

Le droit de l'occupation belligérante devant la Cour suprême israélienne

David Kretzmer*

David Kretzmer est professeur émérite de droit international à l'Université hébraïque de Jérusalem et professeur de droit au Sapir Academic College.

Résumé

Depuis la guerre de 1967, au cours de laquelle Israël a occupé la Cisjordanie et la bande de Gaza, la Cour suprême d'Israël a été saisie de milliers de requêtes concernant des actes de l'armée et d'autres autorités dans ces territoires occupés. Cet article examine l'apport de la jurisprudence de la Cour dans ces affaires au droit de l'occupation belligérante. Il aborde d'abord les questions relatives à la compétence et aux normes applicables pour ensuite analyser la manière dont la Cour a interprété les besoins militaires, le bien-être de la population locale, les modifications de la législation locale et l'utilisation des ressources. Il examine ensuite l'attitude de la Cour à l'égard de la nature prolongée de l'occupation et de l'existence de colonies israéliennes, de colons et de travailleurs pendulaires israéliens dans les territoires occupés, l'introduction d'un triple critère de proportionnalité afin d'évaluer la nécessité militaire et les hostilités dans les territoires occupés. Dans la section finale, l'auteur tire quelques conclusions générales sur la contribution apportée par la Cour au droit de l'occupation.

Mots-clés : droit de l'occupation belligérante, Cour suprême d'Israël, territoires occupés, droit applicable, besoins militaires, bien-être de la population civile, colonies israéliennes, proportionnalité, nécessité militaire, ordre et vie publics.

* L'auteur tient à remercier Efrat Bouganim-Saag pour son assistance précieuse en matière de recherche. La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « The law of belligerent occupation in the Supreme court of Israel », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 207-236.

L'expression « territoires occupés » est désormais associée, dans les relations internationales de notre époque, à l'occupation prolongée par Israël de la Cisjordanie et de la bande de Gaza. Cette occupation, qui est probablement la plus longue de l'ère moderne, occupe une place dominante dans l'ensemble des publications sur le droit de l'occupation belligérante depuis le début des années 1970¹. Le présent article aborde la manière dont la branche judiciaire de la Puissance occupante aborde cette occupation. Cette analyse peut se faire au moins à deux niveaux. Le premier concerne la manière dont la Cour suprême d'Israël a traité une situation de disparité flagrante entre la politique et le droit, et une tension entre les enjeux de sécurité perçus par l'État et les droits individuels. Cet aspect de la jurisprudence de la Cour a déjà été abordé dans d'autres contributions et nous ne nous y attarderons donc pas ici². Le deuxième niveau d'analyse concerne la manière dont la Cour suprême a interprété et appliqué le droit international de l'occupation belligérante. C'est cet aspect qui constitue le thème central de cet article.

La première partie de l'article aborde brièvement le contexte juridique et politique national, ainsi que les caractéristiques très particulières de l'occupation, dont il est indispensable d'être conscient pour comprendre la jurisprudence de la Cour concernant l'occupation belligérante. Dans la deuxième partie, nous examinerons l'interprétation faite par la Cour du Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Règlement de La Haye de 1907) et de la Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV^e Convention de Genève de 1949). Nous aborderons plus spécifiquement la manière dont la Cour a interprété la notion de besoins militaires et l'article 43 du Règlement de La Haye, ainsi que son attitude face à la nature prolongée de l'occupation et à l'implantation de colonies dans les territoires occupés par la Puissance occupante. Au cours des dix dernières années, la notion de proportionnalité a joué un rôle important dans la manière dont la Cour a examiné les actes des autorités militaires. Cette notion est abordée dans la troisième partie de l'article. La quatrième partie est consacrée à une analyse des décisions de la Cour sur les hostilités en territoire occupé. Enfin, l'article s'achève par quelques remarques de conclusion.

1 Voir, par exemple, Adam Roberts, « Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967 », dans *American Journal of International Law*, Vol. 84, N° 1, 1990, pp. 44-103; Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993; Yoram Dinstein, *The Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

2 Voir David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University New York Press, New York, 2002; Orna Ben-Naftali, « Pathological occupation : normalizing the exceptional case of the Occupied Palestinian Territory and other legal pathologies », dans Orna Ben-Naftali (éd.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 129-200.

Le contexte juridique et politique

La compétence de la Cour

La Cisjordanie et la bande de Gaza ont été occupées par Israël durant la guerre de 1967, qui a opposé ce pays aux États arabes qui l'entourent. Quelque temps après la fin de la guerre, des résidents palestiniens des territoires occupés saisirent la Cour suprême d'Israël, siégeant en sa capacité de Haute Cour de Justice (HCJ) chargée de statuer sur les mesures administratives, pour contester certaines mesures prises par l'armée dans ces territoires. Le procureur général d'Israël (qui représente le gouvernement dans toutes les procédures judiciaires) était à l'époque Meir Shamgar, qui avait occupé les fonctions d'avocat général de l'armée israélienne en 1967 et qui allait être appelé, par la suite, à devenir membre puis président de la Cour suprême. Le procureur général Shamgar aurait pu contester la compétence de la Cour de connaître des requêtes soumises par des Palestiniens habitant les territoires occupés, au motif qu'elles émanaient d'étrangers ennemis, ou qu'elles concernaient des actes commis hors du territoire de l'État d'Israël; or, il n'en fit rien. Lorsque la Cour fut saisie des premières requêtes, au début des années 1970, elle décida que cet assentiment du gouvernement constituait une base suffisante pour asseoir sa compétence³. Cela signifiait toutefois qu'en cas de modification de la politique gouvernementale, la Cour pourrait se voir contrainte de reconnaître qu'elle avait outrepassé sa compétence. Avec la multiplication des affaires, cette position devenait intenable. La Cour considéra donc que le véritable fondement juridique de sa compétence était le pouvoir statutaire de la HCJ de rendre des décisions contre « toutes les instances qui remplissent légalement des fonctions publiques »⁴, plutôt que l'assentiment du gouvernement⁵. Cette notion de compétence basée sur l'autorité législative de la Cour de rendre des décisions contre toute personne investie par la loi de fonctions publiques a depuis lors été interprétée comme signifiant que l'autorité de la Cour s'étend à l'examen de la légalité de tous les actes et les décisions des autorités gouvernementales, y compris des Forces de défense israéliennes (FDI), quel que soit le lieu où ils sont exécutés⁶.

3 Voir HCJ 256/72, *Electricity Company for Jerusalem District v. Minister of Defence et al.*, 27(1) PD, 1972, p. 124 (ci-après « affaire Hebron Electricity »), dans laquelle la Cour indique (p. 136) qu'elle se range à la position adoptée dans le premier arrêt publié relatif aux territoires occupés : HCJ 337/71, *Christian Society for the Holy Places v. Minister of Defence*, 26(1) PD, 1971, p. 574 (ci-après « affaire Christian Society »). On trouvera un examen de la compétence de la Cour dans les requêtes relatives aux territoires occupés dans Eli Nathan, « The power of supervision of the High Court of Justice over military government », dans Meir Shamgar (éd.), *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967-1980: The Legal Aspects*, Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jérusalem, 1982, p. 109.

4 Article 7(b) de la loi sur les tribunaux de 1957 [traduction CICR]. En 1980, cette disposition est devenue l'article 15(d)(2) de la Loi Fondamentale (pouvoir judiciaire). Elle a maintenant un statut constitutionnel.

5 HCJ 393/82, *Jami'at Ascan et al. v. IDF Commander in Judea and Samara et al.*, 37(4) PD, 1983, p. 785.

6 HCJ 102/82, *Tzemel et al. v. Minister of Defence et al.*, 37(3) PD, 1983, p. 365, para. 11, indiquant que la Cour est compétente pour connaître des actes des FDI au Liban durant la guerre du Liban de 1982-1983.

Depuis 1967, la HCJ a été saisie de milliers de requêtes relatives à des actes commis dans les territoires occupés. Si un grand nombre d'entre elles ont donné lieu à des règlements extra-judiciaires, la Cour a cependant rendu des arrêts dans des centaines d'affaires, créant ainsi un vaste corps de droit relatif aux territoires occupés.

Le droit applicable

Par une ordonnance militaire promulguée par les commandants militaires des divers fronts lorsque les FDI ont pénétré dans les territoires occupés en 1967, des tribunaux militaires ont été institués pour juger les résidents locaux accusés d'atteinte à la sécurité. Cette ordonnance stipulait expressément que les tribunaux militaires devaient appliquer les dispositions de la IV^e Convention de Genève, reflétant par là le point de vue des juristes de l'armée selon lequel l'ensemble des territoires étaient soumis au droit de l'occupation belligérante⁷. Cependant, peu après la fin de la guerre de 1967, des voix s'élevèrent, tant dans les milieux politiques que parmi un certain nombre de juristes universitaires en Israël, pour affirmer que la Cisjordanie et la bande de Gaza – qui avaient toutes deux fait partie de la Palestine sous mandat britannique – ne devaient pas être considérées comme des territoires occupés⁸. Sous l'influence de ces milieux, les commandants militaires apportèrent, quelques mois après la fin de la guerre, un amendement à l'ordonnance militaire, supprimant la disposition qui citait la IV^e Convention de Genève⁹. Le gouvernement israélien adopta la position selon laquelle le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza n'était pas clairement établi, et que, en tout état de cause, la question de l'applicabilité à ces territoires de la IV^e Convention de Genève était discutable¹⁰. Parallèlement, le gouvernement déclarait que les FDI respecteraient les dispositions humanitaires de la Convention¹¹.

Dans les premières requêtes contestant des actes commis par les autorités militaires dans les territoires occupés, les requérants fondaient leurs argu-

7 Security Provisions Order (West Bank), 1967, art. 35, dans 1 *Proclamations, Orders and Appointments of West Bank Command* 5.

8 Voir Yehuda Z. Blum, « The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria », dans *Israel Law Review*, Vol. 3, 1968, p. 279. Les territoires occupés en 1967 comprenaient le Nord du Sinaï, qui fut restitué à l'Égypte en application de l'accord de paix avec ce pays, et le Golan, dont une partie est toujours occupée par Israël. Les revendications concernant le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza ne concernaient pas ces territoires. On trouvera un résumé des divers arguments utilisés pour contester le statut de territoires occupés de la Cisjordanie et de Gaza dans : D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 32-34; Behnam Dayanim, « The Israeli Supreme Court and the Deportations of Palestinians: The Interaction of Law and Legitimacy », dans *Stanford Journal of International Law*, Vol. 30, 1994, pp. 143-150.

9 Security Provisions Order (West Bank), (Amendment N° 9), (Order N° 144), 22 octobre 1967, dans 8 *Proclamations, Orders and Appointments of West Bank Command* 303.

10 Voir Meir Shamgar, « The Observance of International Law in the Administered Territories », dans *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 1, 1971, pp. 262-277; D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 33-34.

11 M. Shamgar, *op. cit.*, note 10. On trouvera un examen de la position du gouvernement concernant l'application de la IV^e Convention de Genève (CG IV) dans Nissim Bar-Yaacov, « The Applicability of the laws of war to Judea and Samaria (The West Bank) and to the Gaza Strip (In response to Prof. R. Lapidoth) », dans *Israel Law Review*, Vol. 24, 1990, pp. 485-506.

ments sur les normes de l'occupation belligérante, telles que formulées dans le Règlement de La Haye et dans la IV^e Convention de Genève¹². Lorsque la Cour pria les autorités de répondre à ces requêtes, elles se trouvèrent forcées de prendre position sur l'applicabilité de ces normes. Elles tentèrent dans un premier temps d'assurer leurs arrières en affirmant que, même s'il n'était pas possible d'affirmer avec certitude que les territoires étaient bien occupés, dans la pratique les autorités militaires respectaient les normes de l'occupation belligérante et étaient donc disposées à ce que leurs actes soient évalués à l'aune de ces normes¹³. Après une brève période, cette précaution oratoire fut abandonnée et, parallèlement aux règles de droit administratif qui s'appliquent aux actes de toutes les branches de l'exécutif israélien, le cadre de l'occupation belligérante devint le régime juridique courant pour évaluer les actes des autorités dans les territoires occupés¹⁴.

L'acceptation *de facto*, par les autorités, de l'applicabilité du droit de l'occupation belligérante dans les territoires occupés épargna à la Cour d'avoir à se prononcer sur les éléments constitutifs de l'occupation. La Cour aborda cependant ces questions à l'occasion de la présence israélienne au Liban en 1982¹⁵. Elle traita aussi, ultérieurement, de la question de savoir si Israël demeurait une Puissance occupante à Gaza après le retrait de ses forces et de ses colonies du territoire¹⁶. Ces questions ont été longuement débattues dans d'autres contributions et nous n'y reviendrons donc pas ici¹⁷.

Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice (CIJ) a jugé que, outre le droit de l'occupation belligérante, les traités relatifs aux droits de l'homme auxquels Israël est partie s'appliquent également à ses actes dans les territoires occupés¹⁸. Telle a aussi été la position constante des organes chargés de contrôler l'application de ces traités¹⁹. Le gouvernement israélien n'a

12 Affaire *Christian Society*, *op. cit.*, note 3; affaire *Hebron Electricity*, *op. cit.*, note 3; HCJ 302/72, *Hilu v. Government of Israel*, 27(2) PD, 1972, p. 169; HCJ 606/78, *Ayyub v. Minister of Defence*, 33(2) PD, 1978, p. 113 (ci-après « affaire *Beth El* »).

13 D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 35-40.

14 Voir HCJ 1661/05, *Gaza Beach Regional Council et al. v. Knesset of Israel et al.*, 59(2) PD, 2005, p. 514. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que le cadre de l'occupation belligérante a toujours été accepté par la Cour et par tous les gouvernements qui se sont succédé en Israël depuis 1967. Les requérants - des colons israéliens contraints de quitter leur domicile en application d'une loi donnant effet au plan de retrait de Gaza - affirmaient que Gaza (avant le retrait) n'était pas soumise à un régime d'occupation belligérante. La Cour a rejeté cet argument d'emblée (*ibid.*, para. 76-77).

15 Voir, par exemple, l'affaire *Tzemel*, *op. cit.*, note 6, pp. 371-374; HCJ 574/82, *Al Nawar v. Minister of Defence et al.*, 39(3) PD, 1985, pp. 458-459.

16 HCJ 9132/07, *Jaber Al-Bassiouni Ahmed et al. v. Prime Minister et al.*, arrêt du 30 janvier 2008, disponible sur : http://elyon1.court.gov.il/files_eng/07/320/091/n25/07091320.n25.pdf. Les références internet de cet article ont été consultées en mai 2012.

17 Voir, par exemple, Yuval Shany, « The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on *Bassiouni v. The Prime Minister of Israel* », dans *Israel Law Review*, Vol. 42, N° 1, 2009, p. 101; Shane Darcy et John Reynolds, « An enduring occupation: the status of the Gaza Strip from the perspective of international humanitarian law », dans *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, N° 2, 2010, pp. 211-243.

18 CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004, p. 136 (ci-après « affaire du Mur »), para. 102-114.

19 Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme sur le troisième rapport périodique d'Israël*, Doc. ONU CCOPR/C/ISR/CO/3, 3 septembre 2010, para. 5.

jamais accepté cette position. La HCJ s'est abstenue de se prononcer sur l'applicabilité formelle des traités relatifs aux droits de l'homme, mais elle a invoqué des dispositions de ces traités dans de nombreux arrêts rendus ces dernières années concernant les territoires occupés²⁰. Dans la plupart des cas, elle a justifié sa position en affirmant que les normes auxquelles elle se référerait faisaient aussi partie du droit de l'occupation belligérante ou du droit israélien liant les autorités²¹.

L'application de normes internationales par les juridictions nationales

Bien que le régime juridique accepté dans les territoires occupés soit celui de l'occupation belligérante, l'application des normes de ce régime par la HCJ doit être analysée à la lumière du statut du droit international devant les juridictions nationales israéliennes. Israël suit la tradition anglaise, selon laquelle les tribunaux nationaux appliquent les normes de droit international coutumier dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la législation primaire, tandis que les dispositions des conventions internationales contraignantes pour l'État ne seront appliquées par les tribunaux que si elles sont devenues coutumières ou si elles ont été adoptées sous forme de loi par le parlement. Les tribunaux doivent interpréter la législation en présumant qu'elle est compatible avec les obligations internationales d'Israël, mais en cas de contradiction flagrante entre la législation primaire et une norme de droit international coutumier ou conventionnel, c'est la législation nationale qui l'emporte²².

Lorsque la Cour a eu à traiter pour la première fois du Règlement de La Haye et de la IV^e Convention de Genève, elle a rangé ces deux instruments ensemble dans la catégorie du droit des traités²³. Elle a cependant reconnu son erreur par la suite, admettant que toutes les dispositions du Règlement de La Haye relevaient du droit coutumier²⁴. La Cour a jugé en revanche que tel n'était pas nécessairement le cas de toutes les dispositions de la IV^e Convention de

20 HCJ 1890/03, *Bethlehem Municipality et al. v. Ministry of Defence et al.*, 59(4) PD, p. 736, 2005 (ci-après « affaire du Tombeau de Rachel »); HCJ 7957/04, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe et al. v. The Prime Minister et al.*, 60(2) PD, p. 477, 2005 (ci-après « affaire Alpehi Menashe »); HCJ 10356/02, *Yoav Hess et al. v. The Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria et al.*, 58(3) PD, p. 443, 2004; HCJ 7015/02, *Kipah Mahmad Ahmed Ajuri et al. v. IDF Commander in the West Bank et al.*, 56(6) PD, p. 352, 2002; HCJ 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, arrêt du 14 décembre 2006 (ci-après « affaire des opérations meurtrières ciblées »), disponible sur : http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/690/007/e16/02007690.e16.pdf; HCJ 281/11, *Head of Beit Icsa Local Council et al. v. Minister of Defence et al.*, arrêt du 6 septembre 2011, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/11/810/002/m12/11002810.m12.pdf>.

21 Voir, par exemple, HCJ 3239/02, *Marab et al. v. IDF Commander in the West Bank et al.*, arrêt du 28 juillet 2002; affaire *Hess*, *op. cit.*, note 20.

22 Dans l'affaire HCJ 253/88, *Sajedia v. Minister of Defence*, 42(3) PD, 1988, pp. 815-817, 829, la Cour a appliqué ce principe pour trancher un conflit entre une loi israélienne et l'article 76 de la CG IV, qui dispose que les personnes protégées inculpées seront détenues dans le pays occupé. La question du statut du droit international devant les juridictions nationales israéliennes est abordée dans David Kretzmer, « Israel », David Sloss (éd.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 273-325.

23 Affaire *Christian Society*, *op. cit.*, note 3; affaire *Hilu*, *op. cit.*, note 12.

24 Affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 12, p. 120.

Genève²⁵. Cette décision est importante car, bien qu'Israël ait ratifié les quatre Conventions de Genève en 1951, ces traités n'ont jamais été transposés en droit interne.

En dépit de la décision ci-dessus et du fait que le gouvernement ait mis en doute l'application formelle de la IV^e Convention de Genève en Cisjordanie et à Gaza, la HCJ s'est montrée tout à fait disposée, au cours des dernières années, à invoquer la Convention. Si, dans certains cas, elle ne l'a fait qu'après que l'avocat du gouvernement eut déclaré que les mesures prises par les autorités étaient compatibles avec les dispositions de la Convention²⁶, dans d'autres cas elle s'est simplement appuyée sur des dispositions du traité, sans aucune explication²⁷. À de nombreuses reprises, la Cour s'est appuyée sur l'engagement pris par le gouvernement de respecter les dispositions humanitaires de la Convention pour les invoquer, sans décider formellement si la Convention s'appliquait ou pouvait être appliquée par les tribunaux nationaux²⁸. Dans l'affaire *Alphei Menashe*²⁹, la Cour a déclaré qu'elle savait que la Cour internationale de justice avait considéré que la IV^e Convention de Genève s'appliquait dans les territoires occupés et que cette applicabilité ne dépendait pas de l'engagement pris par le gouvernement d'en appliquer les dispositions humanitaires. Néanmoins, la Cour a déclaré que, comme le gouvernement acceptait l'applicabilité des normes humanitaires de la Convention, elle ne voyait pas la nécessité de prendre position sur cette question. En conclusion, sans avoir jamais affirmativement jugé que la IV^e Convention de Genève s'applique dans les territoires occupés, ni que l'ensemble de ses dispositions relèvent du droit coutumier, la Cour invoque régulièrement des dispositions de ce traité³⁰.

La politique et le droit

Israël est l'une des rares Puissances occupantes ayant officiellement reconnu l'application des normes de l'occupation belligérante dans le territoire qu'elle occupe. Malgré cette reconnaissance, la politique a souvent exercé plus d'influence sur le terrain que le cadre juridique officiel du droit de l'occupation. De ce fait, bon nombre des politiques et des actions des divers gouvernements qui se sont suc-

25 *Ibid.*; HCJ 390/79, *Dweikat et al. v. Government of Israel et al.*, 34(1) PD, p. 1, 1979 (ci-après « affaire *Elon Moreh* »); affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5.

26 Voir, par exemple, affaire *Ajuri*, *op. cit.*, note 20, p. 364; HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel et al.*, 48(5) PD, 2004, p. 827.

27 Voir, par exemple, HCJ 5591/02, *Yassin et al. v. Commander of Ketziot Detention Facility et al.*, 57(1) PD, 2002, p. 413.

28 Voir, par exemple, l'affaire *Hess*, *op. cit.*, note 20, para. 8; HCJ 3103/06, *Shlomo Valero v. State of Israel*, arrêt du 6 février 2011, para. 33, disponible en hébreu sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/06/030/031/r13/06031030.r13.pdf>.

29 Affaire *Alphei Menashe*, *op. cit.*, note 20, p. 523.

30 Dans l'affaire HCJ 2690/09, *Yesh Din et al. v. Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria et al.*, arrêt du 28 mars 2010, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/09/900/026/n05/09026900.n05.pdf>, les requérants ont avancé que toutes les dispositions de la CG IV étaient désormais considérées comme relevant du droit coutumier. La Cour a refusé de se prononcer sur ce point, mais elle a déclaré qu'elle maintiendrait sa pratique consistant à considérer les dispositions coutumières de la Convention comme faisant partie du droit applicable.

cédé au pouvoir depuis 1967 n'ont pas été compatibles avec les normes du droit international de l'occupation belligérante. La plus flagrante de ces politiques a été l'implantation de colonies israéliennes dans les territoires occupés. La communauté internationale a toujours considéré que la création de ces colonies par le gouvernement d'Israël était incompatible avec l'obligation du pays, au regard de l'article 49(6) de la IV^e Convention de Genève, de ne pas transférer une partie de sa population civile à l'intérieur des territoires occupés³¹. Cette position a été confirmée par la CIJ dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*³².

Étant donné la contradiction flagrante entre le droit international et la création de colonies pour les citoyens israéliens dans les territoires occupés, il eût été logique que la HCJ se prononce sur cette question. Or, les seules décisions de fond rendues par la Cour concernent les réquisitions de terrains privés pour y créer des colonies. La Cour a estimé que si les autorités pouvaient démontrer qu'une colonie avait été établie sur un site stratégique et que sa raison d'être était de renforcer la défense de l'État, la réquisition des terres pouvait se justifier pour des besoins militaires³³. À l'opposé, si l'implantation d'une colonie était due davantage à des motifs politiques qu'à des besoins de sécurité, la réquisition des terres serait illégale³⁴.

La Cour a tout fait pour éviter d'avoir à se prononcer sur le principe de la légalité de la création de colonies pour des ressortissants de la Puissance occupante sur un territoire occupé. Elle a ainsi jugé que l'interdiction contenue à l'article 49(6) de la IV^e Convention de Genève concernant le transfert de la population civile de la Puissance occupante en territoire occupé ne relevait pas du droit coutumier appliqué par la Cour³⁵; elle a refusé de statuer sur l'utilisation de terrains publics pour des colonies au motif d'incompétence des requérants à ester en justice³⁶; et elle a jugé qu'une requête qui contestait la totalité de

31 Voir, par exemple, les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies 446 du 22 mars 1979, Doc. ONU S/RES/446 (1979); 452 du 20 juillet 1979, Doc. ONU S/RES/452 (1979); et 465 du 1^{er} mars 1980, Doc. ONU S/RES/465 (1980). L'interdiction du transfert de personnes civiles de la Puissance occupante dans le territoire occupé, inscrite à l'article 49(6) de la CG IV, n'est pas la seule base juridique fondant l'argument selon lequel l'implantation de colonies dans les territoires occupés est illégale. On trouvera une présentation concise des autres arguments dans : Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, « Policy Brief: The Legal Status of Israeli Settlements under IHL », disponible sur : <http://opt.ihlresearch.org/index.cfm?fuseaction=Page.viewPage&pageId=773>.

32 CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 18, para. 120.

33 Affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 20; HCJ 258/79, *Amira et al. v. Minister of Defence et al.*, 34(1) PD, 1979, p. 90.

34 Affaire *Elon Moreh*, *op. cit.*, note 25.

35 Affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 20, p. 121; affaire *Elon Moreh*, *op. cit.*, note 25, pp. 14-15.

36 HCJ 277/84, *Areibi v. Appeals Committee et al.*, 40(2) PD, 1986, p. 57. Dans cette affaire, un résident palestinien de Cisjordanie contestait une décision qui attribuait des terrains à l'État, en affirmant que ces terrains lui appartenaient. Après le rejet de sa requête par la commission d'appel mise sur pied par une ordonnance militaire pour statuer sur les recours intentés contre ce type de déclaration, il saisit la HCJ. Le requérant soutenait, entre autres, que le motif réel de la décision attribuant ces terrains à l'État était d'y faciliter l'installation d'une colonie, et que cette mesure était illégale au regard de l'article 55 du Règlement de La Haye, qui traite de l'utilisation des terrains publics par une Puissance occupante. La Cour estima que si les terrains étaient bel et bien publics, « rien dans le texte [de l'article 55] ne permet de déduire la capacité du requérant pour agir dans cette affaire et à quel titre il serait en droit de

la politique d'implantation de colonies sur la base de divers motifs juridiques ne pouvait être examinée par un tribunal³⁷. En revanche, la Cour a jugé à plus d'une reprise que les colonies ne pourraient demeurer en place qu'aussi longtemps qu'Israël conserverait le contrôle de la zone, et qu'une décision politique de retrait du territoire justifierait le démantèlement des colonies et exigerait la réinstallation des colons en Israël³⁸.

En évitant de se prononcer sur la légalité des colonies, la Cour a sans aucun doute réussi à éviter un conflit frontal avec le gouvernement et avec une grande partie de l'opinion publique. Si cette attitude est compréhensible sur le plan politique, nous verrons plus loin, dans l'analyse des arrêts rendus par la Cour au sujet de la barrière de séparation, qu'en refusant de se prononcer sur cette question, la Cour a quelque peu compromis sa propre position.

La jurisprudence de l'occupation belligérante

Évaluer la contribution apportée par la HCJ au développement du droit de l'occupation n'est pas chose aisée. Dans un grand nombre de ses arrêts, la Cour a préféré s'appuyer sur des règles de droit administratif israélien plutôt que sur le droit international de l'occupation belligérante. Dans d'autres décisions, elle a choisi de se prononcer sur des faits précis, plutôt que sur les principes de droit concernés. Enfin, dans de nombreux cas, la Cour a tout fait pour éviter de se prononcer sur la compatibilité de mesures ou de politiques avec le droit interna-

mettre en doute la manière dont sont traités ces biens qui, comme nous l'avons indiqué, sont des biens publics et non privés» (*ibid.*, para. 9). Cette conception étroite du droit d'ester en justice pour contester la légalité de mesures gouvernementales a été abandonnée depuis longtemps par la Cour suprême dans sa jurisprudence générale. Voir, par exemple, HCJ 910/86, *Ressler v. Minister of Defence*, 42(2) PD, 1986, p. 441. Bien que la plupart des décisions assouplissant les règles relatives à la capacité d'ester en justice ont été rendues après l'affaire *Ayreib*, il est difficile d'accepter que la conception étroite et formaliste de la question dans cette décision reflétait la tendance générale de la Cour en la matière, à l'époque. Dans l'affaire HCJ 3125/98, *I'ad v. IDF Commander in Judea and Samaria*, 58(1) PD, 1998, p. 913, les requérants contestaient un plan pour la Cisjordanie qui prévoyait l'agrandissement de la zone d'une colonie israélienne. La Cour a interprété l'arrêt *Ayreib* comme signifiant que, puisque les requérants palestiniens ne pouvaient pas démontrer en quoi leurs intérêts étaient touchés par l'utilisation des terrains publics couverts par le plan, leur argument selon lequel les autorités avaient, en approuvant ce plan, outrepassé leurs pouvoirs au regard du droit international était sans fondement (*ibid.*, p. 916).

37 HCJ 4481/91, *Bargil et al. v. Government of Israel et al.*, 47(4) PD, 1993, p. 210. Le président de la Cour, M. Shamgar, a jugé que la question des colonies était de nature politique avant d'être une question de droit et que la Cour devrait par conséquent laisser d'autres organes du gouvernement en décider. Le juge Goldberg a évoqué les négociations qui se déroulaient à l'époque entre Israël et l'Organisation de Libération de la Palestine, dans lesquelles les colonies représentaient un écueil important. Il a estimé que, puisque l'affaire ne concernait pas une revendication d'une personne précise invoquant une violation de ses droits, il s'agissait d'un des rares cas dans lesquels la Cour devait s'abstenir de rendre une décision de justice qui pourrait être interprétée comme une ingérence dans des processus politiques importants. Voir aussi l'affaire *I'ad, op. cit.*, note 36. Dans l'affaire HCJ 4400/92, *Kiryat Arba Local Council v. Government of Israel*, 48(5) PD, 1992, p. 587, la Cour a appliqué le même raisonnement pour rejeter une requête émanant de colons israéliens qui contestaient une décision de geler toute construction de colonies.

38 Affaire *Beth El, op. cit.*, note 12; HCJ 4400/92, affaire *Kiryat Arba, op. cit.*, note 37; affaire *Gaza Beach, op. cit.*, note 14.

tional humanitaire, soit en insistant sur la distinction susmentionnée entre droit coutumier et droit conventionnel, soit en ne traitant la question que superficiellement. Dans cet article, nous nous concentrerons plus particulièrement sur les questions sur lesquelles la Cour a pris position en matière de droit applicable dans les territoires occupés.

L'interprétation du droit : la démarche générale

Dans l'affaire *Afu*³⁹, qui concernait la déportation de personnes protégées pour des raisons de sécurité, les requérants ont affirmé que l'article 49(1) de la IV^e Convention de Genève interdit toute déportation de personnes protégées de territoires occupés et que cette interdiction ne pouvait faire l'objet d'aucune exception. Dans sa réponse, le président de la Cour Meir Shamgar a fait remarquer que la disposition en question pouvait être interprétée de deux manières différentes. En pareils cas, selon lui, la Cour devrait adopter l'interprétation qui limite le moins la souveraineté de l'État. Dans l'affaire en question, cela signifiait adopter une interprétation de cet article qui autorise l'État à déporter des personnes protégées en invoquant des raisons de sécurité⁴⁰. Le principe d'interprétation cité et mis en œuvre par le président Shamgar n'est pas mentionné dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il est en totale contradiction avec les principes fondamentaux de l'interprétation des conventions internationales relatives aux droits de l'homme ou au droit humanitaire, dont l'objet est d'accorder une protection aux individus contre les abus de pouvoir de l'État. Il est aussi en désaccord absolu avec la jurisprudence générale de la Cour suprême, selon laquelle la législation doit être interprétée de manière à protéger les droits fondamentaux de la personne⁴¹. Bien que la HCJ n'ait jamais cité, ni réitéré, la déclaration du président Shamgar, dans la pratique cette déclaration reflète largement la manière dont la Cour a interprété les dispositions protectives de la IV^e Convention de Genève et du Règlement de La Haye. Dans les affaires concernant l'article 49(1) de la IV^e Convention de Genève⁴², la majorité des juges de la Cour ont adopté une interprétation qui est en contradiction flagrante avec son sens évident, sur la base de l'hypothèse discutable selon laquelle l'interdiction absolue de la déportation des personnes protégées, dans cette disposition, a été introduite dans la Convention pour traiter des déportations du type de celles effectuées par les

39 HCJ 785/87, *Afu et al. v. Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria et al.*, 42(2) PD, 1988, p. 17.

40 Pour un point de vue critique sur l'interprétation adoptée par la Cour, voir D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 48-52; Yoram Dinstein, « Deportations from Occupied Territories », dans *Tel Aviv University Law Review*, Vol. 13, 1988, pp. 403-416.

41 La référence en termes de jurisprudence à cet égard est HCJ 73, 87/53, *Kol Ha'am v. Minister of Interior*, 7 PD, 1953, p. 871.

42 L'article 49(1) de la CG IV dispose : « Les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre État, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif. »

nazis⁴³. Dans l'affaire *Ajuri*⁴⁴, la Cour a adopté ce qu'elle a appelé une « interprétation dynamique » de l'article 78 de la IV^e Convention de Genève, en jugeant que l'assignation à résidence pour des motifs impérieux de sécurité pouvait s'étendre au transfert d'un habitant de Cisjordanie dans la bande de Gaza (avant le retrait d'Israël de ce territoire)⁴⁵.

Dans une affaire récente, les requérants ont contesté la légalité de la détention de prisonniers des territoires occupés dans des prisons en Israël, au motif qu'elle serait incompatible avec l'article 76 de la IV^e Convention de Genève⁴⁶. Dans son jugement sur cette affaire, la présidente de la Cour, Dorit Beinisch, a déclaré qu'en interprétant la IV^e Convention de Genève, il convenait de tenir compte des circonstances et des caractéristiques particulières de l'occupation, et tout spécialement de « la longue durée de l'occupation, des conditions géographiques et de la possibilité de maintenir le contact entre Israël et la zone »⁴⁷. La juge Beinisch a conclu que cela exigeait d'accorder un poids particulier aux personnes protégées et en particulier aux droits des détenus. C'est la protection de leurs droits matériels qui importe, plus qu'une interprétation littérale de la IV^e Convention de Genève. Ainsi, si les autorités étaient en mesure de garantir de meilleures conditions de détention en Israël que dans les territoires occupés comme l'exige l'article 76 de la Convention, elles respectaient par là « les dispositions substantielles de la Convention de Genève relatives aux conditions de détention »⁴⁸. *L'argumentation* de ce jugement semble laisser entendre que la Cour, en considérant que la Convention devrait être interprétée au profit des personnes protégées, s'écarte de la philosophie décrite plus haut – selon laquelle les intérêts de l'État l'emportent sur les droits des personnes – jugeant que la Convention devrait être interprétée dans l'intérêt des personnes protégées. Toutefois, cette rhétorique était employée, dans ce cas d'espèce, pour justifier le refus des autorités de respecter les strictes exigences de la IV^e Convention de Genève. La décision semble donc conforme à la démarche générale de la Cour évoquée plus haut, qui va dans le sens de l'interprétation favorable à la position du gouvernement.

Besoins militaires et bien-être de la population

Selon la jurisprudence reconnue de la Cour, le commandant militaire qui assume ses fonctions en territoire occupé doit tenir compte de deux impératifs : assurer ses besoins militaires ou de sécurité dans la zone et préserver le bien-être de la population locale⁴⁹. Comment la Cour a-t-elle interprété la notion de « besoins militaires ou de sécurité » ?

43 Ces affaires sont examinées dans D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 43-52.

44 Affaire *Ajuri*, *op. cit.*, note 20.

45 On trouvera une analyse critique de cette affaire dans O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 2, pp. 164-171.

46 L'article 76(1) de la CG IV dispose : « Les personnes protégées inculpées seront détenues dans le pays occupé et si elles sont condamnées, elles devront y purger leur peine... ».

47 Affaire *Yesh Din*, *op. cit.*, note 30, para. 7 [traduction CICR].

48 *Ibid.*, para. 11 [traduction CICR].

49 Affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5 ; dans l'affaire *Beit Sourik*, *op. cit.*, note 26, para. 34, la Cour renvoie aux nombreux arrêts dans lesquels elle a insisté sur ce principe crucial de sa jurisprudence en matière d'occupation belligérante.

L'affaire *Beth El*⁵⁰ concernait la réquisition de terres privées pour établir une colonie sur un site stratégique. En invoquant la formulation de l'article 52 du Règlement de La Haye, qui autorise la réquisition de biens « pour les besoins de l'armée d'occupation », les requérants affirmaient que cette expression devait être entendue au sens étroit, limité aux besoins logistiques de l'armée d'occupation, et qu'elle n'incluait pas les intérêts de sécurité plus larges de la Puissance occupante. En rejetant cet argument, le juge Witkon considéra que, dans une situation de belligérance, la Puissance occupante a la responsabilité d'assurer l'ordre et la sécurité publics dans le territoire occupé et doit faire face aux dangers issus de ce territoire, menaçant le territoire occupé lui-même comme le territoire de la Puissance occupante⁵¹. Dans son opinion concordante, le juge Landau s'est expressément référé à la formulation de l'article 52 du Règlement de La Haye⁵². Après avoir cité plusieurs sources qui admettent que des biens immeubles peuvent être réquisitionnés pour des besoins militaires plus étendus, le juge Landau a jugé nécessaire d'ajouter que la tâche principale du commandant dans un territoire occupé consiste à assurer l'ordre et la vie publics, conformément à l'article 43 du Règlement de La Haye. Il a ajouté que « tout ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif est de toute manière nécessaire pour l'armée occupante, au sens de l'article 52 »⁵³. Ainsi, la création d'une colonie civile dans un site stratégique qui, selon les autorités, faciliterait la défense de la zone, était un besoin militaire qui pouvait justifier la réquisition de terres privées.

Dans une affaire ultérieure, la Cour a rejeté une tentative d'élargir davantage la portée de l'expression « besoins militaires de sécurité », en y incluant une vision politique et idéologique des intérêts à long terme de l'État⁵⁴. Ceci conduisit le juge Barak à déclarer, dans un jugement important :

Les deux considérations [du commandant militaire] sont axées sur la zone [occupée] elle-même. Le commandant n'est pas autorisé à prendre en considération les intérêts nationaux, économiques ou sociaux de son propre État, aussi longtemps qu'ils sont sans effet pour ses intérêts en matière de sécurité dans la zone ou pour les intérêts de la population locale. Même les besoins militaires sont ses besoins militaires dans la zone, et non pas les intérêts de sécurité nationale au sens large. Une zone sujette à l'occupation belligérante n'est pas un champ ouvert à l'exploitation économique ni à aucune autre sorte d'exploitation⁵⁵.

50 Affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 12.

51 *Ibid.*, pp. 117-118.

52 Alors que les autorités elles-mêmes s'appuyaient sur l'article 52 du Règlement de La Haye pour fonder leur ordonnance de réquisition de terrains, le juge Landau a fait valoir qu'il n'apparaissait pas clairement que cette disposition concernât les biens immeubles (*ibid.*, pp. 129-131). En tout état de cause, la Cour a admis qu'au regard du droit international coutumier, la puissance occupante était habilitée à réquisitionner des terres pour les besoins de l'armée d'occupation. Sur ce point, voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 1, pp. 226-230.

53 Affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 12, p. 131 [traduction CICR]. Le juge Landau a utilisé la même argumentation dans l'affaire *Elon Moreh*, *op. cit.*, note 25, p. 16.

54 Affaire *Elon Moreh*, *op. cit.*, note 25.

55 Affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5, para. 13 [traduction CICR].

En dépit de ce propos, qui paraît suggérer une interprétation étroite de l'expression « besoins militaires », c'est bien l'interprétation plus large exprimée par la Cour dans l'affaire *Beth El* – selon laquelle la protection des intérêts en matière de sécurité de la Puissance occupante et de ses citoyens constitue un besoin militaire légitime – qui reflète sa position⁵⁶. De fait, la Cour s'est alignée sur la position du juge Landau, qui lie les besoins de l'armée d'occupation aux devoirs de la Puissance occupante au regard de l'article 43 du Règlement de La Haye. Ces devoirs sont devenus un thème central dans la jurisprudence de la Cour.

L'article 43 du Règlement de La Haye

L'article 43 du Règlement de La Haye définit les obligations fondamentales d'une Puissance occupante. Il peut de ce fait être considéré comme la « mini-constitution » d'un régime d'occupation⁵⁷. Cet article dispose :

L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays.

Cette disposition contient deux éléments : premièrement, l'obligation de la Puissance occupante de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics ; deuxièmement, son obligation de respecter les lois en vigueur dans le pays « sauf empêchement absolu ». Dans le projet de Bruxelles de 1874 et dans le Manuel d'Oxford de 1880, ces deux questions figuraient dans deux dispositions distinctes⁵⁸. Toutefois, dans le projet final du Règlement de La Haye, elles furent combinées dans l'article 43. La Cour suprême a établi un lien étroit entre ces deux éléments en associant la question des modifications législatives à l'obligation de la Puissance occupante de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics. Nous traiterons cependant ces deux questions séparément.

56 Voir, par exemple, HCJ 202/81, *Tabeeb et al. v. Minister of Defence et al.*, 36(2) PD, 1981, p. 622 (expropriation de terrains pour la construction d'une route contournant une ville); HCJ 1987/90, *Shadid v. IDF Commander in Judea and Samaria* (arrêt non publié du 15 juillet 1990) (réquisition de terrains pour un service de l'administration civile); HCJ 8286/00, *Association for Civil Rights in Israel v. IDF Commander in Judea and Samaria* (arrêt non publié du 13 décembre 2000) (saisie de quatre écoles destinées à servir d'avant-postes militaires pendant la première *intifada*); HCJ 401/88, *Rian et al. v. IDF Commander in Judea and Samaria* (arrêt non publié du 24 juillet 1988) (réquisition d'un appartement privé et du toit d'un bâtiment pour y installer un poste d'observation militaire temporaire).

57 Voir E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 9. Dans HCJ 2164/09, *Yesh Din v. Commander of IDF Forces in Judea and Samaria et al.*, arrêt du 26 décembre 2011 (ci-après « affaire des Carrières »), para. 8, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon2.court.gov.il/files/09/640/021/N14/09021640.N14.htm>, la Cour a déclaré : « Comme chacun le sait, l'article 43 a été reconnu, dans notre jurisprudence, comme une disposition cadre quasi constitutionnelle qui définit le cadre général dans lequel doivent être exercés les devoirs et les pouvoirs du commandant militaire en territoire occupé » [traduction CICR].

58 *Projet de déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, Bruxelles, 27 août 1874, articles 2 et 3; *Manuel des lois de la guerre sur terre*, Oxford, 9 septembre 1880, articles 43 et 44.

Rétablir et assurer « l’ordre et la vie publics »

Dans l’affaire *Christian Society*⁵⁹, la première décision publiée concernant les territoires occupés, le juge Sussman a fait valoir que la version française du Règlement de La Haye – qui est la version originale – utilise l’expression « l’ordre et la vie publics », qui a de toute évidence une portée beaucoup plus large que sa traduction anglaise, « *public order and safety* »⁶⁰, puisqu’elle englobe tous les aspects de la vie publique ou civile. Comme cela a été expliqué dans un arrêt ultérieur de la HCJ, le terme « vie publique » englobe « l’administration appropriée de l’ensemble des activités acceptées de nos jours dans un pays fonctionnant correctement, y inclus la sécurité, la santé, l’éducation, la protection sociale et aussi, entre autres, la qualité de vie et les transports »⁶¹. La Cour a estimé que cette notion de bonne administration ne saurait être définie à l’aune des notions de gouvernement fondées sur le laissez-faire qui prévalaient à l’époque de l’adoption du Règlement de La Haye. Elle correspond à ce qui est attendu d’« un État moderne et civilisé à la fin du XX^e siècle »⁶².

Quels sont les intérêts impliqués lorsqu’il s’agit d’évaluer le bien-être de la population palestinienne locale ? La Cour ne se penche généralement que sur sa situation économique et matérielle au sens étroit, et elle passe sous silence les questions liées à ses intérêts politiques, qui sont d’éviter des transformations de grande ampleur favorisant l’intégration de la Cisjordanie à Israël. C’est ainsi, par exemple, que dans l’affaire *Hebron Electricity*, la HCJ a considéré que le rattachement de la ville de Hebron, en Cisjordanie, au réseau national israélien d’électricité était pour le bien de la population locale, puisqu’il garantirait une source fiable d’électricité⁶³. Il n’y a qu’une seule affaire, portant elle aussi sur l’approvisionnement en électricité, dans laquelle la Cour a suivi un raisonnement tout à fait différent. En se fondant sur l’article 43, la HCJ a jugé illégale la décision du commandant militaire de confier l’approvisionnement en électricité de la majeure partie de la Cisjordanie à la compagnie d’électricité israélienne, plutôt qu’à la compagnie palestinienne locale. La Cour a expliqué que, étant donné l’importance de l’approvisionnement en électricité, le fait de le confier à un fournisseur extérieur aux territoires occupés « entraîne des conséquences qui dépassent les aspects économiques et techniques de la question »⁶⁴. Cette décision est toutefois restée un cas isolé.

L’examen de l’attitude de la Cour par rapport au devoir de garantir « l’ordre et la vie publics » a été compliqué par deux phénomènes : la durée

59 Affaire *Christian Society*, *op. cit.*, note 3, p. 581.

60 Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 1, p. 89.

61 Affaire *Tabeeb*, *op. cit.*, note 56, p. 629 [traduction CICR].

62 Affaire *Jami’at Ascan*, *op. cit.*, note 5, p. 800 [traduction CICR].

63 Affaire *Hebron Electricity*, *op. cit.*, note 3.

64 HCJ 351/80, *Electricity Company for Jerusalem District v. Minister of Energy and Infrastructure*, 35(2) PD, 1981, p. 692 [traduction CICR]; Voir D. Kretzmer, *Occupation of Justice*, *op. cit.*, note 2, pp. 64-68, pour une analyse des différences dans la démarche judiciaire entre les deux affaires concernant l’approvisionnement en électricité.

de l'occupation et la présence dans les territoires occupés de colons israéliens et d'autres ressortissants israéliens qui se déplacent à travers la zone.

Une occupation à long terme

Dans l'affaire *Elon Moreh*, le juge Landau a déclaré :

[A]ucun gouvernement militaire ne peut, dans la zone sous son autorité, prendre des mesures servant ses objectifs militaires qui sont d'emblée conçues pour perdurer au-delà de l'échéance de son autorité militaire dans cette zone, alors que le sort du territoire après le terme de cette autorité militaire est inconnu⁶⁵.

Cette affaire concernait la réquisition de terrains privés pour y permettre l'installation de ressortissants israéliens. Qu'en est-il cependant de projets qui ont pour objectif affiché de bénéficier à la population locale ? Le commandant militaire peut-il décider de projets à long terme dont l'existence se prolongera même après la fin de l'occupation ?

Le juge Barak a abordé ces questions dans l'affaire *Jami'at Ascan* (déjà citée plus haut)⁶⁶, qui concernait des expropriations de terrains pour permettre la construction d'une importante route en Cisjordanie. La Cour a jugé que, dans l'examen de projets à long terme, deux intérêts contradictoires étaient en jeu : d'une part, le devoir du commandant militaire d'agir comme un véritable gouvernement, répondant aux intérêts de la population locale ; et d'autre part les contraintes pesant sur une Puissance occupante en tant que régime temporaire qui n'exerce pas un pouvoir souverain, mais dérive son autorité du droit des conflits armés. En application de sa théorie selon laquelle le gouvernement militaire doit concevoir ses pouvoirs exécutifs comme ceux qui sont attendus d'« un État moderne et civilisé à la fin du XX^e siècle »⁶⁷, la Cour a jugé que, dans le cadre d'une occupation de longue durée, les investissements et les projets ayant des retombées qui perdureront même après le terme de l'occupation sont légitimes à condition qu'ils soient planifiés pour le bien de la population locale et qu'ils ne transforment pas les institutions de base du territoire occupé. Sur la base de ce principe, la Cour a jugé que la construction de la route était légitime, car des éléments de preuve avaient été produits montrant qu'elle répondrait aux besoins de la population palestinienne locale.

Le raisonnement du juge Barak a été suivi dans des affaires jugées ultérieurement. La théorie est que, si le but de l'exercice des pouvoirs gouvernementaux – les avantages pour la population locale – ne change pas avec le temps, la façon dont ces pouvoirs sont exercés doit tenir compte de l'évolution des conditions et des circonstances. Le juge Barak a réitéré ce point de vue dans un arrêt rendu vingt après sa décision originale :

65 Affaire *Elon Moreh*, *op. cit.*, note 25, p. 22 [traduction CICR].

66 Affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5.

67 *Ibid.*, p. 800 [traduction CICR].

Il est vrai que l’occupation militaire de la zone dure depuis de nombreuses années. Ce fait a des conséquences sur la portée de l’autorité du commandant militaire... Toutefois, le passage du temps ne saurait élargir l’autorité du commandant militaire, ni l’autoriser à tenir compte de considérations sortant du cadre de la bonne administration de la zone sous occupation militaire⁶⁸.

Dans une affaire plus récente, la Cour a expliqué comme suit sa position : « l’occupation belligérante de la zone par Israël a des caractéristiques particulières, dont la principale est la durée de l’occupation, qui exige que les lois soient adaptées à la réalité sur le terrain »⁶⁹. Dans ce cas d’espèce, il s’agissait de savoir si les autorités militaires étaient en droit d’octroyer des licences à des entreprises israéliennes pour ouvrir et exploiter des carrières de pierre en Cisjordanie⁷⁰. Le requérant, une organisation non gouvernementale israélienne, avançait que l’octroi de ces licences serait incompatible avec l’obligation de la Puissance occupante, en application de l’article 55 du Règlement de La Haye, de gérer les biens publics comme un usufruit. En outre, comme la grande majorité des pierres extraites devait être utilisée en Israël plutôt que par les Palestiniens dans les territoires occupés, autoriser l’exploitation des carrières ne pouvait être considéré comme servant les intérêts de la population locale⁷¹.

À l’évidence, les autorités étaient embarrassées par la requête. Elles défendirent leur politique devant la Cour en arguant qu’une exploitation « raisonnable » des carrières, qui n’épuiserait pas les ressources de la zone, était licite, tout en déclarant qu’aucune nouvelle licence ne serait octroyée à des entreprises israéliennes pour ouvrir des carrières en Cisjordanie.

La Cour estima que la requête aurait pu être rejetée d’emblée, sans en examiner le fond. En premier lieu, le dossier des carrières était une question politique, qui avait été abordée lors des négociations entre Israël et l’Organisation de Libération de la Palestine, et qui faisait l’objet d’une disposition dans les accords d’Oslo. Aucune personne physique n’ayant affirmé que l’exploitation des carrières portait atteinte à ses droits, la question devait être considérée comme

68 Affaire *Beit Sourik*, *op. cit.*, note 26, pp. 829–830 [traduction CICR].

69 Affaire des *Carrières*, *op. cit.*, note 57, para. 10 [traduction CICR].

70 La question des carrières avait déjà été abordée dans une affaire antérieure, HCJ 9717/03, *Naale v. Supreme Planning Council in Judea and Samaria*, 58(6) PD, 2004, p. 97. Dans cette affaire, les requêtes avaient été soumises par les habitants de colonies israéliennes. Préoccupés par la pollution qu’entraînerait l’ouverture envisagée d’une carrière à proximité, ils affirmaient que l’autorisation de l’exploitation de la carrière serait incompatible avec l’article 55 du Règlement de La Haye. La Cour jugea, dans un avis succinct, que même si la carrière exploitait des ressources naturelles, l’exploitation pouvait être autorisée si elle bénéficiait à la population locale, entendue comme englobant les colons israéliens. En outre, la durée de l’occupation signifiait que la Puissance occupante devait être autorisée à apporter des changements ayant des effets à long terme. Comme les autorités avaient démontré qu’une partie des pierres extraites répondraient aux besoins de la population cisjordanienne, la Cour a estimé qu’autoriser l’ouverture de la carrière n’était pas incompatible avec l’article 55 du Règlement de La Haye.

71 Selon des chiffres présentés à la Cour par les autorités, 94 % des pierres extraites des carrières exploitées par des entreprises israéliennes étaient destinées à être utilisées en Israël. Affaire des *Carrières*, *op. cit.*, note 57, para. 1.

un enjeu politique, ne relevant pas de la compétence d'un tribunal. En outre, la requête était formulée en termes généraux, sans présenter de faits suffisamment étayés pour une décision de justice. Enfin, le retard dans la présentation de la requête et les conséquences de ce retard sur les droits de parties tierces (les entreprises qui avaient investi dans l'exploitation des carrières) signifiait que la requête devait être rejetée pour cause de retard excessif à faire valoir un droit, qui constitue un motif valable pour le rejet d'une requête devant la HCJ.

Bien que la Cour ait estimé que la requête devrait être rejetée pour les raisons ci-dessus, elle examina néanmoins la cause au fond. Elle tenta tout d'abord de montrer qu'il existait des divergences entre experts sur l'interprétation de l'article 55 du Règlement de La Haye, et plus spécifiquement sur la question de savoir si une Puissance occupante peut autoriser l'ouverture et l'exploitation de mines ou de carrières nouvelles dans des territoires occupés. Après examen de cette question, la Cour se prononça en faveur des autorités, jugeant que les carrières étaient licites. Sa position se fondait sur plusieurs motifs. Premièrement, la quantité de pierres extraite des carrières ne réduisait pas de manière significative le potentiel des carrières de la zone⁷²; la Cour estima donc que l'utilisation de la pierre pouvait être considérée comme le fait de bénéficier des fruits des carrières, plutôt que comme l'exploitation de leur capital⁷³. La Cour jugea qu'en pareilles circonstances, la vraie question était de savoir si ces actes étaient compatibles avec l'obligation de la Puissance occupante en vertu de l'article 43 du Règlement de La Haye. Selon la jurisprudence de la Cour déjà décrite plus haut, cela revenait à demander si ces actes étaient favorables au bien-être de la population locale. La Cour répondit positivement à cette question en citant un certain nombre de facteurs : une partie des pierres extraites était utilisée par les Palestiniens de la région; les entreprises versaient une redevance à l'administration civile de la Cisjordanie, qui était utilisée pour financer des projets locaux; un nombre non négligeable d'habitants palestiniens de la zone étaient employés dans les carrières; enfin, le développement de celles-ci contribuait à la modernisation de la zone. À la lumière de ces éléments, la Cour déclara qu'elle ne pouvait pas accepter le point de vue des requérants selon lequel l'exploitation des carrières par des entreprises israéliennes était sans rapport avec le bien-être de la population locale, « compte tenu en particulier des intérêts économiques communs des parties israélienne et palestinienne et de la nature durable de l'occupation »⁷⁴. La Cour a aussi tenu compte de la déclaration du gouvernement, faite en réponse à la requête, qu'il n'autoriserait pas l'ouverture de nouvelles carrières par des entreprises israéliennes.

L'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire soulève de nombreuses questions. Premièrement, en quoi la quantité de pierres extraite par rapport au poten-

72 Selon une estimation présentée par les autorités, même si les carrières israéliennes devaient être exploitées au même rythme pendant trente ans, elles n'utiliseraient que 0,5 % du potentiel total de la Cisjordanie; *ibid.*, para. 1.

73 *Ibid.*, para. 11.

74 *Ibid.*, para. 13 [traduction CICR].

tiel des carrières est-elle pertinente pour décider si l’exploitation doit être considérée comme le fait de bénéficier des fruits d’une propriété publique ou comme l’épuisement de son capital ? S’agissant de ressources naturelles non renouvelables, on voit mal comment leur exploitation pourrait être considérée comme l’utilisation de ressources sans appauvrissement du capital. Deuxièmement, en examinant les conséquences non intentionnelles de l’activité économique, plutôt que le but manifeste des mesures prises par le commandant militaire, la Cour s’est écartée de la position qu’elle avait précédemment adoptée sur cette question. La démarche de la Cour a des relents d’attitude coloniale, lorsque la puissance colonisatrice prétend que ses activités apportent des bienfaits aux peuples colonisés. Enfin, même en admettant que l’ouverture de nouvelles carrières puisse contribuer fortement au développement de l’économie locale, il n’y a aucune raison pour laquelle le commandant aurait dû autoriser des entreprises israéliennes – plutôt que des entreprises appartenant à des résidents palestiniens locaux – d’exploiter les carrières. Tous les avantages pour la population locale (emploi, fourniture de pierre pour l’industrie locale de la construction, modernisation) auraient pu être atteints en octroyant des licences à des entreprises palestiniennes.

Les colonies, les colons et les pendulaires israéliens

C’est surtout dans le contexte des colonies, et plus précisément en ce qui concerne leurs effets sur les intérêts des « personnes protégées », que la HCJ s’est efforcée d’adapter les lois à la réalité du terrain. Aux termes de l’article 4(1) de la IV^e Convention de Genève, on entend par « personnes protégées » toutes les personnes qui se trouvent au pouvoir de la Puissance occupante, à l’exception de ses propres ressortissants⁷⁵.

Lorsque la HCJ s’est attachée pour la première fois à définir le concept de population locale, elle a ignoré la notion de « personne protégée ». C’est pourquoi, ayant à juger du bien-être de la population locale dans l’affaire *Hebron Electricity*, la Cour a déclaré que « les résidents de Kiryat Arba [colonie israélienne construite à la périphérie de Hebron] doivent être considérés comme s’étant ajoutés à la population locale; ils ont eux aussi droit à un approvisionnement régulier en électricité »⁷⁶. La Cour a maintenu cette conception au cours des années suivantes, même dans les cas où elle a mentionné les devoirs de la Puissance occupante à l’égard des personnes protégées⁷⁷.

Dans un grand nombre d’affaires, les autorités ont affirmé qu’une décision ou une mesure contestée, en apparence prise pour servir les intérêts des colons ou d’autres ressortissants israéliens, était en fait prise dans l’intérêt de la population palestinienne locale. La Cour s’est montrée réticente à vérifier si tel était bien le cas⁷⁸. Elle a régulièrement considéré que le fait qu’une mesure

75 L’article 4(1) de la CG IV dispose : « Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d’occupation, au pouvoir d’une Partie au conflit ou d’une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes ».

76 Affaire *Hebron Electricity*, *op. cit.*, note 3, p. 138 [traduction CICR].

77 Affaire *Hess*, *op. cit.*, note 20, p. 455; HCJ 9717/03, affaire *Naale*, *op. cit.*, note 70, p. 104.

78 Voir, par exemple, l’affaire *Tabeeb*, *op. cit.*, note 56.

prise par le commandant militaire, comme la construction d'une nouvelle route, bénéficierait *aussi* aux colons ou à des Israéliens se déplaçant à travers la zone, ne rendait pas pour autant la mesure illégale, à condition que l'objectif soit d'apporter des avantages à la population palestinienne locale⁷⁹. Dans un grand nombre de cas, il semblait que même s'il était possible de faire valoir que la population palestinienne locale bénéficierait de la mesure contestée, tel n'était certainement pas son objectif principal ni dominant. Dans une affaire récente, relative à l'expropriation de propriétés privées de Palestiniens pour permettre la construction d'une ligne ferroviaire reliant Tel Aviv et Jérusalem, la Cour n'a pas répondu à la question de savoir si, pour qu'une telle expropriation soit licite, les avantages pour la population locale devaient être l'objectif *dominant*, plutôt que l'une des conséquences secondaires.⁸⁰ Les décisions de la Cour dans l'affaire des *Carrières* citée plus haut⁸¹ semblent indiquer qu'une mesure pourrait être légale même si les avantages qu'en retire la population locale n'en sont qu'un effet secondaire, plutôt que l'un de ses objectifs directs (pour ne pas dire dominants).

Avec la croissance du nombre des colons, et en particulier après le début de la première *intifada* en 1987, avec la montée de la tension correspondante entre Palestiniens et Israéliens en Cisjordanie, il était inévitable que surgissent des conflits d'intérêt entre les Palestiniens et les colons. Comment la Cour a-t-elle fait face à cette situation ?

L'affaire qui devait être déterminante sur ce point concerne le bâtiment Beit Hadassah, dans le centre de la ville de Hebron. Une fois que le gouvernement eut autorisé des Israéliens à occuper les étages supérieurs de ce bâtiment, le commandant militaire érigea autour de l'immeuble une clôture qui restreignait gravement l'accès des clients aux magasins palestiniens situés au rez-de-chaussée. Lorsque cette mesure fut contestée en justice, le commandant affirma que la clôture était essentielle pour garantir la sécurité des colons dans le bâtiment. Dans son examen de cette assertion, la Cour a jugé comme allant de soi que l'autorité du commandant de garantir la sécurité était « extrêmement étendue et englobait toute personne présente dans la zone, qu'elle soit l'un de ses résidents permanents ou l'un de ses nouveaux résidents »⁸². Cette conception allait devenir une constante dans l'examen par la Cour des conflits entre les intérêts des colons et des Israéliens visitant les territoires occupés d'une part, et les intérêts des personnes protégées dans la zone d'autre part⁸³.

79 Affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5, p. 811 ; affaire *Head of Beit Icsa Local Council*, *op. cit.*, note 20.

80 Affaire *Head of Beit Icsa Local Council*, *op. cit.*, note 20, para. 27. La Cour a refusé de se prononcer sur le fond dans cette affaire, considérant que la requête devait être rejetée car elle avait été présentée en dehors des délais légaux.

81 Voir *op. cit.*, note 70, ainsi que le texte des notes 69 à 74.

82 HCJ 72/86, *Zalun v. Military Commander*, 41(1) PD, 1987, p. 532 [traduction CICR]. Il faut relever que dans cette affaire, le conseil des requérants n'a semble-t-il pas argué que le commandant ne pouvait pas considérer la sécurité de personnes autres que les personnes protégées ; il a plutôt fait valoir que les véritables motifs de la construction de la clôture étaient de contraindre les commerçants palestiniens à quitter leurs magasins, et non des raisons de sécurité.

83 Voir, par exemple, HCJ 4363/02, *Zinbakh v. IDF Commander in Gaza*, arrêt du 28 mai 2002, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/02/630/043/A02/02043630.a02.pdf> ; HCJ 4219/02,

La sécurité de la population des colonies est devenue un enjeu de taille lorsque la HCJ a eu à se prononcer sur la légalité de certains tronçons de la barrière de séparation construite en grande partie sur le territoire de la Cisjordanie, question qui a fait l'objet de l'avis consultatif rendu par la CIJ dans l'affaire sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*⁸⁴. Dans son avis, la CIJ a estimé que, puisque les colonies de Cisjordanie avaient été édifiées en violation du droit international, il était illégal de fixer le tracé de la barrière de manière à ce qu'elle englobe les colonies du côté occidental. La CIJ partait, ce faisant, de l'hypothèse que la définition du tracé en fonction des colonies avait pour objet l'annexion de ces colonies à Israël⁸⁵. La HCJ ne fut pas du même avis, considérant comme établi que le tracé avait été fixé sur la base de besoins de sécurité et non de considérations politiques⁸⁶. Or, la véritable question était : la sécurité de qui ? Les intérêts en matière de sécurité des ressortissants de la Puissance occupante qui résident sur le territoire occupé font-ils partie des intérêts de sécurité que le commandant a le devoir et l'autorité de garantir ?

Comme nous l'avons vu plus haut, la HCJ s'est abstenue de se prononcer sur la légalité de la construction de colonies dans les territoires occupés. Bien qu'elle n'ait pas expressément sanctionné la légalité des colonies, son refus de se prononcer sur la question a certainement en lui-même été perçu comme une légitimation par omission. Par conséquent, lorsqu'elle a été saisie des affaires concernant la barrière de séparation, elle n'était pas en mesure, trente-cinq ans après le début de l'occupation, de revenir sur sa position et de juger que les colonies créées par le gouvernement étaient toutes illégales. D'autre part, elle n'allait pas non plus s'opposer à la CIJ et affirmer que les colonies étaient légales. Elle a évité cette difficulté en décidant que la légalité des colonies n'entraînait pas en ligne de compte pour décider si le commandant pouvait considérer la sécurité des colons en faisant usage de ses pouvoirs pour garantir l'ordre public. Aux yeux de la Cour, l'obligation faite au commandant par l'article 43 du Règlement de La Haye de maintenir l'ordre public inclut son devoir de protéger la vie de toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire occupé, que leur présence y soit licite ou non. Ce point de vue a été formulé pour la première fois dans l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Alphei Menashe*⁸⁷, dans lequel la Cour a examiné avec attention l'avis consultatif de la CIJ. L'argument a été ensuite repris dans les décisions ultérieures de la Cour sur la barrière de séparation⁸⁸.

Gusin v. IDF Commander in Gaza, 56(4) PD, 2002, en particulier p. 611. Dans ces deux affaires, la Cour a rejeté l'argument selon lequel la protection des personnes vivant dans des colonies israéliennes ne serait pas un intérêt légitime de sécurité. Les motifs avancés par la Cour étaient que, selon les accords d'Oslo, le statut des colonies devait être tranché au stade final, et que jusque-là le commandant avait le devoir d'assurer la sécurité de toutes les personnes se trouvant sur le territoire occupé.

84 Affaire du Mur, *op. cit.*, note 18.

85 Les raisons de lier la légalité du tracé de la barrière à l'emplacement des colonies sont abordées dans David Kretzmer, « The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2005, pp. 88-102.

86 Affaire *Beit Sourik*, *op. cit.*, note 26, et affaire *Alphei Menashe*, *op. cit.*, note 20.

87 Affaire *Alphei Menashe*, *op. cit.*, note 20, p. 498.

88 Voir, par exemple, HCJ 3680/05, *Tene Local Committee v. Prime Minister of Israel*, (2006), para. 8.

L'affaire *Abu Safiyeh* concerne une ordonnance par laquelle le commandant militaire de Cisjordanie a interdit aux véhicules palestiniens d'emprunter une route principale (la route 443)⁸⁹. Dans une affaire antérieure, appelée à se prononcer sur l'expropriation de terres pour construire un tronçon de cette route, la Cour avait admis que la construction de cette route avait pour objet de bénéficier à la population palestinienne locale⁹⁰. L'ordonnance interdisant aux véhicules palestiniens de circuler sur cette route fut édictée à la suite d'un certain nombre d'attaques lancées depuis des véhicules ou de tirs contre des véhicules israéliens sur cette route, ayant dans certains cas entraîné la mort ou des blessures de conducteurs et de passagers israéliens. La HCJ a décidé, non sans avoir tergiversé pendant un certain temps, qu'en interdisant aux véhicules palestiniens tout accès à cette route, le commandant avait outrepassé ses pouvoirs. La Cour a aussi jugé qu'en tout état de cause, même si le commandant avait l'autorité nécessaire pour exclure les véhicules palestiniens, sa décision de leur interdire tout usage de la route ne répondait pas aux critères de proportionnalité⁹¹. On aurait pu penser que, puisque la route avait été prétendument construite dans l'intérêt de la population palestinienne locale, et puisque le bien-être de la population devait être un principe guidant le commandant dans ses décisions, la Cour aurait dû conclure qu'il était tenu d'autoriser tous les véhicules palestiniens à utiliser la route, et si possible de prendre toutes les dispositions nécessaires en matière de sécurité pour que les véhicules israéliens puissent aussi l'emprunter. La Cour n'a rien fait de tel, se limitant à déclarer que l'ordonnance qui prononçait l'interdiction absolue de tout usage de la route par les véhicules palestiniens était illégale, et de ce fait sans validité. Elle a laissé au commandant militaire le soin d'adopter une nouvelle ordonnance permettant d'assurer la sécurité des conducteurs israéliens empruntant la route⁹². Le postulat sous-jacent était que les véhicules

disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/05/800/036/A13/05036800.a13.htm>; HCJ 11651/05, *Beit Aryeh Local Council v. Minister of Defence*, (2006), para. 8, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/05/510/116/A05/05116510.a05.htm>; HCJ 2577/04, *Al Hawaji et al. v. Prime Minister et al.* (2007), para. 31, disponible (en hébreu) sur : <http://elyon1.court.gov.il/files/04/770/025/N56/04025770.n56.htm>. Dans toutes ces décisions, la Cour a répété que «l'autorité du commandant militaire d'ériger la barrière de séparation inclut son autorité de construire une barrière pour protéger la vie et la sécurité des Israéliens qui résident dans des colonies israéliennes de la région de Judée et Samarie, bien que les Israéliens résidant dans cette zone ne soient pas des personnes protégées aux termes de l'article 4 de la Quatrième Convention de Genève» (affaire *Tene Local Committee*, para. 8) [traduction CICR].

89 HCJ 2150/07, *Ali Hussein Mahmoud Abu Safiyeh, Beit Sira Village Council Head, et al. v. Minister of Defence et al.*, arrêt du 29 décembre 2009, disponible sur : http://elyon1.court.gov.il/files_eng/07/500/021/m19/07021500.m19.pdf (ci-après «affaire *Abu Safiyeh*»).

90 Affaire *Jami'at Ascan*, *op. cit.*, note 5.

91 Affaire *Abu Safiyeh*, *op. cit.*, note 89.

92 *Ibid.*, para. 39. La Cour a suspendu la déclaration d'invalidité de l'interdiction de l'utilisation de la route par les véhicules palestiniens pendant une période de cinq mois, afin de permettre au commandant de prendre de nouvelles dispositions. Du fait des contrôles de sécurité très stricts aux points de passage routiers, la nouvelle ordonnance promulguée par le commandant militaire à la suite de l'arrêt de la Cour entraîne toujours de graves restrictions à l'utilisation de la route par les véhicules palestiniens. Voir le rapport sur le site de B'Tselem (The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories), «Route 443 – West Bank road to Israelis only», disponible sur : http://www.btselem.org/freedom_of_movement/road_443.

israéliens pouvaient continuer à utiliser la route et que des dispositions limitées seraient prises pour permettre à certains véhicules palestiniens de l'utiliser aussi. Fondamentalement, la Cour reconnaissait par là tacitement que l'intérêt principal de l'utilisation de la route était d'assurer la liberté de mouvement des véhicules israéliens.

Dans l'affaire *Hess*, la Cour a réitéré son point de vue selon lequel les colons israéliens faisaient partie de la population locale dont le commandant militaire doit protéger le bien-être⁹³. Cette affaire concernait une décision du commandant militaire de réquisitionner des propriétés privées le long du chemin qu'empruntaient les colons et d'autres visiteurs pour aller prier au Caveau des Patriarches à Hébron, afin de renforcer la protection des fidèles. La Cour, après avoir mentionné le devoir du commandant militaire, conformément à l'article 43 du Règlement de La Haye, de garantir le bien-être des personnes protégées, consacre la majeure partie de son arrêt à trouver un équilibre entre les « droits constitutionnels » à la liberté de religion et à la propriété. En faisant droit à la réquisition des biens, elle n'a attaché aucun poids particulier au devoir du commandant de sauvegarder les droits des personnes protégées⁹⁴.

En bref, la Cour a interprété l'expression « l'ordre et la vie publics » citée à l'article 43 du Règlement de La Haye de manière large, comme englobant tous les actes requis d'un gouvernement dans une société bien ordonnée dans le monde d'aujourd'hui. En adoptant une interprétation qu'elle qualifie de « dynamique » des normes de l'occupation belligérante afin de prendre en considération la réalité politique de l'occupation à long terme, la Cour a quelque peu compromis le sens fondamental de ces normes. En considérant que la sécurité des ressortissants israéliens qui se sont installés dans les territoires ou qui les traversent doit être protégée – sans accorder de priorité au devoir du commandant, conformément à la IV^e Convention de Genève, de garantir les intérêts des personnes protégées, ni exiger que le bien-être de la population locale soit l'objectif dominant – la Cour a affaibli la protection juridique accordée aux personnes protégées par le droit international⁹⁵.

Les modifications législatives

L'affaire *Christian Society*⁹⁶ concernait une ordonnance militaire modifiant la législation locale du travail, afin de faciliter le règlement de conflits du travail au moyen d'un arbitrage obligatoire. Il s'agissait de déterminer si cette modification était compatible avec le devoir de la Puissance occupante, aux termes de

93 Affaire *Hess*, *op. cit.*, note 20.

94 Voir aussi l'affaire du *Tombeau de Rachel*, *op. cit.*, note 20.

95 L'argument selon lequel la Cour, en appliquant des normes universelles à toutes les personnes dans les territoires occupés, a affaibli la protection spéciale qu'une Puissance occupante est censée accorder aux personnes protégées est développé dans Aeyal M. Gross, « Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation ? », dans *European Journal of International Law*, Vol. 18, N° 1, 2007, pp. 1–35.

96 Affaire *Christian Society*, *op. cit.*, note 3.

l'article 43 du Règlement de La Haye, de respecter, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays.

La Cour était divisée sur l'analyse de l'expression « empêchement absolu ». Pour la majorité des juges, cette expression était liée à l'obligation de la Puissance occupante de rétablir et d'assurer « l'ordre et la vie publics » et, de ce fait, toute modification de la loi ayant pour objectif de remplir cette obligation pourrait être considérée comme absolument nécessaire. Le juge minoritaire fit remarquer que l'article 43 évoque le devoir de rétablir et d'assurer. Selon lui, on ne peut rétablir que ce qui existait déjà, et des mesures visant à assurer ne doivent pas changer la nature de l'ordre et de la vie publics qui existaient antérieurement. En outre, ajouta le juge minoritaire, puisque l'arbitrage obligatoire n'existe pas en droit israélien, la Puissance occupante ne peut pas affirmer qu'elle n'a pas d'autre choix que de l'instituer dans le territoire occupé. Il plaida donc pour un critère soutenu par certains juristes : si le simple fait qu'une certaine loi existe dans l'État occupant ne saurait signifier que le commandant est autorisé à introduire une loi similaire dans le territoire occupé, le fait qu'une loi n'existe pas dans l'État occupant peut être un facteur restreignant l'introduction d'une telle loi dans le territoire occupé⁹⁷.

L'opinion minoritaire, selon laquelle les changements législatifs devraient être jugés à la lumière du devoir de « restaurer » la situation précédant l'occupation, n'aurait pas pu fournir un critère d'application pratique dès lors que l'occupation se prolongeait pendant une longue durée. Elle n'a jamais obtenu le soutien de la Cour, où l'opinion majoritaire a eu gain de cause. Ainsi, des modifications législatives nécessaires pour protéger la sécurité ou pour favoriser le bien-être de la population ne sont pas considérées illégitimes au motif que le commandant aurait été absolument empêché de les instituer⁹⁸.

La conception de la Cour en matière de modifications législatives pourrait être appelée la conception de l'« occupant bien intentionné »⁹⁹. Sous couvert de changements nécessaires dans l'intérêt de la population locale, elle a ouvert la voie à des transformations à grande échelle de la législation en Cisjordanie (ainsi que dans la bande de Gaza, avant le retrait des forces israéliennes et des colonies de ce territoire). Il suffit aux autorités, lorsque leurs décisions sont attaquées en justice, de démontrer que les changements à la législation sont nécessaires pour le bien de la population locale, au sens large décrit plus haut.

Le meilleur exemple en est l'affaire *Abu Itta*, jugée dans les années 1980¹⁰⁰. Après qu'une loi ait institué en Israël la taxe à la valeur ajoutée (TVA), les commandants militaires de la Cisjordanie et de Gaza promulguèrent des ordonnances militaires qui instituaient la même taxe dans ces territoires. Lorsque les autorités commencèrent à appliquer cette taxe, des commerçants palestiniens

97 Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 1, p. 122, et les références qui y sont citées.

98 HCJ 69/81, *Abu Itta et al. v. IDF Commander in Judea and Samaria et al.*, 37(2) PD, 1983, p. 197 (ci-après « affaire TVA »).

99 Voir D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 64-72.

100 Affaire TVA, *op. cit.*, note 98.

saisirent la Cour pour contester cette décision. Après avoir consulté de nombreuses autorités compétentes, le juge Shamgar parvint à la conclusion qu'il n'existait aucune règle rigide interdisant d'instituer un nouveau type de taxe dans un territoire occupé. Il considéra que, à l'instar de toute autre législation militaire, une loi créant une nouvelle taxe devait être jugée selon les principes de l'article 43 du Règlement de La Haye. Lorsque la taxe a été introduite, les frontières entre Israël et les territoires occupés étaient encore ouvertes. Si une TVA équivalente à celle qui avait été introduite en Israël n'avait pas été imposée dans les territoires occupés, le gouvernement aurait dû restreindre les échanges de biens et de services entre Israël et ces territoires, ce qui aurait eu un effet néfaste sur la population locale dans les territoires. En outre, les difficultés économiques dans ces territoires auraient suscité le mécontentement, ce qui aurait pu créer des problèmes de sécurité. De ce fait, l'introduction de la nouvelle taxe pouvait être justifiée à la fois comme une mesure imposée pour le bien de la population locale et comme répondant à des besoins militaires.

Ainsi, malgré le libellé sans équivoque de l'article 43, qui affirme que la Puissance occupante doit respecter les lois en vigueur dans le pays « sauf empêchement absolu », la Cour suprême a décidé que l'unique critère était de savoir si le changement apporté à la loi était fondé sur un motif légitime, à savoir la protection de la sécurité ou l'amélioration du bien-être de la population locale. La Cour ne s'est jamais prononcée sur une loi qui aurait été introduite de toute évidence exclusivement pour protéger les intérêts des colons israéliens.

Malgré sa conception généreuse des compétences du commandant militaire s'agissant de modifier la législation locale, la Cour s'est de temps à autre montrée prête à intervenir sur le contenu de textes de loi au motif que le commandant n'avait pas respecté un équilibre approprié entre les besoins de sécurité et le bien-être de la population locale. Lorsque des juristes cisjordanien ont exigé de pouvoir créer une association du barreau conformément au droit jordanien, le commandant militaire a amendé la loi afin de permettre la désignation des membres du conseil plutôt que leur élection. La Cour a admis l'existence de raisons de sécurité valables pour limiter l'indépendance de l'association du barreau, mais elle a considéré que le commandant n'avait pas accordé un poids suffisant à la nécessité de trouver un équilibre entre les exigences de sécurité et cette indépendance. Elle a donc ordonné au commandant d'envisager d'amender l'ordonnance militaire, afin de permettre une autonomie limitée au barreau¹⁰¹.

La nécessité militaire et ses contraintes : la proportionnalité

Dans bien des cas, le droit relatif à l'occupation belligérante autorise la Puissance occupante à restreindre certains droits des personnes protégées pour des motifs tels que « les besoins de l'armée d'occupation », « d'impérieuses raisons de

101 HCJ 507/85, *Tamimi et al. v. Minister of Defence et al.*, 41(4) PD, 1987, p. 57.

sécurité», ou «d'impérieuses raisons militaires»¹⁰². Dans la période qui suit le début de l'occupation, la Cour se montrait réticente à mettre en question l'évaluation au terme de laquelle le commandant militaire jugeait une certaine mesure requise par la nécessité militaire. Elle demandait bien aux autorités de produire les éléments de preuve sur la base desquels cette évaluation avait été faite, mais dans la mesure où les autorités montraient que leur décision était fondée sur une évaluation rationnelle de la nécessité militaire, la Cour refusait de contester le pouvoir d'appréciation du commandant¹⁰³. Au cours des dernières années, la Cour a appliqué une conception de la nécessité militaire fondée sur le triple critère de proportionnalité mis au point en droit public allemand¹⁰⁴. Ce critère n'a presque rien de commun avec le principe de proportionnalité tel qu'il est compris en *ius in bello*¹⁰⁵. Il faut toutefois rappeler que ce dernier principe n'est pertinent que dans la conduite des hostilités et n'a pas sa place dans l'exercice des pouvoirs d'un commandant militaire en territoire occupé. Ces pouvoirs ont pour fonction de permettre au commandant d'exercer ses devoirs d'assurer l'ordre et la vie publics, conformément à l'article 43 du Règlement de La Haye, et de protéger les intérêts de sécurité de l'armée d'occupation. C'est dans ce contexte qu'il faut voir le critère de proportionnalité de la Cour.

Dans l'affaire *Beit Sourik*, la Cour fit remarquer que le triple critère de proportionnalité était devenu un critère général, aussi bien en droit national qu'en droit international en général, et en particulier en droit de l'occupation belligé-

102 Voir, par exemple, Règlement de La Haye, art. 52 (Les réquisitions en nature et les services ne peuvent être réclamés « que pour les besoins de l'armée d'occupation »); CG IV, art. 27(4) (qui autorise, à l'égard des personnes protégées, « les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront nécessaires du fait de la guerre »); CG IV, art. 49(2) (l'évacuation totale ou partielle d'une région occupée déterminée est autorisée « si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent »); CG IV, art. 53 (interdiction de la destruction de biens « sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires »); CG IV, art. 78 (internement ou résidence forcée des personnes protégées si la Puissance occupante l'estime « nécessaire, pour d'impérieuses raisons de sécurité »).

103 Voir, par exemple, affaire *Hilu*, *op. cit.*, note 12; affaire *Beth El*, *op. cit.*, note 12, pp. 125-126.

104 En droit allemand, cette notion est appelée *Verhältnismäßigkeit*. Utilisée à l'origine en droit administratif, elle consiste à examiner trois questions : existe-t-il un lien rationnel entre l'acte administratif et son objectif légitime ? l'acte administratif constitue-t-il le moyen d'atteindre cet objectif qui porte le moins atteinte aux intérêts d'autrui ? enfin, les avantages l'emportent-ils sur les préjudices causés aux intérêts d'autrui ? La notion a été adoptée par la Cour suprême canadienne comme critère pour décider si des restrictions aux libertés protégées par la Charte canadienne sont nécessaires dans une société libre et démocratique. Elle est aujourd'hui largement utilisée dans la pratique judiciaire israélienne pour juger de la légalité des mesures édictées par le gouvernement et des restrictions aux libertés protégées. Pour un exposé complet de l'évolution de l'expression et de son utilisation en droit constitutionnel comparé, voir : Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

105 La définition classique de la proportionnalité dans le *ius in bello* figure à l'article 51(5) du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, selon lequel seront considérées comme effectuées sans discrimination « les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ». Selon l'étude du CICR sur le droit international coutumier, ce principe constitue une norme de droit international coutumier dans les conflits armés aussi bien internationaux que non internationaux. Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier, vol. 1 : Règles*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 50.

rante¹⁰⁶. Cette affaire concernait la contestation de la légalité d'un tronçon de la barrière, ou mur, de séparation qui était en cours de construction en Cisjordanie. La Cour a estimé que, puisqu'il avait été prouvé que la barrière avait pour objet d'assurer la sécurité, le commandant militaire avait bien autorité, en principe, pour réquisitionner les terrains nécessaires à sa construction. Cependant, pour examiner si le recours à la force, dans un cas concret, était « nécessaire pour la sécurité », la décision du commandant devait être examinée à l'aune du critère de proportionnalité. Il s'agissait pour cela de répondre à trois questions : y avait-il un lien rationnel entre la réquisition des terrains et l'objectif légitime (la sécurité) ? Le tracé choisi était-il le moyen le moins intrusif possible pour atteindre l'objectif ? Et enfin, l'avantage obtenu en matière de sécurité grâce à ce tracé était-il supérieur au préjudice causé aux personnes qui en subissaient les conséquences négatives ? Ce dernier critère sous-entendait que s'il existait un autre tracé permettant d'assurer la sécurité, les avantages relatifs du tracé choisi du point de vue de la sécurité devaient être pesés contre les avantages relatifs du second tracé pour les requérants. Dans le cas d'espèce, la Cour a conclu qu'il existait un lien rationnel patent entre la protection de la sécurité et l'érection de la barrière sur le tracé choisi, et que le commandant avait montré pourquoi, à ses yeux, ce tracé était optimal du point de vue de la sécurité. Toutefois, sur la base des éléments de preuve présentés par les requérants, la Cour a conclu qu'il existait un tracé de substitution qui serait certes moins avantageux, du point de vue du commandant, pour la sécurité, mais qui entraînerait un préjudice nettement moins grand pour les requérants. Le fait de n'avoir pas choisi ce tracé signifiait que la décision du commandant ne satisfaisait pas au critère de proportionnalité¹⁰⁷. Dans une autre affaire, la Cour a conclu que le tracé choisi ne satisfaisait pas au critère de proportionnalité parce que le commandant n'avait pas examiné de tracés de substitution qui auraient été moins dommageables pour les droits des requérants¹⁰⁸.

Après la décision dans l'affaire *Beit Sourik*, le triple critère de proportionnalité est devenu la norme pour examiner d'autres tronçons de la barrière de séparation et la HCJ considère maintenant qu'il constitue un principe général qui s'impose à toutes les décisions fondées sur la nécessité militaire¹⁰⁹. À première vue, la jurisprudence de la Cour sur cette question apporte une contribution importante aux limites imposées au pouvoir de décision de l'armée en territoire occupé. Des critères clairs sont fixés pour évaluer la nécessité militaire et pour la mettre en regard avec des intérêts concurrents. Le commandant n'a pas

106 Affaire *Beit Sourik*, *op. cit.*, note 26, para. 36.

107 *Ibid.*, para. 84-85.

108 Affaire *Alpei Menashe*, *op. cit.*, note 20, pp. 553-554. Dans l'affaire H CJ 9593/04, *Moraar v. IDF Commander in Judea and Samaria*, 2006 *Dinim* (38), p. 345, la Cour a évoqué le premier élément du critère de proportionnalité, à savoir l'exigence d'un lien rationnel entre la mesure prise et l'objectif de sécurité. La Cour a estimé qu'une mesure arbitraire, injuste ou illogique ne répondait pas à cette exigence. Ainsi, le fait d'imposer des restrictions au mouvement des Palestiniens afin de les protéger contre des violences potentielles de la part des colons n'était pas une mesure proportionnelle.

109 Affaire *Abu Safiyeh*, *op. cit.*, note 89.

le dernier mot sur la question de la nécessité militaire, puisque sa décision peut être réexaminée par une instance judiciaire. Pourtant, comme dans la plupart des cas, le diable se cache dans les détails. Tout comme pour l'examen de l'« ordre et la vie publics », la question est avant tout de savoir quels sont les intérêts qui sont pris en considération pour peser les divers facteurs en présence dans les trois composantes du critère de proportionnalité. Quels sont les intérêts de sécurité en jeu ? Quels types de solutions de remplacement doivent être examinés pour déterminer si la mesure choisie est bien le moyen le moins intrusif de protéger la sécurité ? Comme nous l'avons vu plus haut, la Cour a estimé que la notion de sécurité englobe non seulement la sécurité des forces armées et de la Puissance occupante, mais aussi celle des ressortissants israéliens qui vivent dans les colonies situées dans les territoires occupés, ainsi que celle des Israéliens qui traversent la zone. Même si les colons vivent dans des implantations construites en violation du droit international, il n'est jamais envisagé, dans la recherche de moyens moins intrusifs de protéger leur sécurité, de leur demander de quitter la zone en question, pas plus que d'empêcher les ressortissants de la Puissance occupante d'utiliser une route construite, aux dires des autorités elles-mêmes, pour le bien de la population palestinienne locale. D'aucuns ont affirmé que la manière dont la Cour a appliqué le critère de la proportionnalité a en réalité affaibli la protection des droits des personnes protégées en territoire occupé¹¹⁰.

Le recours au critère de la proportionnalité doit aussi être analysé dans le contexte de la tendance de la Cour de préférer les interprétations de la loi qui laissent une certaine marge d'appréciation aux autorités par rapport à celles qui ordonnent ou interdisent certains actes. Dans l'affaire *Abu Safiyeh*¹¹¹, déjà citée, la Cour a jugé que le commandant n'avait pas le droit d'exclure les véhicules palestiniens d'une route construite, selon les déclarations officielles, pour bénéficier à la population locale. Pris isolément, ce verdict eût constitué une affirmation très ferme. Or, la Cour a estimé nécessaire de donner une autre explication de l'illégalité de la décision du commandant, en ajoutant qu'elle ne satisfaisait pas au critère de la proportionnalité. Comme l'ont montré d'autres auteurs, la façon dont la proportionnalité a été appliquée dans cette affaire a compromis, dans une large mesure, la protection accordée à la population locale, dans l'intérêt de laquelle avait officiellement été construite la route en question¹¹².

L'une des conséquences problématiques de la place dominante prise par le triple critère de la proportionnalité dans la jurisprudence actuelle de la Cour suprême en général – et plus particulièrement dans sa jurisprudence concernant le droit de l'occupation – est la tendance de la Cour à passer sous silence ou à esquiver les questions relatives à l'autorité légale, préférant appliquer le principe

110 Guy Harpaz et Yuval Shany, « The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation Law », dans *Israel Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 514-550.

111 Affaire *Abu Safiyeh*, *op. cit.*, note 89.

112 Voir G. Harpaz et Y. Shany, *op. cit.*, note 110. Les auteurs affirment qu'en incluant les intérêts des pendulaires israéliens à l'égard de la route pour évaluer la proportionnalité de la décision du commandant d'en interdire l'utilisation par les véhicules palestiniens, la Cour a élargi les prérogatives d'un commandant militaire en territoire occupé.

de proportionnalité pour juger des actes du gouvernement. Cette tendance peut être décelée dans deux affaires citées plus haut. Dans l'affaire des *Carrières*¹¹³, l'enjeu était l'autorité légale du commandant militaire d'autoriser des entreprises israéliennes à ouvrir et à exploiter de nouvelles carrières de pierre, une ressource naturelle non renouvelable. Sans mentionner explicitement le critère de proportionnalité, la Cour estima que, puisque la quantité de pierre exploitée était faible par rapport au potentiel de la Cisjordanie, l'exploitation devait être considérée comme l'usage des fruits des carrières plutôt que comme l'épuisement de la ressource. Or, comme nous l'avons relevé plus haut, si le commandant ne peut autoriser l'ouverture de nouvelles carrières, la question du degré (ou de la proportionnalité) n'est pas pertinente. De la même manière, dans l'affaire *Abu Safiyeh*, la Cour a considéré que le commandant n'avait pas l'autorité légale pour interdire aux véhicules palestiniens d'emprunter la route 443¹¹⁴. Là encore, comme relevé plus haut, en citant le critère de proportionnalité comme une raison complémentaire d'annuler la décision du commandant, la Cour a affaibli l'impact de son propre verdict affirmant qu'il avait abusé de son autorité¹¹⁵.

Une situation similaire s'est produite dans la première affaire dans laquelle la Cour a employé le critère de proportionnalité pour examiner une décision d'un commandant militaire dans les territoires occupés. L'affaire concernait la démolition d'une maison à titre punitif, car l'un de ses habitants avait été lié à un attentat terroriste¹¹⁶. Bien que la Cour eût refusé, dans des affaires antérieures, d'interférer dans des décisions similaires de commandants militaires¹¹⁷, un juge de la Cour a soutenu, dans deux opinions dissidentes, que la démolition d'une maison dans laquelle vivaient des personnes n'appartenant pas à la famille nucléaire du coupable constituerait une forme de punition collective¹¹⁸, qui en tant que telle excéderait l'autorité du commandant militaire. Dans l'affaire en question, la Cour a admis que le commandant ne pouvait pas détruire une maison si cela entraînait la destruction du domicile de familles autres que la famille nucléaire du terroriste¹¹⁹. Cependant, plutôt que de fonder cette décision sur l'absence d'autorité légale, la Cour a préféré considérer qu'une telle décision ne satisferait pas au critère de la proportionnalité.

En conclusion, en adoptant le triple critère de proportionnalité afin d'évaluer la nécessité militaire, la Cour a introduit une notion inédite en droit international humanitaire. Bien que cette notion autorise un contrôle judiciaire de la manière dont les commandants militaires utilisent leur pouvoir d'appréciation en territoire occupé – et dans le cas d'Israël, elle a été parfois utilisée

113 Affaire des *Carrières*, *op. cit.*, note 57.

114 Affaire *Abu Safiyeh*, *op. cit.*, note 89.

115 Voir G. Harpaz et Y. Shany, *op. cit.*, note 110.

116 HCJ 5510/92, *Turkmahn v. Minister of Defence*, 48(1) PD, 1992, p. 217.

117 Voir D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 145–163.

118 Voir les opinions dissidentes du juge Cheshin dans HCJ 5359/91, *Khisrahn v. IDF Commander in Judea and Samaria*, 46(2) PD, 1992, p. 150; HCJ 2722/92, *Alamarin v. IDF Commander in Gaza*, 46(3) PD, p. 693.

119 Affaire *Turkmahn*, *op. cit.*, note 116.

afin de restreindre l'utilisation de ce pouvoir d'appréciation – elle peut toutefois être utilisée à mauvais escient ou de façon abusive. La Cour peut recourir à cette notion dans des cas où il serait plus approprié d'examiner des questions d'autorité légale. Elle peut aussi élargir le champ des intérêts à envisager pour évaluer la proportionnalité, élargissant par là également les prérogatives du commandant en territoire occupé.

Les hostilités dans les territoires occupés

La Puissance occupante a le devoir de garantir l'ordre public dans le territoire occupé. Elle doit, ce faisant, exercer des pouvoirs de maintien de l'ordre. Ses règles d'engagement doivent être en accord avec ces pouvoirs et avec la relation entre un gouvernement et une population civile¹²⁰. Que se passe-t-il si des hostilités éclatent dans le territoire occupé entre des groupes armés organisés et les forces de la Puissance occupante ? Quelles sont les règles applicables à la conduite de la Puissance occupante pour faire face à ce type de situation ? Celles d'une force de maintien de l'ordre ou celles relatives à la conduite des hostilités dans un conflit armé ?

Sur ces questions, les avis sont partagés. D'aucuns estiment apparemment qu'en territoire occupé, seules peuvent s'appliquer les règles de police permettant d'assurer le maintien de l'ordre, et que l'existence d'hostilités armées dans la zone ne sauraient avoir une influence sur le régime juridique applicable. C'est ainsi que dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, la CIJ n'a pas abordé la question de savoir s'il y avait des hostilités en Cisjordanie et si, en pareil cas, ces hostilités pouvaient être pertinentes pour décider quelles normes juridiques s'appliquaient¹²¹. Elle a, de ce fait, considéré que l'article 23 du Règlement de La Haye – qui figure dans le chapitre du Règlement relatif aux hostilités – n'était pas applicable pour décider de la légalité d'une saisie de biens¹²². D'autres auteurs font la distinction entre les règles qui s'appliquent aux fonctions de maintien de l'ordre de la Puissance occupante et celles qui s'appliquent en cas d'hostilités actives¹²³.

Peu de temps après l'éruption de violence dans les territoires occupés en septembre 2000, l'avocat général des Forces de défense israéliennes déclara que la situation dans les territoires devait désormais être considérée comme une situation de « conflit armé n'équivalant pas à une guerre »¹²⁴. Il indiquait par là que, au vu de l'étendue et de l'intensité des actes de violence, il s'agissait désormais

120 Voir Kenneth Watkin, « Maintaining Law and Order During Occupation: Breaking the Normative Chain », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 175-200.

121 Voir D. Kretzmer, *op. cit.*, note 85.

122 Affaire du *Mur*, *op. cit.*, note 18, para. 124.

123 Voir K. Watkin, *op. cit.*, note 120 ; Y. Dinstein, *op. cit.*, note 1, pp. 99-101.

124 Voir Giora Eiland, « The IDF in the second *intifada*: conclusions and lessons », dans *Strategic Update*, Vol. 13, N° 3, 2010, pp. 27-37, disponible sur : [http://www.inss.org.il/upload/\(FILE\)1289896504.pdf](http://www.inss.org.il/upload/(FILE)1289896504.pdf). La raison de l'ajout des mots « n'équivalant pas à une guerre » (*short of war*) n'a jamais été éclaircie. Sans doute l'intention était-elle de préciser que le conflit armé n'était pas de nature internationale.

d'une phase d'hostilités actives dans un conflit armé, plutôt que d'une « simple » occupation. Cette conception fut reprise par le gouvernement israélien dans ses déclarations à la commission Mitchell, instituée pour étudier les causes de la violence¹²⁵. La Cour suprême accepta l'expression « hostilités actives » pour désigner la situation dans les territoires occupés¹²⁶. Pour ce faire, elle s'appuya sur l'un des critères appliqués pour déterminer l'existence d'un conflit armé interne, à savoir l'étendue et l'intensité de la violence armée¹²⁷. La Cour n'a jamais examiné le deuxième critère utilisé pour évaluer une telle situation, à savoir le degré d'organisation qui sous-tend la violence armée.

Dans l'affaire *Alphei Menashe*¹²⁸, la Cour a noté que, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, la CIJ avait fait valoir que l'article 23(g) du Règlement de La Haye n'était pas applicable, puisqu'il figure dans la section du texte concernant les « hostilités ». La Cour s'est opposée à ce point de vue pour deux motifs : premièrement, de l'avis de certains experts, la portée de l'article 23(g) peut être étendue pour inclure les territoires occupés; deuxièmement, la situation dans les territoires occupés n'est pas statique : « des périodes de calme et de tranquillité se muent en périodes de combat évoluant rapidement »¹²⁹. La Cour a insisté sur le fait que les règles s'appliquant à une telle situation de combat sont celles qui s'appliquent aux hostilités en temps de conflit armé¹³⁰. Ceci étant, la Cour n'a pas expressément affirmé que le droit s'appliquant à la saisie de biens aux fins de la construction de la barrière de séparation était le droit relatif aux hostilités, « puisque l'autorité générale accordée au commandant militaire en vertu des articles 43 et 52 du Règlement de La Haye et de l'article 53 de la IV^e Convention de Genève sont suffisantes, s'agissant de la construction de la clôture »¹³¹.

La Cour suprême a été appelée à plusieurs reprises à traiter de la contradiction potentielle entre les normes régissant la conduite des hostilités et celles qui concernent le contrôle de territoires occupés¹³². Dans ces affaires, la Cour s'est efforcée d'appliquer le principe selon lequel, même durant des hostilités, le commandant militaire reste tenu d'assurer le bien-être de la population civile

125 Voir Report of the Sharm el-Sheikh Fact Finding Committee (le rapport Mitchell), qui cite des déclarations du gouvernement israélien, disponible sur : http://www.mideastweb.org/mitchell_report.htm.

126 Affaire *Ajuri*, *op. cit.*, note 20, pp. 358-359; affaire des *opérations meurtrières ciblées*, *op. cit.*, note 20.

127 Affaire *Ajuri*, *op. cit.*, note 20. La Cour a dressé la liste des attaques lancées contre Israël et contre des ressortissants israéliens, ainsi que le nombre de victimes depuis le début des violences en octobre 2000.

128 Affaire *Alphei Menashe*, *op. cit.*, note 20.

129 *Ibid.*, para. 17 [traduction CICR].

130 *Ibid.*

131 *Ibid.* [traduction CICR].

132 Voir K. Watkin, *op. cit.*, note 120, pour une discussion approfondie de la question.

locale¹³³. Dans l'affaire *Marab*¹³⁴, la Cour a eu à se prononcer sur la détention pendant les hostilités. Elle a considéré que, même s'il n'est pas possible d'effectuer un contrôle judiciaire de ce type de détention dans la zone des hostilités proprement dite, une fois que les détenus ont été éloignés de cette zone, la légalité de leur détention devrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire et les détenus devraient avoir le droit de consulter un avocat.

Des organisations non gouvernementales s'étant plaintes de ce que des Palestiniens auraient été utilisés comme «boucliers humains» durant la campagne «bouclier défensif» menée en 2002 par les FDI en Cisjordanie, l'armée israélienne a émis des ordonnances prohibant toute utilisation de résidents palestiniens comme boucliers humains ou comme otages. Les ordonnances autorisaient néanmoins les commandants militaires à solliciter l'assistance de résidents palestiniens qui s'y montraient disposés pour avertir leurs voisins qu'une unité des FDI était venue pour les arrêter, à condition que cela n'entraîne aucun danger pour la vie ou pour l'intégrité physique des résidents¹³⁵. Les autorités affirmaient que cette pratique permettait de réduire le nombre de blessés parmi les Palestiniens¹³⁶. La Cour a néanmoins conclu à l'illégalité de cette pratique, pour diverses raisons : l'article 51 de la IV^e Convention de Genève interdisant l'engagement de personnes protégées pour servir dans les forces armées de la Puissance occupante, la Cour en a conclu qu'il était aussi interdit de solliciter leur aide ; la Puissance occupante a le devoir de tenir la population locale à l'écart des opérations militaires ; il était peu probable, étant donné l'inégalité de pouvoirs, qu'il soit possible d'obtenir un véritable consentement des résidents palestiniens ; et enfin, il était impossible de savoir à l'avance si la vie du résident palestinien allait être mise en danger¹³⁷. Il s'agit de l'un des rares cas dans lesquels la HCJ a estimé qu'une pratique présentée par les autorités comme justifiée pour des raisons de sécurité était incompatible avec le DIH. C'est aussi l'une des rares décisions dans lesquelles la Cour a totalement interdit une pratique plutôt que de laisser aux autorités une marge d'appréciation afin qu'elle soit appliquée de manière proportionnelle.

L'application parallèle des normes relatives à l'occupation belligérante et des normes relatives à la conduite des hostilités a aussi été pertinente, s'agissant de la question des assassinats ciblés visant des personnes soupçonnées de terrorisme. La question de savoir si un État est en droit de recourir à la force létale contre une personne soupçonnée de terrorisme qui ne participe pas, à ce moment précis, à des activités violentes, a fait l'objet de nombreux débats académiques depuis les attaques terroristes lancées contre les États-Unis le 11 sep-

133 L'arrêt principal concernant cette question a été rendu dans l'affaire HCJ 4764/04, *Physicians for Human Rights v. Commander of the IDF in the Gaza Strip*, arrêt du 30 mai 2004, traduction anglaise disponible sur : <http://62.90.71.124/eng/verdict/framesetSrch.html> (dernière consultation le 22 mai 2012). Pour un examen détaillé des affaires, voir David Kretzmer, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review During Armed Conflict», dans *German Yearbook of International Law*, Vol. 47, 2004, pp. 392-456.

134 Affaire *Marab*, *op. cit.*, note 21.

135 HCJ 3799/02, *Adalah et al. v. Officer Commanding IDF Central Command et al.*, 60(3) PD, 2006, p. 67.

136 *Ibid.*, para. 3.

137 *Ibid.*, para. 24.

tembre 2001¹³⁸. La HCJ a été tout d'abord réticente à traiter de la question¹³⁹, mais elle a rendu en 2006 un arrêt motivé à ce sujet¹⁴⁰. L'arrêt de la Cour a été débattu, analysé et critiqué dans d'autres articles¹⁴¹, et nous nous limiterons donc à la question qui fait l'objet du présent article.

Pour déterminer s'il était légal de cibler des personnes précises, la Cour a appliqué les normes relatives à la conduite des hostilités. Elle a conclu que les membres de groupes armés palestiniens étaient des civils qui ne pouvaient être attaqués que lorsqu'ils participaient directement aux hostilités. Une fois posé ce cadre juridique, et ayant adopté une interprétation large à la fois de la « participation directe aux hostilités » et du cadre temporel dans lequel une personne peut être considérée comme participant directement aux hostilités, la Cour a défini certaines limitations au recours à la force létale contre de telles personnes. La première limitation est que la force ne peut pas être utilisée s'il est possible de recourir à d'autres moyens moins préjudiciables. Bien que l'existence d'une telle condition en droit des conflits armés ait été mise en doute¹⁴², la Cour a fondé sa position sur la notion de proportionnalité, qu'elle considère comme un principe suprême qui s'applique à toutes les formes d'exercice du pouvoir par les autorités. Elle a reconnu que, dans de nombreuses situations de combat, il n'existe aucune possibilité de recourir à d'autres méthodes – à savoir l'arrestation et la détention – pour neutraliser la menace, mais elle a ajouté que :

cette possibilité doit toujours être examinée. Elle peut se révéler particulièrement réalisable dans des conditions d'occupation belligérante, lorsque l'armée a la maîtrise de la zone dans laquelle se déroule l'opération, et où les arrestations, les enquêtes et les procès sont parfois des options réalisables (voir article 5 de la IV^e Convention de Genève)¹⁴³.

On peut s'interroger sur la pertinence de l'article 5 de la IV^e Convention de Genève dans ce contexte mais, quoi qu'il en soit, la Cour révèle ici le conflit

138 La discussion la plus complète de ce thème figure dans Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008. Voir aussi David Kretzmer, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions of Legitimate Means of Self-Defence ? », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 2, 2005, pp. 171-212; Orna Ben-Naftali et Keren Michaeli, « We Must Not Make a Scarecrow of the Law' : A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings », dans *Cornell International Law Journal*, Vol. 36, 2003, pp. 233-292.

139 Voir HCJ 5872/01, *Barakeh v. Prime Minister*, 56(3) PD, 2002, p. 1, affaire dans laquelle la Cour a jugé qu'un tribunal ne pouvait connaître d'une requête sur cette question.

140 Affaire des opérations meurtrières ciblées, *op. cit.*, note 20.

141 On trouvera une analyse de divers aspects de la décision rendue par la Cour dans les articles publiés dans *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5., N° 2, 2007 : Roy S. Schondorf, « The Targeted Killings Judgment: A Preliminary Assessment », pp. 301-309; Amichai Cohen et Yuval Shany, « A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killings Case », pp. 310-321; Orna Ben-Naftali, « A Judgment in the Shadow of International Criminal Law », pp. 322-331; William J. Fenrick, « The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities », pp. 332-338; Antonio Cassese, « On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings », pp. 339-345. Voir aussi O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 2, pp. 171-177.

142 Affaire des opérations meurtrières ciblées, *op. cit.*, note 20.

143 *Ibid.*, para. 40.

potentiel entre un régime d'occupation belligérante et une situation de conduite d'hostilités dans un conflit armé. Le territoire occupé se définit par le fait qu'il est placé sous le contrôle effectif de l'armée de la Puissance occupante. Le fait que des hostilités soient en cours, et soient d'un niveau et d'une portée de violence armée et de troubles suffisants pour être considérées comme un conflit armé et non comme des émeutes ou des troubles, ne signifie pas en soi que la Puissance occupante ait perdu son contrôle effectif sur la zone. Elle conserve ses devoirs en tant que Puissance occupante¹⁴⁴. Les membres des groupes armés qui la combattent ont un double statut : ils sont, d'une part, des personnes protégées et, d'autre part, soit des civils qui participent directement aux hostilités, soit des « combattants non privilégiés ». Il nous semble que même si l'on peut douter que l'équilibre exigé par la Cour s'applique à toutes les situations de conflit armé¹⁴⁵, il fournit, dans des situations d'occupation belligérante, un moyen de réduire la tension entre les deux fonctions que remplit l'armée de la Puissance occupante.

Remarques finales

L'occupation israélienne dure depuis longtemps ; de fait, elle dure depuis bien trop longtemps pour être considérée comme une situation d'occupation normale¹⁴⁶. Il serait naïf de penser qu'un tribunal national pourrait traiter d'une situation à ce point anormale comme s'il était un observateur extérieur et neutre, oublieux des réalités politiques de son propre pays. La HCJ a été vivement critiquée, non sans fondement, pour sa manière d'aborder un grand nombre de questions, y compris son refus de se prononcer sur la légalité des colonies israéliennes. Il faut cependant noter que la Cour a également été attaquée en Israël. Sa volonté de passer en revue toutes les mesures prises par les autorités militaires et, dans certains cas, d'intervenir dans des décisions concernant la sécurité, n'a pas été bien accueillie dans de nombreux milieux et elle a compromis la légitimité de l'institution aux yeux d'une grande partie de l'opinion publique israélienne.

En insistant sur le caractère essentiel de l'article 43 du Règlement de La Haye, en affirmant que les commandants militaires doivent trouver un équilibre entre les besoins militaires et le bien-être de la population locale, et en appliquant le critère de la proportionnalité pour juger de cet équilibre, la Cour a contribué à développer le droit de l'occupation belligérante. Sans vouloir minimiser cette contribution, il nous semble pourtant que le véritable apport de la Cour au droit de l'occupation réside non pas tant dans la teneur de ses arrêts, mais dans le fait même qu'elle se soit montrée disposée à exercer un contrôle judiciaire en temps réel des actes des autorités militaires en territoire occupé. Ce contrôle a été une innovation bienvenue, qui a eu pour effet de restreindre les actes des autorités

144 Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 1, p. 100.

145 Voir A. Cohen et Y. Shany, *op. cit.*, note 141.

146 Voir O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 2.

d'une manière que l'on ne saurait mesurer à la seule aune de la jurisprudence de la Cour. Dans bien des cas, la menace de contrôle judiciaire, de présentation d'une requête, ou les remarques des juges durant les audiences, ont amené les autorités à revoir leur position et à revenir, entièrement ou en partie, sur leurs décisions¹⁴⁷. Parallèlement à cette influence importante exercée par le contrôle judiciaire, le fait d'exiger des autorités militaires qu'elles justifient leurs actes devant le tribunal sur la base des normes du droit international de l'occupation belligérante, et de les amener à débattre de ces normes dans un cadre judiciaire, pourrait bien constituer la principale contribution de la Cour au droit de l'occupation belligérante.

147 Voir D. Kretzmer, *op. cit.*, note 2, pp. 189-191.