

« La construction du mur en Territoire palestinien occupé devant la Cour suprême d'Israël : analyse d'un processus judiciaire de légitimation », in *Mélanges offerts au professeur Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 889-927.

LA CONSTRUCTION DU MUR
EN TERRITOIRE PALESTINIEN OCCUPÉ
DEVANT LA COUR SUPRÊME D'ISRAËL :
ANALYSE D'UN PROCESSUS JUDICIAIRE
DE LÉGITIMATION

PAR

FRANÇOIS DUBUISSON

PROFESSEUR ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES
CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE SOCIOLOGIE APPLIQUÉE
AU DROIT INTERNATIONAL

Le 9 juillet 2004, la Cour internationale de Justice rendait sa décision dans l'affaire concernant les *Conséquences juridiques de la construction d'un mur en Territoire palestinien occupé* (1) (ci-après «l'avis»). J'ai eu la chance de travailler dans cette affaire en qualité d'assistant de la Palestine, auprès de Jean Salmon, qui, on le rappellera, a commencé sa carrière internationale comme conseiller juridique adjoint à l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine (UNRWA) (2) et a consacré de nombreux articles et interventions aux aspects juridiques du conflit israélo-palestinien (3).

Dans son avis rendu le 9 juillet 2004, la Cour internationale de Justice (ci-après «la C.I.J.») a abouti à des conclusions très claires quant à l'illégalité de la construction, par Israël, d'un mur en territoire palestinien occupé (ci-après, «le mur») et du régime juridique qui y est associé. L'édification du mur a été jugée comme étant con-

(1) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, <http://www.icj-cij.org>.

(2) Voy. Présentation des membres du Centre de droit international, «Jean Salmon», http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/membres_16.html, consulté le 20 octobre 2006.

(3) Voy. not. «Le droit à l'autodétermination du peuple palestinien», in *Droits de l'homme en Palestine*, Rapports de la Commission des droits de l'homme, Londres, septembre 1972, Conférence mondiale des Chrétiens pour la Palestine, Beyrouth, 1974, pp. 111-126; «Egypte - Israël : le traité de paix et le droit internationaux», *La Revue nouvelle*, 1980, n° 1, pp. 87-93; «La proclamation de l'Etat palestinien», *A.F.D.I.*, 1988, pp. 37-62; «The Proclamation of the State of Palestine», *The Palestine Yearbook of International Law*, vol. V, 1989, pp. 48-82.

traire au droit international humanitaire, à divers instruments concernant les droits de la personne, ainsi qu'au droit du peuple palestinien à l'autodétermination. La présente contribution ne consistera pas à se livrer à un commentaire critique de l'avis de la Cour, mais à examiner comment ce même dossier a été traité par la Cour suprême israélienne, dans les deux décisions de principe qu'elle a rendues, en juin 2004 et en septembre 2005 (4). Siégeant en tant que Haute Cour de Justice, la Cour suprême d'Israël est habilitée à statuer sur la légalité des décisions adoptées par les autorités publiques (5). Dans cette mesure, les Palestiniens des territoires occupés sont autorisés à attaquer les mesures prises à leur encontre par les autorités militaires ou le gouvernement israéliens. C'est ainsi que la Cour suprême a été saisie d'une série de pétitions mettant en cause la légalité de certaines portions du mur érigé en Cisjordanie et autour de Jérusalem-Est (6).

Le point de départ de notre analyse se fonde sur les conclusions auxquelles aboutit David Kretzmer dans un ouvrage paru en 2002, *The Occupation of Justice* (7), qui étudie l'ensemble de la jurisprudence de la Cour suprême d'Israël concernant les questions liées à l'occupation des territoires palestiniens. L'auteur soutient que cette juridiction remplit une fonction de légitimation de la politique israélienne d'occupation, en en validant par le droit les axes principaux : expropriation de terres, installation de colonies, expulsions, démolitions de maisons, etc. A cet égard, la manière dont la Cour suprême conçoit sa mission dans le contexte du conflit israélo-palestinien a été clairement explicitée par son ancien Président A. Barak, dans une décision récente :

«The State of Israel is undergoing a difficult period. Terror is hurting its residents. Human life is trampled upon. Hundreds have been killed. Thousands have been injured. The Arab population in Judaea and Samaria and the Gaza Strip is

(4) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, HCJ 2056/04, 30 June 2004; Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, 15 septembre 2005, disponibles sur <http://elyon1.court.gov.il/eng/home/index.html>, (consulté le 15 avril 2006).

(5) Voy. D. KRETZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflict», *G.Y.I.L.*, 2004, pp. 394-395.

(6) Au 3 janvier 2007, la Cour suprême était saisie de 39 requêtes concernant la légalité de la construction du mur (Status Report – Legal Aspects of the Security Fence, 03/01/2007, <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/news.htm#news49>, consulté le 6 février 2007).

(7) D. KRETZMER, *The Occupation of Justice: the Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, Albany, State University of New York Press, 2002, 262 p.

also suffering unbearably. All of this is because of acts of murder, killing and destruction perpetrated by terrorists. Our heart goes out to Mrs Kessler who lost her daughter in a depraved terrorist act and to all the other Israelis who have lost their beloved ones or have been themselves severely injured by terrorist attacks. The State is doing all that it can in order to protect its citizens and ensure the security of the region. These measures are limited. The restrictions are, first and foremost, military-operational ones. It is difficult to fight against persons who are prepared to turn themselves into living bombs. These restrictions are also normative. The State of Israel is a freedom-seeking democracy. It is a defensive democracy acting within the framework of its right to self-defence – a right recognized by the charter of the United Nations. The State seeks to act within the framework of the lawful possibilities available to it under the international law to which it is subject and in accordance with its internal law. As a result, not every effective measure is also a lawful measure. Indeed, the State of Israel is fighting a difficult war against terror. It is a war carried out within the law and with the tools that the law makes available. [...] Indeed, the position of the State of Israel is a difficult one. Also our role as judges is not easy. We are doing all we can to balance properly between human rights and the security of the area. In this balance, human rights cannot receive complete protection, as if there were no terror, and State security cannot receive complete protection, as if there were no human rights. A delicate and sensitive balance is required. This is the price of democracy. It is expensive, but worthwhile. It strengthens the State. It provides a reason for its struggle. Our work, as judges, is hard. But we cannot escape this difficulty, nor do we wish to do so» (8).

L'existence de recours devant la Cour suprême permet ainsi de présenter d'Israël l'image d'un État de droit qui, même dans ses décisions concernant les territoires occupés, soumet son administration au contrôle judiciaire de ses tribunaux. Mais si certaines décisions des autorités israéliennes ont pu faire l'objet d'une condamnation par la Cour, jamais cependant la politique gouvernementale ne s'est trouvée remise en cause en son principe. David Kretzmer qualifie ainsi la jurisprudence de la Cour suprême concernant les territoires occupés de «blatantly government-minded» (9). Cette orientation de la jurisprudence de la Cour suprême d'Israël se caractérise par trois éléments : le développement d'interprétations du droit international favorables aux positions gouvernementales et se démarquant des vues généralement acceptées, la prépondérance donnée aux motifs de sécurité dans l'analyse de la légalité des décisions mises en cause et, enfin, l'évitement des questions politiquement trop sensibles.

(8) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Kipah Mahmud Ahmed Ajuri & Others v. IDF Commander in West Bank & Others*, HCJ 7015/02, 3 September 2002, <http://elyon1.court.gov.il/eng/home/index.html>, (consulté le 15 octobre 2006).

(9) D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, *op. cit.*, p. 188.

Notre étude entend montrer que les décisions rendues par la Cour suprême israélienne dans les affaires concernant la construction du mur en Territoire palestinien occupé constituent des exemples particulièrement emblématiques de cette fonction de légitimation exercée par la Cour et présentent les caractéristiques mises en évidence par David Kretzmer pour la jurisprudence antérieure. Tout d'abord, ces décisions reconnaissent la légalité de principe de la construction d'un mur en territoire palestinien occupé, en validant les motifs strictement sécuritaires qui en constituent le fondement officiel (I). Ensuite, en construisant un modèle juridique *ad hoc* aboutissant à réviser le tracé du mur afin d'en proportionner les inconvénients pour les populations palestiniennes avec les impératifs de sécurité, la Cour en établit une vision «humanitaire» acceptable (II). Enfin, les décisions de la Cour suprême visent à délégitimer l'avis de la Cour internationale de Justice, en se posant comme une instance plus adéquate pour le contrôle de la légalité de la construction du mur (III).

I. – LA RECONNAISSANCE DE LA LÉGALITÉ DE PRINCIPE DE LA CONSTRUCTION DU MUR EN TERRITOIRE PALESTINIEN OCCUPÉ

Plusieurs pétitions portées devant la Cour suprême d'Israël contre la légalité de l'érection de certaines portions du mur ont à ce jour donné lieu à des décisions définitives, mais seules deux d'entre elles, qui constituent des décisions de principe, ont été publiées en anglais. Dans la première affaire, la requête mettait en cause un tronçon de 40 km construit aux pourtours du village palestinien de *Beit Sourik*, situé en Cisjordanie (ci-après «l'affaire *Beit Sourik*»). La seconde affaire, introduite après la publication de l'avis de la C.I.J., concernait un périmètre du mur enclavant plusieurs villages palestiniens à une ville israélienne installée quatre kilomètres au-delà de la ligne verte (10), à proximité de Jérusalem-Est (ci-après «l'affaire

(10) La «ligne verte» est la ligne de démarcation de l'armistice définie dans l'accord conclu à Rhodes le 3 avril 1949 entre Israël et la Jordanie. Cette ligne est très généralement considérée comme constituant la délimitation entre le Territoire israélien et le Territoire palestinien occupé. Voy. not. C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, §78 : «Les territoires situés entre la Ligne verte et l'ancienne frontière orientale de la Palestine sous mandat ont été occupés par Israël en 1967 au cours du conflit armé ayant opposé Israël à la Jordanie. Selon le droit international coutumier, il s'agissait donc de territoires occupés dans lesquels Israël avait la qualité de puissance occupante».

Mara'abe»). Les deux pétitions soulevaient la question de la légalité de principe de la construction d'un mur en Territoire palestinien occupé. La Cour suprême a conféré à cette construction une légitimité de principe, en jugeant qu'elle était en soi conforme au droit international. De cette manière, la Cour a validé la position officielle défendue par le gouvernement israélien, qui consiste à présenter le mur comme une mesure légale poursuivant exclusivement des objectifs de sécurité. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a examiné quatre questions : l'applicabilité aux territoires palestiniens de la convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (ci-après, «la quatrième convention de Genève») (A), l'évaluation des motifs de sécurité avancés par le gouvernement (B), l'influence du statut juridique des implantations juives sur la légalité de la construction du mur (C) et, enfin, la validité des mesures de réquisition de terres palestiniennes et de destruction de biens privés (D).

A. – *Le statut des territoires palestiniens et l'application du droit international humanitaire*

La position officielle du gouvernement israélien consiste à nier la qualité de «territoire sous occupation» de la Cisjordanie et de Jérusalem-Est, et par conséquent à considérer que le Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre ainsi que la quatrième convention de Genève n'y sont pas juridiquement applicables. Le gouvernement déclare toutefois s'engager au respect des dispositions humanitaires contenues dans ces instruments (11).

Dans les deux affaires soumises à la Cour suprême, la question de la légalité de la construction du mur était posée par les pétitionnaires au regard des règles du droit international de l'occupation. Conformément à sa jurisprudence (12), la Cour a accepté de faire appli-

(11) «Israel has consistently taken the position that the areas of the West Bank and Gaza cannot be considered as occupied territories under international law. Nonetheless, Israel has undertaken to comply with the humanitarian provisions of the Law of Occupation in its administration of the territories» («Israel's Settlements – Their Conformity with International Law», Israel Ministry of Foreign Affairs, December 1996, <http://www.mfa.gov.il>, consulté le 14 mai 2006). Pour une analyse critique de cette position, voy. D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, *op. cit.*, pp. 33-34.

(12) Voy. D. KRETZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflict», *op. cit.*, pp. 397-400.

cation de ces règles pour les besoins de la cause, mais sans pour autant trancher formellement la question de principe relative à leur applicabilité *de jure* aux territoires palestiniens. La Cour s'est en effet bornée à constater que les deux parties à l'instance se référaient aux principes du droit de l'occupation dans leur argumentation, ce qui lui permettait de s'abstenir de se prononcer sur cette question (13). Dans l'affaire *Beit Sourik*, la Cour a adopté la position suivante :

«The general point of departure of all parties – which is also our point of departure – is that Israel holds the area in belligerent occupation (*occupatio bellica*). [...] The authority of the military commander flows from the provisions of public international law regarding belligerent occupation. These rules are established principally in the Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907. These regulations reflect customary international law. The military commander's authority is also anchored in IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949. The question of the application of the Fourth Geneva Convention has come up more than once in this Court. [...] The question is not before us now, since the parties agree that the humanitarian rules of the Fourth Geneva Convention apply to the issue under review» (14).

La première partie du passage cité demeure ambiguë et pourrait laisser à penser que la Cour suprême a tranché en faveur de l'application *de jure* du droit international humanitaire à la Cisjordanie («Judée et Samarie» pour le gouvernement israélien). Toutefois, la dernière phrase précise qu'il n'en est rien, et qu'elle se limite à prendre acte de l'acceptation du gouvernement à prendre en considération certains principes de la quatrième convention de Genève pour les besoins de l'espèce. Ce raisonnement est encore davantage explicité par la Cour dans l'arrêt rendu en l'affaire *Mara'abe* :

«The State of Israel has declared that it practices the humanitarian parts of this convention. In light of that declaration on the part of the government of Israel, we see no need to reexamine the government's position. We are aware that the Advisory Opinion of the International Court of Justice determined that The Fourth Geneva Convention applies in the Judea and Samaria area, and that its application is not conditional upon the willingness of the State of Israel to uphold its provisions. As mentioned, seeing as the government of Israel accepts that the humanitarian aspects of The Fourth Geneva Convention apply in the *area*, we are

(13) Voy. G.R. WATSON, «The 'Wall' Decisions in Legal and Political Contexts», *A.J.I.L.*, 2005, p. 20.

(14) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, précité, §23. Voy. aussi Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité, §14.

not of the opinion that we must take a stand on that issue in the petition before us» (15).

Tandis que de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité (16) ou de l'Assemblée générale des Nations Unies (17), deux déclarations des Hautes Parties contractantes aux Conventions de Genève (18) ainsi que l'avis de la Cour internationale de Justice du 9 juillet 2004 (19) confirment l'applicabilité *de jure* de la quatrième convention de Genève, la Cour suprême préfère s'abstenir de se prononcer sur la question, alors qu'il lui revient normalement de déterminer les normes applicables à l'instance, sans se limiter à l'accord des parties sur ce point (20). Cette attitude lui permet de faire application des principes du droit de l'occupation dans l'affaire en cause, tout en évitant d'avoir à prendre une position juridique de principe qui vienne contredire le point de vue officiel défendu par l'État d'Israël sur la scène internationale. Ce cas d'évitement d'une question sensible pour le gouvernement israélien illustre l'un des traits caractéristiques de la jurisprudence de la Cour suprême, mis en évidence par David Kretzmer.

(15) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité, §14.

(16) Voy. not. les Résolutions 446, S/RES/1979; 465, S/RES/36 (1980); 904 S/RES/50 (1994); 1322, S/RES/56 (2000).

(17) Voy. not. la Résolution de l'Assemblée générale A/RES/59/122, 10 décembre 2004, «Applicabilité de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, au territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est et aux autres territoires arabes occupés».

(18) Déclaration des Hautes Parties contractantes à la quatrième convention de Genève du 15 juillet 1999; Déclaration des Hautes Parties contractantes à la quatrième convention de Genève du 5 décembre 2001. Voy. également P.-Y. FUX et M. ZAMBELLI, «Mise en œuvre de la Quatrième convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés : historique d'un processus multilatéral (1997-2001)», *R.I.C.R.*, 2002, pp. 661 et s.

(19) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, précité, §101. Sur cet aspect de l'avis, voy. A. BIANCHI, «Dismantling the Wall: The ICJ's Advisory Opinion and Its Likely Impact on International Law», *G.Y.I.L.*, 2004, pp. 351-362; R. ABT-SAAB, «Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé : quelques réflexions préliminaires sur l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice», *R.I.C.R.*, 2004, pp. 639-644; R. VIVIER, «Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé. Cour internationale de Justice, Avis consultatif du 9 juillet 2004», *A.F.D.I.*, 2004, pp. 298-300; Ch. DOMINICE, «La jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2004», *R.S.D.I.E.*, 2005/1, p. 107; R. O'KEEFE, «Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: A Commentary», *R.B.D.I.*, 2004/1, pp. 112-113; A. IMSEIS, «Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion», *A.J.I.L.*, 2005, pp. 103-105.

(20) Voy. G.R. WATSON, *op. cit.*, p. 22; D. KRETZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflict», *op. cit.*, pp. 406-407 et pp. 444-445.

B. – *La validation des justifications sécuritaires du gouvernement israélien*

Ayant admis l'application *in casu* des principes du droit de l'occupation, la Cour suprême pose comme postulat que la construction du mur en territoire occupé n'est licite que si elle se justifie par des considérations strictement militaires :

«We accept that the military commander cannot order the construction of the separation fence if his reasons are political. The separation fence cannot be motivated by a desire to «annex» territories to the state of Israel. The purpose of the separation fence cannot be to draw a political border. [...] Indeed, the military commander of territory held in belligerent occupation must balance between the needs of the army on one hand, and the needs of the local inhabitants on the other. In the framework of this delicate balance, there is no room for an additional system of considerations, whether they be political considerations, the annexation of territory, or the establishment of the permanent borders of the state» (21).

L'un des reproches adressés à la construction du mur consiste précisément à y voir une mesure déguisée d'acquisition de territoire et de renforcement du caractère permanent des colonies juives et de l'annexion de Jérusalem-Est. On le trouve formulé dans de nombreux rapports des Nations Unies, comme celui de M. John Dugard, fait à la Commission des droits de l'homme sur la situation dans les territoires palestiniens occupés par Israël : «Tout comme les colonies qu'il vise à protéger, ce Mur a manifestement pour but de créer une situation de fait sur le terrain» (22).

Afin d'examiner cette problématique, la Cour suprême a opté pour une méthode d'analyse formaliste des motifs justifiant l'édification du mur, ce qui lui permet de conclure que cette mesure est effectivement fondée exclusivement sur des considérations de sécurité. Dans l'affaire *Beit Sourik*, la Cour énonce ainsi :

«We examined petitioners' arguments, and have come to the conclusion, based upon the facts before us, that the fence is motivated by security concerns. As we have seen in the government decisions concerning the construction of the fence, the government has emphasized, numerous times, that «the fence, like the additional obstacles, is a security measure. Its construction does not express a political border, or any other border.» (decision of June 23, 2002). «The obstacle that will be erected pursuant to this decision, like other segments of the obstacle in the

(21) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, précité, §27.

(22) Rapport du rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, M. John DUGARD, sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967, E/CN.4/2004/6, 8 septembre 2003, §14.

«Seamline Area», is a security measure for the prevention of terror attacks and does not mark a national border or any other border.» (decision of October 1, 2003).

[...]

The Commander of the IDF Forces in the area of Judea and Samaria (respondent no. 2), Major General M. Kaplinsky, submitted an affidavit to the Court. In his affidavit he stated that «the objective of the security fence is to help contend with the threat of Palestinian terror. Specifically, the fence is intended to prevent the unchecked passage of inhabitants of the area into Israel and their infiltration into Israeli towns located in the area. Based on this security consideration we determined the topographic route of the fence.» (affidavit of April 15, sections 22-23). The commander of the area detailed his considerations for the choice of the route. He noted the necessity that the fence pass through territory that topographically controls its surroundings, that, in order to allow surveillance of it, its route be as flat as possible, and that a «security zone» be established which will delay infiltration into Israel. These are security considerations *par excellence*. In an additional affidavit, Major General Kaplinsky testified that «it is not a permanent fence, but rather a temporary fence erected for security needs.» (affidavit of April 19, 2004, section 4). We have no reason not to give this testimony less than full weight, and we have no reason not to believe the sincerity of the military commander» (23).

Le même type de raisonnement est également tenu par la Cour dans l'affaire *Mara'abe* :

«On the basis of all the material at our disposal, we have reached the conclusion that the reason behind the decision to erect the fence is a security consideration, of preventing terrorist infiltration into the State of Israel and into the Israeli communities in the area. The separation fence is a central security component in Israel's fight against Palestinian terrorism. The fence is inherently temporary. The seizure orders issued in order to erect the fence are limited to a definite period of a few years. So it also appears from the government decisions, whose reliability we have no basis for doubting, including the decision of February 20 2005, which brought about a change in the separation fence route as a result of the judgment in *The Beit Sourik Case*» (24).

Dans son analyse, la Cour se limite essentiellement à prendre en compte les termes formels exprimés dans le corps de la décision gouvernementale de construire le mur ou les déclarations des autorités militaires faites pour les besoins de l'instance (25). Seule est, en définitive, retenue l'expression subjective des intentions de l'autorité

(23) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, précité, §§28-29.

(24) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité, §100.

(25) Voy. D. KRITZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflict», *op. cit.*, p. 446.

qui adopte la décision, en excluant pratiquement tout recours à d'autres déclarations faites par cette autorité, à d'autres avis ou à une évaluation objective des effets concrets de la décision concernée.

Seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent amener la Cour à remettre en cause les motivations strictement sécuritaires avancées dans les déclarations officielles des autorités à l'origine de la décision. Dans un arrêt rendu le 15 juin 2006, mais non publié en anglais, la Cour a jugé que le tracé retenu pour construire la portion de mur dans les alentours de la colonie israélienne de Zufin n'était pas fondé sur des considérations militaires, mais prenait en compte un projet de développement d'un zoning industriel (26). Déjà saisie en 2002 d'une pétition concernant la même portion de mur, la Cour avait alors rejeté le recours, en validant les impératifs de sécurité mis en avant par les autorités militaires pour justifier la localisation du mur. La nouvelle plainte, introduite en 2005 par les résidents de villages palestiniens coupés de leurs terres agricoles, produisait une copie du plan d'expansion de la zone industrielle de Zufin, dont les limites coïncidaient avec le tracé du mur. Dans sa réponse, le gouvernement israélien reconnaissait la réalité de ce plan et le fait qu'il avait influencé le choix de la situation du mur. En conséquence, la Cour suprême a déclaré illégale la portion de mur visée, en constatant le fait que les véritables motifs de la décision lui avaient été cachés :

«The court was not presented with the complete picture in the first petition. The petition before us indicates an incident that is unacceptable, in which the information furnished to the court did not reflect the complete considerations facing the decision-makers. As a result, a petition was rejected that even the state now agrees should have been accepted.»

Cette décision montre combien il est délicat, en réalité, de renverser la présomption de validité attachée aux déclarations justifiant une décision par des motifs de sécurité. En l'espèce, le renversement de preuve n'a pu être obtenu que lors d'une seconde procédure, à la suite de la production d'un document officiel directement lié au dossier concerné, contredisant la motivation adoptée par l'autorité auteure de la décision. Par contre, la Cour ne semble pas prête à

(26) Les informations concernant cette décision ont été puisées aux sources suivantes : Y. YOAZ, «Court Orders Section of Separation Fence Torn Down», *Haaretz*, 16 juin 2006, <http://www.haaretz.com>, consulté le 30 octobre 2006; M. RAPOPORT, «Lies of the Lands», *Haaretz*, 25 juin 2006, <http://www.haaretz.com>, consulté le 30 octobre 2006.

admettre une remise en cause plus globale des objectifs strictement sécuritaires ayant présidé au choix du tracé général du mur en Cisjordanie et à Jérusalem-Est, en prenant en considération les effets produits par ce tracé.

Tel qu'il est conçu, le mur vise à établir une séparation physique entre différentes portions du territoire palestinien occupé, en plaçant du «côté israélien» les parties de territoires qui incluent les principaux blocs de colonies et Jérusalem-Est (27). Le mur modifie ainsi incontestablement le caractère physique, la composition démographique, et le statut du territoire palestinien occupé, types de modifications qui ont été considérées comme étant contraires au droit international humanitaire (28). Une analyse objective des implications concrètes du mur conduit dès lors à conclure que sa construction entraîne des conséquences qui dépassent les simples effets sécuritaires poursuivis, et attestent sa dimension politique (29). En outre, dans certaines déclarations qui ont accompagné différentes phases de la construction du mur, les autorités israéliennes ont clairement manifesté l'intention d'annexer les grands centres d'implantations juives installés en Cisjordanie et d'établir des frontières «sécuritaires», objectifs que le tracé du mur permet précisément de conjuguer (30).

Dans son avis, la Cour internationale de Justice a opté pour une analyse essentiellement objective des effets du mur sur le statut des territoires palestiniens :

(27) Voy. M. LYNE, «The Wall and the Settlements», in *Implementing the ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory — The role of Governments, intergovernmental organizations and civil society*, *op. cit.*, pp. 53-54; D. KRETZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflicts», *op. cit.*, pp. 442-443.

(28) Voy. not. la résolution 465 du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

(29) Voy. D. KRETZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflicts», *op. cit.*, pp. 442-443.

(30) Voy. l'opinion du juge de la C.I.J. Elaraby, à propos de la lettre du 14 avril 2004, adressée par le Premier ministre israélien Ariel Sharon au Président des E.-U., George Bush (opinion individuelle, p. 7). Israël a interprété de la façon suivante les engagements américains découlant de la réponse de George Bush à la lettre du 14 avril concernant le plan de désengagement de Gaza :

«- American stand that there will be no return to the 1967 borders, for two primary considerations: major Israeli population centers and the implementation of the term «defensible borders».

- American stand, according to which the major Israeli population centers will be part of Israel, in any event. All the remaining areas in Judea & Samaria will be open for negotiation.» (<http://www.pmo.gov.il/PMOEng/Communication/DisengagementPlan/DisengagementPlan.htm>, consulté le 30 avril 2006).

Voy. également D. KRETZMER, «The Advisory Opinion: The Light Treatment of the International Humanitarian Law», *A.J.I.L.*, 2005, p. 92 et la note 32.

«Tout en notant l'assurance donnée par Israël que la construction du mur n'équivait pas à une annexion et que le mur est de nature temporaire [...], la Cour ne saurait pour autant rester indifférente à certaines craintes exprimées devant elle d'après lesquelles le tracé du mur préjugerait la frontière future entre Israël et la Palestine, et à la crainte qu'Israël pourrait intégrer les colonies de peuplement et les voies de circulation les desservant. La Cour estime que la construction du mur et le régime qui lui est associé créent sur le terrain un «fait accompli» qui pourrait fort bien devenir permanent, auquel cas, et nonobstant la description officielle qu'Israël donne du mur, la construction de celui-ci équivaudrait à une annexion *de facto*» (31).

Commentant ce passage, la Cour suprême israélienne estime que la Cour internationale de Justice n'y fait que mentionner une hypothèse possible, exprimée au conditionnel, sans constater de violation effective du droit international :

«Of course, *prima facie*, the ICJ could have determined, that on the basis of the examination of the totality of the fence, it had reached the conclusion that the motivation behind its construction is political and not security-based, and that the intention of the government of Israel in erecting the fence was its desire to annex parts of the West Bank which lay on the «Israeli» side of the fences. The ICJ did not, however, do so; nor was a factual basis placed before it, which would have enabled it to do so. The ICJ came extremely close to such an approach [...]. However, this statement – which expressed grave concerns – is not a positive finding that the fence is political, and that its objective is annexation» (32).

Dans cet attendu, la Cour suprême se limite à une exégèse purement littérale du passage cité de l'avis de la C.I.J., sans prendre en considération d'autres extraits de la décision ni les conclusions qui en sont tirées (33). La C.I.J. ne s'est, effectivement, pas hasardée à déterminer les intentions subjectives d'Israël, même si elle se réfère aux déclarations officielles proclamant le caractère non permanent du mur. Elle s'est concentrée sur l'examen des effets du mur, dont le tracé prolonge sur le terrain un ensemble de mesures illégales adoptées préalablement par Israël (installations de colonies, annexion de Jérusalem-Est (34)), ce qui en disqualifie la portée strictement militaire. La manière dont la Cour suprême a analysé la nature des objectifs poursuivis par l'édification du mur a été vive-

(31) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, précité, §121. Sur cet aspect du raisonnement de la Cour, voy. R. VIVIER, *op. cit.*, pp. 303-304; Ch. DOMINICE, *op. cit.*, pp. 108-109.

(32) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité, §71.

(33) Voy. le paragraphe 122 de l'avis de la C.I.J., cité plus bas.

(34) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, précité, §§119 et 122.

ment critiquée par John Dugard, le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967 :

«La Haute Cour de justice israélienne, dans l'arrêt de septembre 2005 rendu en l'affaire *Mara'abe c. le Premier Ministre d'Israël* (HCJ 7957/04), a écarté l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice au prétexte que celle-ci n'avait pas tenu compte des considérations de sécurité qui motivaient la construction du mur. Cet arrêt a été fragilisé dans son fondement quand le Gouvernement israélien a admis par la suite que le mur était censé servir un dessein politique et pas seulement à des fins de sécurité. [...] On ne peut plus sérieusement douter du fait que le mur a pour but de capter les terrains environnant les colonies de Cisjordanie et d'inscrire ces colonies elles-mêmes dans les frontières d'Israël : le fait que 76 % des colons de Cisjordanie sont protégés par le mur suffit à le prouver» (35).

En effet, la légalité de principe du tracé du mur ne peut s'envisager en faisant abstraction de la problématique du statut juridique des colonies et de Jérusalem-Est, dès lors que ce tracé est fixé de manière à placer du côté israélien la majorité des implantations juives et à entourer Jérusalem (36). C'est ce lien que la Cour suprême a entendu rompre dans son analyse juridique du tracé du mur, comme nous le verrons dans le point suivant.

C. – *La légalité du mur dans son rapport avec la protection des colonies établies en Cisjordanie et à Jérusalem-Est*

Les autorités israéliennes justifient le choix du tracé du mur, en territoire palestinien occupé, par le souci d'offrir une protection aux principaux blocs de colonies, situés en Cisjordanie ou à Jérusalem-Est. Le fondement du tracé sur la situation établie par l'établissement de colonies en territoire occupé a constitué pour la C.I.J. l'un des motifs la conduisant à conclure à l'illégalité du mur. La Cour a tout d'abord constaté le caractère illicite des implantations juives en territoire palestinien occupé, au regard de l'article 49 de la Quatrième convention de Genève de 1949 :

«En ce qui concerne ces colonies, la Cour notera que selon le sixième alinéa de l'article 49 de la quatrième convention de Genève : «La puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle.» Cette disposition prohibe non seu-

(35) Rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, A/61/470, 27 septembre 2006, §33.

(36) Voy. M. LYNK, *op. cit.*, pp. 52 et s.; R. FALK, *op. cit.*, p. 47; A. BIANCHI, *op. cit.*, p. 353.

lement les déportations ou transferts forcés de population tels qu'intervenues au cours de la seconde guerre mondiale, mais encore toutes les mesures que peut prendre une puissance occupante en vue d'organiser et de favoriser des transferts d'une partie de sa propre population dans le territoire occupé.

[...]

La Cour conclut que les colonies de peuplement installées par Israël dans le territoire palestinien occupé (y compris Jérusalem-Est) l'ont été en méconnaissance du droit international» (37).

De cette conclusion, la Cour en a déduit l'illégalité du tracé du mur en territoire palestinien :

«La Cour relèvera que le tracé du mur tel qu'il a été fixé par le Gouvernement israélien incorpore dans la «zone fermée» environ 80 % des colons installés dans le territoire palestinien occupé. Par ailleurs, l'examen de la carte mentionnée au paragraphe 80 ci-dessus montre que ce tracé sinueux a été fixé de manière à inclure dans la zone la plus grande partie des colonies de peuplement installées par Israël dans le territoire palestinien occupé (y compris Jérusalem-Est).

[...]

En d'autres termes, le tracé choisi pour le mur consacre sur le terrain les mesures illégales prises par Israël et déplorées par le Conseil de sécurité (voir paragraphes 75 et 120 ci-dessus) en ce qui concerne Jérusalem et les colonies de peuplement. [...] Cette construction, s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse ainsi un obstacle gravé à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit» (38).

Il existe dès lors, sur le plan juridique, un lien étroit entre l'illégalité de la situation découlant de l'établissement de colonies en territoire palestinien occupé, et la question de la légalité de la construction d'un mur visant à assurer une protection structurelle à ces colonies (39).

Dans ses deux décisions, la Cour suprême élabore un raisonnement lui permettant de dissocier ces deux éléments, et d'affirmer la légalité de principe de la construction du mur, sans avoir à se prononcer sur la question de la licéité des colonies (40).

Tout d'abord, la Cour a rejeté dans l'affaire *Beit Sourik* l'argument selon lequel le tracé général du mur, situé au-delà des princi-

(37) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, §120.

(38) *Ibidem*, §§119 et 122.

(39) Voy. M. LYNK, *op. cit.*, pp. 52 et s.

(40) Voy. D. KRÉTZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflicts», *op. cit.*, pp. 445-446.

pales colonies établies en territoire occupé, révélerait la poursuite d'objectifs politiques :

«Petitioners, by pointing to the route of the fence, attempt to prove that the construction of the fence is not motivated by security considerations, but by political ones. They argue that if the fence was primarily motivated by security considerations, it would be constructed on the «Green Line», that is to say, on the armistice line between Israel and Jordan after the War of Independence. We cannot accept this argument. The opposite is the case: it is the security perspective – and not the political one – which must examine the route on its security merits alone, without regard for the location of the Green Line» (41).

C'est dans le cadre de l'affaire *Mara'abe* que la Cour suprême a abordé de façon spécifique la question de savoir si la défense des colonies constituait un motif légitime à l'érection du mur en territoire occupé. Elle a répondu par l'affirmative, au terme d'une motivation fondée sur l'article 43 du Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, qui charge la Puissance occupante du devoir d'assurer la préservation «de l'ordre et de la vie publics» dans le territoire occupé. La Cour estime que la défense de la sécurité des Israéliens résidant en territoire palestinien occupé est incluse dans le champ de cette disposition, indépendamment du fait de savoir si leur installation est contraire au droit international :

«The rationale behind the military commander's authority to construct a separation fence for security and military reasons includes, first and foremost, the need to protect the army in the territory under belligerent occupation. It also includes defense of the State of Israel itself. Does the military commander's authority to construct a separation fence also include his authority to construct a fence in order to protect the lives and safety of Israelis living in Israeli communities in the Judea and Samaria area?

[...]

In our opinion, the answer is positive. [...] [T]he military commander's general authority is set out in regulation 43 of *The Hague Regulations*, which determines: «The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.» The authority of the military commander is, therefore, «to ensure... public order and safety». This authority is not restricted only to situations of actual combat. It applies as long as the belligerent occupation continues. This authority is not restricted only to the persons

(41) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, précité, §30.

protected under international humanitarian law. It is a general authority, covering any person present in the territory held under belligerent occupation.

[...]

Indeed, the military commander must ensure security. He must preserve the safety of every person present in the area of belligerent occupation, even if that person does not fall into the category of 'protected persons'.

[...]

Our conclusion is, therefore, that the military commander is authorized to construct a separation fence in the *area* for the purpose of defending the lives and safety of the Israeli settlers in the *area*. It is not relevant whatsoever to this conclusion to examine whether this settlement activity conforms to international law or defies it, as determined in the Advisory Opinion of the International Court of Justice at the Hague. For this reason, we shall express no position regarding that question. The authority to construct a security fence for the purpose of defending the lives and safety of Israeli settlers is derived from the need to preserve «public order and safety» (regulation 43 of *The Hague Regulations*). It is called for, in light of the human dignity of every human individual. It is intended to preserve the life of every person created in God's image. The life of a person who is in the area illegally is not up for the taking. Even if a person is located in the area illegally, he is not outlawed» (42).

Le raisonnement développé par la Cour suprême ne peut convaincre. L'article 43 du Règlement de La Haye vise au premier chef à garantir que la population civile sous occupation puisse mener une vie la plus normale possible, incluant l'ensemble de ses aspects sociaux et économiques (43). Cette disposition ne saurait dès lors être entendue comme incluant dans le champ de «l'ordre et la vie publics» qu'il s'agit de préserver, des situations établies illégalement et durablement par l'État occupant, au détriment de la population locale (44). Cela implique que la licéité de la construction du mur en tant que mesure de sécurité ne peut être déterminée sans définir au préalable le statut juridique des colonies de peuplement. Le juge américain à la C.I.J., M. Buergenthal, a adopté une position très claire sur la question, dans sa déclaration accompagnant l'avis :

«L'article 49 de la quatrième convention de Genève [...] prévoit que «la puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle». J'estime que

(42) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mar'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité, §§18-19.

(43) Voy. H.-P. GASSER, «Protection of the Civil Populations», in D. FLECK (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 246; M. SASSOLI, «Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers», *E.J.I.L.*, 2005, p. 664; D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, op. cit., p. 58.

(44) Voy. A. IMSEIS, op. cit., p. 112 et la note 52.

cette disposition s'applique aux colonies de peuplement israéliennes en Cisjordanie et que leur existence en constitue une violation. De ce fait, les tronçons du mur construits par Israël pour protéger ces colonies constituent *ipso facto* une violation du droit international humanitaire» (45).

Il s'agit là d'une application classique du principe selon lequel aucun droit ne peut être tiré d'une situation engendrée par une violation du droit – *ex injuria ius non oritur* (46). Dans sa décision du 15 septembre 2005, la Cour suprême israélienne se réfère à neuf reprises à la déclaration du juge Buergenthal, pour appuyer ses vues critiques de l'avis de la C.I.J. Elle omet toutefois de se référer au passage qui vient d'être cité lorsqu'elle examine la problématique de la légalité de la construction du mur à des fins de sécurisation des colonies, de même qu'elle ignore le principe «*ex injuria*». En outre, la Cour s'abstient d'appliquer à ce stade du raisonnement les exigences de nécessité et de proportionnalité, qui devraient conduire à considérer que l'érection du mur ne peut être considérée comme nécessaire à la protection des colonies, dès lors que la sécurité des habitants de celles-ci devrait être assurée par leur démantèlement, exigé par de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité, et un processus de relogement en territoire israélien (47).

La Cour suprême développe ainsi une interprétation du droit international qui se démarque de celle généralement admise, et s'abstient de se prononcer sur une problématique délicate, en l'occurrence la légalité des colonies (48), en niant son impact sur la

(45) Déclaration du juge Buergenthal, §9.

(46) Voy. l'opinion individuelle du juge Elaraby, accompagnant l'avis de la C.I.J. du 9 juillet 2004, p. 7 : «Le principe général selon lequel un acte illicite ne peut créer de droits *ex injuria ius non oritur* est un principe reconnu du droit international». Voy. également A. IMSEIS, op. cit., p. 112.

(47) Voy. D. KRETZMER, «The Advisory Opinion: The Light Treatment of the International Humanitarian Law», op. cit., p. 94.

(48) La position officielle du gouvernement israélien consiste à affirmer que les implantations juives en Cisjordanie et à Jérusalem-Est sont conformes au droit international, d'une part, parce que la quatrième convention de Genève n'est pas applicable à ces territoires et, d'autre part, parce qu'en toute hypothèse l'article 49 alinéa 6 de cette convention ne prohiberait que le transfert forcé de population en territoire occupé :

«However, it is clear from both the full text of article 49 and from its title, «Deportations, Transfers, Evacuations», that the full provision is directed against the forcible transfer of civilians with a view to protecting the local population from displacement. Oppenheim-Lauterpacht confirms that the prohibition is intended to cover «cases of the occupant bringing its nationals for the purpose of displacing the population of the occupied territory» (Vol. II, 7th. ed., p. 452). This understanding of the provision is underscored by its historical context. Drafted only four years after the end of the Second World War, the provision was intended to deal with forced transfers of population like those which took place in Czechoslovakia, Poland and Hungary before and during the war. The authoritative ICRC commentary states clearly that paragraph 6 was intended to «prevent a practice adopted during the Second World War by certain powers, which transferred portions of their own population to occupied territory for political and racial

question juridique qui lui est soumise. Il en découle une légitimation de la construction du mur en tant que mesure destinée à assurer la sécurité des colonies de peuplement, en faisant abstraction de la condamnation juridique unanime dont celles-ci font l'objet sur le plan international (49). C'est ainsi que dans d'autres espèces consécutives à l'arrêt rendu dans l'affaire *Mara'abe*, la Cour a validé les portions de mur construites autour d'implantations israéliennes, dont le tracé pénétrait profondément en territoire palestinien occupé (50). Ces décisions s'inscrivent pleinement dans la jurisprudence antérieure de la Cour suprême, qui a toujours refusé de se prononcer sur la légalité de principe des implantations juives au regard de l'article 49 de la quatrième convention de Genève (51). Lorsque la politique d'installation de colonies a été mise en cause de façon générale, la Cour a considéré qu'il s'agissait d'une question non justiciable, comme l'a énoncé le Vice-Président Landau dans l'affaire *Awib v. Minister of Defence* :

«I have very gladly reached the conclusion that this court must refrain from considering this problem of civilian settlement in an area occupied from the viewpoint of international law, in the knowledge that this problem is a matter of controversy between the Government of Israel and other Governments, and that it is likely to be included in fateful international negotiations facing the Government of Israel. Every expression of opinion by this court on such a sensitive matter, which can only be made *obiter*, will have no effect either way, and it is best that

reasons or in order, as they claimed, to colonise these territories» (Commentary : IV Geneva Convention ed. Pictet (1958), p. 233). Accordingly, it is evident that Article 49 has no bearing as regards the settlements in the territories. The existence of Jewish settlements in these areas is a continuation of a long-standing Jewish presence. Moreover, the movement of individuals to these areas is entirely voluntary, while the settlements themselves are not intended to displace Arab inhabitants, nor do they do so in practice» (Israel Ministry of Foreign Affairs, «Israel's Settlements, Their Conformity with International Law», december 1996, <http://www.mfa.gov.il>, consulté le 20 septembre 2006).

(49) Voy. D. KRETZMER, «The Advisory Opinion: The Light Treatment of the International Humanitarian Law», *op. cit.*, p. 90.

(50) Arrêt du 26 novembre 2006, concernant les portions de mur enclavant le village de *Bir Naballah* et quatre autres villages palestiniens, au nord de Jérusalem (voy. «Court rejects petition to change route of J'lem envelope fence», *Haaretz*, 26 novembre, <http://www.haaretz.com/hasen/pages/ShArtVty.jhtml?sw=supreme+court&itemNo=792790>, consulté le 29 novembre 2006; Arrêt du 26 octobre 2006, concernant les portions de mur entourant les implantations de Emanuel, Maale Shomron et Karnei Shomron, situées jusqu'à 18 km à l'intérieur de la Cisjordanie (voy. «High Court approves route of fence around West Bank enclaves», *Haaretz*, 26 octobre 2006, <http://www.haaretz.com/hasen/pages/779999.html>, consulté le 30 octobre 2006); Arrêt du 17 juillet 2006, concernant la portion de mur construite aux alentours de la colonie d'Ariel (voy. *B'tselem*, «High Court errs in denying petition against separation barrier around Ariel», 24 juillet 2006, http://www.btselem.org/english/Separation_Barrier/20060724_Barrier_surrounding_Ariel.asp, consulté le 30 octobre 2006).

(51) Voy. D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, *op. cit.*, pp. 75 et s.; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 3^{ème} éd., 2002, pp. 514-515.

matters that naturally belong in the sphere of international policy are considered only in that sphere. In other words, although I agree that the petitioners' complaint is generally justiciable, since it involves property rights of the individual, this special aspect of the matter should be deemed non-justiciable, when brought by an individual to this Court» (52).

La Cour a également justifié sa position par le fait que les tribunaux israéliens n'appliquent le droit international qui n'est pas incorporé dans la législation nationale que s'il fait partie du droit coutumier (53), ce qui ne serait pas le cas, selon elle, de l'article 49 (54). Par ailleurs, la Cour a généralement considéré que la politique d'implantations en territoire occupé s'inscrivait dans la poursuite d'objectifs de sécurité permettant de valider au regard du droit international humanitaire les mesures destinées à en assurer la mise en œuvre (réquisitions de terres, destructions de propriétés,...) (55). Dans l'affaire *Beth El*, le juge Witkon a ainsi énoncé :

«One does not have to be an expert in military and security matters in order to appreciate that it is easier for terrorists elements to act in territory inhabited only by a population that is either indifferent or sympathetic towards the enemy than in territory in which there are also people who are likely to keep a watch

(52) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Awib v. Minister of Defence*, HCJ 606/78. Voy. également Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Bargil v. Government of Israel*, HCJ 4481/91, 25 Augustus 1993.

(53) Sur l'application du droit international par la Cour suprême, voy. D. KRETZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflicts», *op. cit.*, p. 397; D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, *op. cit.*, pp. 31 et s.

(54) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Ayoub v. Minister of Defence (Beth El case)*, 28 may 1979, citée par D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, *op. cit.*, pp. 81 et s.

On notera à cet égard que la Cour internationale de Justice a reconnu le caractère coutumier des règles de la quatrième convention de Genève : «C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité», selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du Détroit de Corfou (C.I.J. *Recueil* 1949, p. 22), que la convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier» (C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.* 1996, §79). La prohibition énoncée à l'article 49 alinéa 6 a été réaffirmée dans le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977, en son article 85, par. 4 (a), ainsi que dans le Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, en son article 8, 2), b, viii. Voy. également E. DAVID, *op. cit.*, p. 515; D. KRETZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflicts», *op. cit.*, p. 398.

(55) Voy. not. Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Ayoub v. Minister of Defence (Beth El case)*, précité. Dans un seul cas, la Cour a relevé que la réquisition de terres avait été réalisée afin de répondre aux demandes d'un groupe de colons nationalistes (*Gush Emunim*), et a conclu à l'absence de nécessité militaire (Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Dweikat v. Government of Israel (Elon Moreh case)*, citée par D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, *op. cit.*, p. 85.

over them and to inform the authorities of any suspicious movement. The terrorists will not find refuge among them, nor be provided with assistance and equipment. The matter is simple and there is no need to go into details. We will merely mention that according to respondent's affidavits, the settlers are subject to the authority of the army, whether formally or by virtue of circumstances. They are there because of the army and with its permission. I therefore still hold by the view that appealed to me in the *Rafiah Approche* case, that Jewish settlements in occupied territory – as long as the state of belligerency continues – fulfils real security needs» (56).

En conséquence, la Cour suprême a décidé que les réquisitions de terres visant à l'installation des colonies concernées se justifiaient en tant que mesure «nécessaire aux besoins de l'armée d'occupation». De façon analogue, la Cour suprême a considéré que la construction du mur répondait à un impératif de sécurité justifiant les mesures accessoires en permettant la réalisation, ce qui sera exposé dans le point suivant.

D. – *La légalité des mesures d'expropriation destinées à permettre la construction du mur*

Le principe même de la construction du mur en territoire palestinien soulève une dernière question dont la Cour suprême comme la Cour internationale de Justice ont été saisies : la légalité des mesures d'expropriation ou de réquisition de biens appartenant à des Palestiniens, afin d'en permettre la réalisation.

Dans son avis, la C.I.J. conclut que «la construction du mur a entraîné la destruction ou la réquisition de propriétés dans des conditions contraires aux prescriptions des articles 46 et 52 du règlement de La Haye de 1907 et de l'article 53 de la quatrième convention de Genève» (57).

La Cour suprême aboutit à la conclusion inverse, au terme d'une motivation qui érode le prescrit des dispositions concernées, et procède d'une interprétation strictement formaliste des décisions de réquisition adoptées par les autorités israéliennes. Dans l'affaire *Beit Sourik*, la Cour affirme l'autorité de principe des autorités

(56) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Ayoub v. Minister of Defence (Beth El case)*, cité in D. KREZMER, *The Occupation of Justice*, op. cit., p. 220, note 33.

(57) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, précité, §132. Sur cet aspect de l'avis, voy. A. BIANCHI, op. cit., pp. 353-354; R. ABISAAAB, op. cit., pp. 648-649; Ch. DOMINICE, op. cit., p. 109.

israéliennes d'accomplir des «prises de possession» à des fins de nécessité militaire :

«Regarding the central question raised before us, our opinion is that the military commander is authorized – by the international law applicable to an area under belligerent occupation – to take possession of land, if this is necessary for the needs of the army. See articles 23 (g) and 52 of the Hague Convention; article 53 of the Fourth Geneva Convention. [...] To the extent that construction of the fence is a military necessity, it is permitted, therefore, by international law. Indeed, the obstacle is intended to take the place of combat military operations, by physically blocking terrorist infiltration into Israeli population centers. The building of the obstacle, to the extent it is done out of military necessity, is within the authority of the military commander. Of course, the route of the separation fence must take the needs of the local population into account. That issue, however, concerns the route of the fence and not the authority to erect it» (58).

Dans l'affaire *Mara'abe*, la Cour précise son raisonnement, afin de répondre à l'avis de la C.I.J., en excluant que les réquisitions de terre puissent être qualifiées d'«expropriation» ou de «confiscation» :

«It is worth noting that construction of the separation fence is unrelated to expropriation or confiscation of land. The latter are prohibited by regulation 46 of *The Hague Regulations*. Construction of the fence does not involve transfer of ownership of the land upon which it is built. The construction of the fence is done by way of taking possession. Taking of possession is temporary. The seizure order orders its date of termination. Taking of possession is accompanied by payment of compensation for the damage caused. Such taking of possession – which is not related in any way to expropriation – is permissible according to the law of belligerent occupation (see regulations 43 and 52 of *The Hague Regulations*, and §53 of *The Fourth Geneva Convention*) [...]» (59).

Cette analyse, consistant à voir dans les mesures prises pour permettre la construction du mur une simple «prise de possession» provisoire, permet de contourner la prohibition absolue que prévoit le droit humanitaire concernant la confiscation de la propriété privée. L'article 46 du Règlement de La Haye, qui est visé dans l'avis de la C.I.J., énonce en effet que «la propriété privée ne peut pas être confisquée», sans qu'aucun motif ne soit admis pour justifier une telle action. A nouveau, la Cour suprême se limite à une analyse formelle de l'ordre de saisie, qui limite la réquisition à une durée déterminée, sans prendre en considération la possibilité de renouveler de

(58) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, précité, §32.

(59) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité, §16.

façon illimitée cet ordre, ni le caractère structurel de la construction du mur (60). Selon la Cour, les mesures de prise de possession de terres relèvent ainsi uniquement des articles 43 et 52 du règlement de La Haye, tandis que les destructions de biens qui accompagnent l'édification du mur (arrachage d'oliviers, destruction de champs,...) sont régies par l'article 53 de la quatrième convention de Genève. Elle interprète ces dispositions comme justifiant la construction du mur pour autant que celle-ci corresponde à une nécessité militaire, ce qui est le cas en l'espèce, selon elle (61). Ce faisant, la Cour ignore les critères plus précis énoncés dans ces dispositions, qui auraient normalement dû la conduire à écarter la légalité des saisies de biens appartenant à des Palestiniens.

L'article 52 du Règlement de La Haye paraît étranger à l'hypothèse soumise à la Cour suprême. Il autorise des «réquisitions en nature et des services», réclamés uniquement «pour les besoins de l'armée d'occupation». La formulation de cette disposition, ainsi que celle de l'article 55 de la quatrième convention de Genève qui lui correspond (62), suggèrent que les réquisitions visées doivent servir de façon directe à l'usage de l'armée occupante (logement, nourriture,...), mais qu'elles ne sauraient inclure l'édification de dispositifs destinés à assurer la protection de sa population civile, *a fortiori* lorsqu'elle est établie illégalement en territoire occupé (63). Concernant l'article 53 de la quatrième convention de Genève, celui-ci interdit la destruction de biens privés ou étatiques, «sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires». Cette disposition énonce ainsi un critère de nécessité militaire particulièrement strict, puisqu'il doit être *absolu* et est limité aux besoins des opérations militaires (64). Ce n'est que par un abus de langage qu'il est permis de faire entrer la

(60) Voy. D. KRETZMER, «The Advisory Opinion: The Light Treatment of the International Humanitarian Law», *op. cit.*, p. 98; D. KRETZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflict», *op. cit.*, pp. 447-448. Voy. également, concernant les réquisitions destinées à l'installation de colonies, H.-P. GASSER, *op. cit.*, pp. 261-262.

(61) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité, §16.

(62) Article 55 de la quatrième convention de Genève: «[...] La Puissance occupante ne pourra réquisitionner des vivres, des articles ou des fournitures médicales se trouvant en territoire occupé que pour les forces et l'administration d'occupation [...]».

(63) Voy. D. KRETZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflict», *op. cit.*, p. 447.

(64) Voy. D. KRETZMER, «The Advisory Opinion: The Light Treatment of the International Humanitarian Law», *op. cit.*, pp. 97-98.

construction d'un mur dans la notion d'«opérations militaires». Le raisonnement de la Cour suprême, selon lequel le mur «est destiné à remplacer les opérations de combat, en empêchant matériellement les infiltrations de terroristes dans les centres de population israéliens» (65), ne convainc pas. En effet, la notion d'opérations militaires vise clairement, dans le contexte de la quatrième convention de Genève (66), des «actions militaires [...] basées sur le mouvement et/ou le feu, ayant un but tactique ou stratégique» (67), et non l'établissement d'infrastructures s'inscrivant dans le cadre de l'administration à long terme de l'occupation.

Au terme de notre analyse du traitement par la Cour suprême israélienne de la question de la légalité de principe de la construction d'un mur en territoire palestinien occupé, on peut constater que la Cour adopte des interprétations du droit applicable qui conduisent à légaliser la décision de construire ce mur, dont le tracé général est dessiné de façon à placer du côté israélien les principaux blocs de colonies et à entourer le «Grand Jérusalem» (68). Les décisions de la Cour valident ainsi l'idée selon laquelle la construction du mur serait une mesure fondée strictement sur des considérations militaires et ne poursuivant aucun objectif politique, qui consisterait à consolider l'établissement des colonies et l'annexion de Jérusalem-Est ou établir un fait accompli préfigurant la fixation unilatérale de frontières définitives.

Une fois tranchée la question de l'autorité du commandement militaire pour ériger un mur en territoires occupés, la Cour a abordé celle de la légalité de la localisation précise du mur, dans ses portions concernées par les pétitions qui lui étaient soumises.

(65) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, précité, §32.

(66) Voy. les articles 6, 20, 28, 40, 51 et 111 de la quatrième convention de Genève.

(67) Jean SALMON (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Brussels, Bruylant, 2001, v° «opérations militaires», p. 780.

(68) Sur le statut de Jérusalem et les conséquences juridiques de la construction du mur à cet égard, voy. F. DUBUISSON, «La construction du Mur à Jérusalem-Est et le droit international», Rapport rédigé pour la Plateforme des ONG françaises pour la Palestine, 15 novembre 2005, www.pplateforme-palestine.org/IMG/pdf/Conference_Presse_-_Jerusalem_capitale_confisquee.pdf, 14 p.; B'tselem, «Separation Barrier: Route of the Barrier around East Jerusalem», http://www.btselem.org/english/Separation_Barrier/Jerusalem.asp, consulté le 30 octobre 2006.

II. — L'ÉTABLISSEMENT D'UN TRACÉ «PROPORTIONNEL» DU MUR OU LA DÉFINITION D'UN MUR «HUMANITAIRE»

La reconnaissance de l'autorité du gouvernement israélien pour construire un mur en territoire occupé n'épuise pas, pour la Cour suprême, la question de la légalité des sections du mur visées par les plaintes. Dans la mesure où le mur doit répondre à l'exigence de «nécessité militaire», il faut vérifier si la portion concernée réalise un équilibre proportionné entre la poursuite efficace des impératifs de sécurité et l'atteinte aux intérêts de la population palestinienne. Afin de procéder à cette vérification, la Cour a construit un «test de proportionnalité» (A), dont l'application aux cas d'espèces l'a amenée à déclarer illégale certaines sections du mur et ordonner des modifications de tracé, permettant de donner l'image d'un mur «humanitaire» (B).

A. — La définition d'un test de proportionnalité

La Cour suprême pose le principe selon lequel le tracé du mur doit répondre à un critère de proportionnalité, ce critère étant tiré de l'examen des articles 23 (g), 46 et 52 du Règlement de La Haye, ainsi que des articles 27 et 53 de la quatrième convention de Genève (69). Selon la Cour,

«These provisions create a single tapestry of norms that recognizes both human rights and the needs of the local population as well, recognizing security needs from the perspective of the military commander. Between these conflicting norms, a proper balance must be found. What is that balance? [...] One of those foundational principles which balance between the legitimate objective and the means of achieving it is the principle of proportionality. According to it, the liberty of the individual can be limited (in this case, the liberty of the local inhabitants under belligerent occupation), on the condition that the restriction is proportionate. This approach crosses through all branches of law. [...] Proportionality is recognized today as a general principle of international law» (70).

En conséquence, la Cour définit trois critères cumulatifs auxquels une mesure de sécurité doit correspondre afin de satisfaire l'exigence de proportionnalité :

«The first subtest is that the objective must be related to the means. The means that the administrative body uses must be constructed to achieve the pre-

cise objective which the administrative body is trying to achieve. The means used by the administrative body must rationally lead to the realization of the objective. This is the «appropriate means» or «rational means» test. According to the second subtest, the means used by the administrative body must injure the individual to the least extent possible. In the spectrum of means which can be used to achieve the objective, the least injurious means must be used. This is the «least injurious means» test. The third test requires that the damage caused to the individual by the means used by the administrative body in order to achieve its objectives must be of proper proportion to the gain brought about by that means. That is the «proportionate means» test (or proportionality «in the narrow sense.») The test of proportionality «in the narrow sense» is commonly applied with «absolute values», by directly comparing the advantage of the administrative act with the damage that results from it. However, it is also possible to apply the test of proportionality in the narrow sense in a «relative manner.» According to this approach, the administrative act is tested vis-à-vis an alternate act, whose benefit will be somewhat smaller than that of the former one. The original administrative act is disproportionate in the narrow sense if a certain reduction in the advantage gained by the original act — by employing alternate means, for example — ensures a substantial reduction in the injury caused by the administrative act» (71).

La difficulté que pose le test de proportionnalité conçu par la Cour réside en ce qu'il est formulé sous forme de principe général et se trouve dès lors déconnecté du texte précis des dispositions applicables du règlement de La Haye ou de la quatrième convention de Genève. La définition du test de proportionnalité a ainsi pour effet de dispenser la Cour de vérifier le respect des conditions particulières propres à chacun des articles concernés. Or, comme on l'a vu, certains de ces articles peuvent établir un critère de nécessité plus strict, en y adjoignant le qualificatif «absolument», ou définir de façon étroite l'objectif militaire admissible (par exemple, les «opérations militaires»). La flexibilité offerte par un tel mode d'établissement du test de proportionnalité permet à la Cour de ne pas discuter le choix de la construction d'un mur comme mesure «nécessaire» à la poursuite des objectifs de sécurité militaire avancés (72). Seule la nécessité du tracé choisi sera effectivement analysée.

(71) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, précité, §41. Voy. aussi Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité, §30.

(72) Voy. A. IMSEIS, *op. cit.*, pp. 112-114.

(69) Voy. G.R. WATSON, *op. cit.*, p. 20.

(70) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, précité, §§35-37.

B. - *La définition d'un tracé du mur «humanitaire»*

La Cour suprême a jugé que certaines portions du mur qui lui étaient soumises ne satisfaisaient pas au test de proportionnalité. Cependant, le constat du non-respect des critères de proportionnalité n'aboutit pas au rejet de la construction même du mur aux pourtours des localités palestiniennes concernées, mais entraîne uniquement pour l'autorité militaire l'obligation d'en adapter le tracé, afin d'établir un équilibre plus satisfaisant.

Dans l'affaire *Beit Sourik*, la Cour était confrontée, dans sa vérification du respect du test de proportionnalité, à une expertise soumise par le Conseil pour la Paix et la Sécurité, une association israélienne composée d'anciens militaires. Cette expertise mettait en doute le bien-fondé du tracé choisi par l'Etat-Major, et prônait une optique largement divergente, consistant à placer systématiquement le mur à distance des villages palestiniens, au plus près des localités israéliennes (73). Cette méthode avait pour avantage de causer moins de dommages aux populations palestiniennes, et d'entraîner moins de saisies de terres. Ce point de vue a toutefois été écarté par la Cour pour la mise en œuvre des deux premiers tests de proportionnalité :

«[...] In this state of affairs, are we at liberty to adopt the opinion of the Council for Peace and Security? Our answer is negative. At the foundation of this approach is our long-held view that we must grant special weight to the military opinion of the official who is responsible for security. [...] Therefore, in our examination of the contrasting military considerations in this case, we give special weight to the fact that the commander of the area is responsible for security. Having employed this approach, we are of the opinion - the details of which we shall explain below - that petitioners have not carried their burden, and have not convinced us that we should prefer the professional expert opinion of members of the Council for Peace and Security over the security stance of the commander of the area. We are dealing with two military approaches. Each of them has military advantages and disadvantages. In this state of affairs, we must place the expert opinion of the military commander at the foundation of our decision» (74).

Par conséquent, la Cour a jugé, tout d'abord, qu'il existait effectivement un lien raisonnable entre la finalité sécuritaire et le tracé du mur tel que défini par le commandement militaire (premier sous-test) :

(73) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, §18.

(74) *Ibidem*, §47.

«The first subtest examines whether there is a rational connection between the objective of the separation fence and its established route. Our answer is that such a rational connection exists. We are aware that the members of the Council for Peace and Security claim, in their expert opinion, that such a connection does not exist, and that the route proposed by them is the one that satisfies the «rational connection» test. As we stated, we cannot accept this position. By our very ruling that the route of the fence passes the test of military rationality, we have also held that it realizes the military objective of the separation fence» (75).

La Cour a également établi que le tracé choisi devait être tenu comme celui permettant de rencontrer pleinement les objectifs militaires poursuivis (deuxième sous-test) :

«The second subtest examines whether it is possible to attain the security objectives of the separation fence in a way that causes less injury to the local inhabitants. There is no doubt - and the issue is not even disputed - that the route suggested by the members of the Council for Peace and Security causes less injury to the local inhabitants than the injury caused by the route determined by the military commander. The question is whether the former route satisfies the security objective of the security fence to the same extent as the route set out by the military commander. We cannot answer this question in the affirmative. The position of the military commander is that the route of the separation fence, as proposed by members of the Council for Peace and Security, grants less security than his proposed route. By our very determination that we shall not intervene in that position, we have also determined that there is no alternate route that fulfills, to a similar extent, the security needs while causing lesser injury to the local inhabitants. In this state of affairs, our conclusion is that the second subtest of proportionality, regarding the issue before us, is satisfied» (76).

S'attachant à l'examen du troisième sous-test, la Cour a considéré que plusieurs portions du mur soumises à son contrôle produisaient sur la situation humanitaire de la population palestinienne concernée des effets disproportionnés au regard des avantages militaires obtenus :

«Our answer is that there relationship between the injury to the local inhabitants and the security benefit from the construction of the separation fence along the route, as determined by the military commander, is not proportionate. The route undermines the delicate balance between the obligation of the military commander to preserve security and his obligation to provide for the needs of the local inhabitants. This approach is based on the fact that the route which the military commander established for the security fence - which separates the local inhabitants from their agricultural lands - injures the local inhabitants in a severe and acute way, while violating their rights under humanitarian international law» (77).

(75) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, précité, §57. Voy. également §§63-66, 68-70, 72-75 et 77-79.

(76) *Ibidem*, §58.

(77) *Ibidem*, §60.

La Cour précise que cette conclusion n'implique pas la destruction pure et simple des portions de mur visées, mais uniquement leur déplacement suivant un tracé alternatif, réalisant l'équilibre adéquat entre les objectifs de sécurité et les dommages causés aux habitants :

«These injuries [...] can be substantially decreased by an alternate route, either the route presented by the experts of the Council for Peace and Security, or another route set out by the military commander. [...] Indeed, the real question in the «relative» examination of the third proportionality subtest is not the choice between constructing a separation fence which brings security but injures the local inhabitants, or not constructing a separation fence, and not injuring the local inhabitants. The real question is whether the security benefit reaped by the acceptance of the military commander's position (that the separation fence should surround Jebel Muktam) is proportionate to the additional injury resulting from his position (with the fence separating local inhabitants from their lands)» (78).

Dans l'affaire *Mara'abe*, la Cour suprême a abouti à la même conclusion, en considérant que les portions du mur qui faisaient l'objet de la requête ne satisfaisaient pas au test de proportionnalité. Concernant le premier sous-test, la Cour a rejeté l'argument des pétitionnaires selon lequel le mur, en enclavant leurs villages du côté israélien, produisait un effet d'annexion *de facto* d'une partie de la Cisjordanie, ce qui excluait une motivation strictement militaire :

«We cannot accept this argument. The separation fence creates a separation between terrorists and Israelis (in Israel and in the area), and from that standpoint, the required rational connection exists between the objective and the means for its attainment» (79).

La Cour a par contre estimé que le second sous-test n'était pas rempli en l'espèce, en constatant qu'aucun effort sérieux n'avait été entrepris pour rechercher un autre tracé moins préjudiciable :

«Thus, we have by no means been convinced that the second subtest of proportionality has been satisfied by the fence route creating the Alfei Menashe enclave. It seems to us that the required effort has not been made, and the details of an alternative route have not been examined, in order to ensure security with a lesser injury to the residents of the villages. Respondents must reconsider the existing route. They must examine the possibility of removing the villages of the enclave – some or all of them – from the «Israeli» side of the fence» (80).

En conséquence, la Cour a jugé superflu d'examiner le respect du troisième sous-test (81).

(78) *Ibidem*, §61. Voy. également §§67, 71, 76 et 80.

(79) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité, §111.

(80) *Ibidem*, §114.

(81) *Ibidem*, §116.

Dans ces deux arrêts de principe, la Cour suprême a ainsi jugé que certaines portions du mur qui lui étaient soumises contrevenaient au droit international humanitaire. Cette situation n'entame toutefois en rien la légitimation du mur opérée par les décisions de la Cour suprême. Tout d'abord, le «test de proportionnalité» réalisé par la Cour est tout entier fondé sur le postulat que la finalité poursuivie par l'édification du mur se résume strictement à la préservation de la sécurité, et que l'objectif poursuivi est dès lors parfaitement légitime et conforme au droit international. Ensuite, le principe de la construction d'un mur en territoire palestinien occupé n'est nullement remis en cause, seul le détail de son tracé, sur un plan très local, étant évalué. Enfin, le fait de déclarer illégales certaines portions du mur et d'ordonner des modifications de tracé contribue paradoxalement à en renforcer la légitimité, en soulignant que l'existence d'un contrôle judiciaire effectif permet de garantir que le tracé définitif sera parfaitement «humanitaire», reflétant un équilibre satisfaisant avec les droits de la population palestinienne. La Cour suprême dessine de cette façon l'image d'un mur incarnant le droit, comme elle le souligne en conclusion de l'affaire *Beit Sourik* :

«Only a separation fence built on a base of law will grant security to the state and its citizens. Only a separation route based on the path of law, will lead the state to the security so yearned for» (82).

On se situe dès lors dans l'affirmation d'une alternative à l'avis de la C.I.J., qui avait conclu que «le mur tel que tracé et le régime qui lui est associé portent atteinte de manière grave à de nombreux droits des Palestiniens habitant dans le territoire occupé par Israël sans que les atteintes résultant de ce tracé puissent être justifiées par des impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public» (83). C'est ainsi que la légalisation du mur par la Cour suprême s'accompagne également d'un processus de délégitimation de l'avis de la C.I.J., comme nous le montrerons dans le point suivant.

(82) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, précité, §86.

(83) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, précité, §137.

III. — UN PROCESSUS DE DÉLÉGITIMATION DE L'AVIS DE LA C.I.J.

L'analyse des décisions rendues par la Cour suprême dans les affaires relatives au mur révèle également une volonté de disqualifier l'avis prononcé par la C.I.J. en juillet 2004, qui a conclu à l'obligation pour Israël de cesser la construction du mur et de démanteler les portions déjà édifiées.

La décision rendue dans l'affaire *Beit Sourik* a été publiée le 30 juin 2004, soit neuf jours à peine avant le prononcé de l'avis de la C.I.J. Ce choix de calendrier peut s'analyser comme visant à signifier qu'Israël possède les instances nécessaires pour traiter des aspects juridiques du mur, et que la C.I.J. ne constitue pas le forum adéquat pour traiter de cette question, comme l'attestait le refus israélien d'aborder dans le cadre de la procédure consultative les questions de fond (84) et de participer à la phase orale. Dans le mémoire écrit déposé à la C.I.J., qui contestait la compétence de la Cour et la recevabilité de la demande d'avis, Israël indiquait déjà :

«La Cour suprême d'Israël [...] a été saisie de pétitions nombreuses concernant différents aspects de la clôture. Israël, qui est un Etat de droit, respecte scrupuleusement les décisions de ses tribunaux» (85).

Ce premier jugement de la Cour suprême est ainsi devenu par la suite l'un des principaux arguments avancés par le gouvernement israélien afin de justifier le fait qu'il ne tienne pas compte de l'avis de la C.I.J., tout en demeurant un État respectueux de la légalité interne et internationale (86). Dès le prononcé de l'avis, le ministère de la Défense déclarait :

«Israel's High Court of Justice issued on 30 June 2004 a detailed and binding ruling recognizing the legality of the anti-terrorist fence and detailing conditions regarding its planned routing. Needless to say, the Government of Israel will carefully respect the decision of the High Court. The Israeli judicial system has determined far-reaching conditions for enabling the improvement of Palestinian quality

(84) Voy. l'«Exposé écrit des arguments de l'Etat d'Israël», <http://www.icj-cij.org/ojwww/edocket/cmwp/cmwpframe.htm>, consulté le 30 octobre 2006.

(85) «Exposé écrit des arguments de l'Etat d'Israël», précité, p. 10.

(86) Voy. A. PINCHUK, «The responses in Israel to the ICJ Advisory Opinion on the legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory», in *Implementing the ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory – The role of Governments, intergovernmental organizations and civil society*, Report, 27 May 2005, United Nations, International Meeting on the Question of Palestine, Geneva, 8 and 9 March 2005, pp. 22 et s.

of life. No international tribunal or organization has the ability to achieve these aims» (87).

La décision du 15 septembre 2005, rendue dans l'affaire *Mara'abe*, comporte une mise en cause beaucoup plus frontale de l'avis de la C.I.J. Durant la procédure concernant l'affaire *the Villages of Boudrus and Shukba*, la Cour suprême avait demandé au gouvernement qu'il prenne clairement position sur la portée de l'avis de la C.I.J., ce qu'il a fait dans un memorandum dont un résumé a été publié en février 2005 (88). Le gouvernement mettait en avant les motifs suivants pour rejeter les conclusions de la C.I.J. :

«As regards the route of the fence, the Response notes that the information which the Court relied upon did not consider separately the different sections of the route and thus did not allow the Court to balance the various considerations regarding each section of the fence. The Advisory Opinion itself considered the fence as a single entity. As a result, inexact and outdated figures regarding some sections of the fence led to an overarching rejection of the entire hundreds of kilometers of the route. It was inappropriate to accept an overarching conclusion regarding the whole route of the fence without a detailed discussion regarding the various sections.

The construction of the fence demanded a consideration of the balance between the security needs of the citizens of Israel and the negative impact upon the Palestinian residents. The lack of complete information, especially in regard to the military necessity could not allow for a reasonable factual or legal analysis of the circumstances which entailed a conflict between two competing interests.

[...]

An analysis of the legal framework used by the ICJ to reach its ruling regarding the legality of the fence shows that this framework was similar to the framework considered by Israel's High Court of Justice. The matters in which the Advisory Opinion sometimes differed from this framework or the positions reached by Israeli Courts were not relevant to the cases now before the Court.

It is the position of the State of Israel that the factual background before the Court when it wrote the Advisory Opinion was lacking, inexact and now irrelevant in a manner that preclude its overarching conclusions that the entire route of the fence within the West Bank was in violation of international law from having any application upon the cases before the High Court of Justice and these cases should be decided based upon the factual and normative bases that have

(87) Ministry of Defense, «The Anti Terrorist Fence and the International Court of Justice», <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/news.htm#news18>, consulté le 30 octobre 2006. Voy. également l'intervention de M. Gilleran (Israël) devant l'Assemblée générale, A/ES-10/PV.24, 16 juillet 2004, pp. 15-16.

(88) Unofficial Summary of State of Israel's Response regarding the Security Fence, 28 February 2005, <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/news.htm#news27>, consulté le 25 avril 2006.

been developed by Israel's Supreme Court as exemplified in the Beit Sourik case» (89).

Dans la décision du 15 septembre 2005, la Cour suprême fait sienne la plupart des critiques émises par le gouvernement israélien, ce qui lui permet d'écarter tout caractère de précédent à l'avis de la C.I.J. pour l'examen des affaires qui lui sont soumises.

Sur le principe, la Cour admet qu'un poids particulier devrait être reconnu à l'avis consultatif :

«However, the opinion of the International Court of Justice is an interpretation of international law, performed by the highest judicial body in international law. The ICJ's interpretation of international law should be given its full appropriate weight» (90).

Toutefois, la suite de l'analyse de la Cour suprême consiste à exposer les motifs qui conduisent à rejeter les conclusions de la C.I.J. La Cour suprême constate que le corpus juridique appliqué est similaire (principalement le Règlement de La Haye et la quatrième convention de Genève), mais explique les solutions juridiques antagonistes auxquelles les deux juridictions parviennent par l'existence de divers facteurs liés à l'appréhension des faits de la cause : la C.I.J. se serait fondée sur des données factuelles inexactes ou dépassées, aurait négligé les aspects sécuritaires de l'affaire et n'aurait pas tenu compte des spécificités propres aux différentes sections du mur.

«The main difference between the two judgments stems primarily from the difference in the factual basis upon which each court made its decision. [...] This difference is what ultimately led to the contrary legal conclusions.

[...]

The first difference, and the most important one, regards the security-military necessity to erect the fence. [...] From the evidence presented before the Court, the conclusion arose that the decision to erect the fence was not the fruit of a political decision to annex occupied territory to Israel. The decision to erect the fence arose out of security-military considerations, and out of security-military necessity, as a necessary means to defend the state, its citizens, and its army against terrorist activity.

[...]

We need not determine, nor have we a sufficient factual basis to determine, who is to blame for this severe oversight. Is it the dossier of documents submitted to the ICJ? Is it the oversight of the State of Israel itself, or was it the ICJ's

(89) *Ibidem*, §§17-18 et 22-23. Voy. l'analyse de A. PINCHUK, *op. cit.*, p. 24.

(90) Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité, §56.

unwillingness to use the data submitted to it by Israel and other data in the public domain? Or maybe it is the method of examination, which focused on the fence as a totality, without examining its various segments? Whatever the reason may be, the reality is that the ICJ based its opinion on a factual basis regarding impingement of Palestinian residents' rights, without the factual basis regarding the security-military justification for this impingement» (91).

Ayant souligné ces différences d'approches des faits de la cause, la Cour suprême en conclut que

«the ICJ's conclusion, based upon a factual basis different than the one before us, is not *res judicata*, and does not obligate the Supreme Court of Israel to rule that each and every segment of the fence violates international law» (92).

A l'analyse, les raisons avancées par la Cour suprême pour justifier le fait qu'elle aboutisse à des conclusions différentes de celles de la C.I.J. se révèlent très largement artificielles. Contrairement à ce qu'indique la Cour, les oppositions reposent davantage sur des divergences d'interprétation du droit applicable que sur l'appréciation des éléments factuels. L'un des motifs principaux qui a conduit la C.I.J. à constater l'illicéité du tracé du mur est le lien que celui-ci entretient avec le renforcement des colonies de peuplement et l'annexion de Jérusalem-Est (93). Comme on l'a déjà indiqué, c'est au prix d'une interprétation du droit international radicalement dissemblable que la Cour suprême a pu considérer comme indifférent le fait que le mur soit destiné à protéger les implantations installées à Jérusalem-Est et en Cisjordanie. De la même façon, la Cour suprême écarte les dispositions du droit humanitaire qui n'admettent aucune limitation pour motifs de nécessité militaire, qui ont pourtant été jugées par la C.I.J. comme ayant été violées en l'espèce par Israël (94). Quant à l'appréciation du poids des motifs sécuritaires, elle relève également d'une interprétation des notions de nécessité et de proportionnalité propres au droit international humanitaire. Comme certains juges (95) et commentateurs (96) l'ont souligné, on aurait effectivement pu attendre de la C.I.J. qu'elle

(91) *Ibidem*, §§61, 62 et 65.

(92) *Ibidem*, §72.

(93) Voy. *supra*.

(94) Voy. en particulier l'article 46 du Règlement de La Haye, dont la portée a été analysée *supra*.

(95) Voy. l'opinion individuelle de Mme le juge Higgins, §§21-27; l'opinion individuelle de M. le juge Kooijmans, §34; la déclaration de M. le juge Buergenthal, §7.

(96) Voy. A. IMSEIS, *op. cit.*, pp. 109-114; D. KREZMER, «The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law», *op. cit.*, pp. 88 et s.; R. O'KEEFE, *op. cit.*, pp. 126 et s.; S.C. BREAUX, «Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Advisory Opinion, 9 July 2004», *I.C.L.Q.*, 2005, p. 1010.

explicite plus clairement son analyse du rapport de proportionnalité et de nécessité entre les impératifs militaires avancés par Israël et l'atteinte aux droits des habitants palestiniens. A cet égard, l'avis se limite à énoncer :

«Au total, la Cour, au vu du dossier, n'est pas convaincue que la poursuite des objectifs de sécurité avancés par Israël nécessitait l'adoption du tracé choisi pour le mur. Le mur tel que tracé et le régime qui lui est associé portent atteinte de manière grave à de nombreux droits des Palestiniens habitant dans le territoire occupé par Israël sans que les atteintes résultant de ce tracé puissent être justifiées par des impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public» (97).

De ce défaut d'explicitation du raisonnement, il ne peut toutefois être déduit que la C.I.J. aurait ignoré les éléments factuels relatifs aux arguments de sécurité avancés par Israël pour justifier la construction du mur. Répondant à une exception soulevée par Israël selon laquelle «la Cour ne pourrait se prononcer sur les conséquences juridiques de l'édification du mur sans examiner, d'une part, la nature et la portée des menaces pour la sécurité auxquelles le mur entend répondre, ainsi que l'efficacité de cette réponse, et, d'autre part, l'effet de la construction du mur pour les Palestiniens» (98), la Cour précise que

«l'exposé écrit d'Israël, bien que se limitant aux questions de compétence et d'opportunité judiciaire, comporte des observations concernant d'autres sujets, y compris les préoccupations d'Israël en matière de sécurité, et est accompagné d'annexes correspondantes; de nombreux autres documents émanant du Gouvernement israélien et concernant ces mêmes sujets sont dans le domaine public» (99).

La C.I.J. estime en conséquence qu'elle dispose de renseignements et d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre de rendre l'avis consultatif sollicité par l'Assemblée générale (100). Elle a par ailleurs reconnu qu'Israël «doit faire face à des actes de violence indiscriminés, nombreux et meurtriers, visant sa population civile» et qu'il «a le droit, et même le devoir, d'y répondre en vue de protéger la vie de ses citoyens» (101).

Lorsque l'on lit les considérants de l'avis ainsi que les opinions des juges qui l'accompagnent, on peut en déduire que le tracé du

(97) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, précité, §135.

(98) *Ibidem*, §55.

(99) *Ibidem*, §57.

(100) *Ibidem*, §58.

(101) *Ibidem*, §141.

mur a été jugé disproportionné en raison du fait de son caractère non ciblé, touchant une large portion de la population civile palestinienne de Cisjordanie, et de l'extrême gravité des dommages causés. Ainsi, selon la juge Higgins :

«Si le mur semble avoir contribué à réduire les attentats contre les civils israéliens, la nécessité et la proportionnalité du tracé retenu, avec comme corollaire les difficultés imposées aux Palestiniens non impliqués dans les attentats, n'ont pas été expliquées» (102).

Dans le même sens, le juge Owada explique :

«En fait, il semblerait raisonnable de conclure, tout bien considéré, que les répercussions politiques, sociales, économiques et humanitaires de la construction du mur, telles que la preuve en a été abondamment rapportée au cours de la procédure, sont telles que cette construction constitue une violation des obligations internationales mises à la charge d'Israël par divers instruments internationaux auxquels celui-ci est partie. En outre, ces répercussions sont telles que je suis prêt à reconnaître qu'aucun motif tiré d'impératifs militaires, même étayé par des faits démontrés, ne saurait effacer l'illicéité de cette action, au nom du strict principe de proportionnalité» (103).

Citons encore l'opinion du juge Kooijmans :

«Le tracé choisi pour la construction du mur et les perturbations qui en résultent pour les habitants du territoire palestinien occupé sont manifestement disproportionnés par rapport aux intérêts qu'Israël cherche à protéger [...]» (104).

Force est de constater que l'opposition des conclusions auxquelles aboutissent la Cour suprême israélienne et la Cour internationale de Justice s'explique plus par des interprétations inconciliables du droit international applicable que par la nature et la précision des informations reçues sur les faits de l'espèce, même s'il existe certaines différences à cet égard. En justifiant de la sorte la divergence des solutions, la Cour suprême entend masquer le fait que sa conception du droit international et du poids à accorder aux nécessités militaires s'écarte largement de celle qui est généralement acceptée, et que c'est cette conception qui sous-tend véritablement son appréciation de la légalité du mur. La critique de la méthode suivie par la C.I.J. vise en outre à porter atteinte à la crédibilité de son avis et en neutraliser la portée. L'attaque contre la Cour internationale de Justice se fait tout à fait explicite dans la déclaration du Vice-Président de la Cour, accompagnant le jugement, qui estime que

(102) Opinion individuelle de M^{me} le juge Higgins, §35.

(103) Opinion individuelle de M. le juge Owada, §24.

(104) Opinion individuelle de M. le juge Kooijmans, §34. Voy. également l'opinion individuelle de M. le juge El Araby, pp. 9-10.

l'avis est fondé sur des émotions et des opinions politiques, mais non sur des faits établis :

«1. Usually I would not add anything to my colleague's words – as we all know that often, he who adds, actually detracts – however, I found the decision of the International Court of Justice at the Hague to be so objectionable, that I said to myself that I should take pen to paper and add a few words of my own.

[...]

3. I read the majority opinion of the International Court of Justice at the Hague, and, unfortunately, I could not discover those distinguishing marks which turn a document into a legal opinion or a judgment of a court. [...]

Regarding the legal part of the opinion of the ICJ, I shall not add to what my colleague the President wrote. We have seen that there are no essential disagreements between us and the ICJ on the subject of law, and that is fortunate. However, if that is the case regarding the legal part, regarding the factual part – the part which is the basis upon which the judgment is built – I should like to disagree with the ICJ.

4. [...] Moreover, generality and lack of explanation infuse the opinion with an emotional element, which is heaped on to an extent unworthy of a legal opinion. I might add that in this way, the opinion was colored by a political hue, which legal decision does best to distance itself from, to the extent possible. And if all that is not enough, there is the ICJ's almost complete ignoring of the horrible terrorism and security problems which have plagued Israel – a silence that the reader cannot help noticing – a foreign and strange silence. [...] I am sorry, but the decision of the ICJ cannot light my path. Its light is too dim for me to guide myself by it to law, truth, and justice in the way a judge does, as I learned from those who preceded me and from my father's household» (105).

Le processus de légitimation de la construction du mur et de son tracé visant à placer du côté israélien Jérusalem-Est et les principaux blocs de colonies, s'accompagne ainsi d'un exercice de délégitimation de l'avis de la C.I.J., afin d'en écarter toute influence sur le traitement des plaintes soumises à la Cour suprême, présenté comme étant le seul organe judiciaire adéquat.

CONCLUSIONS

Au terme de notre analyse des décisions rendues par la Cour suprême dans les affaires concernant la légalité de la construction du mur en territoire palestinien occupé, il est permis de conclure que la jurisprudence qui s'est dessinée correspond aux caractéristi-

(105) Déclaration du Vice Président M. CHESHIN, Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, précité.

ques mises en évidence par David Kretzmer (106). Tout d'abord, c'est au prix d'une interprétation du droit international applicable qui se départit de celle développée par la Cour internationale de Justice, et partagée par la grande majorité des Etats (107), que la Cour suprême conclut à la légalité de principe de la construction du mur en territoire palestinien. Ensuite, on peut noter le poids considérable accordé aux motifs de sécurité dans l'évaluation des exigences de nécessité et de proportionnalité, alors que la C.I.J. avait estimé qu'au vu de la gravité et de la généralité des atteintes aux droits de la population palestinienne, ces motifs ne pouvaient conduire à justifier le choix du tracé du mur. Enfin, la Cour a pris soin de construire un raisonnement lui permettant d'éviter de se prononcer sur les questions sensibles concernant la légalité des colonies de peuplement, le statut de Jérusalem-Est ou encore l'applicabilité *de jure* de la quatrième convention de Genève. Si les décisions de la Cour suprême ont effectivement interféré avec les décisions adoptées par le gouvernement, en exigeant des modifications de localisation du mur, le principe de la construction du mur et son tracé général, visant à inclure du côté israélien les principaux blocs de colonies et Jérusalem-Est, n'ont aucunement été mis en cause.

Dès lors, il est permis de conclure que les décisions de la Cour participent clairement d'un processus de légitimation du mur, consistant à assurer que sa construction se fait dans le respect du droit et que le résultat auquel il aboutit minimise les inconvénients subis par la population palestinienne. Il ratifie également le fait que le mur ne poursuit aucune finalité politique, et que seules les considérations militaires en constituent le fondement. Ces décisions ont pleinement été exploitées par le gouvernement israélien pour justifier la poursuite de la construction du mur en dépit des conclusions

(106) Il faut relever que dans un commentaire de l'affaire *Beit Sourik*, David KRETZMER tend à considérer que la décision rendue par la Cour suprême se démarque plutôt des caractéristiques dominantes de la jurisprudence de la Cour qu'il a identifiées dans son ouvrage *The Occupation of Justice* : «[...] I maintain that the Court's decision was based on sound legal reasoning. It was a courageous decision, which certainly did not conform to political expectations» (D. KRETZMER, «The Supreme Court of Israel: Judicial Review during Armed Conflicts», *op. cit.*, p. 451).

(107) Dans plusieurs résolutions votées à une très large majorité, l'Assemblée générale des Nations Unies conclut à l'illégalité de principe de la construction par Israël d'un mur en territoire palestinien occupé : Résolution ES-10/13, 21 octobre 2003, «Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé»; Résolution ES-10/15, 20 juillet 2004, «Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est».

de la C.I.J., et des résolutions de l'Assemblée générale lui demandant d'y mettre fin. Dès la publication de l'avis de la C.I.J., Israël a ainsi déclaré ne vouloir se soumettre qu'aux décisions rendues par sa Cour suprême (108) et il a adopté, en février 2005 (109) puis en avril 2006 (110), un tracé révisé du mur, prenant en compte le principe de proportionnalité énoncé dans l'affaire *Beit Sourik*.

L'entreprise de légitimation du mur réalisée par la Cour suprême ne semble en définitive toutefois pas avoir infléchi la position juridique de la grande majorité des Etats, qui persistent à considérer l'ensemble du mur comme étant illégal, en dépit des modifications de tracé qu'il a connues (111). La difficulté est toutefois qu'aucune mesure efficace n'a été adoptée par les Etats afin d'assurer la mise en œuvre effective des conclusions de l'avis de la C.I.J. par Israël (112). Dans un rapport publié en septembre 2006, John Dugard, le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, constatait ainsi :

« En 2004, la Cour internationale de Justice a jugé que le mur qu'Israël édifie actuellement en territoire palestinien était illégal et devait être démantelé. Dans

(108) Intervention de M. Gillerman, précitée.

(109) Décision du Cabinet du 20 février 2005, <http://www.seamzone.mod.gov.il/Pages/ENG/news.htm>, consulté le 30 octobre 2006.

(110) Décision du Cabinet du 30 avril 2006, <http://www.seamzone.mod.gov.il/Pages/ENG/news.htm>, consulté le 30 octobre 2006.

(111) Voy. le Rapport de la Suisse rendu en sa qualité de Dépositaire des Conventions de Genève, conformément au paragraphe 7 de la résolution ES-10/15 adoptée par l'Assemblée générale le 20 juillet 2004, annexe à la lettre datée du 30 juin 2005, adressée au Président de l'Assemblée générale par le Représentant permanent de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies, A/ES-10/304. Alors qu'Israël a fait valoir les modifications de tracé intervenus à la suite de la décision prononcée par la Cour suprême dans l'affaire *Beit Sourik* (§41), le Rapport constate que « la très grande majorité des Etats réaffirme que le droit applicable et les obligations des parties concernées ont été constatés par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 et ne peuvent pas être remis en cause » (§22). Le Rapport ajoute encore : « Nombreux sont ceux qui reconnaissent les modifications apportées par Israël au tracé de la barrière et les rapprochements, voire les alignements, sur certains de ses tronçons, avec la ligne verte. Mais ces modifications sont qualifiées d'insuffisantes au regard du droit international et des exigences posées par l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice » (§25).

Voy. également les Conclusions du Conseil européen sur le processus de paix au Moyen Orient, Bruxelles, 21-22 novembre 2005, 14172/05 (Presse 289); les Conclusions de la Présidence de l'Union européenne, Bruxelles, 15-16 juin 2006, 10603/06, Annexe V; la résolution 61/119 de l'AG des Nations Unies concernant les Pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, adoptée le 14 décembre 2006 par 157 voix contre 9, avec 14 abstentions.

(112) Voy. notre article, « The Implementation of the Advisory Opinion of the International Court of Justice concerning the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* », *Palestine Yearbook of International Law*, vol. 13, 2004-2005.

son avis consultatif, elle a estimé que plusieurs autres pratiques israéliennes (telles que l'établissement de colonies) étaient contraires au droit international. Deux ans ont passé, mais rien n'a été fait pour donner suite aux conclusions de la Cour. Pis encore, le mur n'est absolument pas mentionné dans les déclarations périodiques du Quatuor. Tout se passe comme s'il n'y avait jamais eu d'avis consultatif» (113).

Dans un tel contexte, le recours à la Cour suprême israélienne est actuellement la seule voie qui permette aux résidents palestiniens affectés par la construction du mur de connaître une amélioration de leur sort, en obtenant certains changements de tracé. Cette situation conduit ainsi au paradoxe suivant : les recours juridiques dirigés contre la construction du mur viennent en définitive apporter des pierres qui en cimentent la légitimation.

(113) Rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, A/61/470, 27 septembre 2006, §71.