoyens irakiens tués dans leur pays par le personnel militaire britannique à la suite de l'occupation de l'Irak en 2004 par les forces américaines et britanniques (et une coalition). Les familles d'un certain nombre d'hommes ainsi tués ont mené des actions devant les tribunaux britanniques pour obtenir des enquêtes officielles sur le décès de leurs proches. Le fondement juridique de leurs actions en justice fut l'article 2 de la CESDH – le droit à la vie – et l'article 3 de la CESDH – l'interdiction de la torture. En accord avec la jurisprudence de la CEDH, lorsqu'un individu est torturé et tué il y a un devoir de l'Etat d'enquêter ouvertement et en profondeur sur le crime. Lorsque des agents publics sont soupçonnés d'y avoir participé, ce devoir est d'autant plus sérieux.
- 32 Ce cas résulte de plaintes déposées par six membres des familles des citoyens irakiens décédés dans des provinces irakiennes où – et à une période pendant laquelle – le Royaume-Uni était reconnu comme une force d'occupation (entre le 1^{er} mai 2003 et le 28 juin 2004). Les proches des cinq premiers plaignants furent tués dans des incidents séparés impliquant des troupes britanniques. Le fils du sixième plaignant, M. Baha Mousa, est décédé dans une prison militaire sous la responsabilité britannique. Seules deux questions seront abordées :
- 33 1. Les morts ont-elles eu lieu sous la juridiction britannique au sens de la CESDH ou de l'*Human Rights Act* qui l'incorporent au droit national ? ; et
- 34 2. Si oui, une enquête adéquate a-t-elle été menée sur ces décès comme l'exige la CESDH ?
- 35 La juridiction d'appel (*Divisional Court*) jugea que seule la mort de Baha Mousa, survenue dans une prison militaire contrôlée par les britanniques, entraînait dans le champ

d'application de la juridiction britannique selon la CESDH, mais que les investigations sur ce décès ne respectaient pas les exigences de la CESDH. Les cas sont présentés devant la Cour d'appel et seront très probablement par la suite amenés devant la Chambre des Lords.

- 36 Il est intéressant de noter que la Cour admit que l'occupation britannique du sud de l'Irak s'acheva le 28 juin 2004 lorsque après des consultations extensives avec les conseillers spéciaux des Nations Unies, l'autorité fut transférée de la *Coalition Provisional Authority* au gouvernement intérimaire irakien. Si la Cour nationale a accepté de limiter la responsabilité du Royaume-Uni en Irak, elle n'a pas été suivie au niveau international. Le comité des Nations Unies contre la torture, établi sous la convention des Nations Unies contre la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants publia ses conclusions et recommandations le 10 décembre 2004 au sujet du rapport du Royaume-Uni sur l'application de la convention dans sa juridiction. Le Royaume-Uni refusa de fournir des informations au sujet de l'Afghanistan ou de l'Irak. Le Comité exprima ses inquiétudes (entre autres points) :

« L'acceptation limitée par l'Etat partie de l'applicabilité de la Convention aux actions de ses forces à l'étranger, en particulier son explication selon laquelle 'les parties de la Convention qui ne sont applicables qu'aux territoires placés sous la juridiction d'un Etat partie ne peuvent être applicables aux actions du Royaume-Uni en Afghanistan et en Irak' ; le Comité fait observer que les protections prévues par la Convention s'appliquent à tous les territoires placés sous la juridiction d'un Etat partie et considère que ce principe porte sur toutes les régions placées de fait sous le contrôle effectif des autorités de l'Etat partie »²⁷.

- 37 En vertu du jugement, les rapports militaires britanniques indiquent qu'entre mai 2003 et mars 2004, 49 Irakiens furent tués dans des incidents au cours desquels les troupes britanniques usèrent de la force. L'enquête sur les décès de civils était le travail d'agents (*non-commissioned officers*) de la *Royal Military Police* qui avaient à déterminer si l'acte entrait sous les *Rules of Engagement*. Toutefois, ce système fut modifié très rapidement, retirant à chaque fois les investigations à ces agents et plaçant la décision d'enquête plus haut et sous la chaîne de commandement du personnel militaire impliqué dans les incidents. Sur les six cas, nous n'en détaillerons que le premier et le dernier, tels que décrits par la Cour :

« Cas 1 : Hazim Jum'aa Gatteh Al-Skeini. Le premier plaignant, Mazin Jum'aa Gatteh Al-Skeini ('Mazin Al-Skeini'), est le frère du défunt Hazim Jum'aa Gatteh Al-Skeini ('Hazim Al-Skeini'), un homme de 23 ans sans emploi au moment de sa mort. Hazim Al-Skeini était l'un des deux Irakiens du groupe Beini Skein qui furent tués dans la région Al Majidiyah de Basra un peu avant minuit le 4 août 2003 par le sergent Ashcroft, commandant d'une patrouille britannique du *1st Battalion The King's Regiment*.

Mazin Al-Skeini explique dans son témoignage qu'au cours de la soirée en question, divers membres de sa famille s'étaient réunis dans une maison à Al Majidiyah pour une cérémonie funéraire. Il est fréquent en Irak de décharger des armes au cours de funérailles. Mazin Al-Skeini déclara qu'il était occupé à recevoir les invités dans la maison au fur et à mesure de leur arrivée pour la cérémonie lorsqu'il vit son frère se faire abattre par des soldats britanniques alors qu'il marchait dans la rue en direction de la maison. Selon Mazin Al-Skeini, son frère ne portait pas d'arme sur lui et se tenait à peine à dix mètres lorsqu'il fut abattu. Il n'a pas compris pourquoi les soldats ont ouvert le feu.

Selon le rapport britannique des événements, la patrouille vit et entendit d'importants coups de feu depuis divers points à Al Majidiyah. L'intensité des tirs sembla augmenter à mesure que la patrouille approcha de la zone, à pied et dans

l'obscurité. La patrouille crut à un règlement de compte armé entre groupes rivaux. Lorsque la patrouille rencontra deux hommes irakiens dans la rue, le sergent Ashcroft ouvrit le feu car les deux hommes étaient armés. Le sergent Ashcroft les considéra alors comme une menace directe à sa vie et à celle des autres membres de la patrouille. Les deux irakiens (dont l'un est Hazim Jum'aa Gatteh Al-Skeini) furent tués par les tirs du sergent Ashcroft.

Le lendemain, le sergent Ashcroft fit un rapport écrit décrivant l'incident. Celui-ci fut transféré au *Commissioned Officer* du 1^{er} Bataillon. Le lieutenant colonel Ciaran Griffin du King's Regiment, considéra que l'incident tombait sous les ROE (*Rules Of Engagement*) et rédigea un rapport à cet effet. Le colonel Griffin envoya le rapport à la Brigade, où il fut traité par le brigadier Moore. Le brigadier Moore demanda si l'autre homme pointait son arme vers la patrouille. Le colonel Griffin rédigea un autre rapport traitant cette question, satisfaisant ainsi le brigadier Moore. Le rapport original ne fut pas gardé dans les archives de la Brigade. Après avoir pris connaissance du second rapport du colonel Griffin, tout comme le firent le responsable du personnel (*deputy chief of staff*) et son conseiller juridique, le brigadier Moore considéra que les actions du sergent Ashcroft entraient dans le cadre des ROE et n'exigea donc pas d'enquête (voir les paragraphes 47 et 48 du témoignage du brigadier Moore) »²⁸.

« Cas 6 : Baha Mousa. Daoud Mousa a été policier pendant 24 ans et est maintenant colonel de la force de police de Basra. Il est le père de Baha Mousa, âgé de 26 ans lorsqu'il mourut au cours de sa détention par l'armée britannique, trois jours après avoir été arrêté par des soldats d'une unité de la *Queen's Lancashire Regiment* (QLR), le 14 septembre 2003.

Selon Daoud Mousa, son fils Baha Mousa était réceptionniste à l'hôtel Ibn Al Haitham à Basra pendant la nuit du 13 au 14 septembre 2003. Le 14 septembre, tôt le matin, Daoud Mousa se rendit à l'hôtel pour chercher son fils au travail. Il remarqua en arrivant qu'une unité britannique de la QLR avait encerclé l'hôtel. Il vit des soldats ouvrir un coffre fort. Ils avaient un sac plastique dans lequel ils mirent divers objets trouvés dans le coffre fort. Daoud Mousa remarqua également que trois des soldats mirent de l'argent trouvé dans le coffre dans leurs poches. Daoud Mousa rapporta ce qu'il avait vu à l'officier en charge, dont il se souvient comme 'lieutenant Mike'. Le lieutenant Mike appela les soldats, les réprimanda, prit leurs armes et leur ordonna d'entrer dans un véhicule militaire.

Pendant que cela se passait, Daoud Mousa remarqua que son fils, ainsi que six autres employés de l'hôtel, étaient allongés sur le sol de l'accueil de l'hôtel, les mains derrière la tête. Daoud Mousa exprima son inquiétude au lieutenant Mike, qui le rassura en lui disant qu'il s'agissait d'une enquête de routine qui serait terminée dans deux heures.

Trois jours après l'arrestation de son fils, Daoud Mousa reçut la visite d'une unité de la police militaire. On lui dit que son fils avait été tué au cours de sa garde à vue et on lui demanda de venir identifier le corps. La suite des événements est mieux décrite par Daoud Mousa lui-même²⁹ :

8. Lorsque j'ai vu le corps, j'ai fondu en larmes et je ne supporte toujours pas de penser à ce que j'ai vu. J'étais horrifié de voir que mon fils avait été gravement battu et que son corps était littéralement couvert de sang et d'ecchymoses. On retira la couverture pour que je puisse voir tout son corps. Son nez était très abîmé. Du sang sortait de son nez et de sa bouche. La peau déchirée sur la moitié de son visage, révélait la chair à vif. Il y avait, sur tout son corps, des plaques d'ecchymoses sévères. La peau de ses poignées avait été déchirée ainsi que celle de son front, et il n'y avait pas non plus de peau sous ses yeux. Sa vue m'insupportait littéralement.

9. J'insistai pour qu'il y ait un rapport post-mortem et médical décent sur la mort de mon fils. Un certain professeur Hill vint du Royaume-Uni et fit une autopsie à Baha. Je ne fus pas autorisé à voir une copie de son rapport. Il me dit toutefois en présence d'un employé qu'il pensait que mon fils était mort par asphyxie.

Un des autres employés de l'hôtel arrêté le 14 septembre 2003 est Kifah Taha Al-

Mutari. Il décrit, dans son témoignage, ce qui s'est passé une fois que les prisonniers furent emmenés dans une base militaire à Basra appelée Darul Dhyafa. Selon Kifah Al-Mutari, les soldats britanniques commencèrent à battre les prisonniers une fois ces derniers arrivés à la base. On leur mit des cagoules sur la tête. Les soldats leurs donnèrent des coups de pied et des coups de poing dans l'abdomen. Les prisonniers furent forcés de s'accroupir pendant des heures avec les bras tendus devant eux. On les frappait en même temps sur la nuque, la poitrine et les parties génitales. Au cours de la détention on emmena Baha Mousa dans une autre pièce où il reçut encore plus de coups.

Kifah Al-Mutari entendit pendant la nuit Baha Mousa gémir dans la pièce séparée dans laquelle il était détenu. Kifah Al-Mutari l'entendit dire qu'il saignait du nez et qu'il se mourait. Les derniers mots qu'il entendit de Baha Mousa furent « Je meurs... sang, sang ».

Le brigadier Moore avait participé à l'opération au cours de laquelle Baha Mousa fut arrêté. Au moment de l'arrestation, le brigadier Moore se trouvait sur le toit de l'hôtel. On l'informa à la fin de l'opération qu'un QLR avait arrêté neuf personnes suspectes de terrorisme. Pour autant, il ne fut pas témoin de la violence des arrestations.

Le brigadier Moore fut de nouveau confronté à cette affaire, lorsqu'il reçut, le 15 septembre dans la soirée, un rapport sur le décès en garde à vue de Baha Mousa et sur les violences infligées à d'autres prisonniers. C'était la première affaire de ce genre que le brigadier Moore eut à traiter au cours de sa carrière militaire. Il se rendit compte que c'était très sérieux et que cela nécessitait une enquête de la *Royal Military Police Special Investigation Branch* (RMP SIB- Service spécial d'investigation de la police royale militaire), qui avait déjà été convoquée par le commandant du QLR. Le brigadier Moore ne fit pas d'enquête sur le décès de Baha Mousa au-delà de la constatation des principaux faits. Il alla toutefois s'excuser personnellement auprès du père et du frère de Baha Mousa pour ce qui était arrivé (il prépara même une déclaration officielle destinée à être publiée dans un journal local) et leur assurer que ceux qui étaient responsables de tout crime commis auraient à comparaître devant les tribunaux³⁰.

Dans les paragraphes 43 à 48 de son témoignage, le capitaine Logan décrit l'enquête menée par la SIB au sujet de la mort de Baha Mousa et les difficultés rencontrées. Il y eut particulièrement des problèmes logistiques pour l'identification, dans la mesure où les hôpitaux locaux étaient en grève et les médecins étaient indisponibles à cette époque. On s'arrangea alors pour faire spécialement venir en avion un pathologiste du *home office* pour qu'il fasse l'autopsie dans des conditions très précaires. Selon le capitaine Logan, l'enquête de la SIB se conclut au début du mois d'avril 2004 et le rapport d'enquête fut distribué à la chaîne de commandement de l'unité »³¹.

- 38 Après avoir exposé les faits, la Cour cherche à identifier ce que la juridiction du Royaume-Uni signifie dans le cadre de la CESDH. Si la juridiction britannique s'étend à tous les lieux qui sont sous son contrôle effectif, alors les actes des militaires britanniques en Irak sont sujets aux mêmes règles que les actes d'autres autorités britanniques au Royaume-Uni. La question centrale est celle du sens de l'article 1 de la CESDH, selon lequel : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente convention* ». Après des considérations longues et tortueuses de toute la jurisprudence de la CEDH dans laquelle il est fait mention de l'article 1, et de toute juridiction nationale sur le sujet portée devant la CEDH, la Cour jugea que l'étendue de la CEDH est avant tout territoriale, limitée à l'espace public européen. Il y a toutefois une exception : les actes résultants des activités extraterritoriales des agents de l'Etat. La Cour, à la manière de Don Quichotte, décide par la suite que « *sur la base de notre analyse de la jurisprudence, le cas de décès résultant d'opérations militaires de terrain, telles que celles qui font l'objet des*

*plaintes des cinq premiers plaignants, sélectionnés pour refléter les exemples largement représentatifs et variés de ces terribles événements, ne nous semblent pas entrer dans cette variation possible d'exemples d'actes d'institutions d'Etat au sein ou provenant d'ambassades, de consulats, de navires ou d'avions (ou nous suggérerions les tribunaux ou les prisons) auxquels les autorités se réfèrent constamment »*³². Le jugement de la Cour diffère toutefois concernant Baha Mousa :

« Le sixième cas de M. Baha Mousa, nous semble toutefois différent. Il n'a pas simplement été une victime des opérations militaires, quelles qu'en soient les tristes circonstances. Telle que nous comprenons cette affaire, il n'était pas un prisonnier de guerre. Il était *prima facie* un employé du civil. Il fut arrêté par les forces britanniques car on le soupçonna d'être lié aux armes cachées dans l'hôtel dans lequel il travaillait comme réceptionniste, d'être donc lié au terrorisme. Il fut amené en garde à vue dans une base militaire britannique. C'est là qu'il mourut, sous les coups de ses gardiens. Le certificat de décès fit référence à 'arrêt cardio-vasculaire : asphyxie'.

Dans ces circonstances, il est de la responsabilité des autorités pénitentiaires militaires britanniques d'expliquer comment il en est venu à perdre sa vie alors qu'il était gardé à vue par les Britanniques. Il nous semble que cela ne revient pas à fausser les exemples de juridictions extraterritoriales discutés dans la jurisprudence que nous avons abordée plus haut que de considérer qu'une prison militaire britannique opérant en Irak avec le consentement des autorités souveraines et contenant des suspects arrêtés, tombe dans une exception limitée comme les ambassades, les consulats, les navires et les avions, et une prison comme dans le cas *Hess vs. Royaume-Uni*. Il nous semble également que notre interprétation de *Droz* vient renforcer nos conclusions tout comme les deux cas canadiens et américains discutés (aux paragraphes 220/221), à savoir *viz Cokk vs. The Queen* et *Rasul vs. Bush*. Nous ne voyons aucune raison, que ce soit dans les considérations du droit international ou dans les principes, pour que le Royaume-Uni ne réponde pas à une plainte portée dans le cadre des articles 2 et/ou 3 de la convention »³³.

- 39 Revenons au point de départ de cet article : quel est le pouvoir des juges dans l'UE ? Les trois cas que nous venons d'aborder, dont les décisions ont été rendues en un mois, en décembre 2004, indiquent une transformation de la relation entre les cours, les Etats et le supranational. Les actes de l'Etat britannique dans les trois cas, qui peuvent être jugés autoritaires par un certain nombre d'observateurs, ont été la conséquence de décisions politiques approuvées par le Parlement britannique. Dans les trois cas, l'argument utilisé par les acteurs politiques pour justifier la décision, qu'il s'agisse de la création d'un état d'exception, de l'exclusion de demandeurs d'asile ou de l'invasion de l'Irak, fut la protection du citoyen, du citoyen britannique. Dans les trois cas, cette protection du citoyen britannique est dépendante de la séparation des droits de ce citoyen de ceux des étrangers. Dans le premier cas, cela se manifeste du point de vue du territoire britannique par la création d'un état d'exception. Dans le second cas, il s'agit de déplacer le lieu de contrôle de l'immigration en dehors du territoire du Royaume-Uni de manière à exclure l'étranger avant qu'il ou elle ne parvienne à obtenir une demande de protection par le droit international. Dans le dernier cas, il s'agit de limiter l'application des standards des droits de l'Homme à l'Europe, excluant de fait les Irakiens comme non bénéficiaires de ces droits. En refusant d'accepter la différenciation entre le citoyen et l'étranger les cours détruisent le fondement de l'exclusion de l'étranger des droits de l'Homme. Le mécanisme utilisé par les cours est l'incorporation des droits de l'Homme internationaux au niveau national. Ainsi, en se tournant vers la mondialisation de la justice, les juges renforcent leur position

d'arbitres des actes et comportements nationaux, qu'ils aient eu lieu à l'intérieur ou à l'extérieur dudit Etat. La frontière n'est plus déterminante, qu'il s'agisse de la frontière de l'Etat, de l'état d'exception, ou de la frontière entre le citoyen et l'étranger.

NOTES

1. Elspeth Guild enseigne le droit européen de l'immigration à l'université de Nijmegen (Pays-Bas). Partenaire du cabinet d'avocats londonien Kingsley Napley, elle est également membre de l'équipe néerlandaise des programmes européens ELISE et CHALLENGE. Traduction par Miriam Perier.
2. Principalement du fait du faible statut du Parlement européen et de la domination du Conseil européen par les membres de l'exécutif de l'Union.
3. Guarneri C, Pederzoli P., *The Power of Judges*, OUP, Oxford, 2002.
4. Tribunal de Grande Instance.
5. Voir *Alternatives*, numéro spécial en langue anglaise de *Cultures & Conflits*, vol 28, n°4, août-octobre 2003, pp. 491-515.
6. Article 14 de la CESDH.
7. Article 5 de la CESDH auquel le Royaume-Uni avait dérogé pour faire adopter la loi.
8. C'est la procédure incluse dans le *Human Rights Act 1998* qui incorpore la CESDH dans le droit national.
9. Lord Bingham, paragraphe 29, *A (FC) and others (FC) vs Secretary of State for the Home Department; X (FC) and another (FC) vs Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56. L'ensemble des paragraphes cités est disponible en langue originale sur le site Internet de la Chambre des Lords. Voir : http://www.parliament.uk/about_lords/about_lords.cfm
10. Paragraphe 42.
11. Paragraphe 154.
12. Le terme employé en anglais est « *pre-clear* ».
13. Paragraphe 4, *R vs Immigration Office at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others* [2004] UKHL 55.
14. Paragraphe 11, *R vs Immigration Office at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others* [2004] UKHL 55.
15. Paragraphe 34.
16. Paragraphe 62.
17. Paragraphe 63.
18. Paragraphe 64.
19. Il s'agit du s19D Race Relations (Amendment) Act 2000.
20. Race Relations (Immigration and Asylum) (No 2) Authorisation 2001.
21. Paragraphe 67 [2003] EWCA Civ 666.
22. *Ibid.* Paragraphe 87.
23. Paragraphe 82.
24. Paragraphe 86.
25. Paragraphe 92.
26. Paragraphe 97.

27. Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 19 de la convention, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, territoires dépendants de la Couronne et territoires d'outre-mer. Texte disponible sur le site internet du Comité contre la torture : <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CAT.C.CR.34.CAN.Fr?Opendocument>

28. Paragraphes 56 - 59.

29. Voir les paragraphes 8 et 9 de son témoignage

30. Voir les paragraphes 55 à 60 du témoignage du brigadier Moore.

31. Paragraphes 81-89.

32. Paragraphe 284.

33. Paragraphe 286.

RÉSUMÉS

Cet article examine la transformation de la relation entre les juges et les membres de l'exécutif au RU par l'intermédiaire du droit supranational. On observe, en analysant trois jugements rendus par les cours britanniques en décembre 2004, le changement fondamental en cours au sujet de la localisation de la souveraineté. Cet article évoque trois jugements qui soulèvent des doutes quant à la séparation des pouvoirs. En refusant d'accepter la différenciation entre le citoyen et l'étranger les cours détruisent la base pour l'exclusion de l'étranger des droits de l'Homme. Le mécanisme utilisé pour ce faire est l'incorporation du droit international au niveau national. En invoquant ainsi la mondialisation de la justice, les juges renforcent leur position d'arbitres de l'action et du comportement nationaux que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Etat. La frontière n'est plus déterminante, qu'il s'agisse de la frontière de l'Etat, de la frontière de l'état d'exception, ou de la frontière entre le citoyen et l'étranger.

This essay examines the transformation of the relationship of the judges and the executive in the UK through the intermediary of the supranational law. By analysing three judgments of the UK courts in December 2004, one sees the fundamental change which is taking place as regards the location of sovereignty. This article considers three judgments which raise doubts regarding the separation of rights. By refusing to accept the differentiation between the citizen and the foreigner, the courts destroy the basis for the exclusion of the foreigner from human rights. The mechanism by which the courts do so is the incorporation of international human rights law into the national level. So by reaching out to the globalisation of justice, the judges reinforce their position as the arbiters of national action and behaviour whether within or outside the state. The border is no longer place of determination, be it the border of the state, the border of the state of exception or the border between the citizen and the foreigner.

INDEX

Mots-clés : droits de l'Homme, ELISE, état d'exception, étranger, Exception, juge, suspicion

AUTEUR

ELSPETH GUILD

Elsbeth GUILD enseigne le droit européen de l'immigration à l'université de Nijmegen (Pays-Bas).
Partenaire du cabinet d'avocats londonien Kingsley Napley, elle est également membre de
l'équipe néerlandaise des programmes européens ELISE et CHALLENGE.