

Cour internationale de Justice
9 juillet 2004

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé

Siège: M. SHI, président; M. RANJEVA, vice-président; MM. GUILLAUME, KOROMA, VERESHCHETIN, Mme HIGGINS, MM. PARRA-ARANGUREN, KOOIJMANS, REZEK, AL-KHASAWNEH, BUERGENTHAL, ELARABY, OWADA, SIMMA, TOMKA, juges.

Responsabilité internationale d'Israël –Israël tenu de respecter les obligations internationales auxquelles il a contrevenu par la construction du mur – Israël tenu de mettre un terme à la violation de ses obligations internationales – Obligation de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur, de démanteler immédiatement celui-ci et d'abroger immédiatement ou de priver immédiatement d'effet les actes législatifs et réglementaires adoptés en vue de son édification (...) - Israël tenu de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales affectées par la construction du mur (...) – Caractère erga omnes de certaines obligations violées par Israël – Obligation de tous les Etats de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur (...).

AVIS CONSULTATIF

(...)

101. (...) La Cour estime que la quatrième convention de Genève est applicable dans tout territoire occupé en cas de conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs parties contractantes. Israël et la Jordanie étaient parties à cette convention lorsqu'éclata le conflit armé de 1967. Dès lors ladite convention est applicable dans les territoires palestiniens qui étaient avant le conflit à l'est de la Ligne verte, et qui ont à l'occasion de ce conflit été occupés par Israël, sans qu'il y ait lieu de rechercher quel était auparavant le statut exact de ces territoires.

(...)

120. (...) la Cour conclut que les colonies de peuplement installées par Israël dans le territoire palestinien occupé (y compris Jérusalem-Est) l'ont été en méconnaissance du droit international.

(...)

122. (...) cette construction, s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse ainsi 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.

(...)

132. (...) la construction du mur a entraîné la destruction ou la réquisition de propriétés dans des conditions contraires aux prescriptions des articles 46 et 52 du règlement de La Haye de 1907 et de l'article 53 de la quatrième convention de Genève.

(...)

134. (...) la construction du mur et le régime qui lui est associé entravent la liberté de circulation des habitants du territoire palestinien occupé (à l'exception des ressortissants israéliens et assimilés) telle que garantie par le paragraphe 1 de l'article 12 du pacte

international relatif aux droits civils et politiques. Ils entravent également l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tels que proclamés par le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Enfin, la construction du mur et le régime qui lui est associé (...) sont contraires au sixième alinéa de l'article 49 de la quatrième convention de Genève et aux résolutions du Conseil de sécurité (446 (1979), 452 (1979) et 465 (1980)).

(...)

137. Au total, la Cour, au vu du dossier, n'est pas convaincue que la poursuite des objectifs de sécurité avancés par Israël nécessitait l'adoption du tracé choisi pour le mur. Le mur tel que tracé et le régime qui lui est associé portent atteinte de manière grave à de nombreux droits des Palestiniens habitant dans le territoire occupé par Israël sans que les atteintes résultant de ce tracé puissent être justifiées par des impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public. La construction d'un tel mur constitue dès lors une violation par Israël de diverses obligations qui lui incombent en vertu des instruments applicables de droit international humanitaire et des droits de l'homme.

(...)

142. Au total, la Cour estime qu'Israël ne saurait se prévaloir du droit de légitime défense ou de l'état de nécessité, comme excluant l'illicéité de la construction du mur qui résulte des considérations mentionnées aux paragraphes 122 et 137 ci-dessus. En conséquence, la Cour juge que la construction du mur et le régime qui lui est associé sont contraires au droit international.

(...)

163. Par ces motifs,

LA COUR

3) Répond de la manière suivante à la question posée par l'Assemblée générale:

A. Par quatorze voix contre une,

L'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé, sont contraires au droit international;

B. Par quatorze voix contre une,

Israël est dans l'obligation de mettre un terme aux violations du droit international dont il est l'auteur; il est tenu de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur qu'il est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, de démanteler immédiatement l'ouvrage situé dans ce territoire et d'abroger immédiatement ou de priver immédiatement d'effet l'ensemble des actes législatifs et réglementaires qui s'y rapportent, conformément au paragraphe 151 du présent avis;

C. Par quatorze voix contre une,

Israël est dans l'obligation de réparer tous les dommages causés par la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est;

D. Par treize voix contre deux,

Tous les Etats sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur et de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction; tous les Etats parties à la quatrième convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont en outre l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention;

E. Par quatorze voix contre une,

L'Organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, doivent, en tenant dûment compte du présent avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé.

OBSERVATIONS

D'un mur à l'autre

Le 9 juillet 2004, la Cour internationale de justice a rendu son avis consultatif sur les "Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé". La procédure de l'avis consultatif, sans être inhabituelle¹, n'est généralement employée que pour des questions d'un intérêt juridique important pour le système onusien. Outre la question de la légalité de l'édification du mur par Israël le long de la Cisjordanie, un certain nombre de problèmes importants, notamment celui du statut de la Palestine et des textes internationaux applicables sur son territoire, allaient connaître un éclairage par la plus haute juridiction internationale. L'avis était par conséquent très attendu. Il fut rendu avec une célérité inhabituelle pour la Cour internationale de justice, sept mois seulement s'étant écoulés entre la demande d'avis de l'Assemblée générale des Nations Unies et l'avis rendu par la Cour. Comme s'est le cas habituellement, un certain nombre d'opinions individuelles de membres de la Cour, ainsi qu'une déclaration, sont jointes à l'avis². Après avoir exposé les faits qui ont amené la Cour à rendre cet avis (§ 1), nous procéderons à une analyse en détail de celui-ci (§ 2) avant de tirer quelques conclusions de son prononcé (§ 3).

¹ Un total de 25 avis consultatifs ont été rendus par la Cour depuis sa création en 1947.

² En attendant la publication officielle de l'avis, celui-ci, les opinions individuelles et la déclaration y annexées sont disponibles sur le site de la Cour internationale de justice (www.icj-cij.org).

1. Les faits³

Le 29 novembre 1947, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta la résolution 181 (II) sur le plan de partage de la Palestine (sous mandat britannique depuis la fin de la première guerre mondiale) "entre deux Etats indépendants, l'un arabe, l'autre juif, ainsi que la mise sur pied d'un régime international particulier pour la ville de Jérusalem. La population arabe de Palestine et les Etats arabes rejetèrent ce plan, qu'ils estimaient déséquilibré. Israël ayant proclamé son indépendance le 14 mai 1948 (...), un conflit armé éclata entre (lui) et plusieurs Etats arabes. (Israël étant sorti vainqueur du conflit), le plan de partage ne fut pas appliqué". "(...) des conventions (...) d'armistice furent signées entre Israël et les Etats voisins (...)". La Transjordanie (ancien nom de la Cisjordanie) fut placée sous administration jordanienne, la bande de Gaza sous administration égyptienne. "Les articles VI et VII de (la convention du 3 avril 1949 entre Israël et la Jordanie) fixaient la ligne de démarcation (...) entre les forces israéliennes (et jordaniennes)" (la fameuse "Ligne verte"). Il était clairement précisé que la Ligne verte était acceptée "sans préjudice de règlements territoriaux ultérieurs" (article VI § 8 de la convention israélo-jordanienne de 1949) (points 71 et 72 de l'avis).

"(En) 1967, les forces armées israéliennes occupèrent (...) les territoires désignés sous le nom de Cisjordanie situés à l'est de la Ligne verte". Israël va entamer une politique de colonisation de la Cisjordanie, autorisant quelques centaines de milliers de colons juifs à s'installer dans ce territoire. "Le 22 novembre 1967, le Conseil de sécurité adopta à l'unanimité la résolution 242 (1967) qui soulignait l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre et appelait au "retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit" (...)" . Dans sa résolution 298 (1971), le Conseil de sécurité confirma que "toutes les dispositions législatives et administratives prises par Israël en vue de modifier le statut de la ville de Jérusalem, y compris l'expropriation de terres et de biens immeubles, le transfert de populations et la législation visant à incorporer la partie occupée, sont totalement nulles et non avenues et ne peuvent modifier le statut de la ville". Enfin, en 1980, "suite (à) l'adoption par Israël de la loi fondamentale du 30 juillet 1980 faisant de Jérusalem la capitale "entière et réunifiée" d'Israël, le Conseil de sécurité, par résolution 478 (1980), a précisé que l'adoption de cette loi constituait une violation du droit international et que "toutes les mesures et dispositions législatives et administratives prises par Israël, la puissance occupante, qui ont modifié ou visent à modifier le caractère et le statut de la Ville sainte de Jérusalem ... étaient nulles et non avenues" (...)" (points 73 à 75).

Des négociations secrètes furent entreprises au début des années 90 entre le gouvernement israélien d'Itzhak Rabin et l'Organisation de Libération de la Palestine (OLP) sous l'égide de la Norvège. Le 13 septembre 1993, Israël et l'OLP signèrent à Washington l'accord d'Oslo I contenant le principe d'une autonomie palestinienne transitoire de cinq ans. Il fut suivi le 4 mai 1994 par l'accord du Caire sur l'autonomie de la bande de Gaza et de la ville de Jéricho, en Cisjordanie. L'Autorité palestinienne s'installa dans les zones nouvellement autonomes. Le 26 octobre 1994, un traité de paix fut conclu entre Israël et la Jordanie, "sans

³ Un résumé des faits est dressé par la Cour aux points 70 à 85 de l'avis. Il est malheureusement lacunaire sur certains points (comme le font remarquer Mme le juge Higgins (point 16 de son opinion individuelle) et M. le juge Kooijmans (points 7 à 10 de son opinion)). En vue de faciliter la compréhension des faits, nous en ajouterons certains ici, sans bien entendu tendre à l'exhaustivité. L'historique de la question israélo-palestinienne a en effet déjà fait l'objet de nombreux ouvrages et commentaires dont il serait inutile de tenter de dresser une liste.

préjudice aucun au statut de tout territoire placé sous le contrôle du gouvernement militaire israélien en 1967" (article 3, paragraphe 2 du traité). Entre-temps, le 19 octobre 1994, un attentat suicide dans un bus avait fait 22 morts à Tel Aviv. Ce premier attentat suicide perpétré en Israël sera suivi de beaucoup d'autres, souvent suivis par des représailles sanglantes de l'armée israélienne dans les territoires occupés, enfonçant la région dans une infernale spirale de violence.

"(A partir de) 1996, le Gouvernement israélien examin(a) des plans qui visaient à enrayer les infiltrations en Israël à partir du centre et du nord de la Cisjordanie". (Le 23 juin 2002), "le conseil des ministres israélien (approuva) la première phase de construction d'une "clôture continue" en Cisjordanie (y compris Jérusalem-Est)". Celle-ci, "qui s'étend finalement sur 150 kilomètres, a été déclarée achevée le 31 juillet 2003". "Le 1^{er} octobre 2003, le conseil des ministres israélien (adopta) un tracé complet de la clôture, qui, selon le rapport du Secrétaire général, "formera une ligne continue qui s'étendra sur une distance de 720 kilomètres le long de la Cisjordanie" (points 80 à 82).

Selon le rapport du Secrétaire général des Nations Unies, "À certains endroits, les ouvrages s'écartent de la Ligne verte de plus de 7,5 kilomètres pour incorporer des colonies de peuplement israéliennes, encerclant des agglomérations palestiniennes". "56 000 Palestiniens environ auraient ainsi été placés dans des enclaves". "En d'autres endroits, le tracé projeté impliquerait (...) un écart allant jusqu'à 22 kilomètres vers l'est. Dans le cas de Jérusalem, les ouvrages existants et le tracé prévu se trouvent très au-delà de la Ligne verte (...)". "D'après ce même tracé, approximativement 975 kilomètres carrés (soit 16,6 % de la superficie de la Cisjordanie) seraient, selon le rapport du Secrétaire général, situés entre la Ligne verte et le mur". "Environ (397.000) Palestiniens vivraient dans des agglomérations presque totalement encerclées, qualifiées d'enclaves dans le rapport". "(...) près de 320.000 colons israéliens (dont 178.000 vivant à Jérusalem-Est) vivraient dans la zone comprise entre la Ligne verte et le mur" (points 81, 83 et 84).

Le 8 décembre 2003, à l'occasion de sa dixième session extraordinaire d'urgence, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta la résolution ES-10/14. Se déclarant " (...) Gravement préoccupée par le fait qu'Israël, puissance occupante, a commencé et continue à construire un mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, dont le tracé s'écarte de la ligne d'armistice de 1949 (Ligne verte) et qui a entraîné la confiscation de terres et de ressources palestiniennes, le bouleversement de la vie de milliers de civils jouissant d'une protection et l'annexion de fait de vastes parties du territoire, et soulignant que la communauté internationale tout entière est opposée à la construction de ce mur⁴ (...)", l'Assemblée générale "(décida), en vertu de l'article 96 de la Charte des Nations Unies⁵, de demander à la Cour internationale de Justice, conformément aux dispositions de l'article 65 du statut de la Cour⁶, de rendre d'urgence un avis consultatif sur la question suivante:

⁴ La résolution n'a toutefois été adoptée que par 90 voix pour, 8 contre (Australie, Ethiopie, Israël, Iles Marshall, Micronésie, Nauru, Palau et Etats-Unis) et 76 abstentions (dont la Russie et tous les Etats de l'Union européenne).

⁵ L'article 96 de la Charte des Nations Unies autorise l'Assemblée générale et le Conseil de Sécurité à "demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique".

⁶ L'article 65 du Statut de la Cour autorise celle-ci à "donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis".

Quelles sont en droit les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, selon ce qui est exposé dans le rapport du Secrétaire général (des Nations Unies), compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale (des Nations Unies) ?" (point 1).

Israël soumit à la Cour un mémoire écrit où il lui déniait toute compétence pour donner l'avis demandé. Israël ne participa pas à la procédure orale. De nombreux États présentèrent par contre leurs observations tout au long de la procédure, tant écrite qu'orale (points 9 et 12).

2. Le contenu de l'avis

2.1. Les exceptions préliminaires

2.1.1. les exceptions relatives à la compétence de la Cour

Israël et d'autres participants à la procédure soulevèrent deux exceptions visant à faire constater l'incompétence de la Cour. Elles furent toutes deux repoussées à l'unanimité.

a) le dépassement des compétences de l'Assemblée générale

a1 - au regard de l'article 12 § 1^{er} de la Charte

Israël prétendit que, "compte tenu du rôle actif que jouait le Conseil de sécurité à l'égard de la situation au Moyen-Orient, y compris la question palestinienne, l'Assemblée générale avait outrepassé la compétence que lui conférait la Charte (en demandant l'avis consultatif en question)". L'article 12 § 1^{er} de la Charte stipule en effet que "Tant que le Conseil de sécurité remplit, à l'égard d'un différend ou d'une situation quelconque, les fonctions qui lui sont attribuées par la Charte, l'Assemblée générale ne doit faire aucune recommandation sur ce différend ou cette situation, à moins que le Conseil de sécurité ne le lui demande" (points 24 et 25 de l'avis).

La Cour répondit que si, à l'origine, "l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité interprétèrent et appliquèrent (...) (de façon stricte) l'article 12 (de la Charte)", la situation avait évolué à partir de la question du Congo en 1961. La Cour "relev(a) l'existence d'une tendance croissante à voir les deux organes examiner parallèlement une même question relative au maintien de la paix et de la sécurité internationale (...), le Conseil de sécurité tenda(n)t à privilégier les aspects de la question touchant à la paix et à la sécurité internationale, tandis que l'Assemblée générale les envisage sous un angle plus large, et en examine également les aspects humanitaires, sociaux et économiques" (point 27). Au vu de cette évolution, la Cour estima que "en présentant la demande d'avis consultatif, l'Assemblée générale n'a pas outrepassé sa compétence" (point 28).

On peut y voir la reconnaissance d'une nouvelle coutume *contra legem*, la norme en question n'étant rien de moi que la Charte des Nations Unies. La Cour avait déjà eu l'occasion de constater l'existence d'une telle coutume dans son avis *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant*

la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, lorsqu'elle avait déclaré que l'abstention d'un membre permanent du Conseil de sécurité "a toujours et uniformément été interprétée (...) comme ne faisant pas obstacle à l'adoption de résolutions"⁷ alors que le texte de la Charte prévoit le vote positif des cinq membres permanents du Conseil. Au vu de la pratique suivie par les deux organes, la conclusion de la Cour quant à l'interprétation de l'article 12 § 1^{er} de la Charte paraît tout à fait correcte.

a2 - au regard de la résolution 377 A (V)

La résolution 377 A (V) (dite résolution "Union pour le maintien de la paix", ou encore "résolution Acheson") a été adoptée en 1950, au moment de la guerre de Corée, en raison de la paralysie du Conseil de sécurité suite au boycott de l'Union soviétique. Cette résolution stipule que "dans tout cas où paraît exister une menace contre la paix (...) et où, du fait que l'unanimité n'a pas pu se réaliser parmi ses membres permanents, le Conseil de sécurité manque de s'acquitter de sa responsabilité principale dans le maintien de la paix et de la sécurité internationale, l'Assemblée générale examinera immédiatement la question afin de faire aux Membres les recommandations appropriées sur les mesures collectives à prendre (...)".

La dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale avait été convoquée sur base de la résolution Acheson. Israël prétendit devant la Cour que "le Conseil de sécurité n'a jamais été saisi d'un projet de résolution visant à ce qu'il demande lui-même un avis consultatif à la Cour (...)". "L'Assemblée générale ne pouvait (...) invoquer un quelconque défaut d'action du Conseil pour soumettre une telle demande". Israël questionna également la régularité de la procédure suivie par l'Assemblée générale siégeant en session extraordinaire, "en particulier le caractère continu de cette session" (elle avait été convoquée onze fois depuis la première convocation en 1997, "ainsi que le fait qu'elle ait été convoquée (...) au moment où l'Assemblée générale siégeait en session ordinaire" (point 29).

La Cour s'interrogea si les conditions prévues par la résolution Acheson étaient bien remplies au moment de la convocation de la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale. Elle constata qu'"en 1997, le Conseil de sécurité s'était effectivement trouvé, (en raison du veto des Etats-Unis), dans l'incapacité de prendre une décision concernant l'implantation de certaines colonies de peuplement dans le territoire palestinien occupé (...)". La convocation d'une session d'urgence de l'Assemblée générale se justifiait donc. Le veto américain, le 14 octobre 2003, au "projet de résolution portant sur la construction par Israël du mur dans le territoire palestinien occupé", n'avait fait que confirmer l'incapacité à agir du Conseil de sécurité au sens de la résolution Acheson. Lorsque l'Assemblée générale adopta la résolution ES-10/14 "(le) 8 décembre 2003, le Conseil de sécurité n'était pas revenu sur le vote négatif du 14 octobre 2003". Par conséquent, la dixième session extraordinaire d'urgence était régulièrement convoquée et "pouvait adopter toute résolution (...) entrant dans (ses) compétences". Par ailleurs, la discontinuité de la convocation de la dixième session extraordinaire et la simultanéité d'une session ordinaire n'impliquaient la violation d'aucune règle constitutionnelle de (l'ONU) pouvant rendre caduque la résolution ES-10/14 (points 30 à 35). L'analyse de la Cour ne souffre, à notre avis, aucun commentaire.

⁷ C.I.J., Recueil 1971, p. 13, par. 22.

b) l'imprécision de la question posée et son caractère politique

Israël prétendit également "que la demande d'avis consultatif émanant de l'Assemblée générale ne porterait pas sur une "question juridique" au sens du paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte et du paragraphe 1 de l'article 65 du Statut de la Cour", en raison de son imprécision, "de son manque de clarté et de son caractère abstrait" (point 36).

La Cour constata d'abord que la question avait bien un caractère juridique, puisqu'elle faisait référence à la "convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (...), et (aux) résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale" (point 37). "Il (était) clair que la Cour (était) tout d'abord invitée à déterminer si ces règles et principes ont été violés et le demeurent du fait de la construction du mur selon le tracé projeté" (point 39). Interpellée par Israël sur le caractère politique de la question posée, la Cour rappela que cela "ne suffit pas à la priver de son caractère de "question juridique" et à enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Statut" (point 41).

On pourrait presque soutenir que, par définition, toute question soumise à la Cour pour avis recèle un élément politique. Les questions de maintien de la paix auxquelles sont confrontés l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité étant forcément politiques, toute demande de leur part d'éclaircissement sur un point juridique par la Cour a toujours un fond politique.

2.1.2. Les exceptions liées à l'opportunité de l'avis

Israël et certains des intervenants soulevèrent cinq arguments destinés à amener la Cour à refuser de donner l'avis consultatif demandé. L'article 65 du Statut de la Cour précise en effet que celle-ci *peut* donner un avis consultatif, ce qui implique que la Cour dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser de donner un avis consultatif même lorsque les conditions pour qu'elle soit compétente sont remplies⁸. La Cour, rappelant qu'"il faudrait des raisons décisives pour l'amener à opposer un tel refus" (point 44), rejeta les cinq arguments⁹.

a) l'absence de consentement d'Israël à la juridiction de la Cour

L'Australie et Israël insistèrent sur le fait "que la demande concernerait un différend entre Israël et la Palestine à l'égard duquel Israël n'a pas accepté la juridiction de la Cour. (...) L'objet de la question posée par l'Assemblée générale ferait "partie intégrante du différend israélo-palestinien plus large qui concerne des questions liées au terrorisme, à la sécurité, aux frontières, aux colonies de peuplement, à Jérusalem et à d'autres questions connexes". Israël (...) n'avait jamais consenti à voir ce différend plus large tranché par la Cour ou dans le cadre de tout autre mode de règlement obligatoire". Par conséquent, "la Cour (devait) refuser de donner l'avis qui lui (était) demandé"(point 46).

"La Cour relev(a) que l'absence de consentement à la juridiction contentieuse de la Cour de la part des Etats intéressés est sans effet sur la compétence qu'a celle-ci de donner un

⁸ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 (I), pp. 234-235, par. 14.

⁹ Le rejet se fit à quatorze voix contre une, le juge Buergenthal votant contre.

avis consultatif", sans effet obligatoire. "L'avis est donné par la Cour non aux Etats, mais à l'organe habilité pour le lui demander"¹⁰. Si "le défaut de consentement d'un Etat intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour"¹¹, celle-ci estima que "l'avis (était) demandé à l'égard d'une question qui intéresse tout particulièrement les Nations Unies, et qui s'inscrit dans un cadre bien plus large que celui d'un différend bilatéral. Dans ces conditions, la Cour (estima) que rendre un avis n'aurait pas pour effet de tourner le principe du consentement au règlement judiciaire et qu'elle ne saurait dès lors (...) refuser de donner un avis pour ce motif" (points 47 à 50).

Il existe une différence très nette entre la fonction contentieuse de la Cour et sa fonction consultative. Celle-ci n'implique pas, en effet, un litige entre Etats, même si, dans certaines hypothèses, un tel litige est sous-jacent.

b) l'obstacle à la bonne réalisation de la feuille de route

Les négociations visant à la résolution du conflit israélo-palestinien ont abouti en avril 2003 à l'adoption d'une "Feuille de route", établie sous l'égide des Etats-Unis, de l'Union européenne, de la Russie et de l'ONU. Celle-ci prévoit la création de deux Etats vivant côte à côte dans la paix et la sécurité. Les Etats-Unis ont avancé "que l'avis demandé pourrait compliquer les négociations envisagées dans la feuille de route, et que la Cour devrait en conséquence exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de répondre à la question qui lui a été posée" (point 51).

La Cour répondit que "l'influence que (son) avis pourrait avoir sur les négociations de la feuille de route n'apparaît (...) pas de façon évidente: les participants à la (...) procédure (ayant) exprimé à cet égard des vues divergentes. La Cour ne saurait considérer ce facteur comme une raison décisive de refuser d'exercer sa compétence". La Cour dit également qu'elle se contenterait de répondre à la question qui lui était posée, à savoir les conséquences juridiques de l'édification du mur, et qu'"(elle) ne tiendrait d'autres éléments que dans la mesure où ceux-ci seraient nécessaires aux fins de l'examen de cette question" (points 53 et 54).

Cette affirmation de la Cour n'est pas évidente. Ainsi que nous aurons l'occasion de le voir, le développement qu'elle fait à propos du droit à l'autodétermination du peuple palestinien et le problème que lui pose le mur pourrait poser des problèmes aux négociateurs¹².

c) l'absence des faits et des éléments de preuve nécessaires

Israël fit valoir "que la Cour devrait refuser d'exercer sa compétence parce qu'elle ne dispose pas des faits et des éléments de preuve nécessaires pour lui permettre de formuler des conclusions". La Cour devrait en effet "examiner, d'une part, la nature et la portée des menaces pour la sécurité auxquelles le mur entend répondre, ainsi que l'efficacité de cette réponse, et, d'autre part, l'effet de la construction du mur pour les Palestiniens. (...) Israël serait seul à posséder une grande partie des renseignements nécessaires, et (...) il a indiqué

¹⁰ *Interprétation des traités de paix avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase*, C.I.J., recueil 1950, p. 71.

¹¹ *Sahara occidental*, C.I.J., Recueil 1975, p. 25, par. 32-33.

¹² Cf. *infra*, § 2.2.2. a2.

avoir choisi de ne pas traiter du fond. Israël a conclu que la Cour, face à des questions de fait impossibles à éclaircir dans la présente procédure, devrait user de son pouvoir discrétionnaire et refuser de donner suite à la demande d'avis consultatif" (point 55).

La Cour précisa qu'elle "(avait) à sa disposition le rapport du Secrétaire général, ainsi qu'un dossier volumineux soumis par celui-ci à la Cour, qui contient des informations détaillées non seulement quant au tracé du mur mais aussi quant aux conséquences humanitaires et socio-économiques de celui-ci sur la population palestinienne". De plus, "l'exposé écrit d'Israël, bien que se limitant aux questions de compétence et d'opportunité judiciaire, comporte des observations concernant d'autres sujets, y compris les préoccupations d'Israël en matière de sécurité, et était accompagné d'annexes correspondantes; de nombreux autres documents émanant du Gouvernement israélien et concernant ces mêmes sujets sont dans le domaine public". La Cour "(estima) qu'elle dispose de renseignements et d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre de donner l'avis consultatif demandé par l'Assemblée générale" (points 57 et 58).

Dans sa déclaration, le juge Buergenthal considéra que la Cour, "ne disposait pas des éléments de fait indispensables (notamment sur la nature des attentats et leur impact sur Israël) pour fonder les conclusions par trop générales qu'elle a tirées, et que, de ce fait, elle aurait dû refuser d'examiner l'affaire" (points 1 et 3 de sa déclaration). Il ajouta que comme il s'agissait d'"une procédure consultative, où il n'y a pas de parties (...) Israël n'était pas juridiquement tenu (...) de produire des éléments de preuve à l'appui de sa thèse concernant la légalité du mur" (point 10). Le juge Kooijmans, de son côté, écrivit que "bien qu'il soit regrettable qu'Israël ait décidé de ne pas traiter du fond, la Cour a raison lorsqu'elle conclut qu'elle dispose de suffisamment d'éléments d'information pour pouvoir donner l'avis sollicité" (point 28 de son opinion).

d) l'inutilité de l'avis

"Dans leurs exposés écrits, certains participants ont également avancé l'argument selon lequel la Cour devrait refuser de donner l'avis (...) demandé (...) parce que pareil avis consultatif ne serait d'aucune utilité". "L'Assemblée générale (...) a déjà déclaré la construction du mur illégale, (...) elle a déjà déterminé les conséquences juridiques de cette construction en exigeant qu'Israël l'arrête et revienne sur le projet, et (...) (elle) n'a jamais fait clairement connaître ce qu'elle entendait faire de l'avis demandé (point 59 de l'avis).

La Cour rappela que "les avis consultatifs servent à fournir aux organes qui les sollicitent les éléments de caractère juridique qui leur sont nécessaires dans le cadre de leurs activités". Par ailleurs, "il n'appartient pas à la Cour de prétendre décider si l'Assemblée a ou non besoin d'un avis consultatif pour s'acquitter de ses fonctions. L'Assemblée générale est habilitée à décider elle-même de l'utilité d'un avis au regard de ses besoins propres"¹³ (points 60 et 61).

e) l'adage *nullus commodum capere potest de sua injuria propria*

"Israël a soutenu que la Palestine, compte tenu de la responsabilité qui est la sienne dans les actes de violence auxquels le mur vise à parer (...) ne saurait demander à la Cour de remédier à une situation résultant de ses propres actes illicites" (point 63). La Cour rejeta cet

¹³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 237, par. 16.

argument, au motif que "c'est l'Assemblée générale qui a sollicité un avis consultatif (...) et non (...) un Etat ou une entité déterminés" (point 64).

"A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut non seulement qu'elle (avait) compétence pour donner un avis sur la question qui lui (avait) été posée par l'Assemblée générale, mais encore qu'il n'(existait) aucune raison décisive pour qu'elle use de son pouvoir discrétionnaire de ne pas donner cet avis" (point 65).

2.2. Le fond de l'avis: la violation par Israël de ses obligations découlant du droit international

Avant d'aborder l'examen en tant que tel de la question posée par l'Assemblée générale, la Cour précisa qu'elle ne se préoccuperait pas des portions du mur construites sur le territoire d'Israël (point 67). L'analyse de la Cour se fit en deux temps. Un peu embarrassée par le libellé de la question de l'Assemblée générale, qui sous-entendait que l'édification du mur était par nature illégale, puisque déjà condamnée par la résolution ES-10/13, la Cour décida qu'il lui incombait de déterminer dans un premier temps "si l'édification de ce mur est ou non contraire au droit international" (point 68). C'est seulement dans un second temps qu'elle pouvait, si la réponse à la première question était positive, traiter des conséquences de cette édification.

2.2.1. Les règles et principes de droit international pertinents pour l'appréciation de la licéité des mesures prises par Israël

La Cour va d'abord déterminer les règles et principes de droit international qui sont pertinents pour apprécier si la construction du mur est ou non contraire au droit international. Israël a effectivement émis des doutes "en ce qui concerne l'applicabilité dans le territoire palestinien occupé de certaines règles de droit international humanitaire et des conventions relatives aux droits de l'homme" (point 86).

a) la résolution 2625(XXV) de l'Assemblée générale

La résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale (intitulée "Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats") contient deux éléments fondamentaux. Elle souligne "l'illicéité de toute acquisition de territoire résultant de la menace ou de l'emploi de la force". Ce dernier principe, rappelle la Cour, fait partie du droit international coutumier¹⁴. Il est donc applicable au territoire palestinien (point 87).

La résolution 2625 (XXV) réaffirme par ailleurs le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, principe également contenu dans l'article 1^{er} commun au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et au pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Cour rappelle que ce principe est applicable à tous les territoires non autonomes¹⁵ et qu'il est opposable *erga omnes*¹⁶.

¹⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 98-101, par. 187-190.

¹⁵ *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*, C.I.J., Recueil 1971, pp. 31-32, par. 52-53.

b) le règlement de La Haye de 1907 sur le droit de la guerre

Israël n'est pas membre du règlement de La Haye de 1907. Toutefois, le Tribunal international militaire de Nuremberg et la Cour elle-même ont estimé que ses dispositions avaient "acquis un caractère coutumier". Il est par conséquent applicable au territoire palestinien occupé, notamment sa section III, qui traite de l'"autorité militaire sur le territoire de l'Etat ennemi" (point 89).

c) la quatrième convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre

La Cour va être amenée ici à trancher un point extrêmement délicat, qui divise la doctrine depuis la fin de la guerre israélo-arabe de 1948, à savoir le caractère d'"occupé" du territoire palestinien.

"Israël (partie à la quatrième convention de Genève) conteste en effet l'application *de jure* de celle-ci au territoire palestinien". En vertu de l'article 2 § 2 de la convention, celle-ci ne s'appliquerait qu'en cas d'occupation de territoires relevant de la souveraineté d'un Etat contractant partie à un conflit armé. Pour certains auteurs¹⁷, la Cisjordanie et la bande de Gaza ne relevaient pas régulièrement de la souveraineté d'un autre Etat lorsque les troupes israéliennes s'y sont installées. En vertu de l'article 2 § 2 du traité d'armistice de 1949 entre Israël et la Jordanie, la Ligne verte avait été tracée "sans préjudice de règlements territoriaux ultérieurs, du tracé des frontières ou des revendications de chacune des parties à ce sujet". La Cisjordanie ne relevait donc pas de la souveraineté jordanienne en 1967. Elle lui avait simplement été confiée provisoirement en attendant la résolution de la question palestinienne. Israël s'était contenté, en 1967, de placer sous son autorité la Judée Samarie (nom que les Israéliens donnent à la Cisjordanie). Il ne s'agissait donc nullement d'une occupation militaire. Si les autorités israéliennes avaient malgré tout décidé d'y appliquer la convention, c'était d'une manière purement volontariste. La convention n'était pas applicable *de jure* dans ces territoires (point 93).

La Cour relève que deux conditions doivent être remplies pour que la quatrième convention de Genève s'applique: "existence d'un conflit armé (que l'état de guerre ait ou non été reconnu); survenance de ce conflit entre deux parties contractantes". L'article 2 § 2 de la convention stipule que "La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire". Selon la Cour, "(cette disposition) n'a pas pour objet de restreindre le champ d'application de la convention (...). Il tend seulement à préciser que, même si l'occupation opérée au cours du conflit a eu lieu sans rencontrer de résistance militaire, la convention demeure applicable". "Ladite interprétation est (d'ailleurs) confirmée par les travaux préparatoires de la convention". Les rédacteurs de l'article 2 § 2 "entendaient seulement couvrir le cas d'occupation sans combats, comme par exemple celle de la Bohême et de la Moravie par l'Allemagne en 1939" (point 95).

"Les Etats parties à la quatrième convention de Genève ont (d'ailleurs) retenu cette interprétation lors de la conférence qu'ils ont tenue le 15 juillet 1999. En effet, ils ont alors

¹⁶ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29.

¹⁷ Voy. notamment D. RUIZ, "56 ans plus tard – un autre regard sur le conflit israélo-palestinien", *Actualité et droit international* novembre 2003 (<http://www.ridi.org/adi/articles/2003/200311ruz>).

adopté une déclaration aux termes de laquelle ils «ont réaffirmé que la quatrième convention de Genève était applicable au territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est». (...) Le 5 décembre 2001, les Hautes Parties contractantes (...) ont réaffirmé une nouvelle fois «l'applicabilité de la convention au territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est»" (point 96). L'Assemblée générale, le Conseil de sécurité et même la Cour suprême d'Israël ont également reconnu l'applicabilité de la convention de Genève aux territoires occupés (points 97 à 100). Israël et la Jordanie étant tous deux membres de la quatrième convention de Genève, celle-ci est par conséquent "applicable dans les territoires palestiniens qui étaient avant le conflit à l'est de la Ligne verte, et qui ont à l'occasion de ce conflit été occupés par Israël, sans qu'il y ait lieu de rechercher quel était auparavant le statut exact de ces territoires" (point 101).

Cette constatation de la Cour est fondamentale. Elle clôturait en effet un débat doctrinal important, et elle va déterminer la suite de son raisonnement. Dans son opinion individuelle, le juge Kooijmans¹⁸ reprocha à la Cour de ne pas avoir recherché quel était le statut exact des territoires palestiniens entre 1945 et 1967. Cette recherche, intéressante en soi, n'était toutefois pas relevante dans le cadre de l'avis. Si la Cour était arrivée à la conclusion que les territoires avaient été soumis à la souveraineté jordanienne entre 1945 et 1967, sa réponse n'aurait en effet pas été différente.

d) le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le pacte international relatif aux droits civils et politiques

"(Israël) affirme que le droit humanitaire est le type de protection qui convient dans un conflit tel que celui qui existe en Cisjordanie et dans la bande de Gaza, tandis que les instruments relatifs aux droits de l'homme ont pour objet d'assurer la protection des citoyens vis-à-vis de leur propre gouvernement en temps de paix" (point 102). La Cour va donc s'interroger sur deux questions fondamentales: "d'une part sur les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme et d'autre part sur l'applicabilité des instruments relatifs aux droits de l'homme hors des territoires nationaux" (point 104). Israël étant membre des deux pactes internationaux, ceux-ci sont-ils applicables dans les territoires qu'il occupe militairement ?

En ce qui concerne la première question, la Cour rappelle que dès son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*¹⁹, elle avait estimé que "la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires (qui prévoient qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'imposent ces instruments)". Reconnaisant que "certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire, d'autres (...) exclusivement des droits de l'homme (et) d'autres enfin (...) de ces deux branches du droit international, (...) la Cour aura (...) à prendre en considération les deux branches (...), à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire" (point 106). La Cour n'apporte donc pas de réponse à la question, pourtant fondamentale et largement débattue par la doctrine²⁰, des rapports entre les deux branches du droit. En consacrant les droits de l'homme comme *lex generalis*, elle leur donne la primauté. Elle est toutefois contrainte de reconnaître, notamment

¹⁸ Voy. les points 8 à 10 de son opinion individuelle.

¹⁹ C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 239, par. 24.

²⁰ Voy. à ce sujet E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, point 1.13, et les références citées à la note 2.

en application de l'article 4 § 1 du pacte international sur les droits civils et politiques²¹, qu'en cas de conflit c'est le droit humanitaire qui trouvera à s'appliquer...

En ce qui concerne la seconde question, la Cour rappelle que l'article 2 § 1^{er} du pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que celui-ci s'applique aux individus "relevant de (la) compétence (d'un Etat)", même si ceux-ci se trouvent en-dehors de son territoire. Par ailleurs, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies est arrivé à la conclusion, en 2003, que "les dispositions du pacte (relatif aux droits civils et politiques) s'appliquent au profit de la population des territoires occupés"²². Par conséquent, "la Cour estim(a) que le pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable aux actes d'un Etat agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire" (et donc aux territoires occupés) (points 110 et 111). La Cour estima également qu'"en tant que puissance occupante (...) Israël (était) tenu par les dispositions du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels" (point 112).

e) la convention de 1989 sur les droits de l'enfant

La Cour déclara également, sans trop d'étendre sur le sujet, que la convention sur les droits de l'enfant était "applicable dans le territoire palestinien occupé" (point 113).

2.2.2. L'illicéité de la construction du mur²³

"Ayant déterminé les règles et les principes de droit international qui sont applicables pour répondre à la question posée par l'Assemblée générale, et s'étant prononcée en particulier sur l'applicabilité dans le territoire palestinien occupé du droit international humanitaire et des droits de l'homme, la Cour chercha si "la construction du mur (avait) porté atteinte à ces règles et principes" (point 114 de l'avis). La Cour va distinguer deux séries de normes de droit international violées par la construction du mur.

a) le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la guerre

a1- l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la guerre

La Cour va prendre ici position sur une question fondamentale qui empoisonne les relations israélo-palestiniennes depuis 1967, à savoir l'interprétation de la résolution 242(1967) du Conseil de sécurité. Dans sa version française, celui-ci stipule qu'Israël doit se retirer "des territoires occupés lors du récent conflit". La version anglaise, quant à elle, parle de "withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict". Elle laisserait sous-entendre qu'Israël ne devrait se retirer que de certains territoires pour satisfaire

²¹ Celui-ci stipule que "Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale".

²² Doc. CCPR/CO/78/ISR, par. 11.

²³ La constatation de l'illicéité de la construction du mur se fit à quatorze voix contre une, le juge Buergenthal votant contre.

au libellé de la résolution 242(1967). Israël s'appuie sur ce texte²⁴, ainsi que sur ceux des traités d'armistice et de paix conclus avec la Jordanie, qui stipulent qu'ils sont conclus "sans préjudice des règlements territoriaux ultérieurs", pour justifier le maintien des colonies israéliennes en Cisjordanie.

La Cour va donner sa préférence à la version française de la résolution 242(1967), en rappelant que dans son préambule le Conseil de sécurité a souligné "l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre" (point 117). En se prononçant ainsi, le Conseil de sécurité aurait, sous-entend la Cour, signifié que la Ligne verte représentait bel et bien une limite au-delà de laquelle Israël ne pouvait valablement revendiquer aucun territoire.

Etant parvenue à cette conclusion, la Cour va condamner toute la politique israélienne de colonisation des territoires occupés. Elle rappelle en effet que "selon le sixième alinéa de l'article 49 de la quatrième convention de Genève : «La puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle.». Cette disposition prohibe non seulement les déportations ou transferts forcés de population tels qu'intervenues au cours de la seconde guerre mondiale, mais encore toutes les mesures que peut prendre une puissance occupante en vue d'organiser et de favoriser des transferts d'une partie de sa propre population dans le territoire occupé". En menant depuis 1977 "une politique (...) consistant à établir des colonies de peuplement dans le territoire palestinien occupé", Israël a clairement violé cette disposition, comme le Conseil de sécurité a déjà eu l'occasion de le faire remarquer dans ses résolutions 446 (1979), 452 (1979) et 465 (1980). "La Cour conclut que les colonies de peuplement installées par Israël dans le territoire palestinien occupé (y compris Jérusalem-Est) l'ont été en méconnaissance du droit international" (point 120).

La Cour va évidemment beaucoup plus loin ici que ce que la réponse à la question qui lui était posée par l'Assemblée générale exigeait. Alors que sa mission était d'évaluer les conséquences de l'édification du mur, c'est toute la politique israélienne de colonisation des territoires occupés qui est évaluée, et condamnée. Quoi qu'en dise la Cour, en précisant que c'est précisément parce que le mur empiète sur le territoire palestinien en voulant englober un maximum de colonies qu'il est illégal, les deux questions ne sont pas liées. Même si Israël décidait de démanteler le mur après l'avis de la Cour, cela n'aurait aucune conséquence sur l'existence des colonies. En allant au-delà du mandat qui lui avait été confié, la Cour donne sans conteste des armes à ceux qui condamnent son instrumentalisation au profit des forces antisionistes. Les conclusions de la Cour n'en sont cependant pas moins pertinentes pour la cause.

a2 - le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même

La Cour "observ(e) que l'existence d'un «peuple palestinien» ne saurait plus faire débat". C'est une nouvelle réponse que la Cour apporte à un débat fondamental qui lui aussi divisait la doctrine. Si l'Assemblée générale des Nations Unies avait déjà, à maintes reprises, fait référence au peuple palestinien, le Conseil de sécurité ne l'avait jamais fait. Cette reconnaissance va permettre à la Cour d'en tirer les conséquences, à savoir le droit du peuple palestinien à l'autodétermination, à partir de résolutions de l'Assemblée générale²⁵ (point 118).

²⁴ Voy. notamment, sur le site internet du Ministère des affaires étrangères israéliens: <http://www.mfa.gov.il/mfa/foreign+relations/israels+foreign+relations+since+1947/1947-1974/2+statements+clarifying+the+meaning+of+resolution.htm>

²⁵ En particulier la résolution 58/163 du 22 décembre 2003.

La Cour, ayant procédé à la condamnation de la politique israélienne de colonisation dont il vient d'être question, note que "Tout en notant l'assurance donnée par Israël que la construction du mur n'équivaut pas à une annexion et que le mur est de nature temporaire (...), la Cour ne saurait pour autant rester indifférente à certaines craintes exprimées devant elle d'après lesquelles le tracé du mur préjugerait la frontière future entre Israël et la Palestine, et à la crainte qu'Israël pourrait intégrer les colonies de peuplement et les voies de circulation les desservant. La Cour estime 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 équivaudrait à une annexion *de facto*" (point 121). "(...) consacr(ant) sur le terrain les mesures illégales prises par Israël (...) (et) risqu(ant) également de conduire à de nouvelles modifications dans la composition démographique du territoire palestinien" (...) (le mur) dresse (...) 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 (point 122).

En voulant à tout prix clamer le droit des Palestiniens à l'autodétermination, la Cour va un peu vite en besogne et opère une confusion entre ce droit et la question des frontières. La Cour reconnaît l'illégalité de l'acquisition de territoires par Israël en Cisjordanie et de la politique de la colonisation. Elle aurait dû s'arrêter là, et ne pas ajouter à son raisonnement des considérations sur le droit des Palestiniens à l'autodétermination. Comme le fait justement remarquer le juge Kooijmans, la Cour aurait dû mener une analyse juridique plus poussée de la question du droit à l'autodétermination. Dans son opinion individuelle, il pose trois questions fondamentales qui restent sans réponse dans l'avis (et auxquelles nous ne prendrons pas le risque de tenter d'apporter ne fût-ce que des éléments de réponse): "Tout obstacle à l'exercice du droit à l'autodétermination constitue-t-il un manquement à l'obligation de le respecter ? En est-il ainsi seulement en cas de manquement grave ? La cessation de l'acte faisant obstacle à l'exercice du droit restaurerait-il celui-ci ou ne ferait-elle que mettre un terme au manquement ?" (point 33 de son opinion individuelle).

Il ne faut en effet pas se leurrer quant au problème de l'autodétermination du peuple palestinien. Ce n'est pas le mur en lui-même qui constitue l'obstacle majeur à sa reconnaissance. Le problème était largement antérieur à son édification. Si le mur venait à être démantelé, cela n'apporterait en soi aucune solution au statut du peuple palestinien. *A contrario*, la reconnaissance d'un Etat palestinien indépendant pourrait tout à fait être envisageable même avec le maintien du mur dans sa configuration actuelle. La situation d'une partie de la population palestinienne serait extrêmement difficile. La Cour dira, dans les paragraphes qui suivent, qu'un certain nombre de dispositions du droit humanitaire sont violées par la simple existence du mur. De là à prétendre que le mur est un obstacle à l'autodétermination du peuple palestinien, il y a un pas que la Cour franchit, à notre avis, un peu trop aisément. Elle aurait dû se contenter de constater l'illégalité de l'acquisition de territoire qu'implique le tracé actuel du mur, et les violations du droit humanitaire qu'il implique. En réponse à l'objection selon laquelle son avis risquait de compliquer les négociations de la Feuille de route, la Cour avait répondu qu'elle ne voyait pas comment son avis pourrait avoir cet effet. En semblant mettre comme préalable à l'autodétermination du peuple palestinien le démantèlement du mur, l'avis risque précisément d'aboutir à une crispation de la situation et à un raidissement des positions. Or, celui-ci peu souhaitable dans le contexte extrêmement difficile du conflit israélo-palestinien. Seul un règlement négocié des

différents aspects de ce conflit permettra d'aboutir à une solution globale et à l'indépendance d'un Etat palestinien²⁶.

b) les dispositions pertinentes du droit international humanitaire et des conventions relatives aux droits de l'homme

b1 – les violations liées au droit de propriété

En premier lieu, la Cour constate que "la construction du mur a entraîné la destruction ou la réquisition de propriétés dans des conditions contraires aux prescriptions des articles 46²⁷ et 52²⁸ du règlement de La Haye de 1907, et de l'article 53 de la quatrième convention de Genève²⁹" (point 132 de l'avis).

Pour arriver à cette conclusion, la Cour se base sur différents rapports émanant d'organes onusiens: celui du Secrétaire général précité; celui de John Dugard, rapporteur spécial de la commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés³⁰; celui du comité spécial chargé d'enquêter sur les pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien et des autres Arabes des territoires occupés³¹; celui de Jean Ziegler, rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation de la commission des droits de l'homme³²; et celui du Secrétaire général du Programme alimentaire mondial³³. Ces différents rapports font état de confiscations et de destructions de terres agricoles palestiniennes par les forces d'occupation israéliennes.

b2 – les violations liées aux droits civils et politiques

La Cour, se basant sur les mêmes sources, va constater qu'un certain nombre de localités palestiniennes n'ont plus accès aux services de santé, aux établissements scolaires, aux sources primaires d'eau et au réseau électrique. Dans cette situation, "un nombre significatif de Palestiniens (ont déjà) quitté(e) certaines zones (...) (ce qui) tend à modifier la composition démographique du territoire palestinien occupé" (point 133). La Cour va donc constater que "la construction du mur et le régime qui lui est associé entravent la liberté de circulation des habitants du territoire palestinien occupé (à l'exception des ressortissants israéliens et assimilés) telle que garantie par le paragraphe 1 de l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ils entravent également l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tels que proclamés par le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Enfin, la construction du mur et le régime qui lui est associé, en contribuant aux changements démographiques auxquels il est fait référence (ci-dessus), sont contraires au sixième alinéa de l'article 49 de la quatrième

²⁶ Voy. à ce sujet les points 29 à 31 de l'opinion individuelle de Mme le juge Higgins.

²⁷ Celui-ci stipule que "la propriété privée doit être respecté(e) (...) et ne peut pas être confisquée".

²⁸ Celui-ci autorise dans certaines limites les réquisitions en nature et des services pour les besoins de l'armée d'occupation.

²⁹ Celui-ci "interdit à la puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'Etat ou à des collectivités publiques (...) sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires".

³⁰ Doc. E/CN.4/2004/6, notamment paragraphe 9.

³¹ Doc. A/58/311, notamment paragraphe 26.

³² Doc. E/CN.4/2004/10/Add.2, notamment paragraphe 49.

³³ Notamment paragraphe 25.

convention de Genève³⁴ et aux résolutions du Conseil de sécurité (446 (1979), 452 (1979) et 465 (1980))" (point 134)³⁵. En faisant référence à ces résolutions, la Cour ne fait que réitérer sa condamnation de la politique israélienne de colonisation.

La construction du mur est par conséquent illicite à la fois en raison des réquisitions de terres qu'elle implique et des conséquences gravissimes qu'elle a sur la vie quotidienne de centaines de milliers de Palestiniens.

2.2.3. L'inapplicabilité des clauses dérogatoires

Israël a fait savoir à la Cour qu'il avait entrepris la construction du mur pour des raisons de sécurité. Il a également invoqué le droit de légitime défense reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Par ailleurs, la Cour s'est engagée à prendre en compte l'ensemble des circonstances (point 54). La Cour va donc passer à l'examen des différentes causes justificatives avancées par Israël.

a) les impératifs militaires

L'article 53 de la quatrième convention de Genève relatif à la destruction des biens prévoit une exception "dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires". La Cour, "au vu du dossier", balaie l'argument d'un revers de main (point 135).

b) la sécurité

L'article 12 § 3 du pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que la liberté de circulation "(peut) être l'objet de restrictions (...) si celles-ci sont (...) nécessaires pour protéger la sécurité nationale (...)".

Nous arrivons ici véritablement au cœur de l'avis. La Cour a constaté l'existence de violations graves des droits de centaines de milliers de Palestiniens, ce que presque personne ne nie. Israël tente toutefois de justifier ces violations en invoquant la sécurité de sa population qui, selon lui, doit primer tout le reste. On aurait pu s'attendre à ce que la Cour fasse une analyse minutieuse de la situation, pèse le pour et le contre... Malheureusement, la Cour va, ici aussi, balayer l'argument d'un revers de main. Elle se contente de dire qu'"au vu des informations dont elle dispose, la Cour estime que (les) conditions (que doivent remplir les restrictions envisagées à l'article 12 § 3 du pacte international relatif aux droits civils et politiques) ne sont pas remplies en l'espèce" (point 136), sans expliquer pourquoi elle arrive à cette conclusion. Ce laconisme dans le raisonnement est bien entendu préjudiciable à la crédibilité de l'avis.

c) la légitime défense

Israël va également invoquer l'article 51 de la Charte des Nations Unies, qui reconnaît aux Etats membres un "droit naturel de légitime défense (...) dans le cas (...) d'une agression

³⁴ Celui-ci, rappelons-le, interdit à la puissance occupante de "procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle".

³⁵ Dans sa déclaration, le juge Buergenthal se déclarera d'accord avec ce point du raisonnement de la Cour (point 9 de la déclaration).

armée", ainsi que les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité (point 138).

La Cour va rejeter le moyen sur base de deux arguments.

c1 – l'agression doit être le fait d'un autre Etat

La Cour rappelle d'abord la doctrine traditionnelle, qui implique que l'invocation de l'article 51 de la Charte stipule l'agression armée d'un autre Etat (point 139). Cette doctrine se base sur la résolution 3314(XXIX) de l'Assemblée générale et l'arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* de la Cour du 27 juin 1986³⁶.

Ce point du raisonnement de la Cour est rigoureusement attaqué par le juge Buergenthal dans sa déclaration. Selon lui, "la Charte des Nations Unies, lorsqu'elle énonce le droit naturel de légitime défense, ne subordonne pas l'exercice de ce droit à l'existence d'une agression armée par un autre Etat" (point 6 de sa déclaration). Et de citer à l'appui de son propos les résolutions 1368(2001) et 1373(2001) du Conseil de sécurité qui, "lorsqu'il a appelé la communauté internationale à lutter contre le terrorisme, a invoqué le droit de légitime défense", ainsi que la doctrine récente³⁷.

Ces critiques peuvent aisément être rencontrées. Dans l'état actuel du droit international public, il semble toujours que la légitime défense ne puisse être invoquée qu'en cas d'attaque armée par un autre Etat. C'est en effet aux Etats que la résolution 1373(2001) fait des recommandations, précisant même dans son préambule "que chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre Etat, d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes"³⁸. C'est donc à bon droit que la Cour, instance suprême d'interprétation du droit international, a dit que l'invocation de l'article 51 de la Charte impliquait une agression armée par un autre Etat. Seuls un amendement de la Charte ou l'adoption de résolutions beaucoup plus explicites par le Conseil de sécurité pourraient amener à un revirement de cette jurisprudence. On notera par ailleurs que la doctrine citée par le juge Buergenthal est américaine. Le reste de la communauté internationale est plus mitigée, la plupart des auteurs étant d'accord avec la position de la Cour³⁹, mais les juges Kooijmans et Higgins rejoignent pour leur part la position américaine⁴⁰.

c2 – le contrôle par Israël des territoires occupés

Plus curieusement, la Cour ajoute par ailleurs que le fait "qu'Israël exerce son contrôle sur le territoire palestinien occupé et que (...) la menace qu'(Israël) invoque pour justifier la construction du mur trouve son origine à l'intérieur de ce territoire et non en dehors de celui-

³⁶ Cette doctrine se base sur la résolution 3314(XXIX) de l'Assemblée générale et l'arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* de la CIJ du 27 juin 1986 C.I.J. Recueil 1986, pp. 94 et 102.

³⁷ T. FRANCK, "Terrorism and the Right of Self-Defence", *American Journal of International Law* 2001, pp. 839-840.

³⁸ Pour le texte complet de la résolution, voy. <http://www.un.org/french/docs/sc/2001/res1373f.pdf>.

³⁹ Voy. à ce sujet A. PELLET, "Non, ce n'est pas la guerre !", *Le Monde*, 21 septembre 2001, et O. CORTEN et F. DUBUISSON, "Opération "Liberté immuable": une extension abusive du concept de légitime défense, *Revue Générale de Droit International Public* 2002, pp. 51-77.

⁴⁰ Voy. le point 35 de l'opinion individuelle du juge Kooijmans et le point 33 de celle de Mme le juge Higgins.

ci" empêche Israël d'"invoker (les deux résolutions précitées du Conseil de sécurité) au soutien de sa prétention à exercer un droit de légitime défense", sans justifier plus avant son raisonnement. Le juge Buergenthal, à nouveau, insiste que même si Israël exerce le contrôle sur les territoire occupés, "le territoire à partir duquel sont menées les attaques ne fait pas à proprement parler partie d'Israël" (point 6 de la déclaration)⁴¹. Contrôle et occupation n'impliquent en effet nullement une annexion du territoire. Il est paradoxal que la Cour, qui insiste par ailleurs tellement sur le droit des Palestiniens à l'autodétermination, fasse ici comme si la fusion entre les deux territoires était un fait acquis... Cette position est critiquable. Elle est cependant défendue par le juge Kooijmans, qui y voit l'objection majeure à l'invocation par Israël du droit à la légitime défense⁴².

Malgré le fait qu'elle avance deux arguments pour repousser le moyen tenant à la légitime défense, on ne peut que s'interroger sur les raisons qui ont amené la Cour à être si lapidaire sur la question de la légitime défense. Elle tenait là une occasion rêvée de faire le point sur une problématique qui, depuis les attentats du 11 septembre et l'invasion par les Etats-Unis de deux Etats souverains, est particulièrement brûlante. Ne disposant pas d'éléments sur les attentats, leur impact sur Israël et l'implication de l'Autorité palestinienne dans leur préparation et leur financement, la Cour aurait pu *proprio motu* faire une recherche sur ces différents éléments.

La Cour aurait pu, par ailleurs, faire valoir le principe de proportionnalité, ce qu'elle ne fait curieusement jamais⁴³. Ce faisant, elle aurait probablement déclaré que la construction d'un mur portant atteinte aux droits élémentaires d'un si grand nombre de civils était un moyen disproportionné d'assurer la défense d'un Etat contre une menace dont nous ne voulons certainement pas ici sous-estimer la gravité. Un autre argument que la Cour aurait pu soulever est l'adage *nullus commodum capere potest de sua injuria propria* qu'Israël invoque pour son compte dans ses exceptions à la compétence de la Cour⁴⁴. Un Etat occupant des territoires en violation de plusieurs résolutions du Conseil de sécurité peut-il invoquer la légitime défense contre des actions en provenance de ce territoire ? C'est une polémique intéressante à laquelle la Cour aurait utilement pu ajouter son point de vue. Estimant sans doute que son avis allait faire suffisamment de bruit comme cela, la Cour est restée silencieuse sur la question.

d) l'état de nécessité

Le dernier argument invoqué par Israël est l'état de nécessité. Celui-ci, admet la Cour, est reconnu par le droit international coutumier. "(Il) ne peut (toutefois) être invoqué qu'à certaines conditions, strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies"⁴⁵. L'une de ces conditions "prévoit que le fait incriminé doit constituer "pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent"⁴⁶. Et la Cour d'ajouter laconiquement qu'"au vu du dossier, (elle) 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" (point 140). La Cour ne préconise aucun autre moyen, reconnaissant par ailleurs "qu'Israël doit faire face à des actes de violence

⁴¹ Voy. également le point 34 de l'opinion individuelle de Mme le juge Higgins.

⁴² Voy. le point 36 de l'opinion individuelle du juge Kooijmans.

⁴³ Cette abstention de la Cour est d'autant plus curieuse que c'est sur base de cet argument que la Cour suprême israélienne avait annulé le 30 juin précédent un certain nombre d'ordres d'expulsion émis par l'Etat d'Israël, et ordonné la définition d'un nouveau tracé de certains segments du mur (cf. *infra* §3).

⁴⁴ Cf. *supra*, § 2.1.2. e).

⁴⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 40, par. 51.

⁴⁶ Article 25 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'Etat.

indiscriminés, nombreux et meurtriers visant sa population civile. Il a le droit, et même le devoir, d'y répondre en vue de protéger la vie de ses citoyens. Les mesures prises n'en doivent pas moins demeurer conformes au droit international applicable" (point 141).

La Cour rejette malheureusement les moyens présentés par Israël sans analyse approfondie. Dans le cas de la légitime défense, la référence à la doctrine classique d'interprétation de l'article 51 de la Charte et au contrôle exercé par Israël sur les territoires occupés, même s'ils sont insuffisamment étayés et par là même critiquables, suffit à asseoir sa position. Par contre, les trois autres moyens sont rejetés en ayant recours, chaque fois, à la formule sibylline "au vu du dossier, la Cour n'est pas convaincue". La Cour s'appuie uniquement sur les éléments de fait dont elle dispose pour prendre ses positions. Cela préjudicie malheureusement à l'avis (par ailleurs remarquable), donnant à Israël l'argument selon lequel sa version des faits n'a pas été examinée par la Cour. Dans son opinion individuelle, le juge Owada déplore lui aussi que la Cour n'ait pas "*proprio motu* tent(é) une recherche approfondie pour déterminer la validité (des arguments d'Israël) en fait comme en droit, et présent(é) une image objective de la construction du mur dans son intégralité, sur la base de laquelle il eut été possible d'apprécier le bien-fondé de la thèse d'Israël" (point 30 de l'opinion).

On peut par ailleurs, répétons-le, regretter que la Cour n'ait pas porté davantage l'accent sur le concept de proportionnalité, comme le juge Kooijmans le fait dans son opinion individuelle: "Même si la construction du mur et le régime qui lui est associé pouvaient être justifiés comme constituant des mesures nécessaires pour protéger les droits légitimes des citoyens israéliens⁴⁷ (...), le tracé choisi pour la construction du mur et les perturbations qui en résultent pour les habitants du territoire palestinien occupé sont manifestement disproportionnées par rapport aux intérêts qu'Israël cherche à protéger, comme la Cour suprême d'Israël semble elle aussi le reconnaître dans des décisions récentes" (point 34 de l'opinion).

2.3. Les conséquences

"Etant parvenue à la conclusion que par l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé (...) Israël a violé diverses obligations internationales lui incombant (...), la Cour doit (...) pour répondre à la question posée par l'Assemblée générale, procéder à l'examen des conséquences de ces violations" (point 143 de l'avis). La Cour va distinguer les conséquences pour Israël et celles pour les autres Etats membres de l'ONU.

2.3.1. Les conséquences incombant à l'Etat d'Israël⁴⁸

La Cour va distinguer trois conséquences de l'engagement par Israël de sa responsabilité internationale.

⁴⁷ Ce qui n'implique nullement que le juge Kooijmans fasse sienne cette hypothèse.

⁴⁸ Les conséquences concernant l'Etat d'Israël (points 3B et C des conclusions de l'avis) furent adoptées à quatorze voix contre une, le juge Buergenthal votant contre.

a) l'obligation de respecter les obligations internationales auxquelles il a contrevenu

Israël est tenu "de respecter le droit à l'autodétermination du peuple palestinien et les obligations auxquelles il est tenu en vertu du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme. Par ailleurs, il doit assurer la liberté d'accès aux Lieux saints passés sous son contrôle à la suite du conflit de 1967" (point 149). Cette constatation est normale. L'Etat reconnu coupable de violations du droit international doit mettre un terme à celles-ci. Il serait cependant envisageable qu'Israël mette un terme aux violations tout en maintenant le mur. La Cour va donc aller plus loin en indiquant la manière dont le retour au *statu quo ante* doit se dérouler.

b) l'obligation de démantèlement immédiat du mur

"Israël a (...) l'obligation de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur qu'il est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. (...) la cessation (des violations reprochées à Israël) implique le démantèlement immédiat des portions de cet ouvrage situés dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. L'ensemble des actes législatifs et réglementaires adoptés en vue de son édification et de la mise en place du régime qui lui est associé doivent immédiatement être abrogés ou privés d'effet, sauf dans la mesure où de tels actes, en ayant ouvert un droit à indemnisation ou à d'autres formes de réparation au profit de la population palestinienne, demeurent pertinents (...)" (point 151). Ce ne sont pas tant les conséquences de son édification que le mur lui-même, dans la mesure où il empiète sur le territoire palestinien, qui doit être démantelé.

c) la réparation des dommages causés

"La construction du mur dans le territoire palestinien occupé ayant notamment nécessité la réquisition et la destruction d'habitations, de commerces ainsi que d'exploitations agricoles, la Cour constate (...) qu'Israël a l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées" par restitution des biens saisis ou, "au cas où une telle restitution s'avérerait matériellement impossible, (par) l'indemnisation (...)" (points 152 et 153). Le plus important est qu'Israël restitue aux personnes qui en ont été spoliées les propriétés encore existantes. Cela enrayera le processus d'acquisition illégale de territoire en cours. Ce n'est que si des biens ont été définitivement détruits à l'occasion de l'édification du mur qu'Israël pourra proposer une réparation des dommages causés par indemnisation financière.

2.3.2. Les obligations incombant aux Etats tiers⁴⁹

La Cour constate "qu'au rang des obligations internationales violées par Israël figurent des obligations *erga omnes*"⁵⁰, à savoir "l'obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination ainsi que certaines des obligations qui sont les siennes en vertu du droit

⁴⁹ Les obligations incombant aux Etats tiers (point 3D des conclusions de l'avis) furent adoptées à treize voix contre deux, les juges Kooijmans et Buergenthal votant contre.

⁵⁰ Le caractère *erga omnes* des dispositions invoquées par la Cour a cependant été mise en doute par Mme le juge Higgins (points 37 à 39 de son opinion individuelle).

international humanitaire⁵¹" (point 155). Il en résulte que "tous les Etats sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction (...). Tous les Etats parties à la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention" (point 159).

Le juge Kooijmans, pour justifier son vote négatif sur ce point, observa que "la demande telle que formulée par l'Assemblée générale ne rendait pas nécessaire pour la Cour de déterminer les obligations incombant aux Etats découlant de ses conclusions" et parce qu'il avait "du mal à concevoir ce que les Etats sont censés faire ou ne pas faire dans la pratique (...) les conclusions d'un organe judiciaire (devant) avoir une incidence directe sur le comportement de leur destinataire" (point 1 de l'opinion). On ne le lui reprochera pas.

La Cour conclut en suggérant à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité d'"examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé" (point 160 de l'avis et 3 de ses conclusions). Après avoir rappelé que "(la) construction (du mur) doit être replacée dans un contexte plus global", la Cour conclut en "appel(ant) l'attention de l'Assemblée générale, à laquelle cet avis est destiné, sur la nécessité d'encourager (la feuille de route) en vue d'aboutir le plus tôt possible, sur la base du droit international, à une solution négociée des problèmes pendants et à la constitution d'un Etat palestinien vivant côte à côte avec Israël et ses autres voisins, et d'assurer à chacun dans la région paix et sécurité" (point 162). Cet "appel lancé aux deux parties afin qu'elles agissent conformément au droit humanitaire international" n'a malheureusement pas été repris dans le dispositif de l'avis. Certains l'ont regretté⁵² au motif que cela aurait rééquilibré l'avis en rappelant à chaque partie ses responsabilités dans le conflit.

3. Conclusions

Si l'avis a, dans l'ensemble, été bien accueilli par la communauté internationale, il a été, comme il fallait s'y attendre, vilipendé par une partie de l'opinion israélienne⁵³.

La construction d'un mur est-elle illégale en soi? La réponse à cette question est négative. Tout Etat a le droit de se protéger comme il l'entend. C'est uniquement en tant qu'il empiète sur le territoire cisjordanien que le mur viole certaines des obligations internationales d'Israël. Il ne pourrait plus être considéré comme tel s'il suivait scrupuleusement la Ligne verte, même s'il rendrait particulièrement difficile la situation des centaines de milliers de Palestiniens travaillant en Israël. La Cour reconnaît par conséquent la Ligne verte comme représentant la frontière orientale de l'Etat d'Israël. Si celui-ci décidait de respecter ses obligations internationales tout en persistant dans la construction d'un mur de sécurité, cela impliquerait l'abandon à leur sort ou le démantèlement des colonies installées en Cisjordanie.

⁵¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 257, par. 79 et article 1 commun aux quatre conventions de Genève.

⁵² Opinion individuelle de Mme le juge Higgins, point 18.

⁵³ Voy. par exemple les propos de G. STEINBERG, "La CIJ n'est qu'un groupe de politiciens à 4000 km d'Israël", *Le Soir* du 10 juillet 2004.

Dans l'état actuel des choses, c'est une hypothèse qu'Israël ne semble cependant aucunement décidé à accepter.

Les conséquences pratiques de l'avis seront probablement limitées. Il n'a été rendu qu'à titre consultatif, rappelons-le. Comme il avait été demandé par l'Assemblée générale des Nations Unies, c'est elle qui pourra s'en servir comme base pour des initiatives futures.

Dans le système onusien actuel, les pouvoirs de l'Assemblée générale sont cependant extrêmement limités. Elle peut certes adopter des recommandations sur tout problème intéressant la sécurité internationale. L'Assemblée générale, composée d'une majorité de pays du Sud, a toujours été un vivier de résolutions réclamant un système international plus juste. La façon dont la question palestinienne est traitée par l'Assemblée doit être analysée dans ce contexte. La Charte des Nations Unies prévoit cependant que "Toute question (...) impliquant une action doit être renvoyée au Conseil de sécurité par l'Assemblée générale (...)(article 11 § 2 de la Charte). Celui-ci est seul compétent pour adopter des résolutions contraignantes contre un Etat, et pour autoriser, éventuellement, des actions économiques ou militaires contre un Etat ne respectant pas ses obligations internationales. Le Conseil de sécurité avait déjà été saisi, nous avons eu l'occasion de le mentionner⁵⁴, le 15 octobre 2003 d'un projet de résolution visant à condamner l'édification du mur. Ce projet s'était heurté au veto des Etats-Unis. Il est plus que probable que, dans les circonstances actuelles, une nouvelle initiative de ce type se heurterait à nouveau au veto américain. Il y a par conséquent peu de chance pour que le problème trouve une solution par le biais du système onusien. Quant à l'appel lancé par la Cour aux Etats tiers de faire respecter par Israël les obligations que le droit humanitaire impose à celui-ci, il est peu probable qu'il trouvera un écho quelconque.

L'avis n'est cependant pas totalement dénué d'importance pour la cause. Il pose un certain nombre de principes, notamment quant au statut des territoires occupés, aux frontières d'Israël et aux violations de certains droits du peuple palestinien qui pourront avantageusement être utilisés dans des négociations futures. La Cour a déjà eu l'occasion à deux reprises de rendre des avis que l'on pourrait être tenté de rapprocher de celui-ci, à savoir celui relatif à l'occupation de la Namibie par l'Afrique du Sud⁵⁵ et celui sur le Sahara occidental⁵⁶. Dans le premier cas, l'indépendance de la Namibie n'intervint que 19 ans après le rendu de l'avis. Dans le second cas, trente ans après, la situation du Sahara occidental n'est toujours pas réglée... Ces deux précédents ne devraient guère inciter à l'optimisme. Pourtant, dans le cas du conflit israélo-palestinien, des négociations sont en route. La "Feuille de route" a été entérinée par le Conseil de sécurité des Nations Unies⁵⁷. Il est probable que les négociations aboutiront un jour à la création d'un Etat palestinien. De nombreuses questions, notamment celle des frontières, du statut de Jérusalem-est et du retour des réfugiés devront cependant trouver une réponse avant cela.

La Cour suprême israélienne, de son côté, a déjà eu l'occasion de statuer à propos de plaintes déposées par des Palestiniens qui se voyaient séparés ou dépossédés de leurs terres. Dans son arrêt du 30 juin 2004⁵⁸ (donc antérieur au prononcé de l'avis), la Cour suprême a

⁵⁴ Cf. *supra*, § 2.1.1. a2.

⁵⁵ *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*, C.I.J., Recueil 1971, p. 1.

⁵⁶ *Sahara occidental*, C.I.J., Recueil 1975, p. 1.

⁵⁷ Résolution 1515 (2003).

⁵⁸ H CJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, disponible sur le site de la Cour suprême israélienne: <http://62.90.71.124/eng/verdict/framesetSrch.html>.

donné raison à plusieurs requêtes et a annulé un certain nombre de d'ordres d'expropriation émis par les autorités israéliennes. Après avoir constaté que l'érection du mur était motivé par des raisons de sécurité, et donc conforme au droit international (point 32 de l'arrêt)⁵⁹, la Cour suprême israélienne dit que le dommage causé aux habitants palestiniens de huit villages⁶⁰ n'était pas proportionné aux impératifs de sécurité, plus de 20.000 fermiers se retrouvant séparés par la clôture de leurs terres et vergers (points 60 à 85 de l'arrêt). Pour arriver à cette conclusion, la Cour suprême se basa sur le Règlement de La Haye de 1907 et la quatrième Convention de Genève. Cette référence fut l'un des arguments employés par la Cour internationale de justice pour considérer ces textes comme applicables aux territoires occupés⁶¹. La Cour suprême annula les ordres donnés par les autorités israéliennes, et les enjoignit à déterminer un tracé n'affectant pas de manière disproportionnée les droits des Palestiniens. Dans des ordonnances du 19 et 28 août 2004⁶² (donc postérieures à l'avis de la Cour internationale de justice), la Cour suprême israélienne demanda au gouvernement israélien de lui faire connaître de manière détaillée les conséquences qu'il tirait de l'avis du 9 juillet 2004. Elle ne prononça toutefois pas la suspension des travaux d'édification en cours.

Une solution partielle au problème du mur sera par conséquent peut-être trouvée par le biais des institutions judiciaires israéliennes, dont l'indépendance est impressionnante au vu des circonstances. Une solution globale ne pourra toutefois être apportée que par les négociations. Celles-ci semblent les seules à même d'apporter la paix et la sécurité dans la région.

Philippe VINCENT
Chargé de cours adjoint à la faculté de Droit de Liège

⁵⁹ Argument que la CIJ allait rejeter quelques jours plus tard.

⁶⁰ Il s'agit entre autres des villages de Beit Likia, Beit Anan, Katane et El-Kabiba.

⁶¹ Cf. *supra*, § 2.2.1. c).

⁶² Inédites (à la connaissance de l'auteur).