« Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé » : quelques réflexions préliminaires sur l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice

ROSEMARY ABI-SAAB*

Le récent avis consultatif rendu par la Cour internationale de justice sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*[1] marque une nouvelle étape dans l'examen par la Cour de différents aspects du droit humanitaire. Il s'ajoute à une série d'affaires où la Cour s'est déjà prononcée en matière de droit humanitaire, de manière plus approfondie dans certains cas que dans d'autres, notamment l'affaire du *Détroit de Corfou*[2], l'affaire des *Prisonniers pakistanais*[3], l'affaire du *Nicaragua*[4], ou encore, plus récemment l'avis consultatif de la Cour sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*[5].

Comme on le verra en détail, la Cour apporte des précisions quant au droit applicable en cas d'occupation militaire, particulièrement la quatrième Convention de Genève de 1949 et la quatrième Convention de La Haye de 1907, ainsi que des instruments des droits de l'homme. La nature des règles spécifiques applicables et des droits et obligations qui en découlent pour la puissance occupante fait également l'objet du prononcé de la Cour, tout comme l'identification des obligations non respectées par la puissance occupante dans le cas d'espèce, et les conséquences juridiques de ce non-respect pour la puissance occupante, les États tiers et les organisations internationales.

Ce sont ces considérations qui font essentiellement l'objet des pages qui suivent, où on s'efforcera de suivre le raisonnement de la Cour, et de voir dans quelle mesure son prononcé contribue à clarifier et à préciser certaines normes essentielles du droit humanitaire[6].

* L'auteur est docteur de l'Institut universitaire de hautes études internationales à Genève. Elle est l'auteur d'un ouvrage sur «*Le droit humanitaire et les conflits internes*» (Pédone, Paris, 1986).

Rappel chronologique

Le 8 décembre 2003, le Secrétaire général des Nations Unies communiquait à la Cour internationale de justice la décision de l'Assemblée générale, adoptée lors de sa dixième session extraordinaire d'urgence[7], de demander à la Cour, en vertu de l'article 65 de son Statut, de rendre d'urgence un avis consultatif sur la question suivante:

> «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, 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?»

La Cour fixait, par ordonnance, au 30 janvier 2004 la date limite pour la présentation des exposés écrits qui pouvaient être soumis sur cette question. Elle fixait de même au 23 février 2004 le début des audiences publiques, au cours desquelles des exposés oraux pouvaient être présentés, que les États et organisations autorisées aient ou non présenté des pièces écrites[8].

1 Cour internationale de Justice (CIJ), *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004 (ci-après *Avis 2004*). Cet avis et les opinions et déclarations individuelles des juges de la Cour sont disponibles sur: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/cmwp/cmwpframe.htm> (visité 26 août 2004).

2 CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, 9 avril 1949, *CIJ Rec. 1948*, p. 4.

3 CIJ, *Procès de prisonniers de guerre pakistanais (Pakistan c. Inde)*, 15 décembre 1973, *CIJ Rec. 1973*, p. 344.

4 CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-unis d'Amérique)* (ci-après *Affaire du Nicaragua*), fond, 27 juin 1986, *CIJ Rec. 1986*, p. 14.

5 CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, <http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cunan/cunanframe.htm> (visité 30 août 2004).

6 Dans cette optique, il n'y a pas lieu d'examiner ici les objections qui ont été soulevées au cours de la procédure écrite contre la compétence de la Cour et l'admissibilité de la demande en l'espèce. Voir en général les paragraphes 14 à 42 de l'*Avis 2004* où la Cour répond à ces objections.

7 Résolution ES-10/14 de l'Assemblée générale, UN Doc. A/RES/ES-10/14 (2003). Voir les paragraphes 18 et suivants de l'*Avis 2004*, où la Cour décrit les événements qui ont conduit à l'adoption de la résolution ES-10/14.Vu l'optique que nous avons choisie, nous n'examinerons pas ici les objections qui ont été soulevées et les arguments avancés quant à la prétendue irrégularité de la convocation de cette session, ni le prétendu dépassement de la compétence de l'Assemblée générale dans sa demande d'avis; objections auxquelles la Cour répond, en les réfutant, aux paragraphes 28 et 33 à 35 de l'*Avis 2004*.

8 On notera en passant les délais extrêmement brefs fixés par la Cour pour le dépôt des exposés écrits après la requête pour avis, et le début de la procédure orale. Malgré cela, 49 exposés écrits ont été déposés dans les délais, par des États membres, les Nations Unies et quelques organisations internationales autorisées par la Cour à intervenir. En ce qui concerne la Palestine, la Cour avait décidé, dans la même ordonnance du 19 décembre 2003, que, du fait que l'Assemblée générale avait accordé à la Palestine un statut spécial d'observateur, et que

Après avoir statué, à l'unanimité des quinze juges de la Cour, en faveur de sa compétence pour répondre à la demande d'avis consultatif et, par quatorze voix contre une (celle du juge Buergenthal[9]), décidé de donner suite à la demande d'avis, la Cour rendait son avis consultatif le 9 juillet 2004.

Le 20 juillet 2004, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait l'avis de la Cour, à une très importante majorité de 150 votes pour, six contre et dix abstentions[10].

Le prononcé de la Cour

Il nous paraît opportun de citer ici les points du dispositif de l'Avis, autres que ceux portant sur la compétence de la Cour et l'admissibilité de la demande, et qui répondent concrètement à la question posée par l'Assemblée générale. Tous ont été adoptés par quatorze voix contre une (celle du juge Buergenthal), à l'exception du point 3D qui a rencontré deux voix négatives (celles du juge Buergenthal et du juge Kooijmans):

«La Cour (...) 3) *Répond* de la manière suivante à la question posée par l'Assemblée générale:

A. 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. 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

celle-ci était co-auteur du projet de résolution portant requête d'avis consultatif, la Palestine pouvait également soumettre un exposé écrit et participer à la procédure orale (*Avis 2004*, par. 4 et 5). Par ailleurs, la Ligue des États arabes et la Conférence islamique, en réponse à leur demande, étaient également autorisées par la suite à présenter des exposés écrits et à participer à la procédure orale (*ibid.* par. 6). Quinze États ou organisations ont participé à la procédure orale. Pour sa part, Israël, qui avait présenté un volumineux exposé écrit, a choisi de ne pas participer à la procédure orale.

9 Dans une déclaration jointe à l'Avis de la Cour, le juge Buergenthal, qui avait voté en faveur de la compétence de la Cour, estime que celle-ci aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de rendre un avis. Toutefois, il explique clairement que si ce vote négatif l'a conduit à voter également négativement sur tous les autres points substantiels du dispositif, cela ne veut pas dire que la construction du mur par Israël ne soulève pas de sérieux problèmes en droit international: «My negative votes with regard to the remaining items of the dispositif should not be seen as reflecting my view that the construction of the wall by Israel on the Occupied Palestinian territory does not raise serious questions as a matter of international law. I believe it does...» (Déclaration du juge Buergenthal, par. 1).

10 A/RES/ES-10/15. Les six voix contre sont: Israël, États-Unis d'Amérique, Australie, Micronésie, Îles Marshall et Palaos. Les dix abstentions: Cameroun, Canada, El Salvador, Nauru, Ouganda, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Îles Salomon, Tonga, Uruguay, Vanuatu.

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. 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. Tous les États 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 États 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. 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.»

Quelques clarifications préliminaires

La Cour apporte tout d'abord une précision terminologique, étant donné les objections formulées à l'égard de l'emploi du terme «mur» dans le titre de l'Avis. Elle précise qu'elle a simplement utilisé le même terme que celui employé par l'Assemblée générale dans sa requête:

> «(...) le «mur» en question est un ouvrage complexe, de sorte que ce terme ne peut être entendu dans son sens physique strict. Toutefois, les autres termes utilisés par Israël («clôture») ou par le secrétaire général («barrière»), pris dans leur acception physique, ne sont pas plus exacts. De ce fait, dans le présent avis, la Cour a choisi d'user de la terminologie employée par l'Assemblée générale.»[11]

11 *Avis 2004*, par. 67. L'utilisation du terme «mur» par la Cour a été vivement critiquée par Israël dans son exposé écrit, comme reflétant une position qui manque d'objectivité. Voir *Written Statement of the*

La Cour note que la requête de l'Assemblée générale porte sur les « conséquences juridiques de l'édification du mur *dans le territoire palestinien occupé y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est* » (c'est nous qui soulignons). En conséquence, « la Cour ne considère pas qu'elle a à examiner les conséquences juridiques de la construction des parties du mur sur le territoire même d'Israël »[12].

C'est donc bien le parcours du mur à l'intérieur du territoire palestinien occupé, et le type de construction – impliquant la confiscation de terrains, la destruction d'habitations, ainsi que le régime d'opération qui lui est associé[13] – qui pose problème[14].

Pour préciser les conséquences juridiques de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé, la Cour va devoir d'abord déterminer si celle-ci et le régime qui lui est associé sont ou non contraires au droit international: « Elle procédera donc à cette détermination avant de traiter des conséquences juridiques de la construction. »[15]

Government of Israel, par. 2.6 à 2.8: « Given the intentionally pejorative use of the term 'wall', and the ready availability of the neutral term 'barrier' used in the Secretary-General's report, Israel (...) objected to the Court's adoption of the term 'wall' in the formulation of the name of the case », *ibid.*, par. 2.8.

12 *Avis 2004*, par. 67. On relèvera toutefois que la quasi-totalité du mur déjà construite ou à construire se trouve en territoire palestinien occupé, et suit un parcours qui répond de toute évidence à des considérations autres que purement sécuritaires. Pour le tracé tel qu'il est connu aujourd'hui, voir notamment le Rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/13, de l'Assemblée générale, 24 novembre 2003 (UN Doc. A/ES-10/248); le Rapport du rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, John Dugard, sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967, 8 septembre 2003, UN Doc. E/CN.4/20004/6; les cartes détaillées annexées au Rapport écrit de la Palestine. On relèvera aussi l'utilisation, dans la demande d'avis de l'Assemblée générale, des termes « territoire palestinien occupé » ; la Cour a suivi cette terminologie dans son avis. Dans son exposé écrit, par. 2.9, Israël critique l'utilisation de cette terminologie, qui impliquerait l'existence de lignes de démarcation devenues frontières d'un futur État palestinien: « The underlying assumption appears to be that the so-called 'Green Line' or Armistice Demarcation Line (...) is the presumptive and immutable border of a putative Palestinian state ». Israël conteste ici des frontières qui n'ont pas encore été fixées, non pas le fait que le territoire en question soit un « territoire occupé », ce qu'Israël a toujours contesté jusqu'ici.

13 Sur le régime associé à la construction du mur, voir *Avis 2004*, par. 85: « Il convient (...) de relever que la construction du mur s'est accompagnée de la mise sur pied d'un régime administratif nouveau. Les forces de défenses israéliennes ont en effet édicté en octobre 2003 des ordonnances établissant comme « zone fermée » la partie de la Cisjordanie qui se trouve entre la Ligne verte et le mur. » (*Ibid.*).

14 Dans un communiqué de presse du 18 février 2004 (N° 04/12), soit cinq jours avant le début des plaidoiries orales, le CICR adoptait une position très claire à l'égard de la construction de « la barrière », particulièrement ses conséquences humanitaires pour la population palestinienne, et affirmait que cette construction est contraire au droit international: « Le CICR estime que la barrière en Cisjordanie est contraire au droit international humanitaire, dans la mesure où son tracé s'écarte de la 'Ligne verte' et empiète sur les territoires occupés... Le CICR demande donc instamment à Israël de ne pas planifier, construire ou maintenir cette barrière en territoire occupé ».

15 *Avis 2004*, par. 68.

Le droit applicable

Afin de répondre au fond à la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale, à savoir quelles sont les conséquences juridiques de la construction d'un mur dans le territoire palestinien occupé, la Cour s'arrête tout d'abord à la détermination des « règles et principes de droit international qui sont pertinents pour l'appréciation de la licéité des mesures prises par Israël ». Elle identifie trois sources de droit applicable en l'espèce: (i) le droit international général et en particulier certains principes fondamentaux des Nations Unies; (ii) le droit humanitaire; (iii) les droits de l'homme.

Le droit de la Charte

C'est dans la Charte et dans les résolutions adoptées en vertu de la Charte par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, et dans le droit international coutumier, que la Cour identifie les « règles et principes » du droit international général applicables en l'espèce. La Cour dégage essentiellement deux principes:

- *L'interdiction de recourir à la menace ou à l'emploi de la force*, « soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies » (art. 2.4), et son corollaire, qui est l'illicéité de toute acquisition de territoire résultant de la menace ou de l'emploi de la force, principe affirmé notamment dans la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale[16]. La Cour rappelle que dans l'affaire du *Nicaragua*[17], elle avait affirmé le caractère de droit coutumier de ces principes: « Les principes énoncés dans la Charte au sujet de l'usage de la force reflètent le droit international coutumier; cela vaut également pour ce qui en est le corollaire, l'illicéité de toute acquisition de territoire résultant de la menace ou de l'emploi de la force. »[18]
- Le deuxième principe identifié par la Cour est celui du *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* (autrement dit, le droit à l'autodétermination), principe consacré par la Charte et réaffirmé par la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale: « Tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait de leur droit à l'autodétermination (...) les peuples mentionnés [dans ladite résolution]. » La Cour rappelle que ce principe est réaffirmé également à l'article premier commun aux deux Pactes des droits de l'homme: « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes »,

16 Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre États, 24 octobre 1970, UN Doc. A/2625 (XXV).

17 *Affaire du Nicaragua*, *op. cit.* (note 4), pp. 98 à 101.

18 *Avis 2004*, par. 87.

article qui précise de plus que: «Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit...».
Dans ce même contexte du droit à l'autodétermination, la Cour rappelle qu'une première fois, en 1971, dans l'Avis consultatif sur le *Sud-Ouest africain*[19], elle a souligné que «l'évolution du droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires»[20]. Elle rappelle également qu'elle s'est référée à ce principe à plusieurs reprises dans sa jurisprudence ultérieure[21]. La Cour a de plus précisé qu'«aujourd'hui le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable *erga omnes*»[22].

Le droit humanitaire

La détermination préalable du statut actuel du territoire en cause est particulièrement importante au regard de l'applicabilité des règles et principes de droit humanitaire. La Cour rappelle tout d'abord l'article 42 du Règlement de La Haye, selon lequel: «Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer.»

Au cours du conflit de 1967, qui a opposé, notamment, Israël à l'Égypte et à la Jordanie, les forces armées israéliennes ont occupé l'ensemble de ce qui restait des territoires qui avaient constitué la Palestine sous mandat britannique. Ainsi que l'affirme la Cour, il s'agit bien de «territoires occupés dans lesquels Israël avait la qualité de puissance occupante (...). L'ensemble de ces territoires (y compris Jérusalem-Est) demeurent des territoires occupés et Israël y a conservé la qualité de puissance occupante»[23].

19 CIJ, *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*, Avis consultatif, 21 juin 1971, *CIJ Rec. 1971*, par. 52 et 53.

20 *Avis 2004*, par. 88.

21 Voir CIJ, *Sahara occidental*, Avis consultatif, 16 octobre 1975, *CIJ Rec. 1975*, par. 162.

22 CIJ, *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, Arrêt, 30 juin 1995, *CIJ Rec. 1995*, par. 29.

23 *Avis 2004*, par. 78. Israël a toujours contesté le caractère de territoires «occupés», ces territoires n'ayant pas appartenu, selon Israël, à la Jordanie et à l'Égypte avant 1967. Suivant ce raisonnement, Israël a ainsi toujours refusé l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève à ces territoires; il s'agirait de territoires «administrés» par Israël. Pour les conditions d'applicabilité de la IVe Convention au territoire palestinien occupé et la position d'Israël sur point, voir ci-dessous. Pour le statut du territoire en général, voir *ibid.*, par. 70 et suivants.

La Cour estime tout d'abord que, bien qu'Israël ne soit pas partie à la quatrième Convention de La Haye de 1907 à laquelle est annexé le Règlement, les dispositions de ce dernier ont acquis un caractère coutumier, ainsi qu'en a jugé le Tribunal militaire international de Nuremberg: les « règles définies dans la convention étaient reconnues par toutes les nations civilisées et étaient considérées comme une formulation des lois et coutumes de la guerre »[24]. La Cour rappelle que, dans sa jurisprudence, elle a abouti à la même conclusion en ce qui concerne les droits et devoirs des belligérants dans la conduite des opérations militaires[25].

De plus, la Cour rappelle les relations de la quatrième Convention de Genève avec les Conventions de La Haye. En effet, l'article 154 de la quatrième Convention de Genève précise que, dans les rapports entre les parties liées par la quatrième Convention de La Haye et les parties à la quatrième Convention de Genève, celle-ci complète les sections II et III du Règlement annexé aux Conventions de La Haye, la section III concernant « l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi ».

En ce qui concerne l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève, la Cour n'ignore pas les positions divergentes exprimées au cours de la procédure, notamment celle d'Israël, qui conteste l'applicabilité *de jure* de cette Convention au territoire palestinien occupé, tout en ayant affirmé à plusieurs reprises qu'il en mettait en œuvre les « dispositions humanitaires ».

La thèse israélienne est fondée sur l'interprétation qu'Israël fait de l'article 2, commun aux quatre Conventions de Genève, qui détermine leur champ d'application, et plus particulièrement du paragraphe 2 de cet article qui précise: « 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. »

Israël ne considère pas que cette Convention soit applicable au territoire palestinien occupé, dans la mesure où « le territoire n'était pas reconnu comme souverain avant son annexion par la Jordanie et l'Égypte et où, en conséquence, il ne s'agit pas d'un territoire d'une Haute Partie contractante au regard de la Convention »[26].

24 Jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg du 30 septembre et 1er octobre 1946, p. 65. Cité dans l'*Avis 2004*, par. 89.

25 CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op.cit.* (note 5), par. 75.

26 Voir par. 3 de l'annexe I au Rapport du Secrétaire général, intitulé « Résumé de la position juridique du Gouvernement israélien », auquel la Cour se réfère, *Avis 2004*, par. 90.

En réponse à cette prise de position, la Cour relève en revanche (ainsi, d'ailleurs, que la majorité des participants à la procédure) le premier paragraphe du même article 2: «(...) la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles.»

Autrement dit, la quatrième Convention de Genève est applicable «dès lors que deux conditions sont remplies: l'existence d'un conflit armé (que l'état de guerre ait ou non été reconnu); la survenance de ce conflit entre deux parties contractantes»[27]. Pour la Cour, le deuxième paragraphe de l'article 2, sur lequel Israël fonde sa position, n'est pas une restriction au champ d'application de la Convention fixé par le premier paragraphe de cet article. «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.»[28] La Cour précise à ce propos que cette interprétation reflète l'intention des auteurs de la quatrième Convention. On peut relever à cet égard le *Commentaire* publié par le CICR sur la quatrième Convention de Genève[29], qui précise le sens que les auteurs de la Convention ont voulu donner au deuxième paragraphe de l'article 2: «On a voulu combler une lacune que laissait subsister le premier alinéa.»[30] Cet alinéa ne vise pas les cas d'occupation intervenant au cours des hostilités, où la Convention entre en vigueur dès le début des hostilités, et qui sont visés par le premier alinéa de cet article. Le deuxième alinéa concerne les cas où l'occupation se fait sans déclaration de guerre et sans hostilités[31].

La Cour relève encore que cette même interprétation a également été suivie par le CICR, qui, dans une déclaration du 5 décembre 2001[32], a précisé qu'il «a toujours affirmé l'applicabilité *de jure* de la quatrième Convention de Genève aux territoires occupés depuis 1967 par l'État d'Israël, y compris Jérusalem-Est». Elle rappelle également les positions prises par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité dans diverses résolutions[33].

27 Voir *Avis 2004*, par. 95.

28 *Ibid.*, par. 95.

29 La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV), Commentaire, Genève, CICR, 1956, Vol. IV (Ci-après *Commentaire*).

30 *Ibid.*, p. 27.

31 Voir *ibid.*

32 Conférence de Hautes Parties contractantes à la quatrième Convention de Genève, 5 décembre 2001, Déclaration du Comité international de la Croix-Rouge, par. 2.

33 Voir les références à certaines de ces résolutions les plus importantes, *Avis 2004*, par. 98 et 99.

La Cour rappelle encore que les États parties à la quatrième Convention de Genève, ont également retenu cette interprétation dans une Déclaration adoptée à l'issue de leur Conférence tenue le 15 juillet 1999, où ils «ont réaffirmé que la quatrième Convention de Genève était applicable au territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est.»[34]

Enfin, la Cour cite l'arrêt de la Cour suprême d'Israël, du 30 mai 2004, qui a jugé que: «(...) les opérations militaires des forces de défense israéliennes à Rafah, dans la mesure où elles affectent des civils, sont régies par la quatrième Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 (...) et par la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949.»[35]
En conclusion, la Cour estime que:
«(...) la quatrième Convention de Genève est applicable dans tout le territoire occupé en cas de conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs parties contractantes. Israël et la Jordanie étaient parties à cette Convention lorsque 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*.»[36] (c'est nous qui soulignons)

Après avoir affirmé l'applicabilité de la quatrième Convention au territoire palestinien occupé, la Cour ne traite que brièvement le problème important de la fin de l'application de la Convention[37]. L'article 6 de la quatrième Convention (début et fin de l'application) précise en effet à son alinéa 3, que: «En territoire occupé, l'application de la présente Convention cessera un an après la fin générale des opérations militaires.» La Cour, en identifiant les dispositions spécifiques des instruments applicables dans le cas d'espèce, dit que la IV[e] Convention distingue «entre les dispositions applicables lors des opérations militaires ayant trait à l'occupation et celles qui demeurent applicables pendant toute la durée de l'occupation»[38]. Sans aller plus avant, elle se

34 Cité *ibid.*, par. 96.

35 Cité dans *Avis 2004*, par. 100.

36 *Ibid.*, par. 101.

37 On relèvera que la quatrième Convention est la seule des quatre Conventions de Genève qui contienne des dispositions spécifiques visant la fin générale de son application. Voir *Commentaire*, *op. cit.* (note 29), pp. 63 et ss. (Commentaire sur l'article 6).

38 *Avis 2004*, par. 125.

borne à s'en remettre à la suite de cet alinéa, qui précise que: «(...) néanmoins, la Puissance occupante sera liée pour la durée de l'occupation – pour autant que cette Puissance exerce les fonctions de gouvernement dans le territoire en question – par les dispositions des articles suivants de la présente Convention: 1 à 12, 27, 29 à 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 à 77 et 143.»[39]

Ces articles recouvrent essentiellement les dispositions générales (art. 1 à 12); le traitement humain à l'égard des personnes protégées, prévu à l'article 27; les interdictions de certains actes de contrainte, torture, pillage, etc., prévues aux articles 29 à 34; l'intangibilité des droits des personnes protégées (art. 47); l'interdiction de déportation de personnes protégées (art. 49); l'interdiction de la destruction de biens mobiliers ou immobiliers (art. 53); la distribution de secours (art. 59 à 63); la législation pénale et la procédure pénale (art. 64 à 75); le traitement des détenus (art. 76 à 77); les dispositions relatives au contrôle d'application de la Convention par la Puissance protectrice (art. 143). En d'autres termes, seules les dispositions qui ont trait directement aux opérations militaires, cesseront de s'appliquer au terme d'un an[40].

On relèvera ici que l'article 3 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949 (intitulé «Début et fin de l'application») va bien dans ce même sens à son alinéa b), tout en le formulant différemment de l'article 6 de la quatrième Convention: «(...) l'application des Conventions et du présent Protocole cesse, sur le territoire des Parties au conflit, à la fin générale des opérations militaires et, dans le cas des territoires occupés, à la fin de l'occupation...».

En abandonnant ainsi le langage de l'article 6 de la quatrième Convention, cet article du Protocole retourne à un texte qui avait d'ailleurs été adopté par la Conférence préparatoire de Stockholm, mais rejeté par la Conférence diplomatique de 1949[41], pour accommoder les circonstances particulières issues de la Seconde Guerre mondiale. Mais, comme le remarque le Commentaire du CICR sur les Protocoles additionnels à propos du retour à cette solution dans l'article 3, «(...) le progrès est manifeste et rend sans objet, à l'avenir, toute dispute sur le moment exact de la fin générale des opérations militaires»[42].

39 Voir *ibid.*

40 Voir CICR, *Commentaire*, *op. cit.* (note 29), p. 70 (commentaire du paragraphe 3 de l'article 6).

41 Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmerman (eds.), *Commentaire des Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949*, CICR, Genève, 1986, p. 68 (commentaire de l'article 3 du Protocole I).

42 *Ibid.*

Il peut paraître surprenant, dans ce contexte, que la Cour n'ait pas porté son attention spécifiquement sur les problèmes qui découlent, pour le territoire occupé et les personnes civiles, d'une occupation prolongée[43].

Les droits de l'homme

L'applicabilité dans le territoire palestinien occupé des conventions internationales relatives aux droits de l'homme auxquelles Israël est partie est également contestée par ce dernier, qui 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 »[44].

La Cour, pour déterminer si les instruments des droits de l'homme sont applicables en territoire palestinien occupé, est amenée à s'interroger sur deux aspects de la question: les rapports entre le droit humanitaire et les droits de l'homme d'une part, et, d'autre part, l'applicabilité des instruments relatifs aux droits de l'homme hors du territoire national.

- Les rapports entre le droit humanitaire et les droits de l'homme

La Cour rappelle tout d'abord qu'elle s'est déjà prononcée clairement sur cette question dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, où certains avaient soutenu, lors de la procédure, que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques « vise la protection des droits de l'homme en temps de paix, alors que les questions relatives à la privation illicite de la vie au cours d'hostilités sont régies par le droit international applicable dans les conflits armés »[45].

La Cour a écarté cette prise de position en déclarant que:

> « (...) la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du Pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger

43 Voir à ce sujet l'étude d' Adam Roberts, « Prolonged military occupation. The Israeli-Occupied territories since 1967 », *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1999, pp. 44 et ss.; également, du même auteur, « What is occupation? », *British Yearbook of International Law*, Vol 55, 1985, pp. 249 à 305. Voir également en général l'étude approfondie d'Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993, particulièrement pp. 107 à 149, 181 à 189 et 209 à 212.

44 Voir l'Annexe I au Rapport du Secrétaire général, citée dans *Avis 2004*, par. 103.

45 CIJ, *Licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.* (note 5), par. 24; cité dans *Avis 2004*, par. 105.

public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. (...) En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant les hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés... qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie.»[46]

Ainsi, de manière générale, la Cour affirme 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 du type de celle figurant à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques»[47]. Pour répondre à la question qui lui est posée, «(...) la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire»[48].

La Cour met ainsi bien en évidence l'application en toutes circonstances des droits de l'homme, et leur application conjointe et complémentaire au droit humanitaire dans les situations de conflit armé.

- Application des instruments des droits de l'homme hors du territoire national

Le champ d'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est fixé par son article 2, paragraphe 1: «Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune...».

Pour la Cour, l'interprétation à donner à cette disposition peut vouloir dire que le champ d'application du Pacte s'étend à la fois aux individus se trouvant «sur le territoire d'un État et ceux se trouvant hors de ce territoire, mais relevant de la compétence de cet État»[49]. En effet, la Cour note que la compétence des États est avant tout territoriale, mais qu'elle s'exerce aussi parfois hors du territoire national. «Compte tenu de l'objet et du but du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait natu-

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*, par. 106.

48 *Ibid.* Pour la relation entre le droit humanitaire et les droits de l'homme dans les conflits internes, voir en général, Rosemary Abi-Saab, «Human rights and humanitarian law in internal conflicts», in: Daniel Warner (éd.) *Human Rights and Humanitarian Law. The Quest for Universality*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, pp. 107 à 123.

49 *Avis 2004*, par. 108.

rel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au Pacte soient tenus d'en respecter les dispositions »[50]. Selon la Cour, les travaux préparatoires et la pratique constante du Comité des droits de l'homme vont dans ce sens[51]. Elle relève cependant la position d'Israël, qui, dans son rapport au Comité des droits de l'homme, estime que « le pacte et les instruments de même nature ne s'appliquent pas directement à la situation (...) dans les territoires occupés »[52].

Dans ses conclusions sur cette question, la Cour « estime que le pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable aux actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire »[53].

La Cour arrive à la même conclusion en ce qui concerne le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui ne comporte aucune disposition relative à son champ d'application: « (...) on ne saurait exclure qu'il s'applique à la fois aux territoires placés sous la souveraineté d'un État partie et ceux sur lesquels un tel État exerce une juridiction territoriale. »[54] La Cour mentionne à cet effet l'article 14 du Pacte qui prévoit des mesures transitoires: « Tout État partie au présent Pacte qui, au moment où il devient partie, n'a pas encore pu assurer dans sa métropole ou dans les territoires placés sous sa juridiction le caractère obligatoire et la gratuité de l'enseignement primaire... ».

Israël pour sa part, qui n'accepte pas l'applicabilité des instruments des droits de l'homme dans des situations de conflit armé, refuse l'applicabilité du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dans le territoire palestinien occupé; thèse à laquelle la Cour dit ne pas pouvoir souscrire:

> « (...) les territoires occupés par Israël sont soumis depuis plus de trente-sept ans à la juridiction territoriale d'Israël en tant que puissance occupante. Dans l'exercice des compétences dont il dispose à ce titre, Israël est

50 *Ibid.*, par. 109.

51 La Cour indique qu'en ce qui concerne l'interprétation à donner à l'article 2, l'examen des travaux préparatoires du Pacte montre qu'« en adoptant la rédaction qu'ils ont retenue, les auteurs du Pacte n'ont pas entendu faire échapper les États aux obligations qui sont les leurs lorsqu'ils exercent leur compétence hors du territoire national. Ils ont seulement voulu éviter que des personnes résidant à l'étranger puissent se prévaloir envers leur État d'origine de droits ne relevant pas de la compétence de ce dernier, mais de celle de leur État de résidence ». *Ibid.*

52 *Ibid.*, par. 110.

53 *Ibid.*, par. 111.

54 *Ibid.*, par. 112.

tenu par les dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. En outre, il est tenu de ne pas faire obstacle à l'exercice de tels droits dans les domaines où la compétence a été transférée à des autorités palestiniennes.»[55]

On relèvera ici, avec la Cour, que le Comité des droits de l'homme a affirmé à deux reprises, en 1998[56] puis en 2003[57], lors de l'examen des rapports périodiques d'Israël, premièrement que «l'applicabilité des règles du droit international humanitaire ne fait pas obstacle en soi à l'application du Pacte...»[58]; et deuxièmement, que:

«(...) l'applicabilité des règles du droit international humanitaire ne fait pas obstacle non plus à la responsabilité que doivent assumer les États parties, en vertu du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, pour les actes accomplis par leurs autorités hors de leur propre territoire, y compris dans les territoires occupés. En conséquence... dans les circonstances actuelles, les dispositions du Pacte s'appliquent au profit de la population des territoires occupés...»[59]

Quant à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, la Cour relève son article 2 qui stipule que «[l]es États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la (...) Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction...». De l'avis de la Cour, et pour les mêmes raisons que celles indiquées précédemment, cette Convention est donc également applicable dans le territoire palestinien occupé.

La construction du mur et les violations du droit applicable

Après avoir déterminé, de manière générale, les règles et principes de droit international applicables, en particulier les règles de droit humanitaire, la Cour examine si la construction du mur porte atteinte spécifiquement à ces règles et principes.

55 *Ibid.*

56 Observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël, 18 août 1998, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 93, par. 10.

57 Observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël, Examen des rapports soumis par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte. Deuxième rapport périodique d'Israël, 21 août 2003, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, par. 11.

58 *Ibid.* Voir également les Observations finales du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels: Israël, 23 mai 2003, UN Doc. E/C.12/1/Add. 90, par. 15 et 31, qui adopte la même position.

59 *Ibid.*

Il est souvent difficile, dans cette partie de l'avis, de suivre le raisonnement de la Cour, car celle-ci se réfère davantage aux règles applicables qu'aux violations spécifiques de ces règles par la construction du mur et les autres mesures prises par la puissance occupante.

• Les problèmes relevés par la Cour découlent essentiellement du tracé retenu pour la construction du mur « qui consacre sur le terrain les mesures illégales prises par Israël (...) en ce qui concerne Jérusalem et les colonies de peuplement »[60]. La Cour constate en effet que le tracé sinueux suivi par la construction du mur « a été fixé de manière à inclure dans la zone [fermée] la plus grande partie des colonies de peuplement installées par Israël dans le territoire palestinien occupé (y compris Jérusalem-Est) »[61], ces colonies ayant été établies « contrairement aux prescriptions du sixième alinéa de l'article 49 »[62] (c'est nous qui soulignons). Cet alinéa prévoit que « [l]a Puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa population civile dans le territoire occupé par elle ».

La Cour relève d'ailleurs que la construction du mur selon le tracé choisi risque de modifier la composition démographique du territoire palestinien occupé, dans la mesure où elle suscite le départ de populations palestiniennes de certaines zones[63].

• La Cour remarque de plus que la construction du mur a entraîné des destructions et réquisitions de propriétés contraires aux articles 46 et 52 du Règlement de La Haye et à l'article 53 de la quatrième Convention de Genève. L'article 46 du Règlement de La Haye prévoit en effet que la propriété privée doit être respectée et ne peut être confisquée; l'article 52 autorise cependant des réquisitions dans certaines limites seulement. L'article 53 de la quatrième Convention de Genève stipule pour sa part que: « Il est interdit à la Puissance occupante de

60 *Ibid.*, par. 122.

61 *Ibid.*, par. 119. Au paragraphe 85 de son Avis, la Cour définit la « zone fermée »: « (...) la construction du mur s'est accompagnée de la mise sur pied d'un régime administratif nouveau. Les forces de défense israéliennes ont en effet édicté en octobre 2003 des ordonnances établissant comme 'zone fermée' la partie de la Cisjordanie qui se trouve entre la Ligne verte et le mur. (...) Les résidents de cette zone ne peuvent désormais y demeurer et les non-résidents y accéder, que s'ils sont porteurs d'un permis ou d'une carte d'identité délivrés par les autorités israéliennes (...) L'entrée et la sortie de la zone fermée ne peuvent être opérées que par des portes d'accès qui sont ouvertes peu fréquemment et pour de courtes durées ».

62 *Ibid.*, par. 120. Voir la Déclaration du juge Buergenthal (par. 9) en ce qui concerne le paragraphe 6 de l'article 49, relatif au transfert de populations civiles de la puissance occupante dans le territoire occupé: « I agree that this provision applies to the Israeli settlements in the West Bank and that their existence violates Article 49, paragraph 6. It follows that the segments of the wall being built by Israel to protect the settlements are *ipso facto* in violation of international humanitarian law ».

63 *Avis 2004*, par. 122.

détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'État ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales ou coopératives, sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires. »

• Ainsi que le confirme la Cour, la construction du mur et le régime qui lui est associé, avec la constitution d'enclaves, ont apporté des restrictions importantes à la liberté de circulation des habitants du territoire occupé (à l'exception des ressortissants israéliens ou assimilés), liberté de circulation garantie par le premier alinéa de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques: « Quiconque se trouve sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. » La Cour observe également que la construction du mur entrave la liberté d'accès aux lieux saints chrétiens, juifs et musulmans[64].

• La construction du mur et le régime qui lui est associé entravent également l'exercice par les résidents palestiniens de leur droit au travail, à la santé et à l'éducation, dont les garanties sont prévues par le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, à ses articles 6 et 7 (droit au travail); 10 (protection et assistance à la famille et aux enfants); 11 (droit à un niveau de vie suffisant); 12 (droit à la santé); 13 et 14 (droit à l'éducation).

La Cour relève encore que la Convention relative aux droits de l'enfant contient des dispositions semblables à ses articles 16, 24, 27 et 28. Cette Convention est applicable au territoire palestinien occupé, de par son article 2 qui stipule que « [l]es États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la (...) Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction... ».

En traitant du droit applicable, la Cour mentionne ainsi un grand nombre d'articles qu'elle juge pertinents en l'espèce. Cependant, lorsqu'elle en vient aux violations, elle ne s'arrête spécifiquement qu'à celles qui ont trait à quelques-uns des articles, qu'elle considère les plus importants dans le contexte particulier de la construction du mur et du droit de l'occupation en général[65].

64 Voir le rappel historique du régime des lieux saints, *Avis 2004.*, par. 129.

65 Voir l'opinion individuelle du juge Higgins (par. 24): «...it should not escape attention that the Court has in the event found violations only of Article 49 of the Fourth Geneva Convention..., and of Articles 46 and 52 of the Hague Regulations and Article 53 of the Fourth Geneva Convention.... I agree with these findings». Voir également l'opinion individuelle du juge Kooijmans (par. 29): «I share the Court's view... that Israel by *constructing the wall and establishing the associated régime has breached its obligation under certain provisions* of [the applicable international instruments] (...) I regret that the summary of the Court's findings (...) does not contain a list of treaty provisions which have been breached».

• Au-delà des dispositions de droit humanitaire et des droits de l'homme auxquelles la construction du mur et le régime qui lui est associé ont porté atteinte, la Cour rappelle la règle coutumière de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la guerre. Malgré les affirmations d'Israël concernant le caractère temporaire de la construction du mur et son édification pour des raisons purement sécuritaires, la Cour dit qu'elle « ne saurait 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 la crainte qu'Israël pourrait intégrer les colonies de peuplement et les voies de circulation les desservant »[66]. Elle 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* »[67].

• La construction du mur et son tracé conduisant à une amputation du territoire palestinien et à des « modifications dans [sa] composition démographique », « s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse [selon la Cour] 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 »[68].

Les justifications possibles de la construction du mur

La Cour remarque que certaines dispositions du droit humanitaire permettent de tenir compte des impératifs militaires dans certaines circonstances. Ainsi le deuxième alinéa de l'article 49 de la quatrième Convention de Genève prévoit une réserve à l'interdiction des transferts forcés de populations: « (...) la Puissance occupante pourra procéder à l'évacuation totale ou partielle d'une région occupée déterminée, si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent. »

66 *Avis 2004*, par. 121.

67 *Ibid.* Voir également l'opinion individuelle du juge Kooijmans (par. 30): *« I... share the Court's concern that the construction of the wall creates a fait accompli »*.

68 *Avis 2004*, par. 122. Voir également l'opinion individuelle du juge Higgins (par. 30), qui n'est pas d'avis que la construction du mur est une entrave sérieuse à l'autodétermination du peuple palestinien: « (...) it seems to me quite detached from reality for the Court to find that it is the wall that presents a 'serious impediment' to the exercise of [the right to self-determination] ». Voir dans le même sens l'opinion individuelle du juge Kooijmans (par. 31, on self-determination).

On notera toutefois que l'article parle ici d'« évacuation » et non de déportation ou de transfert forcé de population, l'évacuation étant par nature une mesure provisoire, prise dans l'intérêt même des populations, et entourée d'une série de garanties prévues au même article[69]. Mais, ainsi que le relève la Cour, cette réserve ne couvre pas le dernier alinéa de l'article 49, qui interdit la déportation ou le transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle.

De même, l'article 53 relatif à l'interdiction de la destruction des biens mobiliers ou immobiliers, prévoit également une réserve: « Sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires. »

La Cour dit cependant ne pas être 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 »[70]. Elle n'est pas davantage convaincue que « la poursuite des objectifs de sécurité avancés par Israël nécessitait l'adoption du tracé choisi pour le mur »[71], ni que la construction du mur, selon le tracé retenu, était le seul moyen de protéger les intérêts d'Israël contre les menaces dont il se disait victime. Elle en conclut que les mesures prises par Israël ne sauraient être justifiées par la nécessité militaire ni par des considérations de sécurité nationale.

• On peut être surpris de voir que la Cour n'examine pas plus directement la construction du mur sous l'angle du principe de proportionnalité entre les effets escomptés de la mesure (à savoir, la prévention des attaques provenant du territoire palestinien) et les dommages infligés à la population civile, principe largement admis en droit humanitaire. C'est dans le contexte de l'entrave à la liberté de circulation, garantie par l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qu'on trouve une brève mention du principe de proportionnalité, où la Cour se borne à se référer à ce principe tel qu'adopté par le Comité des droits de l'homme, pour qui les restrictions envisagées « doivent constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché »[72], et elle estime que « ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce »[73]. La Cour

69 Voir à ce propos CICR, Commentaire, *op. cit.* (note 29), p. 302.

70 *Avis 2004*, par. 135.

71 *Ibid.*, par. 137.

72 *Ibid.*, par. 135.

73 *Ibid.*

conclut, cependant, que les mesures prises par Israël ne sauraient être justifiées par la nécessité militaire ni par des considérations de sécurité nationale.

Le juge Kooijmans, dans son opinion individuelle, et le juge Buergenthal, dans sa déclaration, soulignent tous deux que si la Cour avait examiné le problème de la construction du mur sous l'angle de la proportionnalité, elle aurait été amenée à conclure que cette construction ne passait pas ce test[74].

• La Cour remarque qu'Israël s'est prévalu, pour la construction du mur, de son droit inhérent de légitime défense. En citant le texte de l'article 51 de la Charte, la Cour en conclut rapidement que cet article « reconnaît ainsi un droit de légitime défense en cas d'agression armée par un État contre un autre État »[75], et que l'article 51 de la Charte est sans pertinence dans le cas particulier, étant donné que la menace invoquée par Israël pour justifier l'exercice de son droit de légitime défense a son origine à l'intérieur du territoire sur lequel Israël exerce son contrôle, et non en dehors de ce territoire[76].

74 Voir l'opinion individuelle du juge Kooijmans (par. 34): «(...) the construction of the wall should also have been put to the proportionality test (...) it is of decisive importance that, even if the construction of the wall and its associated régime could be justified as measures necessary to protect the legitimate rights of Israeli citizens, these measures would not pass the proportionality test (...) The route chosen for the construction of the wall and the ensuing disturbing consequences for the inhabitants of the Occupied Palestinian Territory are manifestly disproportionate to interests which Israel seeks to protect... »; et la déclaration du juge Buergenthal (par. 9): «(...) given the demonstrable great hardship to which the affected Palestinian population is being subjected in and around the enclaves created by those segments of the wall, I seriously doubt that the wall would here satisfy the proportionality requirement to qualify as a legitimate measure of self-defence».

75 Voir l'opinion individuelle du juge Higgins (par. 33): «There is, with respect, nothing in the text of Article 51 that thus stipulates that self-defence is available only when an armed attack is made by a State».

76 Dans son opinion individuelle, le juge Higgins ne partage pas ce point de vue (par. 34): «I fail to understand the Court's view that an occupying Power loses the right to defend its own civilian citizens at home if the attacks emanate from the occupied territory... ». Voir dans le même sens la déclaration du juge Buergenthal (par. 6): «(...) it is irrelevant that Israel is alleged to exercise control in the Occupied Palestinian Territory (...) or that the attacks do not originate from outside the territory. For to the extent that the Green Line is accepted by the Court as delimiting the dividing line between Israel and the Occupied Palestinian Territory, to that extent the territory from which the attacks originate is not part of Israel proper. Attacks coming from across that line must therefore permit Israel to exercise its right of self-defence... ». Pour sa part, le juge Kooijmans, dans son opinion individuelle (par. 35), relève que la Cour ne prend pas ici en compte l'évolution récente de la notion de légitime défense, telle que reflétée dans les résolutions récentes du Conseil de sécurité, où les attaques ne sont pas attribuées à un État particulier. Il cite à ce propos les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité et remarque: «The Court has regrettably by-passed this new element, the legal implications of which cannot as yet be assessed but which marks undeniably a new approach to the concept of self-defence». Voir dans le même sens la déclaration du juge Buergenthal (par. 6), qui se réfère à ces mêmes résolutions: «In neither of these resolutions did the Security Council limit their application to terrorist attacks by State actors only... ». Voir également l'opinion individuelle du juge Higgins (par. 33).

• La Cour s'est demandé si Israël pouvait se prévaloir d'un état de nécessité pour exclure l'illicéité de la construction du mur. Elle rappelle ses déclarations antérieures en la matière: que « l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier », qui « ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel », et que cet état de nécessité « ne peut être invoqué qu'à certaines conditions strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies; et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions »[77].

La Cour conclut 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 (...) En conséquence, la Cour juge que la construction du mur et le régime qui lui est associé sont contraires au droit international »[78].

Conséquences juridiques des violations

Étant parvenue à la conclusion qu'Israël, par la construction du mur et l'instauration du régime qui lui est associé, a violé certaines des obligations internationales qui lui incombent, la Cour procède à l'examen des conséquences juridiques de ces violations, objet même de la question qui lui est posée par l'Assemblée générale, et cela tant pour État d'Israël que pour les États tiers et l'Organisation des Nations Unies.

De manière générale, et pour ce qui est de l'articulation des effets de ces violations, la Cour s'est inspirée dans une large mesure du projet d'articles de la Commission du droit international sur la « Responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites »[79], même si elle ne l'a pas suivi dans tous ses détails, comme le relèvent le juge Higgins et le juge Kooijmans dans leurs opinions individuelles.

Conséquences juridiques pour Israël

Étant donné l'illégalité de la construction du mur par Israël et du régime qui lui est associé, la responsabilité d'Israël est engagée selon le droit international. Il s'ensuit que:

(i) Israël « est tout d'abord tenu de respecter les obligations internationales auxquelles il a contrevenu par la construction du mur en territoire

77 Cité dans l'*Avis 2004*, par. 140.

78 *Avis 2004*, par. 142.

79 Adopté par la Commission de droit international et annexé à la résolution de l'Assemblée générale 56/82, 12 décembre 2001, UN Doc. A/RES/56/82.

palestinien occupé»[80], en premier lieu «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...» Israël doit également «assurer la liberté d'accès aux Lieux saints passés sous son contrôle à la suite du conflit de 1967»[81].

(ii) Deuxièmement, et plus concrètement, Israël a «l'obligation de mettre un terme à la violation de ses obligations internationales»[82]. En conséquence, 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», et de démanteler immédiatement les portions de cet ouvrage qui y sont déjà construites[83].

De plus, les violations par Israël résultant également du régime juridique associé à la construction du mur, Israël a l'obligation d'abroger immédiatement et de priver d'effet l'ensemble des actes législatifs et réglementaires constituant ce régime.

(iii) Troisièmement, la Cour affirme l'obligation pour Israël de procéder à la réparation des dommages dont il est responsable. La construction du mur ayant en effet entraîné la réquisition et la destruction d'habitations et autres biens, Israël est tenu de restituer les biens saisis, de réparer tous les dommages et de procéder à l'indemnisation des personnes physiques et morales «qui auraient subi un préjudice matériel quelconque du fait de la construction du mur»[84].

Conséquences juridiques pour les États tiers et l'Organisation des Nations Unies

Après avoir mis en évidence les obligations qui découlent pour Israël de ses violations de certains principes et règles de droit international, la Cour en vient à identifier également les obligations qui incombent aux États autres qu'Israël du fait de la construction du mur par ce dernier. Autrement dit, la Cour reconnaît que les violations par Israël de ses obligations internationales imposent des obligations substantielles aux autres États.

80 *Avis 2004*, par. 149.

81 *Ibid.*

82 *Ibid.*, par. 150. La Cour rappelle à ce propos qu'elle a clairement affirmé dans d'autres circonstances l'obligation pour un État responsable d'un fait internationalement illicite d'y mettre fin (voir *ibid.* les divers arrêts pertinents qui y sont mentionnés).

83 *Ibid.*, par. 151.

84 *Ibid.*, par. 153. La Cour rappelle ici les modalités de la réparation en droit coutumier formulées par la Cour permanente dans l'affaire de *l'Usine de Chorzów*, citée *ibid.*

Pour la Cour, ces obligations s'imposent aux États tiers du fait que parmi « les obligations internationales violées par Israël figurent des obligations *erga omnes* »[85]. La Cour place ainsi au rang des obligations *erga omnes* violées par Israël: « 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 international humanitaire. »[86]

La Cour rappelle ce qu'elle a dit à ce propos dans l'affaire du *Timor oriental*[87]: « (...) le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*. »

En ce qui concerne le droit humanitaire, la Cour réitère ce qu'elle avait déjà dit dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, à savoir qu'« un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des 'considérations élémentaires d'humanité'...[qu'elles] s'imposent [...] à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier »[88].

La Cour avait d'ailleurs déjà affirmé ce principe dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[89], et plus généralement dans l'affaire du *Nicaragua*[90] où, pour la première fois, la Cour s'est prononcée de manière détaillée sur le caractère coutumier des « principes généraux » du droit humanitaire, lesquels s'imposent de manière absolue, en toutes circonstances et indépendamment de l'appartenance des États concernés à la communauté conventionnelle.

Quant aux obligations juridiques concrètes des États tiers dans le cas d'espèce, étant donné « la nature et l'importance des droits et obligations en cause »[91], la Cour identifie des obligations de trois ordres: ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur; ne pas prêter aide ou

85 *Ibid.*, par. 155.

86 *Ibid.*

87 CIJ, *Timor Oriental*, *op. cit.* (note 22), par. 29, (cité dans l'*Avis 2004*, par. 156).

88 CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*(note 5), para 79.

89 CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou*, *op. cit.* (note 2), p. 22.

90 CIJ, *Affaire du Nicaragua*, *op. cit.* (note 4), par. 216 et suivants.

91 La Cour rappelle dans ce contexte sa jurisprudence dans l'affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, CIJ Rec. 1970*, par. 33: « de telles obligations, par leur nature même, 'concernent tous les États' et, 'vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés' ». Dans son opinion individuelle, le juge Higgins ne partage pas ce raisonnement (voir par. 37).

assistance au maintien de la situation créée par cette construction; faire respecter par Israël, en ce qui concerne les États parties à la quatrième Convention de Genève et en vertu de son article premier, le droit international humanitaire incorporé dans cette Convention[92]. Les États tiers doivent par ailleurs veiller à ce qu'il soit mis fin aux entraves à l'exercice, par le peuple palestinien, de son droit à l'autodétermination.

Quant aux obligations des Nations Unies, et particulièrement de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, la Cour conclut qu'ils doivent « 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 »[93].

Pour la Cour, c'est donc du caractère *erga omnes* des obligations violées par Israël que découlent des conséquences juridiques pour les États tiers[94].

Le juge Higgins et le juge Kooijmans, dans leurs opinions individuelles, disent ne pas pouvoir suivre le raisonnement de la Cour sur la corrélation entre le caractère *erga omnes* de certains droits et obligations dont tous les États ont un intérêt à leur protection, et l'imposition automatique d'obligations individuelles à des États autres que celui qui les a violées[95].

C'est plutôt le caractère impératif, ou *jus cogens*, des règles violées, reflétant l'importance des valeurs et intérêts sociaux qu'elles protègent, qui peut le mieux expliquer les obligations qu'elles imposent aux États tiers, en cas de violation, pour ramener la situation à une conformité au droit international.

92 Voir sur ce point l'opinion individuelle du juge Kooijmans, qui se réfère aux travaux préparatoires de l'article 1 commun aux Conventions de Genève de 1949 et ne partage pas l'avis de la Cour sur ce point (par. 46 à 50): « I simply do not know whether the scope given by the Court to this Article in the present opinion is correct as a statement of positive law ».

93 *Avis 2004*, par. 160.

94 Le juge Higgins estime pour sa part que les principes « intransgressibles » du droit international s'imposent parce qu'ils sont reconnus en tant que principes de droit coutumier et non en tant que règles *erga omnes* (opinion individuelle du juge Higgins, par. 39).

95 Voir l'opinion individuelle du juge Higgins (par. 37), qui se réfère au Commentaire de la Commission de droit international sur le projet d'articles sur la Responsabilité des États pour des faits internationalement illicites (A/56/10, p. 278): *« As the International Law Commission has correctly put it in the Commentaries (...), there are certain rights in which, by reason of their importance 'all states have a legal interest in their protection'. It has nothing to do with imposing substantive obligations on third parties to a case »*. Dans son opinion individuelle (par. 40), le juge Kooijmans se réfère également au projet d'articles de la Commission de droit international, sur la Responsabilité des États, citant plus particulièrement l'article 41: *« I must admit that I have considerable difficulty in understanding why a violation of an obligation erga omnes by one State should necessarily lead to an obligation for third States »*; ainsi qu'il le relève, l'article 41 *« does not refer to individual obligations of third States as a result of serious breach. (...) What is called for in the face of serious breach is a joint and co-ordinated effort by States to counteract the effects of these breaches » (ibid).*

En guise de conclusion

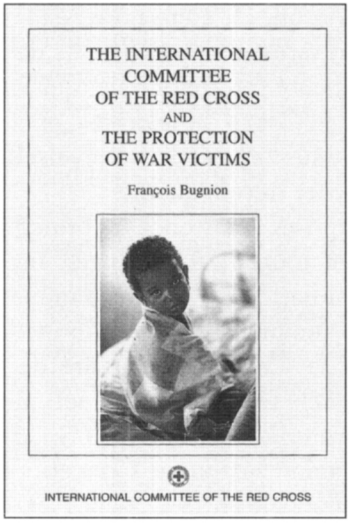
Ayant ainsi suivi pas à pas, sous l'angle du droit humanitaire, le cheminement de la Cour pour répondre à la question qui lui a été posée dans la demande d'avis, nous devons souligner l'importance des conclusions de la Cour, organe judiciaire suprême de la communauté internationale, qui font jurisprudence au-delà du cas d'espèce. En effet, la Cour « dit le droit », et cela dans un domaine où, malgré l'existence d'instruments juridiques universellement reconnus, le refus de les appliquer est encore trop fréquent.

La Cour avait déjà exprimé à diverses reprises l'existence de principes fondamentaux d'humanité qui s'appliquent en toutes circonstances, indépendamment de la qualification juridique des situations et indépendamment de l'appartenance des États concernés à la communauté conventionnelle; principes « intransgressibles », selon l'avis de la Cour dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*; règles de droit coutumier ou de *jus cogens*. Elle avait, dans l'affaire du *Nicaragua*, identifié ces principes comme étant ceux contenus dans l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève (reflétant à leur tour ce qu'elle avait appelé en 1949, dans l'affaire de *Corfou*, « considérations élémentaires d'humanité »); principes qui s'imposent de manière absolue et en toutes circonstances, les Conventions n'étant que l'expression, et à certains égards le développement, de ces principes.

La question posée ici à la Cour l'a placée sur un plan plus concret, celui du droit de l'occupation militaire, qui lui a permis de réaffirmer l'existence et la pertinence continue, dans les conditions actuelles, de certaines règles fondamentales du droit humanitaire, dans ses deux versants de Genève et de La Haye, ainsi que du droit international des droits de l'homme, dont elle a réaffirmé l'application conjointement et cumulativement au droit humanitaire en cas d'occupation.

Mais la Cour ne s'est pas arrêtée à l'identification et à l'affirmation des règles qui composent le régime juridique spécifique de l'occupation; elle a situé cette occupation dans le cadre plus général des principes fondamentaux de la Charte, qui non seulement coiffent ce régime, mais aussi lui dictent l'issue et la manière d'y parvenir[96].

96 Voir les par. 161 et 162 de l'Avis de la Cour.



The International Committee of the Red Cross and the protection of war victims

by François Bugnion

How the ICRC is constituted, what tasks are assigned to it and what principles guide its work — these are some of the questions that the author seeks to answer. Examining the tasks and role of the ICRC both from a historical and from a legal point of view, the book shows how the development of international humanitarian law is reflected in the action taken by the ICRC. Ideal for consultation, the book is simple and direct in style, and is intended primarily for people engaged in humanitarian work and specialists in humanitarian law.

This is the English translation of the second edition of François Bugnion's book *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre* (Geneva, ICRC, June 2000).

ICRC & Macmillan, Geneva, 2003
Available in English. 2000 edition available in French
CHF 59.- / ref. 0503

To order any ICRC publication:
E-mail: shop.gva@icrc.org
Fax: + 41 22 730 2768
or write to:
Production, Marketing and Distribution Division
19 Avenue de la Paix, 1202 Geneva, Switzerland
www.icrc.org