

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE ELARABY

[Traduction]

*Nature et portée de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies — Statut juridique international du territoire palestinien occupé — Rappel historique — Droit relatif à l'occupation belligérante, y compris la situation actuelle d'occupation prolongée, le principe de la nécessité militaire, les violations du droit international humanitaire et le droit erga omnes à l'autodétermination du peuple palestinien.*

Je voudrais indiquer d'emblée que je souscris entièrement et sans réserve aux constatations et conclusions de la Cour. J'ai cependant jugé nécessaire d'y joindre, comme m'y autorise l'article 57 du Statut, la présente opinion individuelle afin d'explicitier certains des aspects historiques et juridiques abordés dans l'avis consultatif.

Je dois, non sans une vive réticence, revenir tout d'abord sur le paragraphe 8 de l'avis consultatif. J'estime, comme le juge Lachs dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, qu'«[u]n juge — est-il besoin de le souligner? — se doit d'être impartial, objectif, neutre, désintéressé et sans parti pris» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 158). Tout au long de l'élaboration du présent avis consultatif, j'ai veillé à me laisser guider par cette sage maxime dont la portée dépasse la déclaration solennelle que prononce chaque juge conformément à l'article 20 du Statut de la Cour internationale de Justice.

Dans la présente opinion individuelle, j'aborderai trois questions intimement liées :

- i) la nature et la portée de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies;
- ii) le statut juridique international du territoire palestinien occupé;
- iii) le droit relatif à l'occupation belligérante.

### I. NATURE ET PORTÉE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

1. Le premier aspect qu'il convient, à mon sens, de préciser est celui de la nature et de la portée, particulièrement étendue, de la responsabilité historique et juridique qui est celle de l'Organisation des Nations Unies à l'égard de la Palestine. La Cour s'est d'ailleurs référée à cette responsabilité spéciale lorsqu'elle a déclaré que :

«La responsabilité de l'Organisation [des Nations Unies] à cet

égard trouve également son origine dans le mandat et dans la résolution relative au plan de partage de la Palestine ... cette responsabilité s'est concrétisée par l'adoption de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, ainsi que par la création de plusieurs organes subsidiaires spécifiquement établis pour œuvrer à la réalisation des droits inaliénables du peuple palestinien.» (Avis consultatif, par. 49.)

Il y a lieu, selon moi, de souligner que cette responsabilité spéciale est assumée depuis cinq décennies sans que la question de la primauté du droit ait reçu l'attention voulue. Si la question de la Palestine domine les travaux de l'Organisation des Nations Unies depuis sa création, aucun organe de celle-ci n'a jamais demandé à la Cour internationale de Justice de clarifier les aspects juridiques complexes de questions dont il était chargé de s'occuper. Des décisions lourdes de conséquences ont été prises pour des raisons d'opportunité politique, sans que suffisamment d'attention ait été accordée aux exigences d'ordre juridique. Par ailleurs, lorsque des décisions ont été prises, la volonté de les mettre en application s'est vite dissipée. Les organes compétents des Nations Unies, dont l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, ont adopté quantité de résolutions, qui demeurent entièrement ou partiellement inappliquées. La responsabilité spéciale de l'Organisation trouve son origine dans la résolution 181 (II) de l'Assemblée générale en date du 29 novembre 1947 (ci-après dénommée la «résolution relative au plan de partage»).

A de nombreuses reprises, les organes subsidiaires compétents de l'Organisation examinèrent des propositions visant à rechercher un avis consultatif avant l'adoption de la résolution relative au plan de partage, mais aucune requête ne fut jamais adoptée. Ce fait confère à lui seul une importance considérable à la requête pour avis consultatif qui figure dans la résolution ES-10/14 (A/ES-10/L.16), adoptée par l'Assemblée générale le 8 décembre 2003, lors de la vingt-troisième séance tenue dans le cadre de la dixième session extraordinaire d'urgence. La requête constitue véritablement un événement marquant dans l'examen de la question de la Palestine par l'Organisation des Nations Unies. Il convient de rappeler, ne serait-ce que brièvement, quelques-unes des tentatives précédentes visant à solliciter l'avis de la Cour internationale de Justice.

Dans son rapport adressé en 1947 à la commission spéciale pour la Palestine, la sous-commission 2 soulignait la nécessité de clarifier les questions d'ordre juridique. Elle déclarait ainsi, au paragraphe 38 du rapport :

«La sous-commission a déjà examiné en détail les questions juridiques soulevées par les délégations de la Syrie et de l'Égypte, et elle a consigné ses opinions motivées. Toutefois, il n'est pas douteux qu'il serait plus avantageux et plus satisfaisant à tous égards d'obtenir du plus haut tribunal international un avis consultatif sur ces questions d'ordre juridique et constitutionnel, qui sont difficiles et complexes.» (Doc. A/AC.14/32 et Add.1, 11 novembre 1947, par. 38.)

Les «questions d'ordre juridique et constitutionnel ... complexes» consistaient essentiellement à déterminer :

«si l'Assemblée générale est qualifiée pour recommander l'une ou l'autre des deux solutions proposées par la majorité ou par la minorité de la commission spéciale, et si un Membre ou un groupe de Membres de l'Organisation des Nations Unies a le droit de mettre à effet l'une ou l'autre des solutions proposées sans le consentement du peuple de Palestine» (doc. A/AC.14/32 et Add.1, 11 novembre 1947, par. 37).

Plusieurs propositions de ce type furent examinées. Aucune ne fut adoptée. Quelque deux semaines avant le vote sur la résolution relative au plan de partage, la sous-commission reconnaissait dans son rapport que :

«Un refus de présenter cette question à la Cour internationale de Justice en vue d'obtenir un avis équivaldrait à avouer que l'Assemblée générale est déterminée à faire des recommandations dans un certain sens, non point parce que ces recommandations sont conformes aux principes de la justice et de l'équité internationales, mais parce que la majorité des délégués désire régler le problème d'une certaine façon, sans tenir compte du fond du problème ou des obligations juridiques qui peuvent exister pour les parties. Une telle attitude n'aura point pour effet de rehausser le prestige de l'Organisation des Nations Unies...» (*Ibid.*, par. 40.)

Les arguments, solides et précis, qui militaient en faveur d'une clarification de toutes les questions juridiques ne furent pas entendus. L'on s'empressa de passer au vote, sans procéder à la clarification voulue. Dans ce contexte, il convient de rappeler que la résolution relative au plan de partage approuvait pleinement le renvoi de «[t]out différend portant sur l'application ou l'interprétation»<sup>1</sup> de ses dispositions à la Cour internationale de Justice, renvoi devant se faire «à la requête de l'une ou l'autre partie»<sup>2</sup>. Nul besoin de préciser que cette voie n'a pas non plus été suivie.

Avec la requête pour avis consultatif figurant dans la résolution 10/14 de l'Assemblée générale, c'est donc la première fois qu'un organe des Nations Unies consulte la Cour internationale de Justice sur un aspect de la question palestinienne. L'avis consultatif revêt une grande importance en tant qu'événement historique, ce qui ajoutera certainement à sa valeur juridique.

<sup>1</sup> N° 181 (II), résolution adoptée sur la base du rapport de la Commission spéciale des Nations Unies pour la Palestine (29 novembre 1947), chap. 4, par. 2.

<sup>2</sup> *Ibid.*

## II. STATUT JURIDIQUE INTERNATIONAL DU TERRITOIRE PALESTINIEN OCCUPÉ

2.1. Le statut juridique international du territoire palestinien (avis consultatif, par. 70 et 71) appelle, à mon sens, un traitement plus approfondi. La question posée par l'Assemblée générale mérite un rappel historique, car celui-ci contribuera, d'une part, à mieux appréhender le statut juridique du territoire palestinien et, d'autre part, à souligner la responsabilité spéciale qui continue d'incomber à l'Assemblée générale. Ces considérations peuvent paraître théoriques et sans rapport avec les événements actuels. Le présent est cependant la résultante des faits passés et l'on ne peut raisonnablement et objectivement envisager l'avenir sans bien connaître le passé. Cela vaut d'autant plus lorsque, à plus d'une occasion, les principes du droit ont été systématiquement méconnus.

Le point de départ, ou, en jargon juridique, la date critique, est constitué par le mandat que la Société des Nations avait confié à la Grande-Bretagne. Conformément à ce que disposait le préambule du mandat sur la Palestine, le Royaume-Uni «entrepri[t] de l'exercer au nom de la Société des Nations»<sup>3</sup>. Il convient d'examiner le mandat à la lumière du Pacte de la Société des Nations. L'une des responsabilités premières de la puissance mandataire consistait à aider les peuples du territoire concerné à parvenir à la pleine autonomie et à l'indépendance le plus tôt possible. Le paragraphe 1 de l'article 22 du Pacte stipulait que «[l]e bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation». La seule limitation posée par le Pacte à la souveraineté et à l'indépendance pleine et entière du peuple palestinien était la tutelle temporaire confiée à la puissance mandataire. La Palestine était classée parmi les territoires sous mandat de la catégorie A, en vertu du paragraphe 4 de l'article 22 du Pacte, qui disposait que :

«Certaines communautés qui appartenaient autrefois à l'empire ottoman ont atteint un degré de développement tel que leur existence comme nations indépendantes peut être reconnue provisoirement, à la condition que les conseils et l'aide d'un mandataire guident leur administration jusqu'au moment où elles seront capables de se conduire seules.»

Dans l'esprit de tous, il allait de soi que, à compter du jour où les conseils et l'aide du mandataire n'auraient plus de raison d'être, mettant ainsi fin à la période du mandat, la Palestine deviendrait indépendante, puisque son indépendance provisoire en tant que nation avait déjà été juridiquement reconnue par le Pacte. En outre, le Pacte établissait une distinction nette entre les territoires qui avaient appartenu à l'empire ottoman et les autres territoires. S'agissant de ces derniers, la responsabilité incombait à la puissance mandataire d'assurer l'administration inté-

<sup>3</sup> Préambule, CMD n° 1785 (1923), reproduit dans le rapport de la Commission spéciale des Nations Unies pour la Palestine.

grale du territoire, et non seulement de fournir conseils et assistance en matière administrative<sup>4</sup>. Ces arrangements distincts peuvent être interprétés comme une reconnaissance supplémentaire, par le Pacte, du statut spécifique des anciens territoires ottomans dont faisait partie la Palestine.

De fait, le rapport soumis en 1947 à la commission spéciale pour la Palestine par la sous-commission 2 décrivait plus clairement le statut de la Palestine. Le rapport concluait :

«le peuple de Palestine est mûr pour l'autonomie et ... tout le monde admet qu'il y a lieu de lui accorder l'indépendance dans le plus bref délai possible. Il découle également de ce qui a été dit ci-dessus que l'Assemblée générale n'a pas compétence pour recommander une solution autre que la reconnaissance de l'indépendance de la Palestine.» (A/AC.14/32, et Add.1, 11 novembre 1947, par. 18.)

La sous-commission déclarait également :

«On se rappellera que le but de la création des mandats de la catégorie A, comme celui de la Palestine, était, aux termes de l'article 22 du Pacte, de constituer un régime temporaire de tutelle exercé par la puissance mandataire, dont l'une des responsabilités fondamentales était d'aider les peuples des territoires sous mandat à accéder aussi rapidement que possible à l'autonomie complète et à l'indépendance. On s'accorde généralement à reconnaître que la Palestine en est parvenue à ce stade, et non seulement la commission spéciale des Nations Unies pour la Palestine mais encore la puissance mandataire elle-même reconnaissent que le mandat doit prendre fin et qu'il convient de reconnaître l'indépendance de la Palestine.» (*Ibid.*, par. 15.)

2.2. La Cour a examiné la nature juridique des territoires sous mandat, une première fois en 1950 (*Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif*), et une deuxième fois en 1971 (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*), énonçant à la fois les principes philosophiques qui devaient présider à la définition du statut juridique de territoires anciennement placés sous mandat et les paramètres juridiques à mettre en œuvre pour ce faire. Dans ses *dicta*, la Cour a mis l'accent sur la responsabilité de la communauté internationale. Il importe de noter que, décrivant le système des mandats, la Cour devait déclarer ce qui suit :

«deux principes furent considérés comme étant d'importance primordiale: celui de la *non-annexion* et celui qui proclamait que le bien-être et le développement de ces peuples formaient «une mission sacrée de civilisation»» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 131; les italiques sont de moi).

<sup>4</sup> Article 22 du Pacte de la Société des Nations.

Ces deux principes fondamentaux énoncés par la Cour en 1950 s'appliquent à tous les territoires anciennement sous mandat qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance. Ils demeurent valables aujourd'hui pour le territoire palestinien occupé. Ce territoire ne saurait être annexé par la force et l'avenir du peuple palestinien, en tant qu'il relève d'une «mission sacrée de civilisation», ressortit directement de la responsabilité et des compétences de l'Organisation des Nations Unies.

2.3. Il ne faut pas oublier que la résolution 181 (II) de l'Assemblée générale en date du 29 novembre 1947, qui procédait au partage du territoire palestinien sous mandat, prévoyait notamment que :

- i) le mandat prendrait fin au plus tard le 1<sup>er</sup> août 1948;
- ii) deux Etats indépendants seraient créés, l'un arabe, l'autre juif;
- iii) la période transitoire entre l'adoption de la résolution relative au plan de partage de la Palestine et «l'établissement de l'indépendance des Etats juif et arabe ser[ait] une période de transition».

Le 14 mai 1948, l'indépendance de l'Etat juif était proclamée. La déclaration israélienne invoquait «les droits naturels et historiques [d'Israël]» et s'appuyait sur la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>5</sup>. L'indépendance de l'Etat arabe de Palestine ne s'est pas encore concrétisée.

Décider de prévoir une «période de transition» en attendant la création des deux Etats relève bien de la compétence de l'Assemblée générale, et cette décision aurait dû s'imposer à tous les Etats Membres en tant que mesure ayant force obligatoire et comportant des conséquences juridiques<sup>6</sup>. Cette conclusion est confortée par la jurisprudence de la Cour.

Dans l'affaire de la *Namibie*, la Cour estima que, l'Assemblée générale ayant prononcé la fin du mandat,

«l'Afrique du Sud n'a[vait] aucun autre droit d'administrer le Territoire». Elle n'a[vait] pas ainsi tranché des faits mais décrit une situation juridique. Il serait en effet inexact de supposer que, parce qu'elle possède en principe le pouvoir de faire des recommandations, l'Assemblée générale est empêchée d'adopter, dans des cas déterminés relevant de sa compétence, des résolutions ayant le caractère de décisions ou procédant d'une intention d'exécution.» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 50, par. 105.*)

<sup>5</sup> *Laws of the State of Israel*, vol. I, p. 3.

<sup>6</sup> Le juge Weeramantry, dans son opinion dissidente concernant l'affaire du *Timor oriental*, a en outre estimé qu'«une résolution contenant une décision relevant effectivement de son domaine de compétence peut très bien produire des effets juridiques» (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 186; les italiques sont de moi).

La Cour avait déjà eu l'occasion de conclure, dans la procédure concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, que les décisions de l'Assemblée générale sur les « questions importantes » visées à l'article 18 « [avaient] une valeur et un effet de caractère impératif » (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 163).

La force et l'effet juridiques d'une résolution adoptée par l'Assemblée générale dans des « cas ... relevant de sa compétence » sont donc bien établis dans la jurisprudence de la Cour. Sur cette base, deux conclusions apparaissent inévitables :

- a) l'Organisation des Nations Unies se trouve dans l'obligation d'œuvrer à la création d'un Etat palestinien indépendant, ce qui suppose que la responsabilité juridique spéciale de l'Assemblée générale doit subsister jusqu'à la réalisation de cet objectif ;
- b) la période de transition évoquée dans la résolution relative au plan de partage établit un lien juridique avec le mandat. Le principe d'une période de transition qui verrait la transmission des responsabilités liées au mandat à la période actuelle n'est pas une fiction juridique mais une réalité politique ; il est conforté par les *dicta* de la Cour, qui font notamment du bien-être et du développement des territoires anciennement sous mandat une « mission sacrée de civilisation » et affirment le principe de la non-annexion. La longue série de résolutions adoptées par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité sur divers aspects de la question de Palestine démontrent avec force que la notion d'une période de transition est généralement acceptée, fût-ce tacitement.

2.4. Le statut juridique des territoires palestiniens occupés ne peut être apprécié à sa juste valeur sans un examen de *l'engagement contractuel d'Israël* à en respecter l'intégrité et à se retirer des territoires occupés. Les injonctions relatives au retrait et à l'intégrité territoriale se fondent sur la résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité, universellement considérée comme la pierre angulaire d'un règlement juste, viable et complet. La résolution 242 (1967) est un texte à caractère multidimensionnel, qui porte sur divers volets du conflit arabo-israélien. Je m'en tiendrai à sa dimension territoriale : la résolution consacre deux principes fondamentaux qui définissent les limites et le statut des territoires occupés en 1967 et réaffirme que l'occupation de ces derniers doit prendre fin. Elle souligne l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la guerre, interdisant par conséquent l'annexion des territoires occupés lors de la conquête de 1967, et demande le retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du conflit. Dans sa résolution 338 (1973) adoptée le 22 octobre 1973, le Conseil de sécurité a réaffirmé la nécessité d'appliquer la résolution 242 (1967) « dans toutes ses parties » (S/RES/338 du 22 octobre 1973, par. 2).

A la suite de l'adoption de la résolution 242 (1967), Israël a pris plusieurs initiatives visant à mettre fin à son occupation militaire, tout en réservant la question de l'intégrité territoriale de la Cisjordanie et de Gaza :

- a) les accords de Camp David du 17 septembre 1978, dans lesquels Israël est convenu que la base d'un règlement pacifique du conflit avec ses voisins était l'application de la résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité, dans toutes ses parties;
- b) l'accord d'Oslo, signé à Washington le 13 septembre 1993, qui est un accord bilatéral entre Israël et la Palestine, dont l'article IV dispose que «[I]es deux parties considèrent la Cisjordanie et la bande de Gaza comme une unité territoriale unique, dont l'intégrité sera préservée au cours de la période intérimaire»;
- c) l'accord intérimaire israélo-palestinien sur la rive occidentale et la bande de Gaza, signé à Washington le 28 septembre 1995, qui réaffirme l'engagement à respecter l'intégrité et le statut du territoire durant la période intérimaire. Son article XXXI (7) dispose en outre qu'«[a]ucune des deux parties n'entrepr[en]d[ra] ni ne prend[ra] de mesure à même de modifier le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza avant que les négociations sur le statut permanent n'aboutissent».

Israël s'est donc engagé à s'acquitter des obligations suivantes:

- i) se retirer conformément à la résolution 242 (1967);
- ii) respecter l'intégrité territoriale de la Cisjordanie et de la bande de Gaza; et
- iii) s'abstenir de toute mesure susceptible de modifier le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza.

De nature contractuelle, ces engagements lient juridiquement Israël.

2.5. Néanmoins, en dépit de l'interdiction générale d'annexer des territoires occupés, des *dicta* de la Cour sur le statut juridique des territoires anciennement sous mandat, et en violation flagrante d'engagements bilatéraux juridiquement contraignants, le premier ministre d'Israël a, le 14 avril 2004, adressé au président des Etats-Unis d'Amérique une lettre comportant en annexe un plan de désengagement devant être interprété comme traduisant officiellement l'intention d'Israël d'annexer des territoires palestiniens. Le plan de désengagement dispose notamment ce qui suit:

«il est clair qu'en Cisjordanie certaines zones feront partie de l'Etat d'Israël, à savoir notamment des villes et des villages, des zones et installations de sécurité et d'autres lieux revêtant un intérêt particulier pour Israël».

Par ses engagements sans équivoque à se retirer et à respecter l'intégrité et le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, Israël s'est interdit de violer ou de modifier le statut juridique international du territoire palestinien. L'édification du mur, son tracé et le régime qui lui est associé doivent être considérés à la lumière du plan de désengagement. On peut raisonnablement supposer que l'édification du mur a été conçue dans le but d'annexer des territoires, «des villes et des villages» palestiniens de la Cisjordanie, qui «feront partie de l'Etat d'Israël». La lettre du premier



ministre d'Israël était datée du 14 avril 2004, soit plus de deux mois avant le prononcé de l'avis consultatif.

S'agissant de la qualification du mur, la Cour est parvenue à la bonne conclusion en estimant que

«la construction du mur et le régime qui lui est associé créent sur le terrain un «fait accompli» qui pourrait fort bien devenir permanent, auquel cas, et nonobstant la description officielle qu'Israël donne du mur, la construction de celui-ci équivaldrait à une annexion *de facto*» (avis consultatif, par. 121).

Cette conclusion devait selon moi figurer dans le dispositif, où la Cour aurait dû affirmer que le territoire palestinien occupé ne peut être annexé. Par ailleurs, il aurait été judicieux, à mon sens, d'évoquer les implications de la lettre du premier ministre d'Israël et de ses annexes et de souligner que ce dont elle entend faire part constitue une violation des obligations d'Israël contraire au droit international.

### III. DROIT RELATIF À L'OCCUPATION BELLIGÉRANTE

La Cour a été priée par l'Assemblée générale de rendre d'urgence un avis consultatif sur «les conséquences [en droit] de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé» (A/RES/ES-10/14-A/ES-10/L.16). La requête porte essentiellement sur la question du droit relatif à l'occupation belligérante. Comme indiqué plus haut, je souscris au raisonnement et aux conclusions énoncés dans l'avis consultatif. Je me sens toutefois dans l'obligation de souligner et d'explicitier quelques points, à savoir :

- a) l'occupation prolongée;
- b) la portée et les limites du principe de la nécessité militaire;
- c) les graves violations du droit international humanitaire; et
- d) le droit à l'autodétermination.

3.1. L'interdiction du recours à la force, qui est énoncée au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, est sans doute le principe le plus important qui ait vu le jour au cours du XX<sup>e</sup> siècle. Elle est universellement reconnue comme un principe de *jus cogens*, à savoir une norme impérative qui ne souffre pas de dérogation. La Cour rappelle, au paragraphe 87, la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats (résolution 2625 (XXV)), qui donne une interprétation admise par tous du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte. Dans cette déclaration, l'Assemblée souligne que «[n]ulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale» (avis consultatif, par. 87). Le principe général selon lequel un acte illicite ne peut créer de droits — *ex injuria jus non oritur* — est un principe reconnu du droit international.

L'occupation israélienne dure depuis près de quatre décennies. Quelle qu'en soit sa durée, une occupation provoque des problèmes humains, juridiques et politiques sans nombre. En se penchant sur l'occupation belligérante prolongée, le droit international cherche à « parvenir à une solution provisoire dans l'attente de la fin du conflit »<sup>7</sup>. Personne ne sous-estime les difficultés inhérentes à une situation d'occupation prolongée. Même si une telle occupation, en mettant à l'épreuve les règles applicables, tend à les affaiblir, le droit relatif à l'occupation doit être pleinement respecté, quelle que soit la durée de l'occupation.

M. Christopher Greenwood en a fait une analyse juridique exacte, et je partage son point de vue :

« Toutefois, rien n'indique que le droit international autorise une puissance occupante à méconnaître les dispositions du règlement ou de la convention pour la seule raison que l'occupation dure depuis longtemps, notamment parce qu'aucun ensemble de dispositions ne saurait réellement les remplacer et que rien ne laisse à penser que la communauté internationale soit disposée à laisser carte blanche à l'occupant. »<sup>8</sup>

Tant les Israéliens que les Palestiniens sont soumis à d'indicibles souffrances. Tant les Israéliens que les Palestiniens ont le droit de vivre dans la paix et la sécurité. La résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité a réaffirmé le « droit [de chaque Etat de la région à] vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'actes de force » (S/RES/242 (1967), par. 1 ii)). Il s'agit là de droits sacrés et réciproques qui donnent naissance à des obligations juridiques tout aussi sacrées. Le droit d'assurer sa sécurité et d'en jouir s'applique aussi bien aux Palestiniens qu'aux Israéliens. Aucune partie ne peut vivre dans la sécurité aux dépens de l'autre. Selon le même principe de droits et d'obligations réciproques, les deux parties doivent se conformer scrupuleusement aux règles du droit international humanitaire assurant un respect mutuel des droits, de la dignité et des biens des populations civiles. Les deux parties sont, en droit, tenues d'évaluer leurs actes à l'aune du droit international humanitaire qui garantit la protection de ces populations.

La Cour a très clairement déclaré, dans l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, que

« Les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire sont les suivants. Le premier principe est destiné à protéger la population civile et les biens de caractère civil, et établit la distinction entre combattants et non-combattants; les Etats ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence

<sup>7</sup> C. Greenwood, « The Administration of Occupied Territory in International Law », *International Law and the Administration of Occupied Territories*, E. Playfair (dir. publ.), 1992, p. 262-263.

<sup>8</sup> *Ibid.*

utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Selon le second principe, il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants: il est donc interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrances; en application de ce second principe, les États n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient.» (*Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, par. 78.)

Le fait que l'occupation se heurte à une résistance armée ne peut servir de prétexte au non-respect des droits fondamentaux de l'homme dans le territoire occupé. L'histoire montre que l'occupation s'est toujours heurtée à une résistance armée. La violence engendre la violence. Actions et réactions de l'occupant comme de l'occupé s'inscrivent toutes inéluctablement dans ce cercle vicieux.

Ce dilemme a été fort bien décrit par MM. Richard Falk et Burns Weston, selon qui:

«L'occupant est l'objet de menaces contre sa sécurité qui découlent ... principalement, et tout particulièrement dans la période la plus récente, de son incapacité marquée et constante à restreindre le champ de son occupation et à mettre fin à celle-ci de manière à restaurer les droits souverains des habitants. L'occupation israélienne, de par les violations considérables des droits des Palestiniens à laquelle elle a donné lieu, a elle-même agi comme un facteur d'embrasement menaçant la sécurité de l'administration israélienne du territoire, l'amenant à recourir à des pratiques de plus en plus brutales en vue de rétablir la stabilité, pratiques qui attisent plus encore la colère des Palestiniens. Dans les faits, l'illicéité du régime d'occupation israélien a elle-même déclenché une spirale de résistance et de répression, et, dans ces conditions, la morale et la raison confèrent à la population un droit naturel de résistance. Ce droit de résistance est un corollaire juridique implicite des droits juridiques fondamentaux associés à la primauté de l'identité souveraine et à la nécessité de garantir la protection des habitants.»<sup>9</sup>

Je souscris entièrement à l'opinion exprimée par MM. Falk et Weston, selon laquelle les violations, par les deux parties, des règles fondamentales du droit humanitaire tiennent à «l'illicéité du régime d'occupation israélien ... elle-même». L'occupation, en tant que situation illégale et temporaire, est l'élément central du problème. Le seul moyen viable de mettre un terme aux graves violations du droit international humanitaire consiste à en finir avec l'occupation.

A plusieurs reprises, le Conseil de sécurité a demandé à ce qu'il soit mis

<sup>9</sup> Falk et Weston, «The Relevance of International Law to Israeli and Palestinian Rights in the West Bank and Gaza», *International Law and the Administration of Occupied Territories*, E. Playfair (dir. publ.), 1992, chap. 3, p. 146-147.

un terme à l'occupation. Le 30 juin 1980, il a réaffirmé «la nécessité impérieuse de mettre fin à l'occupation prolongée des territoires arabes occupés par Israël depuis 1967, y compris Jérusalem» (S/RES/476 (1980)). Malgré cet appel ferme et sans équivoque, les Palestiniens continuent de dépérir sous une occupation brutale et prolongée.

3.2. Au paragraphe 135, la Cour a rejeté l'argument selon lequel le principe de la nécessité militaire pouvait être invoqué pour justifier la construction du mur :

«... au vu du dossier, la Cour n'est pas convaincue que les destructions opérées contrairement à l'interdiction édictée à l'article 53 de la quatrième convention de Genève aient été rendues absolument nécessaires par des opérations militaires» (avis consultatif, par. 135.)

Je souscris entièrement à cette constatation. Les nécessités et les exigences militaires pourraient éventuellement être invoquées pour justifier l'édification du mur si Israël avait démontré qu'il ne voyait pas d'autre solution pour préserver sa sécurité. Ainsi que la Cour le relève, Israël n'en apporte pas la preuve. Il convient d'établir une distinction entre édifier un mur pour assurer la sécurité d'Israël, comme celui-ci le prétend, et accepter que le principe de la nécessité militaire puisse être invoqué pour justifier les destructions qui ont accompagné la construction de cet ouvrage. S'il était applicable, le critère de la nécessité militaire concernerait le premier cas et non le second. Par leur ampleur, les pertes et les préjudices causés aux populations civiles par l'édification du mur et le régime qui lui est associé sont manifestement contraires au droit international humanitaire. La destruction d'habitations et d'infrastructures, la confiscation de terres, vergers et oliveraies qui ont accompagné l'édification du mur ne peuvent se justifier sous aucun prétexte. Plus de cent mille civils non combattants ont perdu leur logement et se trouvent maintenant en situation de détresse.

Il est établi que le droit relatif à l'occupation belligérante comporte des dispositions qui laissent à la puissance occupante une marge de manœuvre limitée en matière de nécessités militaires et de sécurité. Comme pour toute exception à une règle générale, cette marge de manœuvre doit être interprétée strictement afin de veiller à ce qu'il soit tenu compte des considérations humanitaires les plus élémentaires. Le 24 novembre 2003, le Secrétaire général a informé l'Assemblée générale qu'il reconnaissait «le droit et le devoir qu'a Israël de protéger sa population contre les attaques terroristes. Toutefois, ce devoir ne doit pas être rempli d'une manière qui est contraire au droit international...» (A/ES-10/248, par. 30.)

La jurisprudence de la Cour en la matière est constante. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou* de 1948, la Cour s'est référée à ce qui constitue le noyau et la structure des règles du droit humanitaire, à savoir «des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre» (*Détroit de Corfou, fond, arrêt, 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 22*). Dans l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a estimé que

«[c]es règles fondamentales s'imposent ... à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 257, par. 79).

En définitive, je suis parvenu à la même conclusion que M. Michael Schmitt, lorsqu'il écrit :

«La nécessité militaire repose sur un principe interdisant les actes qui, d'un point de vue militaire, ne sont pas nécessaires ; il s'agit d'un principe de limitation et non pas d'autorisation. Dans son acception juridique, la nécessité militaire ne justifie rien.»<sup>10</sup>

La Cour est parvenue à la même conclusion en déclarant que :

«Au vu du dossier, la Cour n'est pas convaincue que la construction du mur selon le tracé retenu était le seul moyen de protéger les intérêts d'Israël contre le péril dont il s'est prévalu pour justifier cette construction.» (Avis consultatif, par. 140.)

3.3. Il convient de rappeler, en outre, que la lecture des rapports établis par les deux rapporteurs spéciaux, MM. John Dugard et Jean Ziegler, ne laisse aucun doute quant aux graves violations commises par Israël, puissance occupante. La forme et l'ampleur des violations commises à l'encontre de la population civile non combattante et les mesures annexes qui ont été associées à l'édification du mur constituent, à mon sens, une «destruction et [une] appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire» (art. 147 de la quatrième convention de Genève). En matière de protection des populations civiles, les règles du droit international humanitaire ont progressivement évolué depuis la conclusion des conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels. La Cour aurait dû contribuer au développement des règles du *jus in bello* en qualifiant les destructions commises lors de l'édification du mur de graves violations.

3.4. La Cour a souligné l'importance fondamentale que revêt le droit à l'autodétermination dans le monde contemporain, en déclarant au paragraphe 88 : «La Cour a même précisé qu'aujourd'hui le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable *erga omnes* (voir *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29).» Par ailleurs, la Cour note que le tracé du mur tel qu'il a été fixé et les mesures prises «dresse[nt] ... un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit» (avis consultatif, par. 122). Or, cette observation déterminante d'un point de vue juri-

<sup>10</sup> M. N. Schmitt, «Bellum Americanum: The U.S. View of Twenty-First Century War and Its Possible Implications for the Law of Armed Conflict», *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, 1998, p. 1080.

dique, et à laquelle je souscris pleinement, ne figure que dans le raisonnement. Les conséquences juridiques découlant, pour tous les Etats, de mesures qui dressent un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien d'un droit opposable *erga omnes* auraient dû, à mon sens, être mentionnées dans le dispositif.

#### CONCLUSION

Mon observation finale est une réflexion sur l'avenir. Au paragraphe 162, la Cour note qu'à son avis

«seule la mise en œuvre de bonne foi de toutes les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, en particulier les résolutions 242 (1967) et 338 (1973), est susceptible de mettre un terme à cette situation tragique» (avis consultatif, par. 162).

Cette conclusion de la Cour traduit un noble objectif qui, depuis très longtemps, reste hors de portée de la communauté internationale. Depuis le 22 novembre 1967, tous les efforts possibles ont été déployés pour faire appliquer la résolution 242 (1967), qui a été adoptée à l'unanimité. Au cours des trente-sept années qui se sont écoulées depuis son adoption, la résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité a été à la fois couverte d'éloges et dénigrée. Or, tant les détracteurs que les partisans de la résolution conviennent que l'équilibre dont sont empreintes ses dispositions constitue la seule base acceptable pour l'instauration d'une paix viable et juste. Au lendemain du conflit armé de 1973, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 338 (1973), qui invitait les parties en cause à «commencer immédiatement après le cessez-le-feu l'application de la *résolution 242 (1967) ... dans toutes ses parties*» (les italiques sont de moi). Les obligations découlant de ces résolutions sont des obligations de résultat d'une importance primordiale. Ce sont des obligations synallagmatiques, les obligations d'une partie constituant la raison d'être des obligations de l'autre. Il est juridiquement erroné et politiquement peu viable de transformer ces obligations de résultat en obligations de moyen et de les confiner à un processus de négociation. Toute tentative d'altérer ces obligations formelles ne peut guère contribuer à atteindre un résultat qui soit solidement fondé sur le droit et la justice.

L'instauration d'une paix «juste et durable», telle qu'envisagée dans la résolution 242 (1967), exige des deux parties qu'elles s'acquittent pleinement de leurs obligations respectives. En tant que première manifestation concrète d'une véritable administration de la justice concernant la Palestine, l'avis consultatif devrait marquer le début d'une ère nouvelle. Je veux croire qu'il permettra de créer une dynamique susceptible de guider et d'inspirer la recherche, longtemps paralysée, d'une paix juste.

(Signé) Nabil ELARABY.