

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
INSTITUTE OF LAW
معهد الحقوق



Palestine and International Law, New Approaches

**Proceedings of the Conference held in
Birzeit University on 24-26 September 2010**

2010

20 ستمبر



Palestine and International Law, New Approaches

**Proceedings of the Conference held in
Birzeit University on 24-26 September 2010**

This publication was made possible thanks to the support of the United Nations Development Programme/Programme of Assistance to the Palestinian People

The views expressed in this publication are those of the authors and do not necessarily represent those of the United Nations or UNDP.

ISBN 978-9950-318-24-3

All rights reserved

Copyright ©2011, By Institute of Law, Birzeit University, Palestine

No part of the material protected by this copyright notice may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or by any information storage and retrieval system, without written permission from the copyright owner

Design & Printing by: Adwa Design

FOREWORD

The calendar of Middle East events has been packed over the last few months. Wheels are in motion. But pointing in which direction? Is international law an effective instrument for peace? One could be pessimistic. While we have seen a strengthening of the instruments of international law in the last decade, the system itself has come under pressure. We see again and again that core obligations are circumvented, unilaterally redefined or simply ignored. If human rights and humanitarian law were ever seen as a standard menu, they now have become dishes at a buffet, where people can pick and choose as they like.

Palestine, where the process of colonization and separation both presuppose the exclusion of the Occupied Territory and their inhabitants from the pale of law and the normalization of a state of exception, is the best—or worst—illustration of this trend. This regime is moderated, legitimized and reproduced by the logic of humanitarian concern. Humanitarian considerations have come to play an integral part of the machinery of the occupying power itself.

Even if law is a part of the framework in which actions are formulated, the question of the place and role of international law in the occupied Palestinian territory is paradoxically still to be answered more than 40 years after the beginning of the Israeli occupation of the West Bank and Gaza.

On the one hand, the traditional rights-based approach of considering the violations as a mere exception unable to undermine the effectiveness of the rule collides with the idea of violations as merely significant proof of the inadequacy of the law of occupation in a situation of prolonged occupation—or of the inadequacy of international humanitarian law, unable to face new urban warfare realities. From this point of view, legal obligation is only seen as a *prima facie* duty which, as such, is likely to fall into conflict with other legal or moral duties in certain situations. The nature of the actions taken and the context in which they take place should retroact on the legal norm itself; the classic conflict of norms is reduced to a choice between evils, entailing a necessary “profit versus loss” balance, determined by the circumstances of each case. Whether this denial of the existing legal framework and the subsequent promotion of a new body of law is a first step towards a new paradigm in which the ends pursued by the parties plays the role of a yardstick to measure their rights must thus be asked.

On the other hand, conceptualizing issues within an occupation context as a question of rights might result in a distorted discourse that sets aside the vertical implementation of the rule of law to promote a purely horizontal implementation that obscures the occupying power’s accountability. The question is simple, but still unanswered: is a rights-based analysis that places

everyone on a supposedly equal plane at all possible in a situation that has structural inequality at its core? How can one assess violations in a context where the systematic invocation of circumstances in which the rules do not apply makes it difficult to discern the circumstances in which they do apply?

Thanks to the support of the United Nations Development Program and the French General Consulate in Jerusalem, Birzeit University's Institute of Law organized on 24-26 September 2010 a conference to address these issues and develop a better understanding of legal policy in the Occupied Territory. Focusing on the norm itself and on legal relations between norms, rather than on the consequences of their violations, the central assumption of this conference was that the choice of legal grounds establishing territorial jurisdiction, the evolutions desired, and the methods by which these evolutions come into being allow us to question the function attributed to international law in the occupied Palestinian territory.

During the conference, the tension between the anti-formalist practices of international law highlighted in the Israeli-Palestinian context, the move toward indeterminacy of legal standards and the need for objective, shared values that can serve as a cornerstone capable of adjudicating moments of conflicts were analysed to determine the place and role of the law of armed conflict in asymmetrical warfare, the relevance of the fourth Geneva Convention in a long-lasting occupation, and the effectiveness of international legal mechanisms aimed at correcting the effects of current legal policy. In order to accurately reflect the work conducted, the same articulation has been used in the present publication. The various contributions explore the duty to spare civilians in asymmetrical warfare in light of recent Israeli practice, the notions of transformative occupation and annexation from a theoretical and practical perspective, and the use of the law of state and individual responsibility in the Israeli-Palestinian conflict. Authors were asked to reproduce as faithfully as possible their oral presentations, lightly footnoted and in their original language.

The editors do not contend that the essays assembled here have reached final answers to all of the questions raised. In the Israeli-Palestinian context, practice and the elaboration of arguments has produced ever-more complicated and diffuse arguments, but seem ever-less able to determine outcomes. We believe, though, that it is possible, through the critique of meta-narratives, to create uncertainty in previously unquestioned policies. We hope that this publication will make a sensible and constructive contribution to reaching that goal.

Jean-Philippe Kot

The book cover features a vertical strip on the left with a detailed floral pattern in shades of brown and gold. The rest of the cover is a dark green gradient with a faint, repeating floral motif. The title and subtitle are printed in white and yellow text.

PROLEGOMENON

**International Law and the Origins
of the Israel-Palestine Conflict:
New Approaches, New Findings**



Victor Kattan*

Instead of giving a history lesson on Palestine, as it is explained in my book *From Coexistence*¹, I would like to focus on a new approach to writing the history of the Israel-Palestine conflict, which uses history to contextualize the origins of the conflict through the prism of international law. Instead of artificially divorcing international law from international politics it sees them as inter-related. A contextualized approach to international legal history is one that engages with the scholarship produced by other disciplines such as anthropology, critical race theory, history, international relations, political studies, sociology, and so on. Using these disciplines in combination with international law, helps us formulate a better understanding of the past.

A contextualized approach to writing international legal history, avoids limiting oneself to the traditional sources of international law. Whilst, one most of course start with treaties, custom, general principles, and so on, when writing international legal history, these sources should be supplemented by the use of key historical documents, which in the case of the Israel-Palestine conflict includes material from the League of Nations, British colonial and foreign office archives, UN Documents, private diaries, memoirs, contemporary newspaper reports, and general historical writings.

Thus, rather than remaining wedded to formal rules a contextualized approach to international legal history engages with other disciplines in the social sciences so as to give international lawyers a broader spectrum of the evolution of their discipline and how it has been applied in particular situations.

For instance, as I discovered when researching my book, domestic British politics in the early twentieth century greatly affected British support for a Zionist policy in Palestine, which was closely connected to the question of 'alien immigration'. I would not have discovered this crucial connection had my research been limited to traditional international legal scholarship on the Palestine question.

Whilst preserving the formalist approach to international legal writing is important if one's focus is on the traditional subjects of international law or of course when appearing before an international court, when it comes to

* Teaching Fellow, Centre for International Studies and Diplomacy, School of Oriental and African Studies (SOAS), University of London

¹ See V. Kattan, *From Coexistence to Conquest: International Law and the Origins of the Arab-Israeli Conflict*, Pluto Books, June 2009.

understanding the past, I would argue that it becomes necessary to 'peer behind the veil' and have regard for the cultural, historical, and political context of the times. This allows us to understand the intentions of the parties which is of the utmost importance when it comes to interpreting international documents.

For we can all offer our own views of what we think a sentence or a phrase or a word in a treaty might mean. But it is all the more fascinating when the government lawyer, adviser, or politician, who drafted a particular colonial document, gives his own view of what his government intended. Words and phrases can mean different things depending on the way they are interpreted and understood by its reader. We cannot take colonial documents at face value. They are a product of time, place, and circumstance, and reflect the prejudices of their authors.

One only has to read through some of the classical nineteenth century authors of international law to see how they described the non-Anglo-Saxon world for a flavour of the nature of the British imperial mindset.

The Balfour Declaration

In order to explain what I mean by the imperial mindset let me begin with the Balfour Declaration, one of the most misunderstood documents ever produced in British colonial history. The pertinent paragraph of that Declaration provides that:

"His Majesty's Government view with favour the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people, and will use their best endeavours to facilitate the achievement of this object, it being clearly understood that nothing shall be done which may prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine, or the rights and political status enjoyed by Jews in any other country".

If one was to interpret these words today with hindsight as most lawyers, historians, and politicians do, one might think that the creation of a Jewish state was a foregone conclusion. However, whatever the Zionist may have privately desired, this was not the case. As Ernst Frankenstein, a Professor at The Hague Academy of International Law, writing in 1948, was forced to concede in an article he published in the first and only volume of *The Jewish Yearbook of International Law*: "Logically (...) a national home appears to be an equivalent for State. But the very fact that it was found necessary to create the new term indicates that a national home

is not a State but something less than a State”.

The clause in the Balfour Declaration safeguarding Arab rights was inserted due to the opposition of Lord Curzon who expressed his view that Palestine was already inhabited by a half a million Arabs who ‘will not be content either to be expropriated for Jewish immigrants or to act merely as hewers of wood or drawers of water’. Curzon disliked Balfour, was adamantly opposed to any expression the Zionists could use to argue that they had been promised a state, and was responsible for watering down the mandate.

The clause in the Balfour Declaration safeguarding Jewish rights was inserted due to the opposition of Edwin Montagu, the only Jewish member of the Cabinet consulted about the Declaration. He expressed his view that his home was Britain rather than Palestine, that most English-born Jews were opposed to Zionism, and that the declaration was anti-Semitic. I will say more about Montagu shortly.

Self-determination

When the British Army occupied Palestine in December 1917 it had a population that was less than 7 per cent Jewish, by no means all Zionists, where the remaining 93 per cent of the population was Arab, and extremely hostile to Zionism. The idea that Woodrow Wilson’s principle of self-determination could be applied there so that the Jews could create a national home without any difficulty was incredulous. Unless, as Balfour understood it, we interpret the principle of self-determination as only applying to the 7 per cent Jewish population and to those Jews who would immigrate to Palestine from all over the world, which is a rather interesting interpretation of self-determination.

Addressing the conundrum of applying self-determination in Palestine, Balfour expressed these words in a meeting of the English Zionist Federation in 1923:

“... the critics of [Zionism] shelter themselves behind the phrase -but it is more than a phrase- behind the principle of self-determination, and say that, if you apply that principle logically and honestly, it is to the majority of the existing population of Palestine that the future destinies of Palestine should be committed. My lords, ladies and gentlemen, there is a technical ingenuity in that plea, and on technical grounds I neither can nor desire to provide the answer; but, looking back

upon the history of the world, I say that the case of Jewry in all countries is absolutely exceptional, falls outside all the ordinary rules and maxims, cannot be contained in a formula or explained in a sentence. The deep, underlying principle of self-determination really points to a Zionist policy, however little in its strict technical interpretation it may seem to favour it".

In other words, Balfour did not have time for formal rules. The colonial mindset dictated that self-determination was to apply to the Jewish population, and not the Arab population, despite the fact that this was contrary to all accepted ideas of what self-determination then entailed. Now of course Balfour's interpretation of self-determination was not universally accepted even at the turn of the twentieth century and it was criticized in the House of Commons, in the House of Lords, and by his predecessor at the Foreign Office Lord Curzon. However, because Balfour was such a key figure in this historical drama, it is important to revisit the diplomatic debates which he was involved with to get a better understanding of what the key backers of Zionism desired.

10

Thus to really understand the origins of the Balfour Declaration we cannot rely on a purely textual analysis or apply international law as we understand it today. Instead we need to supplement this understanding by going back to history to examine the imperial mindset of the actors involved and the cultural context in which they believed they had a right to rule over the natives, 'civilize' them, and cover the globe in imperial pink.

Anti-Semitism

In this connection, we ought to remember that in the late nineteenth century any community which was not white and Christian was viewed as alien to the Christian commonwealth of Europe. This was also the case in the United States. And the Jews were particularly targeted since this was an age of anti-Semitism. Indeed, after hearing of the Balfour Declaration, Robert Lansing, the US Secretary of State wrote Wilson a letter deprecating his support for that Declaration not because of the question of self-determination, but because "*many Christian sects and individuals would undoubtedly resent turning the Holy Land over to the absolute control of the race credited with the death of Christ*".

The widespread prevalence of anti-Semitism in the corridors of power provides the context in which the Balfour Declaration was thought up,

drafted, and communicated to the rest of the world. Once we understand the history and thus the intentions of the drafters of that declaration, the textual analysis becomes easier, and the analysis clearer.

The question we then need to ask is what do men who hold anti-Semitic prejudices do when they are in power, and what advantage did they see in supporting the aims of the Zionist Organization to establish a Jewish national home in Palestine?

The answer to this question is not a legal one. But by peering into the imperial mindset and assessing the prejudices of those who held power we can appreciate how those who served the Empire thought about complex issues such as nationalism and self-determination.

The letter written in September 1919 to Lord Allenby by Colonel Richard Meinertzhagen, who was then the Chief Political Officer in Palestine, working with the Egyptian Expeditionary Force, provides a fascinating insight into the imperial mindset. Addressing Lord Allenby, Meinertzhagen wrote:

"My inclination towards Jews in general is governed by an anti-Semitic instinct which is invariably modified by personal contact. My views on Zionism are those of an ardent Zionist. The reasons which induced in me a fascination for Zionism are any and complex, but in the main were governed by the unsatisfactory state of the Jews of the world, the great sentimental attraction of re-establishing a race after banishment of 2,000 years, which is not without its scientific interest, and the conviction that Jewish brains and money could, when backed by such a potent idea as Zionism, give to Palestine that impetus in industrial development which it so sorely needs after lying fallow since the beginning of the world..."

Meinertzhagen's views sound extreme today. But they were once common. As Prime Minister Benjamin Disraeli once said, "race is everything". Indeed the opinions Meinertzhagen expressed about the 'unsatisfactory' state of the Jews was one shared by, among others, Joseph Chamberlain, David Lloyd George, Mark Sykes, Lord Robert Cecil, Arthur Balfour and even at one point Winston Churchill. And I have not even mentioned the opinions of the multitude of civil servants who served the Empire in Whitehall. They were prejudiced too. As Jewish anti-Zionists like Claude Montefiore and Lucien Wolf were at pains to point out the anti-Semites were always

very sympathetic to Zionism.

Many British statesmen sincerely believed in the myth of the Protocols of the Elders of Zion and thought that 'international Jewry' pulled the levers of power in Russia and the United States. The Zionists played on anti-Semitism and used this myth to their advantage, by making the outlandish claim that they could persuade Jews in those states to support the British war effort in Europe in exchange for being promised Palestine.

Conclusions

In short, 'the unsatisfactory state' of the Jews led these statesmen to see in Zionism a useful political movement that would provide a solution for what they perceived to be a European 'minority' problem. The idea was to encourage the *Ostjuden*, those Jews from the Pale of Jewish Settlement in Eastern Europe, to immigrate to Palestine, which was now their national home, instead of Western Europe and America, where most of them had been seeking refuge. In other words Palestine was to be an outlet for Jewish immigration, much in the way that Sierra Leone and Liberia provided an outlet for former black slaves to emigrate from the southern United States. As Cecil explained in a letter to Nahum Sokolow, then Secretary-General of the World Zionist Congress, '*The central idea underlying the Zionist movement [is] that the restoration of the Jewish nation offers a satisfactory solution ... of those problems raised by Jewish emigration.*'

Thus British support for Zionism served two agendas. The first was domestic, to discourage Jews from immigrating to Britain. Hence, it was hardly surprising that most British Jews like Edwin Montagu opposed Zionism. For Montagu, Zionism was '*a mischievous political creed*' which was extremely dangerous because it would encourage the anti-Semites to view the Jews as foreign elements in their societies. Montagu, and Lord Curzon also had the foresight to warn their colleagues of the conflict that would arise between the Jews who settled in Palestine and its indigenous inhabitants. But their fears were brushed aside.

The second reason why Britain supported Zionism was imperial. Britain thought that the Jews could help assist Britain with its imperial policy by civilizing 'the natives' and redeeming the Holy Land where if the project was a success they could establish their homeland. By 1917, Britain was also aware of the importance of oil and desired to build a pipeline and a railroad linking Mosul to Haifa. We should also remember that many

British statesmen were Anglicans or Presbyterians brought up on the Bible and thus had a desire to control the Holy Places. By promising Palestine to the Jews during the war, Britain had a bargaining chip to play with against any claims to those Places advanced by France and Italy at the Peace Conference.

To conclude I would make the following three observations about international law in the imperial era:

1. Individual statesmen like Balfour, Lloyd George, Lord Robert Cecil were incredibly powerful. Rarely in history have a few individuals been able to almost singlehandedly determine the fate of the world. Thus their individual prejudices took on added importance.
2. The idea of self-determination was not universal. Only a people who were viewed by the great powers as being entitled to it could exercise it. Moreover, self-determination could be applied to a minority community, which is what happened in Ireland, India, in Palestine, would be proposed in Cyprus, and rejected in South Africa.
3. Human rights did not exist as such, although the idea of minority rights was accepted at the Peace Conference and applied to the territories of the losing side in the First World War. Zionism was unique however in the sense that it did not seek to resolve a minority problem where it existed, namely in Europe, but overseas in non-European territory. It was thus both at once a colonial and nationalist project.





1

Civilians in Asymmetrical Warfare, The Israeli-Palestinian Pattern



Disproportionality and Deterrence: The "Dahiya Doctrine" under International Law

Omar M. Dajani & Nicholas Gibson***

In this paper, we aim to offer an assessment under international law of what has come to be referred to as the "Dahiya doctrine." We begin by explaining what the Dahiya doctrine holds, examining varying accounts of its aims and justifications and assessing how – and to what extent – it differs from Israel's past security strategies. We then turn to evaluating the doctrine's consistency with international law – and in particular, rules governing targeting under the international law of armed conflict. We conclude by discussing how the international community should respond to Israel's efforts to promote and implement the Dahiya doctrine.

The Dahiya Doctrine: Aims and Justifications

The Dahiya Doctrine takes its name from the Dahiya district of Beirut, which suffered massive destruction as a result of Israeli bombardment during the 2006 Lebanon War. The contours of the doctrine, however, are difficult to define with precision, as Israeli officials have articulated varying aims and justifications for the conduct of Israel's armed forces during the 2006 Lebanon War and the Gaza War in the winter of 2008-2009.

Statements by leading members of the Israeli military and political establishment prior to and during the Gaza War offer perhaps the clearest indication of the doctrine's primary elements. In November 2008, former National Security Advisor and head of the IDF's Planning Branch Major General (ret.) Giora Eiland suggested in an article that in order to win a "Third Lebanon War," if one broke out, Israel must "make it clear" that "such a war will lead to the elimination of the Lebanese military, the destruction of the national infrastructure, and intense suffering among the population."¹ Eiland emphasized that Lebanese civilians should be made to feel the brunt of such an operation: "There will be no recurrence," he wrote, "of the situation where Beirut residents (not including the Dahiya quarter) go to the beach and cafes while Haifa residents sit in bomb shelters."² In the same vein, Colonel (Res.) Gabriel Siboni argued in October

* Professor of Law, University of the Pacific, McGeorge School of Law, Sacramento, USA.

** Barrister, Matrix Chambers, and Visiting Lecturer, King's College, London, UK.

¹ G. Eiland, "The Third Lebanon War: Target Lebanon", 11 *Strat. Assess.*, NOV. 2008, AT 9, 16.

² *Id.*

2008 that the IDF should act "with force that is disproportionate to the enemy's actions and the threat it imposes" with the aim of "inflicting damage and meting out punishment to an extent that will demand long and expensive reconstruction processes."³ Siboni noted, moreover, that such an approach should be applied not just to Lebanon, but "to the Gaza Strip as well," suggesting that "[t]he IDF should not be expected to stop the rocket and missile fire against the Israeli home front through attacks on the launchers themselves, but by means of imposing a ceasefire on the enemy."⁴ And in an interview published in the Israeli daily *Yedioth Ahronoth* at around the same time, Major General Gadi Eizenkot offered both a candid explanation of Israel's conduct during the Lebanon War and a chilling warning: "What happened in the Dahiya quarter of Beirut in 2006," he said, "will happen in every village from which Israel is fired on. We will apply disproportionate force on it and cause great damage and destruction there. From our standpoint, these are not civilian villages, they are military bases."⁵ Eizenkot then added, "This is not a recommendation. This is a plan. And it has been approved."⁶

Israel appears to have put this plan into action three months later in the Gaza Strip during what the IDF dubbed Operation Cast Lead. Near the conclusion of the operation, Tzipi Livni, Israel's Foreign Minister at the time, emphasized that Israel's deterrence capacity would be enhanced if its armed forces acted without restraint: "We have proven to Hamas that we have changed the equation. Israel is not a country upon which you fire missiles and it does not respond. It is a country that when you fire on its citizens it responds by going wild – and this is a good thing."⁷ Moreover, in comments to the press at around the same time, Deputy Prime Minister Eli Yishai conveyed what he understood "going wild" to mean:

"We have to determine a price tag for every rocket fired into Israel. If for every small attack we will strike at the infrastructure or houses – the firing will stop.(...)It [should be] possible to destroy Gaza, so they will understand not to mess with us... [It] is a great opportunity to demolish thousands of houses of all the terrorists, so they will think twice before they launch rockets."

³ G. Siboni, "Disproportionate Force: Israel's Concept of Response in Light of the Second Lebanon War", *INSS Insight*, Oct. 2, 2008, available at < <http://www.inss.org.il/publications.php?cat=21&inca=8&read=2222>>.

⁴ *Id.*

⁵ "Israel warns Hezbollah war would invite destruction", Reuters, Oct. 3, 2008, available at <http://uk.reuters.com/article/idUKTRE49231020081003>.

⁶ *Id.*

⁷ K. Sengupta & D. Macintyre, "Israeli cabinet divided over fresh surge", *The Independent*, Jan. 13, 2009, available at <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/israeli-cabinet-divided-over-fresh-gaza-surge-1332024.html>.

He later added: "Even if the rockets fall in an open air or to the sea, we should hit their infrastructure, and destroy 100 homes for every rocket fired."⁸

Taking these remarks at face value, the Dahiya doctrine may be understood to be a strategy for deterring rocket and missile attacks by non-state actors upon Israel. It appears to hold that by expanding its target list to include not only combatants directly involved in attacks and the military assets of enemy organizations, but also the civilian and military infrastructure of the host state (or authority) in the territory where enemy organizations are operating, Israel can compel its neighbors to place pressure on combatant members of such organizations to halt attacks – and refrain from launching attacks in the future. In this scheme, the disproportionate character of the force used by Israel is not an unintended consequence of its pursuit of military objectives; instead, disproportionality is itself an objective, for it is believed to yield deterrence.

That said, subsequent accounts of Israel's strategy during the Gaza War articulated somewhat different justifications for Israel's conduct. For example, following the commencement of the investigation by the UN Fact-Finding Mission led by Judge Richard Goldstone, Israel's Ministry of Foreign Affairs explained that the destruction in civilian areas of the Gaza Strip had been necessary to protect Israeli forces during Operation Cast Lead:

*"IDF forces demolished structures that threatened their troops and had to be removed. These included (1) houses which were actually used by Hamas operatives for military purposes in the course of the fighting, (2) other structures used by Hamas operatives for terrorist activity, (3) structures whose total or partial destruction was imperatively required for military necessities, such as the movement of forces from one area to another (given that many of the roads were booby-trapped), (4) agricultural elements used as cover for terrorist tunnels and infrastructure, and (5) infrastructure next to the security fence between Gaza and Israel, used by Hamas for operations against IDF forces or for digging tunnels into Israeli territory."*⁹

⁸ See The Public Committee Against Torture, *No Second Thoughts: The Changes in the Israeli Defense Forces' Combat Doctrine in Light of "Operation Cast Lead"* 27 Nov. 2009, available at <http://www.google.com/search?q=no+second+thoughts+changes+combat+doctrine+israel&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:en-US:official&client=firefox-a>.

⁹ Government of Israel, *The Operation in Gaza: Factual and Legal Aspects*, para. 439, July 2009, obtainable from http://www.mfa.gov.il/MFA/Terrorism+Obstacle+to+Peace/Terrorism+and+Islam+Fundamentalism-Operation_in_Gaza-Factual_and_Legal_Aspects.html.

The Ministry suggested that Israeli attacks on targets that might otherwise appear to be civilian were justified by the urban character of the warfare in which Israel was engaged and the attendant difficulty of distinguishing between civilians and combatants, particularly where, as Israel alleged, combatants used civilians as human shields. Thus, perhaps responding to international scrutiny of Israeli conduct during the operation, Israeli officials shifted from defending the destruction of civilian areas as a means of deterring future attacks to rationalizing it as serving immediate military necessities.

These explanations, however, are difficult to square with the statements of Israeli officials prior to the Gaza War and the UN investigation. After all, Israel did in Gaza precisely what influential members of its security establishment argued it *should* do prior to the war. Alternative rationalizations for that conduct offered after the fact consequently are of questionable credibility. A look back at Israeli security policy since the State's founding reveals, moreover, that Israel has used disproportionate force to apply indirect pressure to non-state actors on several past occasions. Examples include its anti-"infiltration" operations from 1949 to 1953 (including the deadly raid on Qibya in 1953), its reprisals against the PLO in Lebanon from 1968 to 1973, and Operation "Defensive Shield" in the West Bank in 2002. Indeed, the international community's failure to censure Israel for its conduct during "Defensive Shield" appears to have emboldened its leaders to use similar tactics in Lebanon and Gaza a few years later.¹⁰ Israeli officials' post-hoc characterization of events accordingly appears to be an attempt to reduce the political costs of implementing the Dahiya doctrine.

To be sure, there are other potential explanations for Israel's pattern of conduct. As Zeev Maoz recounts in his study of Israeli military and security strategy,¹¹ Israel's past engagement in low-intensity conflict has been motivated by a range of aims, including: prompting an escalation of hostilities with neighboring states (e.g., its effort, through attacks on Gaza in 1955-56, to renew hostilities with Egypt)¹²; attempting the politicide of a hostile non-state actor (e.g., its attempt to eliminate the PLO through

¹⁰ See Eiland, *op. cit.* ("The US at first demanded that Israel leave all West Bank cities (area A) within forty-eight hours. Notable Israeli steadfastness maintained that this time it was impossible to return to the familiar rules of the game whereby only the terrorists are targeted, and the sponsors (the Palestinian Authority) remain immune. Israel's firmness, which stemmed from a lack of other options, was successful.")

¹¹ See Z. Maoz, *Defending the Holy Land: A Critical Analysis of Israel's Security & Foreign Policy*, 2006.

¹² See *id.* at 285.

its 1982 invasion of Lebanon)¹³; and promoting national solidarity on the domestic front (e.g., using its reprisal strategy in the 1950s to reassure new immigrants that the state was avenging attacks by infiltrators to “develop an ethos of initiative and resourcefulness”)¹⁴. Some combination of these aims may also have informed Israel’s recent operations in Lebanon and Gaza. For the purposes of this paper, however, we focus our legal assessment of the Dahiya doctrine on the aims articulated by Israeli officials – stopping rocket and missile attacks on Israeli territory – rather than these alternative potential explanations for Israel’s conduct.

Legal analysis of the dahiya doctrine

In public discourse, Israeli officials have portrayed the Dahiya doctrine as a new development – one closely aligned with the Allies’ security strategy in their global war on terror – and as consistent with international humanitarian law. We submit that Israel does so both by seeking to alter the orthodox understanding of the humanitarian obligations of parties to an armed conflict and by obscuring the facts relevant to the legal analysis of those obligations. As we explain, the Dahiya doctrine is difficult to reconcile with both Israel’s obligations under the law of armed conflict and the broader mission of humanitarian law.

Broader Legal Context

In the time available, it will not be possible to explore all of the legal issues implicated by Israel’s present security policy. Because, as described above, the aim of the Dahiya doctrine is to expand the range of targets in order to achieve deterrence, our analysis will focus on what has been described as “targeting law” – that part of the *jus in bello* which regulates an attacker’s choice of targets. However, before beginning that analysis, we would like to touch briefly upon the *jus ad bellum* and the *jus in bello* more generally, lest we neglect this broader legal perspective.

Since the UN Charter, the circumstances in which states can legally resort to force are narrowly circumscribed. They are permitted to do so only in self-defence, pursuant to a resolution of the UN Security Council, or, possibly, by way of humanitarian intervention. In our view, a proper appreciation of these limitations is profoundly important when considering Israel’s military actions not only recently – in Gaza in 2008/09 for example – but

¹³ See *id.* at 251.

¹⁴ *Id.* at 288.

also in previous decades, including the invasion of Lebanon in the 1980s. In concentrating on targeting law, we also think it is important not to lose sight of the wider mission of the *jus in bello*, namely to protect civilians from the increasing costs of war. Since the Lieber Code, it has been recognised that targeting civilians may lead to reprisals thereby extending hostilities rather than encouraging their rapid cessation. And the need to protect civilians has become particularly acute since the advent of total war in the middle of the twentieth century. This humanitarian mission underpins, and guides the interpretation of the principles relevant to targeting law to which we shall turn now.

Targeting Law

From the relevant provisions of international humanitarian law, it is possible to distil seven core principles applicable in the context of targeting law. We shall list them in order of the notional chronological sequence in which an attacker might consider them when selecting a target: First, parties engaged in armed conflict must distinguish between civilians and combatants and between civilian objects and military objectives. Second, parties engaged in armed conflict must take all feasible precautions to verify that targets of attack are not civilians or civilian objects. Third, in case of doubt, persons and objects should be presumed to be civilian (the principle of presumption).

In addition, three prohibitions constrain the attacker's choice of targets: First, direct attacks on civilians and civilian objects are prohibited. Second, indiscriminate attacks are prohibited. And, third, attacks are prohibited if they cause incidental civilian deaths or injuries or damage to civilian objects that is excessive in relation to the anticipated military advantage – i.e., the proportionality principle. Moreover, both the attacking party and the defending party are obliged to protect civilians from the effects of attacks.

While we have identified here seven separate principles, it is important to recognise that these principles are interrelated, and the analysis of any given issue will rarely be susceptible to a rigid step-by-step analysis. The list should refine, not confine, analysis.

The application of the first of the principles listed above – the principle of distinction – requires some brief further discussion. In particular, it begs the question of how to define combatants and civilians. Broadly speaking, combatants are defined positively as the armed forces of the state; and

civilians are defined negatively as those persons who are not part of the armed forces, i.e. non-combatants; however, civilians may be targeted if they participate directly in hostilities. The principle of distinction also calls for the definition of military objectives and civilian objects. The definition of military objectives comprises two limbs: objects which by their nature, location, purpose, or use, make an effective contribution to military action; and whose partial or total destruction, capture, or neutralisation in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage. And civilian objects are defined negatively as not being military objectives.

Save for the principle of presumption, these principles are intended to reflect customary international law – that part of international humanitarian law commanding widespread support from the international community.

The application of these principles, however, is not without controversy. By way of illustration, we shall briefly highlight some of the questions arising from their application. The definitions we have just described in relation to the principle of *distinction*, for example, throw up a number of issues: At which point do political leaders cease to be considered civilians? How should “dual use” objects be categorised? And what kinds of activity transform a civilian object into a military objective?

As a further example, if we consider the principle that parties engaged in armed conflict must take *all feasible precautions* to verify that targets of attack are not civilians or civilian objects, we must ask: What does “feasible” mean? And to whom does it fall to assess “feasibility”?

The application of the *proportionality* principle raises further questions. The principle involves striking a balance between the military advantage of an attack and the civilian losses incidental to such an attack. Taking first the question of civilian losses: the principle raises the question of what effects on civilians should be considered in the proportionality analysis. To what extent should “knock-on effects” or “indirect effects” be considered in proportionality analysis? How do human shields – particularly involuntary human shields – fall to be treated within the proportionality analysis? And on the other side of the scale: one must consider how broadly the concept of “anticipated military advantage” should be construed: Should the survival of an attacking force constitute a relevant “military advantage” that may be considered when determining the question of proportionality? How, if at all, should an attacker factor into this analysis the fact that the value of military objectives may shift over time? And the principle also prompts wider questions regarding its application: How is the proportionality principle to be applied in

practice given that it involves the consideration (and comparison) of dissimilar values? Or, to put it another way: how does one weigh military "apples" against civilian "oranges"? Are States obliged to employ the least destructive means of achieving a military advantage when choosing among military objectives?

A full consideration of these questions clearly lies beyond the scope of this presentation. But we will explore some of them further in relation to some specific examples of recent Israeli military strikes. To do so, we would like to use three scenarios as a framework in which to analyse some of the legal implications of Israel's target selection in recent hostilities. The first scenario is that involving damage to or destruction of political institutions (such as ministries, parliamentary buildings) and/or injuries to or the killing of political figures. The second scenario involves damage to or destruction of the infrastructure of the host state (e.g. roads, electricity grid, water purification plants). The third scenario involves damage to or destruction of villages or districts from which attacks by enemy combatants have originated and/or the killing of or injury to their inhabitants.

Scenario 1: political buildings and political figures

Israel has sought to justify the destruction of parliament buildings and ministries and the assassination of political leaders on the grounds that they formed part of what Israel characterises as "a terrorist organisation". In doing so, Israel ignores or seeks to redefine the orthodox view as to what constitutes a legitimate military objective and when an individual may be regarded as susceptible to attack.

The Goldstone Report unequivocally rejected such arguments – and rightly so. We have already articulated the orthodox definition of a military objective. There is no conventional legal basis for expanding the concept of "effective contribution to military action" to include routine, non-military functions of an enemy government. In other words, a ministry of health may not be targeted merely because the efficient administration of health care is likely to bolster an enemy government's domestic popularity or because of the minister's political affiliation. To allow such an interpretation would eviscerate the principle of distinction.

In the case of individuals, there seems to be little question that political leaders who have the status of combatant (for example, owing to their membership in the armed forces) may be targeted – Saddam Hussein

was targeted on these grounds. But it is also true that questions persist regarding what kind and amount of participation in the war effort makes a civilian into a legitimate target. Even commentators of a more conservative leaning have suggested that, for acts of political leaders to constitute direct participation, the leaders targeted must have engaged in decision-making regarding military operations at the tactical or operational level.

Israel's actions and arguments disregard these conventional limits on the scope of legitimate targets, seeking to sweep aside the principle of distinction simply by labelling its adversary as a "terrorist". We submit that there are good grounds for resisting such an argument and it is necessary to do so in order to raise the political costs for Israel of such actions.

Scenario 2: Infrastructure

The same definitions apply when considering attacks on civilian infrastructure more broadly. This does not mean that civilian institutions and infrastructure are always protected from attack. "Dual use" infrastructure may legitimately be targeted and the use of civilian infrastructure by combatants may strip it of its immunity from direct attack. However, even if one accepted the possibility that some of the Palestinian or Lebanese civilian infrastructure destroyed by Israel in recent conflicts had a dual military use, this does not obviate the need to apply the proportionality principle in considering whether to attack. In this regard, it is noteworthy that there is conspicuously little hard evidence to support any assertion that the civilian infrastructure destroyed by Israel in, for example, the attack on Gaza in 2008/09 accorded any definite military advantage to Israel. Furthermore, Israel can be criticised for having failed to consider properly the incidental effects on civilians of its attacks on civilian infrastructure.

Take, for example, the destruction of the Gaza wastewater treatment plant. Not only has Israel failed to respond to questions regarding the military advantage pursued in such an attack, but this attack also caused massive outflow of raw sewage into the surrounding area. Such an effect, while arguably "indirect", cannot credibly be characterised as too remote to constitute a relevant consideration in any proportionality analysis.

In light of these considerations, there appear to be strong grounds for arguing that much of Israel's destruction of civilian infrastructure also flouted the conventional principles of targeting law.

Scenario 3: proximity: civilians nearby.

Israel professes regret for the loss of civilian life in its recent attacks. But it has denied having breached international humanitarian law, emphasising the difficulties associated with urban warfare and the precautions it undertook prior to attacks. It may be true that the presence of civilians in the vicinity would not, as a matter of targeting law, shield Hamas fighters from attack. But this does not mean that the presence of Hamas can be taken to shield Israel's actions from legal scrutiny.

The disturbing and well-documented examples of Israeli attacks on unarmed civilians carrying white flags in open areas and on children in their homes constitute a clear breach of the prohibition on direct attacks on the civilian population. But even leaving aside such egregious examples, there remain significant shortcomings in Israel's defence of its actions, including: the ineffectiveness of many of the actions which Israel characterised as precautions in attack; and the use of indiscriminate weapons – including flechettes and white phosphorus – in densely populated, built-up areas.

General observations

In the remaining time available, however, we would like to make some more general observations regarding the approach adopted by Israel in its discourse regarding its present military strategy.

Israel has sought to narrow the scope of the protected civilian space and to shift responsibility for the consequences of its military strategy from Israel – the perpetrator of the attacks in question – to Hamas and Hezbollah and, by extension, to the civilian victims of that violence. It does so in three ways: by disregarding aspects of targeting law – there is, for example, no reference to the presumption, in case of doubt, that persons and objects are civilian; by distorting the law – in seeking to justify attacks on the political infrastructure by the blanket label "terrorist"; and by diluting it – arguing for a wide discretion and a high threshold in the application of the proportionality test. Israel compounds this by dissembling regarding the facts. We have in mind the factual inconsistencies in Israel's account of certain attacks – inconsistencies highlighted by the Goldstone Report following a detailed fact-finding mission. Taken together, these tactics show how Israel seeks to mitigate the political costs of its strikes on civilians by portraying its actions as consistent with international humanitarian law.

The Appropriate International Response

While it is true that questions remain unresolved regarding the seven principles outlined earlier, Israel's narrative seeks to encroach on those areas of law that are now generally accepted by most states. Israel is seeking to reintroduce questions in relation to matters that were thought to have been settled. In our view, it is important to recognise the threat posed by Israel's approach, but also to recognise the weakness of Israel's position: we must emphasise that Israel is not pushing the debate forwards, but backwards, and that an acceptance of the position advanced by Israel would constitute a reversal of the general trajectory of international humanitarian law – both the *jus in bello* and the *jus ad bellum* – in recent decades.

Lauterpacht famously described international law as being at the vanishing point of law, and international humanitarian law as being at the vanishing point of international law. It is arguably true that international humanitarian law is generally of more force politically than legally; yet, for that very reason, it remains a useful tool for those seeking to influence international political debate. It is clear that Israel has long recognised the utility of this tool. It is important that Israel not be allowed to wield that tool as it presently does and that Israel should not be the only party to the conflict using it.

Accordingly, the Dahiya doctrine warrants both *legal* and *policy* responses by the international community. In the legal realm, the international community should continue to highlight patterns of action and representations by security establishment and to emphasize the fundamental incompatibility of the Dahiya doctrine not only with rules of humanitarian law, but also with its mission. We should also undertake to raise the costs of implementing the doctrine through legal action targeting Israeli military and security officials in various for a, including the use of universal jurisdiction to prosecute perpetrators of war crimes. The shift in the way that Israeli officials characterized Israel's conduct during the Gaza War after the UN Fact-Finding Mission commenced its work suggests that this strategy can succeed in altering Israel's cost-benefit analysis. On the other hand, the fact that the Dahiya doctrine represents a continuation of policies implemented by Israel in the past – rather than a response to novel threats – suggests that legal action must be sustained if it is to be effective.

At the same time, the international community should offer credible policy arguments against the Dahiya doctrine. Legal advocacy will be

more effective at changing behavior if it is complemented by efforts to highlight the inefficacy of disproportionality as a deterrence strategy and to identify viable alternative means of achieving Israel's security aims. Such means might include: the return to genuine political engagement; the establishment of a robust regional security framework; and the integration of Hizbollah/Hamas into national armed forces. In view of the extraordinary influence of Israel's military and security establishment on the conduct of its foreign affairs, policy advocacy of this kind is likely to have greater effect if it is made a part of discourse between military and security officials in key states and organizations and their Israeli counterparts than if it is merely the subject of an occasional diplomatic demarche

Duty to Spare Civilians vs. Duty to Protect Soldiers' Lives: an Examination of the Kasher and Yadlin Doctrine

*Jean-Philippe Kot**

The morbid analysis of the data on casualties during the Operation Cast Lead displayed in the Goldstone Report¹ is an endless source of questioning. The actual number of the casualties suffered is the less fundamental of these questions. Indeed, even if one chooses to rely on the figures provided by the Research Department of the Israel Defense Intelligence, how can one explain that 1,166 Palestinians were killed during the military operations² while the Israeli soldiers had almost no encounters with Palestinian combatants³ some of them even being disappointed⁴ or bored⁵ by such a situation and while relatively few reports of actual crossfire between the Israeli armed forces and Palestinian armed groups can be gathered?⁶ In the same line of reasoning, how can one explain the casualty ratio between Israeli Defence Forces soldiers and Palestinian civilians in the Gaza Strip during the Operation Cast Lead? The figures provided by Professor Yagil Levy are telling in this perspective: the ratio was 1:6 (soldiers/civilians) during the First Intifada, and increased to 1:9 during the Al-Aqsa Intifada. After the Israeli disengagement from the Gaza Strip in August 2005 the ratio grew to 1:33. However during the Operation Cast Lead, using the figures provided by Israeli NGO B'Tselem⁷,

* Research Coordinator, Institute of Law, Birzeit University.

¹ See Human Rights Council, Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, [Hereinafter Goldstone Report], Doc. A/HRC/12/48, September 15, 2009, para. 350-362.

² IDF spokesperson, "Majority of Palestinians killed in operation cast lead: Terror operatives", 26 March 2009, available at <http://dover.idf.il/IDF/English/News/today/09/03/2602.htm>, quoted in the Goldstone Report, para. 357.

³ Goldstone Report, *ibid.*, para. 457. See also the Israeli soldiers' testimonies gathered in *Breaking the Silence, Soldiers' Testimonies from Operation Cast Lead, Gaza 2009*, www.breakingthesilence.org.il. In particular Testimony 7 - Rules Of Engagement, p. 20; Testimony 9 - Rules Of Engagement & House Demolitions, p. 24; Testimony 25 - Briefings & Rules Of Engagement, p. 60; Testimony 29 - House Demolitions & Bombardment, p. 68; Testimony 34 - Rules Of Engagement, p. 77; Testimony 41 - Bombardment, p. 90; Testimony 50 - Rules Of Engagement, p. 106; Testimony 52 - House Demolitions, p. 109. See also International Crisis Group, *Gaza's Unfinished Business*, April 23, 2009, p. 3.

⁴ See *Breaking the Silence*, *op. cit.*, Testimony 7 - Rules Of Engagement, p.20, Testimony 25 - Briefings & Rules Of Engagement, p. 60, Testimony 41 - Bombardment, p.90.

⁵ *Ibid.*, Testimony 52 - House Demolitions, p. 109.

⁶ Goldstone Report, *op. cit.*, para. 457.

⁷ According to B'Tselem, 1,387 Palestinians were killed. Among them, 773 did not take part in the

the ratio grew to a staggering 73 Palestinian civilians killed for every IDF soldier⁸. Should this ratio be best analyzed regarding the high number of Palestinian civilians killed during the military operations or regarding the very low number of Israeli soldiers killed?⁹ Is the "zero risk to the soldiers" policy pursued by the Israeli army during the Gaza war¹⁰ interrelated to the number of Palestinian civilians killed? The doctrine promoted by Asa Kasher and Amos Yadlin which is the main focus of my presentation explains in great part this evolution.

Asa Kasher is Professor of Philosophy and Ethic in Tel Aviv University. Amos Yadlin was, for 5 years and until September 2010, the head of the Israeli Military Intelligence Directorate. He has been replaced by Aviv Koshavi. The military ethics they articulate and defend were developed and first presented in 2003 when they were members of the IDF College of National Defense and, as acknowledged by Kasher and Yadlin themselves, their recommendations were subsequently approved in principle and employed as training guidelines¹¹. Besides, there are many evidences, gathered by NGOs and especially by the *Public Committee Against Torture in Israel* and *Breaking the Silence*¹², which prove that the order of priorities set in this doctrine was reiterated in operational briefings during Operation Cast Lead. Kasher himself confirmed in an interview that the Operation Cast Lead was conducted in the spirit of the proposed new code he co-authored with Yadlin¹³.

hostilities, including 320 minors and 109 women over the age of 18. See B'Tselem, *B'Tselem's investigation of fatalities in Operation Cast Lead*, http://www.btselem.org/English/Gaza_Strip/20091227_A_year_to_Castlead_Operation.asp, pp. 1-2.

⁸ Y. Levy, "Why did the killing increase?" (Hebrew), *Ha'aretz*, January 18, 2009, <http://www.haaretz.com/hasite/spages/1056373.html>.

⁹ The Israeli Ministry of Foreign Affairs reported that nine Israeli soldiers were killed during the fighting inside the Gaza Strip, four of whom by friendly fire. See http://www.mfa.gov.il/MFA/Terrorism-+Obstacle+to+Peace/Hamas+war+against+Israel/IDF_soldiers_killed_Operation_Cast_Lead.htm.

¹⁰ See e.g. A. Pfeffer, "IDF officer: Gaza civilians risked to protect Israel troops during war", *Haaretz*, February 3, 2010, <http://www.haaretz.com/news/idf-officer-gaza-civilians-risked-to-protect-israel-troops-during-war-1.262686>.

¹¹ A. Kasher, A. Yadlin, "Assassination and Preventive Killing", 25 *SAIS Review*, Winter-Spring 2005, p. 45.

¹² *Breaking the Silence, Soldiers' Testimonies from Operation Cast Lead, Gaza 2009*, www.breakingthesilence.org.il; *Public Committee Against Torture in Israel, No Second Thoughts: The Changes in the Israeli Defense Forces' Combat Doctrine in Light of "Operation Cast Lead"*, Special Report, November 2009, available at www.stoptorture.org.il.

¹³ See Amos Harel, "The Philosopher who gave the IDF moral justification in Gaza", *Ha'aretz*, February 6, 2009, <http://www.haaretz.com/hasen/spages/1062127.html>.

The Kasher and Yadlin Doctrine: an Overview.

The basic assumption of this doctrine is that the traditional principle of distinction between civilians and combatants is, in their words, crude and morally problematic¹⁴. According to Kasher the principle of distinction only involves "a distinction between different contexts of justification". In the particular context of the war on terrorism, the status of those – civilians and combatants – who are victims of acts of terror, defined in an extremely broad way, must be equalized.

A combatant is a citizen in uniform, "his blood is as red and thick as that of citizens who are not in uniform. His life is as precious as the life of anyone else"¹⁵. I won't discuss here whether soldiers constitute a separate distinguishable unit from their state of citizenship or whether specific soldierly duties and rights – and especially the right rights to attack first and to kill other combatants – demarcate them as a class, separating them from ordinary society and from their own civilian selves. The consequences of this reasoning are more interesting. In this construction a combatant does not forfeit civil rights to an extent that renders him liable to be killed by enemy combatants. His right to life must be appropriately protected by the state even when he/she is directly involved in hostilities. Beside, the scope the State responsibility in this regard is expanded. Indeed, in the Kasher and Yadlin doctrine, the distinction between letting some of its citizens die and killing them is of no crucial moral or legal significance. From the point of view of a democratic state, a decision to let citizens die when they can and should be effectively protected is tantamount to a decision to kill them. The distinction between act and omission does not mark anymore the limits of the state's responsibility.

Consequently, in this construction, the intention to avoid harming civilians cannot be measured by the acceptance of risks to the combatants¹⁶. The two spheres are totally separated: killing a soldier is legal only from an enemy's point of view. From an internal point of view, even the likelihood of the forfeit of life can render a state accountable for violation of its obligation to respect and ensure that particular right.

¹⁴ A. Kasher, A. Yadlin, "Assassination and Preventive Killing", op. cit., p.50.

¹⁵ A. Kasher, A. Yadlin, "Military Ethics of Fighting Terror: An Israeli Perspective", 4 *Journal of Military Ethics*, 2005, p.13. op. cit., p.17. A. Kasher, "Operation Cast Lead and Just War Theory", *Azure*, Summer 2009, p.66; A. Kasher, "A Moral Evaluation of the Gaza War - Operation Cast Lead", 9 *Jerusalem Center For Public Affairs*, February 4, 2010, http://www.jcpa.org/JCPA/Templates/ShowPage.asp?DRIT=1&DBID=1&LANGID=1&TMID=111&FID=378&PID=0&IID=3345&TTL=A_Moral_Evaluation_of_the_Gaza_War_%E2%80%93_Operation_Cast_Lead.

¹⁶ See on this point H. A. Frantzen, "Incident at a Roadblock"—Get Used to It!, 2 *Journal of Military Ethics*, 2003, pp. 78–81; J. Bethke Elshtain, *Just War Against Terror*, 2004, pp. 67–69; M. Walzer, *Arguing About War*, 2004, pp. 136–37.

To be fair, one has to acknowledge that, of course, states have a very basic obligation to protect their own citizens. One could even easily accept that *"each side in a war quite naturally views its soldiers as "our kids," young, pure, and innocent, who find themselves endangered by a cruel enemy"*¹⁷. In the legal one can also acknowledge that several states interpret the term "military advantage" as including the security of the attacking force. Some scholars even consider that the committee appointed by the prosecutor of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia allowed States to protect their soldiers by resorting to an aerial campaign, even though it places a greater number of civilian lives at risk¹⁸. However, the Kasher and Yadlin doctrine, which develops different standards of proportionality depending on the very location of the field of operation, goes far beyond this point. This doctrine indeed postulate that Israel is bound by a hierarchy of duties toward different populations: *"Israel's special obligations toward its citizens far exceed its duties toward all human beings as such"*¹⁹. Consequently, Israeli citizens stand on the first and highest tier of the hierarchy. Just below them, on the second tier, are *residents of the state who are not citizens*, meaning *all the people who are found in the Israeli side of the Green Line*. On the third tier are *the residents of the territories over which Israel has had effective control since 1967, who are not Israeli citizens*. On the fourth tier, are *residents of territories that Israel does not effectively control and who are not Israeli citizens*. This fourth tier *"lies far below the preceding one"*²⁰.

The state's order of priorities when carrying out military activities lines up with the order of duties it has toward these different groups. The distinction between civilians and combatants, and thus the extent of the protection owed to the civilian population under humanitarian law, is subject to the extent of control a state has over a territory – a criterion which should only be relevant under human rights law.

On the one hand, when the hostilities are conducted within an area under the effective control of the state, the 'package of the state duty' to minimize injury to persons under its effective control is heavier than the 'package of the state duty' to minimize combatant casualties during combat. Just to be mentioned, Kasher and Yadlin nevertheless remind

¹⁷ A. Margalit, M. Walzer, "Israel: Civilians & Combatants", 56 *The New York Review of Books*, May 14, 2009.

¹⁸ A. Cohen, "Proportionality in Modern asymmetrical War", *Jerusalem Center for Public Affairs*, 2010, p. 11.

¹⁹ A. Kasher, «Operation Cast Lead and Just War Theory», *op. cit.*, p.65.

²⁰ *Ibid.*, pp. 65-66.

that the combatants should, in any event, give preference to the duty to protect the life of a single fellow citizen over the duty to respect the life non citizens even if "the collateral damage caused in the course of protecting him or her is much higher in number"²¹.

On the other hand, when the state does not effectively control the territory in which the hostilities are being conducted, the protection of the soldiers' lives has priority over the protection of civilians' lives. The State's duties toward its citizens far exceed the State's duties toward non citizens-non residents. Moreover, according to them, when a state does not control a territory, it does not bear the responsibility for properly distinguishing between dangerous individuals and harmless ones²². Jeopardizing combatants rather than bystanders during a military act would mean shouldering responsibility for the mixed nature of the vicinity "for no reason at all". Not only is the state no longer obligated to endanger the lives of its own soldiers in order to attempt to further such a separation, but it is forbidden to do so. In other words, not only the care taken for civilians is less than the care taken for Israeli soldiers, but it is also undermined by a policy adopted to keep the latter safe.

The Kasher and Yadlin Doctrine and Operation Cast Lead

The Kasher and Yadlin doctrine entails a transfer of responsibility and military risks, through a shift from the state's obligation to take precautions in attack, embodied in article 57 of the First Additional Protocol to the Geneva Conventions to the enemy combatants' obligation to take precautions against the effect of attacks contained in article 58 of the same Protocol. Such transfer of responsibility and risks is even reinforced by the implementation of the customary humanitarian law requirement to issue effective advance warning of attacks unless circumstances do not permit²³. In Kasher's words "If you look at non-combatants in a territory where one does not have effective control and have already made a series of warnings that are known to have been effective, then the lives of the troops

²¹ A. Kasher, A. Yadlin, "Assassination and Preventive Killing", op. cit., p.53.

²² A. Kasher, "Operation Cast Lead and Just War Theory", op. cit., p.66; A. Kasher, "A Moral Evaluation of the Gaza War - Operation Cast Lead", op. cit.

²³ article 57(2)(c) of the first Additional Protocol. According to ICRC, article 57 (1) codifies the principle of precautions in attack and article 57 (2) (c) is a rule of customary international law applicable to international and non-international armed conflict. See J-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Rules*, 2005, pp. 51 and 62. For a description of the warnings provided by the IDF in relations to attacks during the operation Cast Lead, see Israeli Ministry of Foreign Affairs, *The Operation in Gaza, Factual and Legal aspects*, July 2009, pp. 99-100; Goldstone Report, para. 498 and f.

come first (...) The person who is afraid his home would be looted does not create by his odd behavior a reason for jeopardizing soldiers' lives"²⁴. In this construction, if the warned population stays in the battle zone or in close proximity to military objectives, it takes the calculated risk of possible injury and thus, by analogy with the voluntary human shield regime, bears the responsibility for such a risk. For example, the Knesset Committee for Foreign and Security Affairs stated, during the time of the war, that: "After the shooting, the warnings, anyone remaining in the area, in one of the most densely populated urban sites in the world, is either a terrorist or knows the price to pay"²⁵. In both cases, he is "doomed to die"²⁶.

The humanitarian law principle according to which those who qualify as civilians are entitled to protection against direct attack unless and for such time as they directly participate in hostilities, even though their activities and location may expose them to an increased risk of incidental injury and death²⁷, is set aside without any assessment of the effectiveness of the warnings provided. To say the least, the effectiveness of the warning issued in the Operation Cast Lead is debatable since the closure of the borders prevented relocation to avoid the conflict²⁸; and since the attacks against United Nations shelters, the UNRWA compound or the al-Quds hospital could reasonably lead civilians to think that they would be in much more danger in place where they were asked to leave to than they were in their own homes²⁹

Moreover, such a doctrine explains and justify what the Goldstone report calls a shoot in case of doubt policy. Needless to say, when soldiers have no reasons to have doubts about the civilian status of those attacked because, according to the Goldstone report, they were raising hands, were handcuffed, carried white flags or because the soldiers had already identified the persons present in the area or had interacted with them during the preceding 12 or 24 hours, in these circumstances when soldiers have no reasons to have doubts about the civilian status of those attacked it is merely a shoot to kill policy. To protect the soldiers, such a policy was accompanied, in the Gaza operation, by the "wet entry

²⁴ A. Kasher, "A Moral Evaluation of the Gaza War - Operation Cast Lead", *op. cit.*

²⁵ The Public Committee Against Torture in Israel, *No Second Thoughts: The Changes in the Israeli Defense Forces' Combat Doctrine in Light of Operation Cast Lead*, *op. cit.*, p.19.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ International Committee of Red Cross, "Interpretative Guidance On the Notion of Direct Participation in Hostilities Under international humanitarian Law", May 2009, p. 40.

²⁸ See J. Dugard, "No safe Place", Report of the Independent Fact Finding Committee On Gaza Presented to the League of Arab States, April 30, 2009, 5298.

²⁹ Goldstone Report, para. 513.

procedure" according to which missiles, tank fire, machine-gun fire or grenades must be used to clear the way in order to prevent any risk to the soldiers entering a room and which caused, in the attacks investigated by the Goldstone Report, the death of 21 al-Samouni's family members³⁰.

Both can be an expression of the aim to eliminate as far as possible any risk to the lives of the Israeli soldiers or a way to "*communicate with the civilian population*" if I may use Goldstone euphemism³¹. Nevertheless, and it will be my conclusion, in the context of a military doctrine which deliberately puts civilians at risk in order to protect soldiers' lives, such justification is legally problematic. When a State deliberately carries out some specific act, there is less room for it to argue that the harmful consequences were unintended and should be disregarded. There is indeed a huge gap between negligence and recklessness. When the behavior is negligent, actors do not foresee, but should have foreseen, the harm their actions do, while when behavior is reckless, actors foresee the harm, but act in the face of that awareness. In the Gaza operation, the risk of civilian casualties is not only known and understood by military planners, it is a completely predictable consequence of the protection provided to military personnel, programmed into the risk analysis of war. In this perspective, the life-life tradeoff policy resulting from the organized confrontation between the soldiers' right to life and the civilians' right to life does not result in the redistribution of violations, but in abolition of the right itself. It is precisely to prevent any shift from negligence to recklessness that the principle of discrimination requires States to take effective precautions in attacks and to issue credible warnings, giving civilians sufficient time to react and explaining what they should do to avoid harm³². To deny such a difference means denying the principle of distinction itself.

³⁰ *Ibid.*, para. 710 and f.

³¹ *Ibid.*, para. 805.

³² *Ibid.*, para. 528.



Qualifier en droit, disqualifier en fait ? Analyse critique du discours de l'Union européenne sur l'usage de la violence dans le conflit israélo-palestinien

*Barbara Delcourt**

A l'origine de cette analyse, il y a la conviction que les mots et expressions utilisés pour évoquer la violence révèlent inévitablement des choix politiques et des préférences idéologiques et contribuent à légitimer ou à délégitimer l'usage de la violence¹. Les travaux réalisés notamment dans le champ des relations internationales en fournissent d'ailleurs des illustrations assez convaincantes. Il était dès lors tentant de les mobiliser pour les appliquer à un cas d'étude qui, s'il fait l'objet de nombreux commentaires et analyses savantes, n'a pas été véritablement étudié sous cet angle.

Cette contribution vise donc essentiellement à analyser le discours produit par les institutions européennes depuis les accords d'Oslo et, en particulier, à interroger les registres utilisés par les Européens pour évoquer la violence dans ce conflit. La première étape de la recherche a permis de mettre en évidence l'existence d'une tension évidente qui résulte de la volonté de se positionner dans ce conflit au regard d'un cadre normatif politique et juridique correspondant à l'image que l'UE entend donner d'elle-même (« une puissance travaillant à l'extension du champ d'application du droit international ») alors même que les qualifications opérées en droit trahissent des choix qui ne sont pas ou plus tout à fait conformes à celui-ci. Cette démonstration s'appuie sur une analyse réalisée à partir des normes juridiques relevant à la fois du droit international général et du droit humanitaire.

La seconde partie consiste essentiellement à fournir des éléments d'explication aux tensions et paradoxes qui affleurent dans le discours européen. Elle renvoie aux travaux réalisés par l'auteur sur les usages

* Professeure à la Faculté des sciences sociales et politiques et à l'Institut d'études européennes, membre associé du Centre de droit international, Université libre de Bruxelles. Je tiens à remercier Victoria Garcia Guillen qui m'a aidé à collecter le matériel qui a servi à cette étude.

¹ R. Jackson, "Constructing Enemies: 'Islamic Terrorism' in Political and Academic Discourse", *Government and Opposition*, vol. 42, n°3, 2007, pp. 394-426; R. R. Krebs et P. T. Jackson, "Twisting Tongues and Twisting Arms: The Power of Political Rhetoric", *European Journal of International Relations*, vol. 13, n°1, 2007, pp. 35-66.

politiques du droit international. En définitive, il apparaît que le principe d'« équidistance » dont se prévaut l'UE dans le conflit trouve difficilement à s'appliquer s'agissant de la question de l'usage de la violence. En effet, la violence exercée par l'Etat d'Israël est le plus souvent contextualisée et, d'une certaine façon légitimée, alors que celle employée par les Palestiniens a tendance à être disqualifiée par principe, ce qui ne manque pas de soulever la question du droit de résistance.

Les qualifications des actes de violence dans le discours européen

Le matériau utilisé est donc formé d'occurrences telles que « violence », « recours à la force », « légitime défense », « acte terroriste ». Il comporte également des références aux actes de destruction matérielle et aux situations, mots ou expressions qui évoquent implicitement la violence (incitation à la haine, souffrance des populations, expressions de condoléances...).

Lorsqu'est évoqué le « discours européen », il s'agit essentiellement du « discours PESC », c'est-à-dire des positions politiques produites dans le cadre du second pilier de l'UE dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune. Les déclarations prises en considération datent de la mise en œuvre du processus d'Oslo jusqu'à aujourd'hui ;

Le positionnement de l'UE depuis la déclaration de Venise en 1980 fait l'objet d'un consensus et n'a pas été remis en question de manière fondamentale². Il se base sur la reconnaissance de tous les Etats de la région à vivre en sécurité (54) et le droit à l'autodétermination pour le peuple palestinien (56). Il se manifeste à travers la répétition incantatoire de principes « universels », dont notamment l'idée d'une paix juste, durable et globale et l'importance de la démocratie, des droits de l'homme et du droit international. La plupart des principes considérés par les institutions européennes comme applicables au conflit israélo-palestinien sont consacrés dans les résolutions de l'ONU au sujet du conflit israélo-palestinien. A cet égard, la déclaration de la présidence de juin 1997 peut être considérée comme représentative du positionnement européen :

« Les fondements de la paix sont bien connus : le droit de tous les États et de tous les peuples de la région à vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues, le respect

² Déclaration du Conseil européen, Venise, 12-13 juin 1980.

des aspirations légitimes du peuple palestinien à décider de son avenir, l'échange de territoires contre la paix, la non acceptabilité de l'annexion de territoires par la force, le respect des droits de l'homme, le refus du terrorisme sous toutes ses formes, les relations de bon voisinage ainsi que le respect des accords existants et le rejet de toute initiative unilatérale contre-productive»³.

Dans les textes par l'UE, on peut distinguer principalement trois catégories d'actes dit violents : les actes «terroristes», les «violences» et le recours à la force «excessif et disproportionné» de la part des forces israéliennes.

La condamnation de l'usage excessif et disproportionné de la force par l'Etat israélien

L'Union européenne a condamné fermement et à de nombreuses reprises «tout acte de violence»⁴, «quelle qu'en soit l'origine»⁵, ce qui semble indiquer que le principe même de l'usage de la violence est condamné pour toutes les parties au conflit et pourrait attester de la volonté affichée des Européens de garder dans ce conflit une position juste et équilibrée. Toutefois, le Conseil demande à l'occasion d'éviter le «recours à des moyens militaires disproportionnés»⁶ et «met en garde contre l'usage injustifié de la force»⁷. La différence entre ces deux types de condamnation semble pouvoir s'expliquer par le fait que lorsqu'il évoque des violences israéliennes (actes de représailles, peines collectives, incursions militaires, exécutions extrajudiciaires), il préfère, en règle générale, ne condamner que le recours «excessif et disproportionné» à la force.

Le langage utilisé pour condamner les violences israéliennes se rattache le plus souvent à un registre juridico-politique : ces actes sont considérés comme étant contraires au droit international et au principe de l'Etat de droit dans la mesure où ils contreviennent aux droits de l'homme, violent les accords conclus, constituent un obstacle à la paix et exacerbent le conflit.

³ Appel de l'Union européenne en faveur de la paix au Moyen-Orient, Bulletin UE 6-1997, Annexe III point I.30.

⁴ Par exemple Déclaration de la présidence relative à l'attentat terroriste de Jérusalem, 22/08/1995, Bulletin UE 07-1995, point 1.4.12

⁵ Voir aussi par exemple la Recommandation du Parlement européen sur la crise au Proche-Orient et le rôle de l'Union européenne dans la région, 13/12/2001, Bulletin UE 12-2001, point 1.6.79.

⁶ Déclaration de l'Union européenne sur le processus de paix au Moyen-Orient, Conseil Affaires Générales, 01/10/1996, Bulletin UE 10-1996, point 1.4.13. (Nous soulignons)

⁷ Déclaration de la présidence sur la situation à Jérusalem et dans les Territoires, 02/10/2000, Bulletin UE 10-2000, point 1.6.18. (Nous soulignons)

La légitimité et la légalité du recours à la force par les autorités israéliennes semblent donc acquises dans leur principe, la critique ne portant que sur les modalités de sa mise en œuvre. Les reproches formulés par l'Union à l'encontre d'Israël sont souvent exprimés sous une forme assez pondérée qui implique que les craintes israéliennes pour la sécurité de sa population sont bien prises en considération. Par exemple, après l'attaque de l'armée israélienne sur Beit Hanoun ayant entraîné la mort de 19 civils palestiniens, la Commission note que *"Palestinian factions should stop firing rockets into Israeli territory. Whilst we recognise Israel's right to self defence, this should not come at the price of innocent lives"*⁸.

En 2007, « *Tout en félicitant Israël pour la retenue dont il [le gouvernement] fait actuellement preuve au sujet de Gaza, [le Conseil] demande qu'il soit mis un terme aux interventions militaires israéliennes en Cisjordanie* »⁹. La Présidence de l'UE avait déjà considéré quelques années auparavant que *« les incursions israéliennes dans les territoires occupés contrôlés par les Palestiniens [sont] illégales et ne doivent pas se reproduire »*¹⁰. Dans ces deux extraits, il semble que le recours à la force ne soit pas considéré comme admissible. Cela étant, cette impression n'est pas corroborée par l'écrasante majorité des prises de position de l'UE, et par le fait que la demande de retrait des forces militaires ne pourrait être interprétée comme niant le droit d'Israël de combattre le terrorisme, laissant ainsi à l'Etat israélien une possibilité de recourir à ses forces armées, y compris dans les territoires occupés¹¹. A noter, que l'Etat israélien ne se considère pas lui-même comme une puissance occupante et refuse de se voir opposer les obligations de la 4^{ème} convention de Genève, préférant se référer aux arrêts d'urgence datant de l'époque du mandat britannique pour justifier les mesures coercitives prises à Gaza et en Cisjordanie¹².

⁸ The situation in Gaza, M. Wallström, Vice-President of the European Commission, Speech on behalf of Commissioner Ferrero-Waldner at the European Parliament Plenary session, SPEECH/06/688, Strasbourg, 15 novembre 2006.

⁹ Conclusions du Conseil sur le Moyen-Orient, Bruxelles, 5548/07, 22 janvier 2007.

¹⁰ Déclaration de la présidence, au nom de l'Union européenne, sur l'escalade de la violence au Moyen-Orient, Bruxelles/Stockholm, 18 avril 2001, Bulletin UE 4-2001 point 1.6.14.

¹¹ Dans la Déclaration de Barcelone, l'UE demandait à Israël de retirer immédiatement ses forces militaires des zones placées sous le contrôle de l'Autorité palestinienne ; elle ajoutait cependant que cette demande était faite « sans préjudice du droit d'Israël de combattre le terrorisme » (Annexe des conclusions de la Présidence, Bulletin de l'UE 3-2002).

¹² V. Rapport du Israël (document de travail des services de la Commission sur la PEV), COM (2004) 373 final, 12 mai 2004, p. 8.

La condamnation de la violence

L'utilisation du terme « violence » renvoie généralement à des actes dont on peut supposer qu'ils sont commis par tous les protagonistes du conflit. Ils font généralement l'objet d'une condamnation de principe. Les faits précis incriminés ne sont souvent pas détaillés, ni même les conditions dans lesquelles ils adviennent. Il est ainsi assez troublant de constater que beaucoup de textes ne permettent tout simplement pas de savoir de qui on parle et de quoi on parle, à quel événement particulier il est fait référence. Les formules utilisées sont évanescentes, très générales et anonymes.

Dans certains cas cependant, il s'agit pour l'UE pour déplorer les affrontements entre forces de police palestiniennes et population des territoires occupés, principalement les affrontements intra-palestiniens. Dans ce contexte, rien dans le discours européen ne semble permettre de justifier le recours à la violence par les groupes armés palestiniens¹³.

Les forces de sécurité palestiniennes ont régulièrement été appelées à neutraliser les groupes terroristes dans les territoires qu'elles contrôlent et que, dans ce cas précis, l'usage de la violence n'est pas dénoncé, bien au contraire. Cela étant, les actes de violence commis par des Palestiniens sont qualifiés de « violences », souvent sans même préciser si l'auteur fait partie des forces de police palestiniennes ou s'il s'agit de milices.

La qualification « violences » semble impliquer que le principe même du recours à la force est condamné, sauf dans le cas de certaines opérations de lutte antiterroriste commanditées par l'Autorité palestinienne à qui l'UE a régulièrement demandé de faire un effort pour la rendre plus efficace. Quant aux actes qualifiés de violents commis par des forces israéliennes, ils ne sont condamnés que dans leur excès¹⁴.

La condamnation des actes terroristes

Dans les territoires occupés, les seuls actes qui sont considérés comme « terroristes » par l'Union sont les actes commis par des Palestiniens contre la population civile israélienne. Ils sont critiqués de manière virulente et sur un registre beaucoup plus passionnel. L'Union se dit ainsi « profondément

¹³ Déclaration de la présidence, au nom de l'Union européenne, sur la situation au Proche-Orient, 20/11/2000, Bulletin UE 11-2000, point 1.6.15.

¹⁴ Résolution du Parlement européen sur « Paix et dignité au Proche-Orient », 23/10/2003, Bulletin UE 10-2003, point 1.6.61.

horrifiée»¹⁵, « indignée, consternée et profondément alarmée »¹⁶, exprime sa « révolte »¹⁷, devant ces « atrocités »¹⁸, ces « lâches attentats criminels »¹⁹, « barbares »²⁰, « absolument odieux et révoltants »²¹, qui « constituent une insulte à la conscience de l'humanité »²².

L'Union aurait par ailleurs tendance à passer sous silence certaines violences qui sont perpétrées par des colons contre la population civile palestinienne, y compris des homicides. Elle mentionne très rarement ce type d'acte – sauf le massacre de vingt-neuf Palestiniens dans le caveau des patriarches à Hébron, en février 1994, qu'elle condamne vigoureusement mais qu'elle ne qualifie pas de « terroriste »²³.

En outre, si l'Union a eu tendance à rendre responsable l'Autorité palestinienne des attentats perpétrés par des Palestiniens, elle ne semble aucunement vouloir faire de même avec les autorités israéliennes et l'activité violente des colons. Enfin, il convient également de relever que des condoléances sont régulièrement adressées au peuple et au gouvernement israélien à la suite d'attentats, mais sont pratiquement inexistantes lorsque l'armée israélienne provoque la mort de civils palestiniens. Les chiffres de victimes palestiniennes ne figurent quasi jamais dans les déclarations, alors que le nombre de victimes israéliennes d'attentats-suicides est parfois mentionné.

Dans certains cas, le discours européen tend néanmoins à faire un parallèle entre les actes de violence commis par les protagonistes du conflit : par exemple lorsque « l'Union européenne déplore que, des deux côtés, des civils continuent de pâtir de la violence : horreur du terrorisme dans

¹⁵ Communiqué de la présidence sur les actes de violence terroriste commis récemment en Israël, 20/10/1994, Bulletin UE 10-1994, point 1.3.11

¹⁶ Déclaration de la présidence sur l'attentat terroriste perpétré à Jérusalem, 03/03/1996, Bulletin UE 3-1996, point 1.4.10

¹⁷ Déclaration de l'Union européenne sur l'attentat à Netanya, 23/01/1995, Bulletin UE 01-1995, point 1.4.15

¹⁸ Communiqué de la présidence sur les actes de violence terroriste commis récemment en Israël, 20/10/1994, Bulletin UE 10-1994, point 1.3.11

¹⁹ Déclaration de l'Union européenne sur les attentats à la bombe perpétrés à Jérusalem et à Ashkelon, 27/02/1996, Bulletin UE 1/2-1996, point 1.4.13

²⁰ Déclaration de la présidence sur le processus de paix au Moyen-Orient, 10/03/1996, Bulletin UE 3-1996, point 1.4.11

²¹ Déclaration de la présidence à la suite de l'attentat du 12 août à Haïfa et à la fermeture de la Maison d'Orient à Jérusalem-Est, 13/08/2001, Bulletin UE 7/8-2001, point 1.6.24

²² Déclaration de la présidence sur l'attentat terroriste perpétré à Jérusalem, 03/03/1996, Bulletin UE 3-1996, point 1.4.10

²³ Déclaration de l'Union européenne sur les événements à Hébron, 27/02/1994, Bulletin UE 01-1994, point 1.3.15

les rues d'Israël, brutalité de l'occupation dans les territoires palestiniens »²⁴. Mais, dans le même temps, elle semble exprimer une certaine tolérance vis-à-vis des violences israéliennes :

« Le Conseil a condamné sans réserve les attentats terroristes perpétrés récemment contre Israël, qui ont fait un grand nombre de morts et de blessés parmi les Israéliens. Le Conseil a également condamné les nouvelles violences commises par des militants palestiniens. Tout en reconnaissant à Israël le droit de protéger ses citoyens contre les attentats terroristes, le Conseil l'a engagé à faire preuve de retenue et à s'abstenir de recourir aux exécutions extrajudiciaires, qui sont contraires au droit international »²⁵.

Le discours européen sur le recours à la force en Israël parle cependant de « violence » et de « terrorisme » du côté palestinien et de « recours à la force » du côté israélien : « la réprobation de la violence palestinienne vise l'essentiel, tandis que celle de la violence israélienne, en revanche, porte sur l'accessoire ». Si l'Union tente d'équilibrer ses reproches, la différence de registres et les nombreuses précautions oratoires montrent une tendance à accepter plus facilement les actes de violence perpétrés par l'État d'Israël ou du moins à lui trouver des justifications. L'UE préfère recourir à l'expression « recours excessif à la force » plutôt que d'évoquer des actes de violence. Une préférence que l'on pourrait expliquer par le fait que l'on réserve le terme de « violence » pour des actes que l'on considère a priori comme illégitimes.

Une telle situation pourrait s'expliquer par le fait que l'UE a délibérément choisi le droit international comme cadre normatif de référence. Le droit international accorde en effet aux Etats certaines prérogatives en matière d'utilisation de la force qu'il dénie en général aux groupes non-étatiques. Les évolutions les plus récentes montrent certes une prise en considération d'autres « sujets » que les Etats mais le droit international demeure néanmoins plus enclin à assurer les droits des Etats, en particulier lorsqu'il s'agit de défendre leur intégrité territoriale, leur souveraineté ainsi que la sécurité de leur population. Cela étant, le discours européen n'est pas exempt de toute contradiction.

²⁴ Déclaration de la Présidence, au nom de l'Union européenne, sur le processus de paix au Moyen-Orient, 20/09/2002, Bulletin UE 9-2002, point 1.6.17.

²⁵ Conclusions du Conseil sur le processus de paix au Moyen-Orient, 14090/05, Bruxelles, 7 novembre 2005 (Nous soulignons).

Les paradoxes des qualifications au regard du droit international et des principes devant guider la résolution du conflit

A première vue, le droit international fournit aux Européens un cadre de référence important pour ce qui concerne les principes devant prévaloir dans le règlement du conflit, les références nombreuses aux résolutions du Conseil de sécurité attestant encore de l'importance conférée par l'UE à l'ONU. L'évaluation de la cohérence interne du discours peut donc en partie s'opérer à partir du droit international. On verra cependant qu'il n'est pas évident de considérer que le discours européen est dépourvu de contradictions.

Les paradoxes découlant des qualifications opérées en droit

Le régime juridique qui régit l'usage de la force dans un conflit tel que celui-ci est relativement complexe puisqu'il met aux prises une entité étatique reconnue (Israël), une entité politique non encore reconnue (Palestine) mais dotée de certains attributs étatiques (l'Autorité palestinienne) et des groupes armés qui échappent largement à son contrôle. Il faut par ailleurs encore distinguer plusieurs types de règles. Il y a d'abord celles qui ressortissent au *jus ad bellum* qui régit les circonstances dans lesquelles un Etat peut recourir à la force dans les relations internationales. Il y a ensuite le *jus in bello* qui est composé de toutes les normes qui lient les parties à un conflit (interne ou international) dans la conduite des hostilités et qui renvoient à ce que l'on qualifie généralement de « droit humanitaire » et dont le contenu varie en fonction des conventions et protocoles agréés par les parties. Et, enfin, les règles particulières liant les parties qui auraient conclu des accords de cessez-le-feu ou des accords de paix prévoyant éventuellement des dispositions spécifiques liées à l'usage de la force.

Il est donc possible que la confusion que donne à voir le discours européen dans ce domaine puisse en partie s'expliquer par la complexité du droit international lui-même. Cette hypothèse n'a cependant pas pu être retenue car, comme nous le verrons, elle ne permet pas d'expliquer que les confusions s'appliquent systématiquement au profit de certaines parties et au détriment d'autres. Nous repartirons donc des qualifications opérées pour tenter de les raccrocher aux normes et régimes juridiques applicables en l'espèce.

1. L'usage excessif de la force

Comme nous l'avons montré dans la première partie, cette expression suppose un droit pour l'Etat d'Israël de recourir à la force. Quel pourrait être le fondement juridique d'un tel droit ? Deux possibilités peuvent être envisagées.

La première renvoie au *jus ad bellum* qui prévoit deux exceptions à l'interdiction de l'usage de la force dans les relations internationales : la légitime défense et l'autorisation donnée par le Conseil de sécurité. Le Conseil, après avoir constaté l'existence d'une menace pour la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression, peut en effet autoriser les Etats à « recourir à tous les moyens nécessaires » pour rétablir la paix, faire cesser une agression, acheminer l'aide humanitaire... A ce jour, aucune résolution prise dans le cadre du Chapitre VII ne pourrait justifier l'emploi de la force armée contre la population palestinienne dans le territoire qui lui est attribué aux termes des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité (242 et 338). Reste alors la légitime défense, mais ses conditions d'emploi sont très strictement limitées, notamment par des critères de proportionnalité. Et surtout la majorité de la doctrine et la jurisprudence estime que la légitime défense, au sens de l'article 51 de la Charte, ne peut être invoquée pour justifier l'emploi de la force dans la situation particulière que connaît la Palestine²⁶. L'interprétation dominante la limite en effet aux relations interétatiques²⁷.

Il faudrait alors supposer que les Européens ont été séduits par des interprétations beaucoup plus extensives du droit à la légitime défense, interprétations très en vogue aux Etats-Unis surtout dans la période qui a suivi les attentats du 11 septembre 2001 et qui impliquaient de considérer qu'Etat ayant fait l'objet d'attaques terroristes pouvait exciper son droit de légitime défense pour lancer une opération militaire punitive, voire préemptive, contre des groupements terroristes dans des Etats soupçonnés de les protéger²⁸. Cela étant, l'analyse des positions défendues en droit par les Etats européens ne corroborent pas cette hypothèse. Si politiquement, la plupart des Etats semblent avoir été convaincus de la légitimité, voire de la légalité, des interventions militaires entreprises par les Etats-Unis au titre de la guerre contre le terrorisme, dans leur très grande majorité, ils n'ont pas soutenu de projets visant à

²⁶ Cour internationale de Justice, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, par. 87.

²⁷ O. Corten, *Le droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Pedone, 2008, pp. 255-259.

²⁸ *Ibid.*, pp. 258-259 ; sur l'attitude des Européens, voy. la note 394.

modifier le droit existant, qui demeure dès lors extrêmement restrictif s'agissant des conditions d'emploi de la force. Le fait même d'utiliser le terme d'autodéfense suggère que les Européens n'entendent pas vraiment se référer à l'institution juridique de la légitime défense.

La seconde explication renvoie au fait que l'expression « usage excessif de la force » trouve son origine dans les règles du droit humanitaire. Elle suppose que les Européens considèrent qu'Israël a, en tant que puissance occupante, le droit, voire le devoir, de maintenir l'ordre et la sécurité, non seulement à l'intérieur de ses frontières, mais également dans les territoires palestiniens. Dès lors, elle pourrait recourir à la force, mais dans les limites admises par le *ius in bello*. Cette interprétation peut être corroborée par certaines dispositions contenues dans les accords de paix²⁹.

Cette explication ne permet cependant pas de comprendre pourquoi cette expression n'est jamais utilisée pour qualifier certains actes de violence commis par des groupes palestiniens. Car si Israël est une puissance occupante et que, par ailleurs, le peuple palestinien s'est vu reconnaître un droit à l'autodétermination, il serait logique de lui reconnaître le droit de recourir à certains moyens violents pour faire valoir ce droit³⁰. Il est vrai que cette possibilité, soutenue par la grande majorité des Etats issus de la décolonisation au sein de l'Assemblée générale, s'est heurtée à l'opposition de certains Etats européens, en particulier les puissances coloniales. Mais il est aussi évident que, pour un temps du moins, l'idée de consacrer un droit de résistance au profit de certains mouvements armés, comme corollaire du droit à l'autodétermination externe (impliquant la lutte contre une puissance coloniale ou un Etat occupant illégalement un territoire), a été consacrée dans certains documents internationaux³¹. Si la réticence des Etats européens à accepter le principe de la lutte armée au profit de mouvements de libération nationale et à l'encontre des Etats coloniaux peut aisément se concevoir, il est moins évident, au regard de l'histoire européenne et des valeurs qui sous-tendent la construction européenne, de comprendre les raisons pour lesquelles ils ne pourraient admettre un droit de résistance à l'encontre d'une puissance étrangère

²⁹ V. art. VIII de l'accord d'Oslo (1993) consacré à l'ordre public et à la sécurité : « Afin de garantir l'ordre public et la sécurité interne des Palestiniens de Cisjordanie et de Gaza, le Conseil établira une puissante force de police tandis qu'Israël conservera la responsabilité de la défense contre les menaces de l'extérieur, ainsi que la responsabilité de la sécurité globale des Israéliens de manière à sauvegarder leur sécurité interne et l'ordre public » (Nous soulignons).

³⁰ M. Benchick, « Le terrorisme, les mouvements de libération nationale et de sécession et le droit international », in K. Bannelier, T. Christakis, O. Corten et B. Delcourt (eds.), *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, 2002, p. 73.

³¹ V. l'étude de F. Mégret, « Grandeur et déclin de l'idée de résistance à l'occupation : Réflexions à propos de la légitimité des «insurgés» », *Revue belge de droit international*, 2009.

qui ne dispose d'aucun titre juridique pour exercer son autorité sur le territoire palestinien, a fortiori lorsqu'elle implique le recours à la force armée. On aurait donc pu s'attendre à ce que les Européens reconnaissent la possibilité de faire usage des armes contre l'occupant et dénoncent, le cas échéant, les excès ayant pu être commis dans ce contexte (les crimes de guerre par exemple). Il y a donc ici un certain paradoxe à reconnaître un droit à l'autodétermination et à soutenir la création d'un Etat en déniait implicitement toute possibilité de faire advenir l'indépendance de cette entité, y compris par la force, alors même que l'Etat occupant ne montre pas de signes clairs permettant d'envisager l'indépendance effective de la Palestine. Comme le souligne le Professeur Benchick, considérer qu'un peuple a droit à l'autodétermination et estimer que la puissance occupante peut exercer contre lui des représailles au titre de la légitime défense est pour le moins paradoxal. C'est pourtant ce qui ressort des prises de position de l'UE³².

Il est toutefois possible de considérer que les engagements pris par les Palestiniens dans le cadre du processus de paix impliquent qu'ils renoncent à l'usage de la force. Mais dans la plupart ces documents signés par les parties, ce type d'engagement ne lie pas uniquement les représentants de la Palestine, il suppose que l'Etat israélien renonce lui aussi à l'usage de la force³³. Il n'y aurait dès lors pas de raison, sur le plan juridique du moins, de qualifier différemment l'usage de la force en fonction de l'identité et du statut de ses auteurs et, encore moins, de suggérer que le recours à la force par Israël est licite (sauf s'il est excessif)

³² M. Benchikh, *op. cit.*, p. 78. Dans la résolution 3743 du 3 décembre 1982, il est également rappelé que le constant déni du droit à l'autodétermination au bénéfice du peuple palestinien constitue une menace sérieuse pour la paix et la sécurité. Le §2 réaffirme la légitimité des luttes contre le colonialisme et les occupations étrangères par tous les moyens, y compris la lutte armée. Le § 4 de la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 appelle à la cessation de toute action armée et autres mesures répressives à l'encontre des populations qui se voient reconnaître un droit à l'indépendance, tandis que le § 6 insiste sur l'importance de respecter l'intégrité territoriale des entités sous domination étrangère.

³³ Accords d'Oslo, Oslo II signé le 26 septembre 1995, Accord de Wye River du 23 octobre 1998, accord de Charm-El-Cheick du 4 septembre 1999 et sommet de Charm-El-Cheick du 16 au 18 octobre 2000. V. encore la phase I de la feuille de route qui prévoit qu'Israël mette « fin immédiate aux actes de violence dirigés contre les Palestiniens en quelque lieu que ce soit ». Dans le paragraphe consacré à la sécurité, il est prévu que le gouvernement israélien ne prendra aucune mesure susceptible de saper la confiance, notamment les expulsions, les attaques dirigées contre le civils, la saisie ou la destruction d'habitations et de biens palestiniens ou tant que mesure punitive ou mesure destinée à faciliter la construction de bâtiments israéliens, la destruction d'institutions et d'infrastructure palestiniennes... Concernant la situation humanitaire, le Quartet demande qu'Israël lève les couvre-feux, relâche les restrictions sur les mouvements de personnes et de biens. Enfin, il est bien précisé que le gouvernement doit démanteler les colonies érigées depuis mars 2001 et geler toute activité de colonisation. Le texte de la feuille de route se trouve annexé dans la lettre adressée par le Secrétaire général de l'ONU au président du Conseil de sécurité, S/2003/529 du 7 mai 2003.

alors que la partie palestinienne ne serait jamais fondée à y recourir. Qui plus est, l'engagement pris par les Palestiniens consiste à renoncer à l'usage de la violence contre des individus et des propriétés qui sont sous l'autorité de l'Etat israélien. Cette disposition pourrait alors exclure les colons israéliens qui occupent illégalement le territoire alloué à la partie palestinienne, ainsi que les militaires qui s'y trouvent. Ce n'est assurément pas ainsi que l'UE interprète ces arrangements, comme le montre notamment la déclaration de la présidence du 3 juillet 2006 demandant la libération immédiate d'un soldat et « *condamnant vigoureusement le meurtre d'un Israélien victime d'un enlèvement en Cisjordanie* »³⁴.

2. Les actes de violence

Généralement les instruments juridiques internationaux utilisent peu le terme de « violence ». On y retrouve plutôt des expressions comme « recours à la force », « exercice de la légitime défense », « conflit armé » ou « lutte armée », « agression », « crimes contre la paix/contre l'humanité/de guerre », etc... Le Conseil de sécurité ou les médiateurs ou « facilitateurs » dans les conflits ne sont pas des instances juridiques, pas plus que les institutions européennes, et il n'est donc guère étonnant que ce terme, plus neutre sur un plan juridique, soit privilégié par les responsables politiques, y compris européens.

On pourrait néanmoins s'étonner du fait que l'UE, dont la profession de foi en faveur du droit international est régulièrement mise en avant, ne fasse pas preuve de plus de précision dans la qualification des actes de violence perpétrés par l'Etat d'Israël, qu'elle ne manque pas de critiquer par ailleurs. On ne trouve par exemple pas référence aux conventions de Genève alors que certains actes commis par Israël auraient pu recevoir une qualification juridique en mobilisant les catégories juridiques utilisées par ces conventions. Certains actes sont parfois qualifiés de contraires au droit international, mais aucune source ou obligation précise n'est jamais mentionnée.

Pour ce qui concerne les violences commises par les groupes palestiniens, l'usage de ce terme est nettement plus compréhensible, surtout lorsque la violence émane de groupes armés, de milices ou d'individus qui ne peuvent se prévaloir de la légitimité généralement reconnue aux mouvements de libération nationale. Elle se comprend également au regard des engagements pris par l'OLP et par l'Autorité palestinienne de

³⁴ Déclaration de la présidence au nom de l'UE sur le Moyen-Orient, 3 juillet 2006, 11121/06 (presses05).

s'abstenir de recourir à la violence. Mais ici encore, on peine à voir ce qui retient les Européens de procéder à certaines qualifications juridiques plus précises, comme le fait de qualifier certaines pratiques de crimes de guerre lorsque, par exemple, des cibles civiles sont délibérément visées par les actions armées des groupes palestiniens.

Ce choix est sans doute motivé politiquement par ce principe d'« équidistance » qui guiderait l'action européenne dans la région et permettrait de présenter l'UE comme un véritable « honest broker » qui se traduit par exemple dans le fait de déplorer les victimes civiles dans les deux camps lors de l'opération israélienne « plomb durci » (décembre 2008-janvier 2009) sans prendre en considération le fait que les victimes civiles dans un camp sont nettement plus nombreuses que dans l'autre. Il n'y a pas à proprement parler de contradiction dans ce cas mais, plus simplement, une tension évidente entre l'image que l'UE veut donner d'elle-même, celle d'une puissance agissant en faveur de l'extension du domaine d'application du droit, et ses engagements concrets encore bien timides sur ce plan. Son refus ferme d'envisager une politique de sanction de l'Etat israélien en actionnant la clause de conditionnalité contenue dans l'accord d'association signé en 1995 en est un exemple. Cette décision a notamment été motivée par la Commission européenne par la nécessité pour l'UE de ne pas s'aliéner la partie israélienne, auquel cas sa présence à la table des négociations aurait été durablement compromise. Ce sont donc apparemment des considérations d'ordre stratégique qui expliquent cette posture.

3. Les actes terroristes

La violence est un terme générique qui est communément utilisé pour stigmatiser les comportements des parties au conflit. Mais dans le contexte précis du conflit israélo-palestinien, les actes violents sont cependant souvent qualifiés de « terroristes », cette qualification ne visant toutefois que certains actes perpétrés par les Palestiniens. La question qui se pose alors est de savoir si cette qualification se justifie sur le plan juridique.

Le terme « terrorisme » est lourdement et très négativement connoté, ce qui explique un mouvement de réprobation quasi-universel comme l'ont encore démontré les prises de position des Etats à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Pour autant, il s'est avéré extrêmement difficile de parvenir à une définition de ce terme en droit international qui soit universellement acceptée, la plupart des conventions en matière de lutte

50

contre le terrorisme s'attachant plutôt à criminaliser certains actes précis comme la piraterie aérienne, la prise d'otages et l'emploi de certains dispositifs à des fins terroristes (financement, explosifs, ...) ³⁵. L'un des obstacles majeurs à l'élaboration d'une définition « substantielle » s'explique notamment par la volonté émise par certains Etats d'exclure les mouvements de libération nationale du champ d'application des textes régissant la lutte contre le terrorisme. Cette volonté a d'ailleurs été la principale pierre d'achoppement des négociations entre pays Européens et pays arabes dans le cadre du processus de Barcelone. Dans la perspective d'une coopération accrue sur les questions sécuritaires, l'UE s'est de fait heurtée à position critique de la part de ses partenaires méditerranéens soucieux de garantir la légitimité des luttes de libération nationale, en particulier au bénéfice du peuple palestinien, en maintenant une distinction de principe entre groupes terroristes et mouvements de libération nationale. Il apparaît également que le fait d'écarter toute possibilité de considérer que certains actes commis par les Etats puissent être qualifiés de « terroristes » a pu apparaître comme un moyen d'immuniser l'Etat israélien contre toute tentative de sanctionner certains de ses comportements dans les territoires occupés, en particulier les assassinats sélectifs, quand bien même ces pratiques sont très explicitement dénoncées. On peut donc aisément comprendre les raisons pour lesquelles les Européens n'emploient par le terme « terroriste » pour qualifier les agissements de l'Etat israélien et réservent cette qualification pour certains actes commis par les groupes palestiniens, en particulier ceux qui ne se soumettent pas à l'Autorité palestinienne. (Le droit humanitaire n'exclut pourtant pas que des mouvements de résistance, des MLN, ou d'autres rebelles puissent se rendre coupables de terrorisme).

Cela étant, on peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles l'UE ne recourt pas à la catégorie des crimes de guerre. L'usage du terme « terroriste » pour les actes de violence commis par groupes armés palestiniens semble indiquer que, dans l'esprit des Européens, la situation en Palestine n'est pas un conflit armé traditionnel. Cette inclinaison pourrait s'expliquer par le fait que les autorités européennes ont d'une part exclu de leur définition du terrorisme les actes commis dans un contexte de conflit armé et, d'autre part qu'ils persistent à se référer aux accords de paix et à leur mise en œuvre alors même que leur effectivité est pour le moins sujette à caution. Cela étant, il est intéressant de noter que dans les accords signés par toutes les parties et auxquelles se réfèrent

³⁵ P. Klein, « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 321, 2007.

abondamment l'UE, il est spécifiquement mentionné qu'elles doivent renoncer à toute forme de violence, y compris aux actes de terrorisme *qu'ils soient commis par des Palestiniens ou des Israéliens*¹⁶. Rien n'excluait dès lors formellement que certains actes commis par des Israéliens soient qualifiés de « terroristes ». Pourtant, l'UE se contente généralement d'évoquer des violences et exactions et de les qualifier d'« illégales ». Il est permis de penser que les moyens utilisés par les colons et les dommages causés sont sans commune mesure avec ceux causés par les attentats-suicides, ce qui expliquerait cette différence de qualification. Mais comme il sera démontré par la suite, la labellisation des actes de violence commis par les Palestiniens peut aussi s'expliquer par des facteurs plus subjectifs. (Voir point III.)

En dépit de l'utilisation d'une terminologie juridique, le droit international n'apparaît pas véritablement comme cadre normatif de référence qui permettrait d'expliquer la structuration du discours européen et l'emploi de ces différentes catégories de violence.

Les paradoxes découlant de l'établissement des responsabilités politiques dans l' « escalade de la violence » et le non-règlement du conflit

51

Les principes auxquels se réfèrent les Européens ne sont pas tous de nature strictement juridique, certains principes ont une dimension nettement plus politique lorsque, par exemple, ils se réfèrent au processus diplomatique de règlement du conflit depuis la signature des Accords d'Oslo en 1993. Les Européens sont alors régulièrement amenés à se prononcer sur les responsabilités de toutes les parties dans la non-application de ceux-ci. On trouve dans les prises de positions officielles (surtout du Parlement européen), une condamnation sans ambiguïté de la poursuite de la colonisation, des exécutions extrajudiciaires, des châtiments collectifs et des autres mesures mises

¹⁶ Mémorandum de Wye River du 23 octobre 1998 (II, Security: "in the provisions on security arrangements of the Interim Agreement, the Palestinian side agreed to take all measures necessary in order to prevent acts of terrorism, crime and hostilities directed against Israeli side, against individuals falling under Israeli side's authority and against their property, just as the Israeli side agreed to take all necessary measures in order to prevent acts of terrorism, crime and hostilities directed against the Palestinian side, against individuals falling under the Palestinian side's authority and against their property..."). Accord de Charm-El-Cheikh de septembre 1999, pt.8 ; De même, lors de la conférence d'Annapolis (27 novembre 2007), les parties ont précisé : « Nous exprimons notre détermination à mettre fin aux effusions de sang, aux souffrances et aux décennies de conflit entre nos deux peuples, à introduire une nouvelle ère de paix fondée sur la liberté, la sécurité, la justice, la dignité, le respect et la reconnaissance mutuelle, à propager une culture de paix et de non-violence, à faire face au terrorisme et à la provocation qu'ils émanent des Palestiniens ou des Israéliens ».

en œuvre par l'Etat israélien, comme la construction du Mur de sécurité, qui rendraient selon eux la solution d'une paix basée sur l'existence de deux Etats physiquement impossible. Cela étant, l'équidistance dont se prévalent les responsables européens devrait aussi se marquer dans la qualification d'actes violents non conformes aux accords conclus. Si l'on retrouve effectivement une condamnation de tous les actes de violence qui compromettent les accords de paix et des manquements de l'Autorité palestinienne dans la lutte contre les groupes terroristes, la responsabilité de l'Etat hébreu apparaît de manière plus évidente, du moins avant la victoire du Hamas aux élections législatives de 2006³⁷. Ainsi, la déclaration de l'Union invite « le peuple d'Israël à reconnaître le droit des Palestiniens à l'autodétermination, sans exclure la possibilité d'un Etat », et demande « au peuple palestinien de réaffirmer son engagement à l'égard du droit légitime d'Israël de vivre dans des frontières sûres et reconnues »³⁸. Cet appel suggère que l'Autorité a déjà fait les concessions alors qu'Israël n'aurait pas encore admis le principe même de l'existence d'un Etat palestinien. Il s'agit en réalité d'un reproche adressé à un seul des deux camps. Les progrès demandés aux parties sont ainsi souvent centrés sur des critiques des politiques israéliennes. L'Union note aussi à plusieurs reprises que des actes des autorités israéliennes (fermeture des frontières, incursions...) « mettent en danger le processus de paix ». Elle demande à Israël « de faire correspondre à son engagement proclamé en faveur du processus de paix des actions concrètes pour remplir ses obligations ainsi que de s'abstenir de tout acte risquant de créer la méfiance au sujet de ses intentions »³⁹. Des déclarations reprochent en outre à Israël de ralentir le processus de paix et de provoquer de nouvelles violences. L'Union rejette donc sur l'Etat hébreu une large part de la responsabilité dans la poursuite des violences.

³⁷ Résolution du Parlement européen sur les développements du processus de paix au Proche-Orient 14/11/1996, Bulletin UE 11-1996, point 1.4.85 ; Déclaration de la Présidence sur le processus de paix au Moyen-Orient, 22/05/2000, Bulletin UE 5-2000, point 1.6.16. V. encore la Feuille de route axée sur des résultats et destinée au règlement permanent du conflit israëlo-palestinien sur la base de deux Etats (Annexe 5/2003/529 du 7 mai 2003). La Présidence de l'UE rappelle que « l'implantation des colonies où que ce soit dans les Territoires palestiniens occupés, y compris Jérusalem-Est, est illégale au regard du droit international », Déclaration de la Présidence au nom de l'UE sur la poursuite de la colonisation à Har Homa et Pisgat Zeev, 14 juillet 2008, 11773/08 (Presse 210) ; Declaration by the Presidency on behalf of the European Union on the settlement activities of Israel, Brussels, 24 February 2009, 6789/1/09 (Presse 49).

³⁸ Appel de l'Union européenne en faveur de la paix au Moyen-Orient, Bulletin UE 6-1997, Annexe III point L30 (Nous soulignons). V. également Conclusions du Conseil sur le processus de paix au Moyen-Orient, Bulletin UE 6-1998, point L27.81.

³⁹ Déclaration de l'Union européenne sur le processus de paix au Moyen-Orient, Conseil Affaires Générales, 01/10/1996, Bulletin UE 10-1996, point 1.4.13.

Toutefois, il ne s'en suit pas une condamnation plus importante de la violence utilisée par Israël. Celle-ci demeure généralement justifiée par des objectifs sécuritaires de protection de sa population. Quand bien même certains actes de violence sont considérés comme étant contraires au droit international, ils ne sont pratiquement jamais dénoncés en raison des objectifs politiques poursuivis (tels que l'agrandissement du territoire israélien, le refus d'en revenir aux frontières de 1967 et le morcellement des territoires palestiniens et le fait de vouloir faire de Jérusalem la capitale unique et éternelle de l'Etat, la destruction des infrastructures palestiniennes et l'affaiblissement du Fatah et de l'Autorité palestinienne, la division des mouvements palestiniens).

Du côté palestinien, les actes de violence sont essentiellement dénoncés comme étant contraires aux accords de paix, émanant de groupes minoritaires et ne semblent donc pas pouvoir prétendre exprimer des revendications politiques légitimes puisqu'ils sont qualifiés de « terroristes », « criminels », « extrémistes », commis par des « ennemis de la paix ». Certes, l'UE évoque, de manière elliptique, l'existence de causes sociales et politiques qui en sont à l'origine mais, pour autant, les moyens violents employés sont condamnés de manière quasi-systématique. On ne retrouve dans les déclarations aucune justification politique ou autre (droit de résistance, représailles, impossibilité de faire valoir ses droits par le recours par des moyens conventionnels en raison de l'absence de forces armées et de l'asymétrie des forces en présence). Et si un lien est parfois établi entre l'existence des violences et la situation désespérée des populations palestiniennes, il ne s'agit en aucun cas d'une justification ou d'un élément qui puisse légitimer le recours à la violence.

La tendance à criminaliser cette violence est présente dans les années 90, elle devient plus évidente à partir des années 2000 et se renforce encore à la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001.

La logique découlant de l'état de guerre contre le terrorisme

Les préoccupations sécuritaires liées au terrorisme ne datent pas, loin s'en faut, des attentats du 11 septembre 2001. Les Européens avaient déjà bien avant cette date mis en place certains dispositifs permettant de s'attaquer à ce phénomène et condamné sans ambiguïté les actes commis par des groupes armés palestiniens. Ce qui s'accroît sans aucun doute à partir de 2001 est la conviction que ce problème doit être pris en charge par des instances internationales et traité de manière plus efficace, notamment en améliorant la coopération entre Etats. Sans véritablement se départir

de leurs prérogatives régaliennes dans le domaine de la sécurité, les Etats et les organisations internationales telles que l'ONU et l'OTAN vont alors multiplier les initiatives conjointes et produire un certain nombre de textes qui témoignent de l'existence d'un consensus minimal sur ce qui menace l'ordre et la sécurité internationales. Au premier rang de ces menaces et risques identifiés, figure le terrorisme international. Si les moyens pour le neutraliser peuvent différer, comme en témoignent les nuances qui séparent la stratégie nationale de sécurité des Etats-Unis de 2002 et la stratégie de sécurité européenne de 2003, les représentations sociales qui les sous-tendent sont largement partagées, en particulier à travers le lien établi entre la pauvreté et le sous-développement et la violence qui menace l'ordre international. Le succès de ce que l'on appelle communément le *security/development nexus*⁴⁰ en est d'ailleurs le révélateur le plus évident et peut en partie expliquer le tropisme sécuritaire/humanitaire qui caractérise le discours européen (a). Ce large consensus n'a cependant pu voir le jour qu'au prix d'une forme de dépolitisation (b).

Entre sécuritaire et humanitaire

Le droit d'Israël à lutter contre le terrorisme est unanimement admis et rappelé à de nombreuses reprises, tout comme est rappelé avec insistance le fait que le droit de se défendre doit s'exercer en respectant les règles du droit international (droits de l'homme et principe de l'Etat de droit). Les préoccupations sécuritaires de l'Etat d'Israël sont toujours prises très au sérieux par les Européens qui, de manière concomitante, expriment également un sentiment de commisération à l'endroit des populations palestiniennes. Elles vont faire l'objet d'un traitement sous l'angle essentiellement humanitaire en raison de leur situation épouvantable. Cette tendance sera elle aussi accentuée avec l'arrivée au pouvoir du Hamas en 2006. Les Européens et les Etats-Unis vont alors exiger des dirigeants du Hamas (mouvement qualifié de terroriste) qu'ils renoncent à la violence de manière générale, sans qu'une demande équivalente soit adressée au gouvernement israélien. Il est simplement rappelé à ce dernier que ses devoirs de puissance occupante, essentiellement le fait qu'elle ne doit pas entraver l'acheminement de l'aide humanitaire. Les Européens continuent de « déplorer » la situation des populations dans les territoires qui font l'objet de bouclages, la destruction des centrales électriques et autres

⁴⁰ R. Youngs, "Fusing Security and Development: Just another Euro-platitude?", CEPS Working Document n°277, October 2007.

infrastructures nécessaires à la survie des populations mais poursuivent le processus de resserrement des liens avec l'Etat israélien fondé en grande partie sur des intérêts économiques partagés qui sont à l'origine de la plupart des accords conclus entre les institutions européennes et Israël depuis 1975, les dispositions de la politique de voisinage illustrant, on ne peut mieux, l'ampleur des domaines de collaboration entre l'UE et Israël.

En résulte l'impression que les Palestiniens, loin d'être des sujets politiques, sont soit considérés comme des criminels « terroristes » ou apparaissent comme les membres d'une masse anonyme et souffrante par rapport à laquelle l'UE doit faire un geste secourable. Quant aux questions politiques liées au règlement du conflit, elles semblent devoir être prises en charge par les membres du Quartet, dont l'UE. Mais on peine à voir quelles sont les initiatives politiques prises par les Européens qui permettraient d'obtenir un règlement politique et effectif du conflit. Javier Solana ne manque pas d'évoquer les objectifs stratégiques de plus long terme dans ses propos, mais ceux-ci ne renvoient pas à des actions concrètes de l'UE pour amener les protagonistes du conflit, et en particulier la partie israélienne, à respecter leurs engagements, mis à part peut-être l'envoi de personnels politiques dans la région et la participation des Européens aux réunions du Quartet⁴¹.

La lecture de ce matériau donne l'impression que la violence exercée par un Etat est a priori légitime et surtout qu'elle peut être considérée comme telle lorsqu'elle répond à des préoccupations sécuritaires de protection des populations civiles, quand bien même elle occasionne des pertes civiles importantes parmi les « populations ennemies ». De surcroît, qualifier certains groupes palestiniens d'« ennemis de la paix » contribue encore davantage à justifier les mesures violentes prises pour assurer la sécurité d'un Etat et d'une population qui ne sont pas eux considérés comme des « ennemis de la paix ». Dans le contexte de la guerre contre le terrorisme, Israël apparaît plutôt comme un allié naturel. D'ailleurs, le plan d'action UE/Israël conclu dans le cadre de la nouvelle politique de voisinage, accorde une place importante à la collaboration des deux partenaires dans la lutte contre le terrorisme et à la défense des valeurs communes et n'évoque que de manière très laconique la question du règlement politique du conflit avec les Palestiniens, en prévoyant en outre de « *coopérer à la réforme et à la rationalisation des Nations unies en cherchant, notamment à normaliser le statut d'Israël dans les organisations*

⁴¹ V. les commentaires de Javier Solana lors de la conférence internationale pour la reconstruction de Gaza à Charm-El-Cheikh le 2 mars 2009.

internationales et à réduire le nombre de résolutions relatives au Moyen-Orient »⁴².

En revanche, la violence exercée par des groupes non-étatiques ne semble pas pouvoir être justifiée, ni par le droit ni par des objectifs politiques. Le fait de la qualifier de terroriste exclut d'ailleurs qu'elle puisse l'être. C'est la raison pour laquelle, nous avons exploré l'hypothèse d'une forme de dépolitisation.

La dépolitisation de la violence et la dépolitisation du discours sur la violence

Dans le champ scientifique et politique, les réflexions sur la dépolitisation de la violence se sont surtout centrées sur la violence urbaine et la délinquance juvénile. Au vu de la production récente, certains chercheurs se sont inquiétés de la tendance à présenter les violences urbaines comme une violence profondément enracinée dans la nature humaine, motivée par un « besoin d'agression », un manque d'éducation, voire une « frustration sexuelle ». Les émeutes urbaines des années 90 ont souvent été présentées comme le résultat d'une fièvre nihiliste dépourvue de dimension politique et même plus de toute rationalité⁴³. Il ne faut pas a priori exclure ce genre d'explications. Michel Wierviorka par exemple a bien montré l'existence de phénomènes de violence qu'il qualifie selon les cas d'infra- ou de méta-politique, lorsqu'elles sont par exemple essentiellement religieuses ou motivées, non pas par la prise du pouvoir, mais par la volonté d'un groupe de tenir l'Etat à distance pour se livrer en toute impunité à des activités criminelles de type mafieux⁴⁴.

Certaines études aboutissent à des analyses qui sont très éloignées de celles qui font état d'une dépolitisation de la violence. Ainsi, et en conclusion, les auteurs d'une étude consacrée à la France et ses musulmans estiment que : « *En clair, ce n'est pas l'Occident licencieux qui pose problème, mais l'Occident impérialiste* »⁴⁵. Ils soulignent « [l]e fait que

⁴² V. Une seule page sur les 27 du Document de travail des services de la Commission. (Politique européenne de voisinage. Rapport sur Israël) est consacrée au conflit qui est présenté comme perturbant la situation politique et économique en Israël même, Bruxelles, 12 mai 2004, SEC (2004), 568, disponible sur : <http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/country/israel_enp_country_report_2004_fr.pdf>

⁴³ P. Tévanian, *Le ministère de la peur. Réflexions sur le nouvel ordre sécuritaire*, L'esprit frappeur, 2004. Ceci étant, il n'est évidemment pas exclu que des formes de violence soient dépolitisées, voir par exemple les travaux de D. Pécaut de l'EHESS sur la violence en Colombie.

⁴⁴ M. Wierviorka, « Un nouveau paradigme de la violence », *Cultures et Conflits*, n° 28, 1998, 2ème partie. V. aussi la première partie dans le n° précédent, pp. 9-23.

⁴⁵ International Crisis Group, *La France face à ses musulmans : émeutes, jihadisme et dépolitisation*,

le passage à l'activisme jihadiste soit souvent très rapide et fasse l'économie d'un investissement théologique profond laisse penser que la primauté est bien accordée aux mobiles politiques » et de conclure que : « la violence qui se manifeste est directement issue de la crise profonde des canaux d'expression politique et identitaire des populations musulmanes »⁴⁶.

Ce débat se retrouve également dans le champ des relations internationales. Andreas Behncke a épinglé la propension d'une certaine pensée libérale à présenter des interprétations des événements du 11 septembre totalement dépolitisées, préférant des raisonnements « métaphysiques » et des considérations portant sur le « Bien » et le « Mal ». Il propose une analyse politique du terrorisme qu'il conçoit comme l'expression d'une résistance au « régime universaliste de vérité » qui sous-tend la globalisation⁴⁷.

Dans l'étude réalisée par François Dubuisson, *Cinéma et idéologie : représentation et fonction du terrorisme dans le film d'action hollywoodien*⁴⁸, il est montré que le terroriste revêt les traits d'un psychopathe, d'un sadique agissant plus par vengeance que par idéal politique. Le terrorisme incarne la figure de l'altérité, celui qui est imperméable aux valeurs américaines et en particulier au modèle américain de la famille. Cette image sert avant tout à neutraliser toute critique de la politique des Etats-Unis, car la critique est toujours d'une certaine manière l'alliée du terrorisme. Certains films jouent ainsi, dans la continuation de la guerre froide, un « rôle de régulation contre-subversive, marginalisant tout discours anticonformiste en l'associant au terrorisme ».

De manière générale, les études portant sur le recours à la violence par des groupes privés et la labellisation de ceux-ci comme « terroristes » se focalisent sur l'identité des auteurs d'actes terroristes (qui ?) et sur leurs modes opératoires (comment ?), mais très peu sur le pourquoi. Comme le démontre Bill Durodié dans son article consacré à la crainte et à la terreur à l'ère post-politique, la violence privée est couramment présentée comme l'expression d'une réaction nihiliste et basée sur un rejet viscéral de la modernité et des valeurs de la civilisation, les motivations politiques des acteurs étant la plupart du temps occultées ou minimisées⁴⁹. Ceux qui ont

Rapport Europe n°172, 9 mars 2006, p. 19.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ A. Behncke, "Terrorising the Political: 9/11 Within the Context of the Globalisation of violence", *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 33, n°2, pp. 279-312.

⁴⁸ Etude parue dans le n° spécial de *Contradictions* consacré aux guerres anti-terroristes (sous la direction de B. Delcourt et O. Corten), n°105, 1^{er} trimestre 2004.

⁴⁹ B. Durodié, "Fear and Terror in a Post-Political Age", *Government and Opposition*, vol. 42, n°3, 2007.

pris la peine de lire les productions émanant de groupes « terroristes », y compris al-Qaïda, sont convaincus en revanche du caractère politique du message délivré par ces groupes. Bien entendu, la référence religieuse est omniprésente mais le langage religieux qui est utilisé ne doit pas occulter le fait que les objectifs de la lutte sont le plus souvent politiques et nationalistes au sens traditionnel du terme⁵⁰.

Quant aux chercheurs qui se sont pensés sur les « études terroristes », ils ne manquent pas de relever la qualité médiocre des productions qui en résultent et les biais évidents qui sont introduits dans leur recherche. Il existe, selon eux, une politisation accrue du champ de la recherche dans ce domaine – qui se marque par une grande porosité entre les milieux politiques et scientifiques – et en même temps par une conception apolitique de l'usage d'une violence de plus en plus qualifiée de terroriste. Cette tendance entraîne une légitimation de la violence employée par l'Etat et une délégitimation de la violence employée par les groupes privés, et ce indépendamment des situations politiques particulières, (occupation étrangère, décolonisation, guerre civile)⁵¹.

Ainsi, le fait même d'éviter de parler de « guerre » lorsque l'on évoque les situations en Palestine, en Irak ou en Afghanistan – et de lui préférer des termes comme « conflit de basse intensité », « conflit asymétrique » qui se focalisent sur les moyens employés – implique le plus souvent une vision anhistorique et décontextualisée d'un conflit. Une telle vision débouche généralement sur l'élaboration de mesures de type contre-insurrectionnel qui s'avèrent *in fine* peu efficaces car elles ne prennent pas en compte les éléments structurels et politiques qui sont à l'origine du conflit⁵².

Cela supposerait, pour les Européens, de se départir de la logique sécuritaire/humanitaire qui préside à l'élaboration de leurs positions communes et d'introduire des considérations politiques qui pourraient déboucher sur une stratégie politique cohérente vis-à-vis de ce conflit. La dépolitisation empêche la mise en place d'une politique efficace pour mettre un terme aux violences. Comme le rappelle un spécialiste de stratégie, Lawrence Freedman, le terrorisme est motivé par des objectifs politiques et considéré qu'il est irrationnel par nature (et donc qu'aucun

pp. 427-450.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 417.

⁵¹ R. Jackson, "Language, policy and the construction of a torture culture in the war on terrorism", *Review of International Studies*, vol. 33, 2007, pp. 353-371.

⁵² M.L.R. Smith, "Guerrillas in the mist: reassessing strategy and low intensity warfare", *Review of International Studies*, vol. 29, 2003, pp. 19-37.

compromis ou discussion ne peut s'engager) est contre-productif⁵³. Dans la mesure où le terrorisme est compris comme l'expression d'une violence irrationnelle et totalitaire, cela ne laisse alors aucune place à la négociation et aux compromis. Ceci étant, les derniers développements laissent penser qu'il existe au sein de l'UE une prise de conscience de ses effets et des tentatives d'en revenir à des qualifications différentes, d'éviter la labellisation terroriste afin de pouvoir renouer un dialogue politique avec toutes les parties palestiniennes.

Conclusion

Le discours européen a été rendu possible par l'existence d'un consensus politique minimal mais il contribue aussi, en retour, à aplanir les divergences européennes sur ce conflit, précisément parce qu'il en dépolitise en partie les causes et ne propose pas de réelle stratégie politique. Et pourtant, on ne peut que constater la persistance de convictions et d'analyses très différentes du conflit et des moyens d'y mettre un terme, mais elles ne se traduisent pas pour autant par des politiques différentes au niveau national, la plupart des gouvernements européens étant plutôt soucieux de respecter les lignes de conduite élaborées dans le cadre du second pilier.

On pourrait cependant dire que l'effet du discours européen contribue à neutraliser l'impression que l'Europe est favorable à la partie palestinienne, l'objectif étant de pouvoir jouer un rôle politique dans la région aux côtés des Etats-Unis, ce qui est la stratégie, bien politique celle-là, qui semble s'imposer depuis quelques années et qui pourrait expliquer que, dans les études centrées sur les perceptions externes, l'UE ne jouit pas d'une image très positive dans la gestion du dossier palestinien.

S'agissant des manifestations de la violence, il est en tout cas évident que le discours européen renvoie une fois de plus au fait que la légitimation de la violence est généralement liée au statut étatique, semi-étatique ou non étatique des auteurs des actes de violence, acceptée pour les Israéliens, tolérée dans une certaine mesure et sous certaines conditions pour l'Autorité palestinienne et déniée pour les autres. Le fait n'est pas nouveau, il est même consubstantiel à la notion de monopole de la violence physique légitime telle que développée par Max Weber et qui définit l'Etat moderne.

En revanche, et comme le relève Frédéric Mégret, ce qui est nouveau

⁵³ L. Freedman, "Terrorism as a Strategy", *Government and Opposition*, vol. 42, n°3, 2007, pp. 314-339.

est de penser que la communauté internationale peut également être fondée à user de certains moyens violents pour assurer le respect des buts et principes des Nations Unies. Encore plus récente est la volonté des Etats et institutions qui se disent les plus soucieux de la vie des civils et de leur protection en cas de conflits de reconnaître à l'Etat, et au cas où il faillit, à la « communauté internationale » la responsabilité de les protéger. Cette évolution qui suppose une certaine forme de centralisation de l'autorité au sein du système international se double d'une méfiance évidente à l'endroit des groupes infra-étatiques quand bien même leur lutte poursuit un objectif considéré comme légitime. Il est à cet égard frappant de constater que la commission qui a porté la notion de responsabilité de protéger sur les fonds baptismaux n'a pas envisagé qu'en cas de défaillance de l'Etat et de la Communauté internationale, la responsabilité de protéger puisse être exercée subsidiairement par ceux-ci. Décidément, l'idée de résistance, y compris par la force ne risque pas d'être de sitôt acceptée, sauf bien sûr si elle est exprimée à un niveau individuel et/ou lorsqu'elle ne contrecarre pas certaines stratégies politiques. Enfin si les considérations formulées en termes juridiques par l'UE semblent chaotiques s'agissant des manifestations de la violence, il apparaît assez clairement que les considérations basées sur la légitimité font apparaître une propension très nette de l'UE en faveur de l'Etat israélien et au détriment du peuple palestinien.

The background features a vertical strip on the left with a gold and brown floral pattern, and the rest of the page is a dark green with a lighter green floral pattern.

2

**Transformative Occupation and
Annexation, a Theoretical and
Practical Perspective.**



Challenges faced by Legal practitioners before the Israeli Courts, Fact and Figures

*Antonia Mulvey**

Why use Israeli Legal System?

- Difficult to get postpone Orders
- Not always possible for Palestinians to legally challenge Israeli policies within oPt
- If challenge goes in international courts, domestic remedies can be exhausted
- Difficult for legal system to sustain such a large number of un-decided judgments



* Programme Manager, Norwegian Refugee Council, Occupied Palestinian Territory

House Demolition and Eviction Orders in Area C

Facts and Figures

Building Permits for Palestinians submitted to the Civil Administration between 2000-2007	94% rejected
Demolitions due lack of permits	90%
Between January-June 2010*	201 Demolitions in Area C
In July 2010 only	141 demolitions took place
	60 residential structures



House Demolition and Stop Work Orders Issued in Area C (June 2009 - July 2010)

Stop Work and Demolition Orders Issued in Area C by Month
(1 June 2009 - 31 July 2010)



Stop Work/Demolition Orders Issued from the Branch authorities

Year	Number of Stop Work/Demolition Orders Issued
2000	464
2001	348
2002	441
2003	481
2004	383
2005	375
2006	391
2007	438
2008	446
2009	442

As with 2009, the increase in the number of stop work/demolition orders during the last 7 months of 2010 (150 orders) is similar to the 7 months of 2009 (150 orders).

It is not possible to attribute the increase in legal aid activities and awareness within communities of their rights to the increase in the number of stop work/demolition orders.

The increase in the number of stop work/demolition orders also matches with reports and statements by the branch authorities regarding the increase in the number of stop work/demolition orders issued to Area C.

House Demolition Cycle in East Jerusalem



House Demolition and Eviction in East Jerusalem

Fines and figures

Demolition and fines	Structures
Demolitions Between January and September 2010	30 Structures 9 Residential 21 Others
Children directly effected	96
Demolitions in 2009	84 Structures 60 Residential 24 Others
In June and July 2009	26 Structures

Fines following Demolition

Demolition	Approximate fine
Building without a permit	\$300/m ² for a 150m ² house comes to a \$45,000
Demolition	\$100/m ²
Rubble Cleaning	Dependant upon house

60.1% of Palestinian families in East Jerusalem live below the poverty line

Average Income of Palestinians in Jerusalem \$1100 per month for a family of 5

Cost of Legal AM Case: \$2000-4000

Challenge: Due Process

No automatic issuance of new Military orders or amendments to legislation

Bet El committees do not print or make decisions public

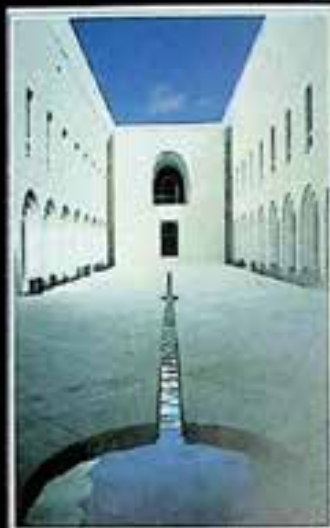
Warrant and writ legal system and Interpretation of Laws

Discretionary decisions on Public Interest cases at the Supreme Court

Minimal final rulings in favour of Palestinians (see rulings at www.11.org.il)

High Court fees (e.g. court guarantees of up to \$ 20,000)

Partial abolition of the Bet El Committees and Supreme Court



The Supreme Court

Challenge: Planning Arguments

The HCJ does not recognize arguments regarding planning (HCJ 11258-05 Hanani v The sub-committee for receiving 26.1.09)

The courts do not recognize the difficulty in obtaining a permit and the system of bureaucratic levels that Palestinians must go through in order to build.

The courts do not recognize the highly **highly bureaucratic** nature of housing projects.



Al-Bustan Public Interest Case

Challenge: Payment of Cases

High fees of private Israeli and Palestinian lawyers

Legal aid provided by NGOs

Palestinian authorities pay for cases

Legal Aid System?

□ House Demolition and Forced Eviction Cases could qualify for legal aid?

□ Legal aid is applicable only for Palestinians who are citizens or permanent inhabitants of Israel



Challenge: Clients

Difficulty to acquire ownership of land

Lack of documents to apply for building permits/prepare case

Lack of awareness of the importance of documents

Lack of knowledge of rights

Language barrier (most cases are in Hebrew)

Need of permission to attend Court



Challenges: Palestinian Lawyers

Lack of professional ongoing training
(e.g. through Bar Association)

Lack of qualified specialized lawyers

Competition — private lawyers vs. legal aid lawyers

Lack of opportunities to discuss strategy

Discrimination by the courts administrative bodies



Are we winning any Cases?

Individual Cases

177 Cases in
100 Palestinian Cases

	Legal Cases	Legal Counseling Sessions	Information Sessions
Demolition and Evictions	314	530	318
Access / Freedom of Movement	391	243	736
Total Affected Beneficiaries	4,798	4,638	6,324

Public Interest Cases

12 cases that can affect approximately 4,558 Palestinians



Cliff Dwell

Human Rights / Law
Access



Waqf Al-Yazari

Human Rights / Law
Access



Wadi Yuzuf

Human Rights / Law
Access



Umm Al-Hana

Human Rights / Law
Access



The Jabalia

Human Rights / Law
Access



Al-Banani

Human Rights / Law
Access

Recommendations

Continued individual casework to challenge house demolitions

Adopt more class action cases

Adopt more focused public interest cases

☐ Challenge the lack of provision made by Israeli planning policies for Palestinian natural growth

☐ Challenge policies blocking Bedouin populations from applying for building permits and undertaking planning

Increased use of international law and international mechanisms

Increased support and use of the planning process

Increased Advocacy

Use of International Law in Cases

International human rights law principles are increasingly being relevant in High Court of Justice petitions in petitions challenging

State actions. The court has yet to directly apply international law, particularly regarding human rights. Petitioners and lawyers are also increasingly petitioning.

(b) The court has been willing to consider international law to prevail over security needs of responsible Military Commanders.

It is important for courts to recognize the role of international law and to recognize Israel's obligations under the four Geneva Conventions.



Conclusion

House Demolition and Forced Eviction is a strategy by
Israel's occupation.

Legal Process increasingly important as courts
become available.

Home Demolitions and Forced Evictions are a
result of the occupation.

**In examining the Israeli High Court's contribution or
damage to human rights, one must examine the Court's
role in strengthening or weakening the occupant.**

**The Supreme Court does not exercise its legal
authority to stop the demolitions or evictions.**



The Case of Sheikh Jarrah, East Jerusalem

*Hadeel Abu Hussein**

Recently Sheikh Jarrah received increasing international attention as attempts to remove members of Palestinian residents from their homes by two settler organizations: Sephardic Community committee and Knesset Israel committee (hereinafter: the committees).

Sheikh Jarrah has become the site of protected legal battle whose implications range from the evictions of more than 45 families. Although there are several settlement actions in Sheikh Jarrah, the central point of the struggle is in the area called "Karem al-Ja'ouni" and the attempt to evict the 45 Palestinian families living there in order to establish the "Shimon Hatzadik" settlement with 200 housing units for the settlers and commercial centers. Four families have been evicted from their homes in which they have lived more than 50 years, and additional live under fear waiting various court dates and decisions that will determine their fates.

The Legal struggle in Shekh Jarrah- A Brief Legal History of Karem al-Ja'ouni (The "Shimon Hatzadik") neighborhood

In 1956: The Sheikh Jarrah neighborhood in East Jerusalem is inhabited by 50 families (originally 28 families) who came to the area based on an agreement between UNRWA and Jordanian government, and the families. The agreement stipulated that after the families gave up their UN ration cards as refugees who were expelled from their original homes in 1948 inside Israel, they would be granted the ownership of residency apartments (article 11 of the agreement). However Jordanian government never registered the families as the owners of the property. (Under the terms of the agreement they rented the houses built by the Jordanian government for a nominal fee. The agreement stated that after three years the families would receive the legal title of the property).

In 1967 East Jerusalem was occupied by Israel and the Israeli government enacted an ordinance which placed the property in Karem al-Ja'ouni-shikh Jarrah under the control of the Israeli Custodian for Absentees' Property. In 1970 The Israeli Knesset enacted the Law and Administrative Matters Law, which enabled Jews to make claims on property that they owned in East Jerusalem.

* Attorney-in-Law, PhD Candidate, International Human Rights Law, Irish Centre for Human Rights, National University of Ireland, Galway, Ireland

In 1972, following the 1967 War, the committees claimed the ownership rights of the Sheikh Jarrah neighborhood which, they claimed, were purchased in 1875. They demanded the eviction of the Palestinians because they possess their property illegally. The committees registered the land and their ownership in September 1972 according to the Otoman documents Koshan (a form of legal title commonly used to convey ownership during the Ottoman era) dated 1875 that were submitted before the Israeli registry authority (ILA).

In 1976-the Committees, on the basis of the registration, initiated legal proceedings to evict four of the of the neighborhood families. Although the court did not nullify the registration, it held that, according to the tripartite agreement between Jordan, UNRWA and the Palestinian families, the four families had been lawfully present based on 'prior and legitimate' agreements with the Jordanians. As such the court ruled that the registration did not replace that agreement.

In 1982- the committees filed 28 civil suits against the families asking their eviction. During the proceeding a lawyer, Yitzhak Tossia, who represented the majority of the families (17) signed a settlement, without challenging the validity of the organization ownership claims or documents. This settlement declared that the ownership of the neighborhood belongs to the Jewish communities. In the last running, it granted the families the status of "protected tenants: so they had to pay monthly rental payment. The court confirmed the agreement [Judgment of the district court of Jerusalem, June 1991, *Civil appeal 166/89*]. Such a judgment marks a critical turning point in the process, recognizing the Committees' rights of property. Despite the fact that the families state that they did not give their approval to that agreement and were not aware of its results, the ruling would become the basis for all the subsequent legal proceedings in Sheikh Jarrah, and certainly in the actions against the 17 families. The problem raised as the Committees' documentation was not examined by the court.

In 1995-Due to the fact that the families did not pay the required rent to the committees, and some renovations were made without their authorization, the groups began submitting requests to the courts demanding the eviction of the families. We have to highlight that the families refused to pay rent as this would be understood as accepting the committees rights to property. In order to stop their eviction, the families asked an Arab Palestinian lawyer in Israel, Saleh Abu Hussein to defend their rights and prevent their eviction. After examining the relevant files

- Tabu documents and sharea courts judgments related to the land- he discovered that the Jewish committees have no real ownership of the land in dispute and that the registration of the property in their names that was done in September 1972 was based on forged documents. The Palestinian families found documents from the Jerusalem Sharea court which indicates that the land in Sheikh Jarrah has belonged to the Hijazi family for more than 200 years. Additionally, the Jewish documents are forged documents according to the Ottoman archive authority of Turkish government.

In 1997- Suleiman Hijazi, a Palestinian real estate trader whose family also lived in Jerusalem for decades, filed a suit to district court of Jerusalem and asked to declare that he is the owner of the land, [civil action 1465/97]. According to him, documents that were given to the Jordanian settlement officer in 1961 included Sharea court rendered judgments in 1736 (1149 Islamic calendar), and 1895 (1313 Islamic calendar). These documents proved that the land of the neighborhood belonged to the Hijaz family. Documentation from 1927 also proved that the Hijazi family, sold the land with other locations in Jerusalem to Mr. Hanna Ilias ilbandak a Palestinian from Bet Lahim. Mr. Albandak sold Kare alja'oni sheikh jarrah neighborhood to Suliman Drawish hijazi 1961 and asked the Jordanian settlement officer to register the ownership of the land on the name of Hijazi.

In 2005, all these documents were ignored by the district court when it rejected the applications of Mr. Hijazi (30/03/2005). Mr. Hijazi reverted to the high court [civil appeal 4126/05]. Rejecting the appeal, the High Court decided that it could not determine the ownership of the land and encouraged the committees to apply to district court to do so. But up today the committees did not ask the district court to achieve this declarative judgment for their ownership of that land. After that judgment Mr. Hijazi asked the ministry of justice to begin a settlement process that aimed to decide who is the owner of the neighborhood land, joined by other families. However the request was rejected and his petition to the high court was rejected after they stated that the ownership of the neighborhood land belongs to the committees according to the Toussia-Cohen agreement. After the High court decision rejected the application of Hijazi in 2006, the committees and Nachalat Shimon company renewed their attempts to evict the three families, Hanoun, Algawi, Alkurd, according to the judgments that was given by the magistrate court of Jerusalem ten years before in 1999. Because they did not pay their rent to the committees and lost the status of protected tenants. Alkurd family

was evicted in 11/08, and Gawi and Hanouns families were evicted at August 2009.

In August 2008, The new organization Nachlat Shimon submitted a request to the Jerusalem Municipality to approve a new urban plan which allows the company to demolish the neighborhood and to build new housing units and commercial shops for the new settlers. Nachlat Shimon filed the Town Plan Scheme (TPS) 12705 in the Jerusalem Local Planning Commission. The plan calls to build a 200 unit housing project on the land of Sheikh Jarrah, and leads to the eviction of all 500 Palestinian residents. Between October 2008 and April 2009, the Committees transferred all of their property rights in Sheikh Jarrah to Nachlat Shimon.

In June 2009 new legal proceedings were initiated against the Sabbagh family, who was not a party to the Toussia-Cohen agreement. As a result of this, the court ordered both sides to produce documents to prove their claim to the property, a move that requires a reconsideration of the validity of the Committees' *koshan*, as well as a re-examination of the Hijazi documents. To date the lawyers representing Nachlat Shimon have requested a delay three times, [The hearing of the case will be at May 2011].

In December 2009 settlers occupied the extension room of the Nabil Al-Kurd house. As the extension had been declared illegal, the lawyer representing the Al-Kurd family asked the court to let them demolish the extension according the judgment of the municipality court. The Court nevertheless decided to let Nachlat shimon use the extension as they wish and ignored the judgment of the municipality court.

In April 2010 till today the committees with Nachlat shimon company initiated new evacuation proceedings in the magistrate court of Jerusalem against another six families.(Isbag,Dajani and Dahoudi, alkurd, askafi, aljdaooni families).

The current situation-

It's very important to emphasize that the land settlement process in the land of the Sheikh Jarrah neighborhood was exempted by a decision of the Jordanian Land settlement department in 1966 for reasons that are currently unclear. Regardless of this fact, all the neighboring areas were zoned and registered in the names of the owners. Why are the families still fighting their rights in the Israeli courts. Does any hope remains?

Challenging to the committees' ownership claim.

After nearly four decades of legal proceeding, the families cannot receive justice from the Israeli legal system and the courts may they continue their fights for their fundamental rights. Today, the families evicted from their homes, applied to the magistrate court on May 2008, and asked the court to abolish the Tosia Cohen agreement and to freeze the eviction proceeding that was given in 1999 judgment. If the court refused to freeze the proceeding, the nullification of the agreement will be debated before the district court in November 2010 [civil appeal 13786/04/10]. The families of Sheikh Jarrah hope to achieve that judgment and to revoke the Tosia Cohen agreement.

Two reasons we have to oppose the evictions of the Palestinians families:

Firstly, because the court decisions have turned ordinary people into refugees for the second time. Families in Sheikh Jarrah lost their houses for the first time in 1948, and now they are facing losing their whole world once again. This time, there is no war going on to justify it.

Secondly, the ruling of the court is based on discriminatory legislation: Arabs are prevented from claiming entry to their old houses under the Absentees' Property Law (1950), while Jews are allowed to do so. Equality before the law would give the Palestinians a strong claim to the buildings.

The local laws and court decisions at all levels try to rescue the land from the non-Jews because they believe that this is a religious duty as it was stated in the Old Testament of the Bible. Therefore the Israeli Government has adopted this position in the Basic Law of Israel Land of 1961. This practice has been demonstrated in the appeal of the High Court number 520/89 [*Abdallah Asad Shibly v Israel*]. A simple example clarify the situation: during the trial of Hijazi in the district court in Jerusalem, Israeli police officer informed to the judge of the district court that the police will charge Mr. Hihazi with using forged documents to achieve ownership of the land. Until today there is no charging sheet against Mr. Hijazi, but the police behavior aimed to influence the judge to reject the application of Mr. Hijazi the plaintiff of the case. In this rank the high court mentioned in its judgment that the police behavior is a inappropriate and asked the attorney general to investigate the police but without any real results. To

quote Amir Cheshin* the advisor of Jerusalem Mayor Tedi Kolig for Arab affairs:

"Israel's leaders adopted two basic principles in their rule of East Jerusalem. The first was to rapidly increase the Jewish population in East Jerusalem. The second was to hinder growth of the Arab population and to force Arab residents to make their homes elsewhere".

Du droit humanitaire aux droits de l'homme des colons

Moussa Abou Ramadan*

Le rôle de la Cour Suprême israélienne et la personnalité de son ancien Président Aharon Barak ont occupé de nombreuses tribunes. La littérature disponible s'appuie en général sur deux postulats contestables : L'État d'Israël est un État démocratique et il lutte contre le terrorisme. Cette présomption est fautive, surtout si on parle de la politique juridique menée par l'État d'Israël dans les territoires palestiniens occupés. Si l'on peut discuter du caractère démocratique de l'État en Israël lui-même étant donné son caractère juif, la permanence de l'urgence sécuritaire, le discours agressif à l'égard des citoyens arabes, les discriminations en matière de statut personnel, cet État ne peut être démocratique dans les territoires occupés dans la mesure où le responsable est le chef de l'armée. Cette armée n'a pas été élue par les Palestiniens.

Les décisions de la Cour Suprême sont acclamées à l'étranger comme exemple de la manière dont les puissances occupantes « démocratiques » doivent se comporter et des différents dilemmes qu'ont les juges dans des démocraties, si on laisse de côté l'option de quitter les territoires occupés. Néanmoins, à travers la façade des droits de l'homme ce sont bien les droits de l'occupant et des colons qui sont en jeu. Cette perspective transforme profondément le droit international humanitaire applicable.

Le but essentiel du droit humanitaire est de protéger la population civile en allégeant sa souffrance tout en reconnaissant la nécessité militaire de l'occupant. Au fil des années, par une interprétation particulière des rapports systémiques entre droits de l'homme et droit humanitaire en situation d'occupation, la Cour Suprême israélienne a presque tout justifié et légitimé par la nécessité militaire, conduisant plusieurs ONG à s'interroger sur l'opportunité même de recourir aux mécanismes juridictionnels disponibles en Israël et de leur accorder par ce biais une légitimité qui ne s'accompagne d'aucune contre-partie. Deux décisions récentes permettent d'illustrer mon propos. La première concerne la route dite 443 qui relie Tel-Aviv à Jérusalem. La seconde se rapporte à la discrimination entre juifs orthodoxes et sépharades au sein des colonies.

* Professeur, Centre Académique du Carmel, Haifa

L'affaire dite de la route 443

Pour établir la route 443 plusieurs terres palestiniennes ont été confisquées. Une fois la route construite, elle fut bloquée pour les Palestiniens dès le début de l'intifada afin de prévenir toute attaque dite terroriste. Ces Palestiniens dérangent les Israéliens que ce soit les colons habitant dans des endroits environnants ou ceux qui empruntent la route de Tel- Aviv à Jérusalem.

La Cour Suprême distingua trois catégories de populations à protéger : les colons israéliens, la population israélienne circulant sur cette route et les Palestiniens vivant à proximité. Néanmoins, écartant la notion spécifique de population protégée découlant de la quatrième convention de Genève afin de retenir une approche « droits de l'homme » beaucoup plus englobante, elle appliqua à ces différentes catégories un régime juridique unique. Chacun des membres de ces différentes catégories de population a droit à la dignité, et ce même si il se trouve dans une situation illégale. La balance à effectuer entre les différents intérêts protégés est alors réduite à un simple jeu d'équation, la Cour suprême utilisant un langage mathématique comme si on pouvait bien mesurer et peser les différents intérêts antagonistes en cause. Cette égalisation artificielle des situations juridiques qu'il convient de concilier est contestable en soi. Nous ne nous y attarderons cependant pas dans la mesure où elle n'est en réalité qu'artificielle. Bien qu'au niveau des résultats la Cour ait donné partiellement raison aux requérants, les intérêts des colons et des citoyens de la puissance occupante sont en effet pris en compte deux fois : une fois quand il s'agit des colons et les citoyens israéliens et une fois quand il s'agit des intérêts de sécurité, intérêts de l'Etat occupant entendus dans un sens extrêmement large et ne subissant qu'un contrôle théorique. Ce qui n'aurait pas dû être pris en compte en vertu du droit humanitaire - les intérêts des colons et l'existence des colonies - devient non discutable en vertu d'une approche découlant des droits de l'homme. Seule est discutée l'étendue de leurs droits, mise en relation avec l'étendue des droits dont bénéficie la puissance occupante au titre du droit humanitaire. Le droit humanitaire visant la protection de la population civile ne s'entend plus alors que comme la nécessité militaire de protéger les droits de l'homme des colons et de la population israélienne.

Utiliser le droit humanitaire non pas pour identifier les intérêts en présence mais uniquement pour assurer la résolution d'un conflit de droits nés d'un système juridique différent a, de plus, pour effet de faire obstacle à toute invocation ultérieure des droits de l'homme. Ainsi, dans

l'affaire de la route 443, la Présidente de la Cour suprême s'est révoltée contre l'utilisation du terme apartheid pour désigner la mise en place de routes pour les colons et de routes pour les Palestiniens. Entre les deux il y a un mot magique qui les sépare : le terrorisme. Un apartheid n'en n'est plus un si celui qui l'a formé déclare qu'il lutte contre le terrorisme. La ségrégation n'existe qu'en dehors des préoccupations sécuritaires de la puissance occupante. La seconde affaire, l'affaire dite Emmanuel, permet de s'en convaincre. Une brève description des faits de cette affaire est néanmoins nécessaire.

L'affaire dite Emmanuel

Trois catégories d'éducation publique coexistent en Israël: éducation publique laïque qui est plutôt juive, éducation publique religieuse juive, éducation arabe. Au delà, existe un système d'éducation non officielle reconnue dans lequel l'Etat donne aux différentes institutions une certaine autonomie dans la confection du programme d'éducation et dans la gestion de l'institution.

Vers la fin des enseignements de 2007, il a été décidé de faire plusieurs changements dans le bâtiment d'une école « non officielle reconnue » de la colonie d'Emmanuel ainsi que dans les ordres d'enseignement afin de distinguer les élèves d'origine ashkénaze des élèves d'origine sépharade. Dans le cadre de ces changements, ont été instituées des entrées séparées. La cour ainsi que la salle des professeurs a été scindée en deux par un mur de séparation. Il a été construit un troisième étage qui est à la disposition des nouveaux élèves uniquement. Les horaires ont également été modifiés pour éviter toute mixité. L'uniforme a été changé pour que les nouveaux élèves soient distingués. Les requérants se sont adressés aux autorités étatiques compétentes pour mettre fin à cette discrimination.

La Cour Suprême analysa ce cas sans toutefois que l'on puisse relever un quelconque élément dans l'arrêt signalant qu'il s'agit d'une colonie. Dans ce cadre, une autorité publique, qu'elle soit nationale ou régionale, a l'obligation de respecter le principe de non-discrimination. De même, le financement public des institutions scolaires soumet nécessairement ces dernières au principe d'égalité, la jurisprudence israélienne n'appliquant pas l'égalité formelle mais une égalité matérielle prenant en compte les différences de situation juridique dès lors que celles-ci sont pertinentes.

Après avoir rappelé ces principes, la Cour se pencha sur l'équilibre à réaliser

entre les différents droits en conflit : le principe d'égalité contre le droit à l'éducation sectorielle conférant aux différentes institutions une certaine autonomie dans la confection du programme d'éducation et dans la gestion de l'institution. Ces deux droits se situant au même rang hiérarchique, cet équilibre est horizontal et des concessions mutuelles entre les différents droits afin de permettre leur application simultanée sont nécessaires. Néanmoins, la simple spécificité culturelle, religieuse, coutumière ou idéologique ne peut en soi justifier des discriminations, ajouta la Cour. Il faut que cet élément distinctif constitue un fondement inhérent à la vision de l'institution éducative qui demande d'instruire les valeurs d'un secteur, qu'il soit pertinent pour le but de la distinction, qu'il soit un élément sans lequel on ne peut établir un système d'éducation dans le secteur en question (paragraphe 19). Dans cette optique, exclure un groupe de population des institutions éducatives non officielles est discriminatoire (paragraphe 20). A côté du droit de la famille de l'élève de choisir l'éducation de son choix, il y a l'obligation étatique d'introduire des éléments minimaux dans le programme d'enseignement l'obligation de respecter certains principes, dont celui de non-discrimination. On ne peut séparer un groupe uniquement du fait de son appartenance communautaire.

Les colons ont donc un droit de ne pas être discriminés. Toute séparation entre askénazes et sépharades sera donc interdite. Ce système des règles et cette logique ne sont toutefois pas applicables quand il s'agit du principe de séparation entre juifs israéliens et palestiniens. Le fait de séparer entre ces deux populations n'est pas considéré comme interdite car, ici encore, la raison sécuritaire s'impose. Les droits de l'homme ne fonctionnent intégralement qu'à l'intérieur des colonies. A l'extérieur, les raisons sécuritaires, les intérêts des colons prennent le pas. De plus, non seulement les droits des colons sont influencés par les standards des droits de l'homme en Israël mais ils rétroagissent sur le droit applicable en Israël même. L'arrêt Emmanuel a ainsi été utilisé dans le cadre d'une affaire concernant une enseignante de religion musulmane dans une école chrétienne catholique. La Cour du travail a confirmé l'exclusion de l'enseignante en raison de son refus d'enlever le voile alors qu'elle enseignait la religion musulmane. L'arrêt Emmanuel exclut les discriminations entre colons sépharades et colons ashkenazes mais n'a pas exclu les discriminations entre chrétiens et musulmans Palestiniens ni entre colons et non colons.

The book cover features a dark green background with a subtle, embossed floral pattern. A vertical strip on the left side has a gold and brown floral pattern. The title is printed in white, bold, sans-serif font.

3

Secondary Norms and the Law of State Responsibility in the Israeli-Palestinian Conflict



L'applicabilité du droit de légitime défense dans les rapports entre Israël et le Territoire palestinien occupé

François Dubuisson*

Le droit naturel de légitime défense, tel qu'énoncé par l'article 51 de la Charte des Nations Unies, constitue un élément central du discours de l'Etat d'Israël dans la justification d'opérations et d'activités menées à l'encontre et dans le Territoire palestinien occupé (ci-après « TPO »). Tout d'abord, l'argument de la légitime défense est à la source même de l'occupation du Territoire palestinien depuis juin 1967 – censée répondre à une agression de la République arabe unie – et de la persistance, jusqu'à aujourd'hui, de cette occupation¹. Plus récemment, l'exercice de ce droit a également été invoqué pour justifier juridiquement les opérations armées « Rempart » (avril 2002) et « Plomb Durci » (décembre 2008-janvier 2009). Il a encore été avancé pour valider les mesures plus spécifiques que sont la politique dite des assassinats ciblés (*targeted killings*) et la construction du Mur.

La question de l'applicabilité du droit de légitime défense dans les relations entre Israël et le TPO comporte des enjeux importants. D'une part, l'invocation du droit de légitime défense par Israël a pour objectif de légitimer *en leur principe* les opérations armées menées en TPO, objectif que ne peut atteindre le seul recours au droit international humanitaire, dont le respect est indifférent quant à la légalité du recours à la force comme tel. D'autre part, le recours au droit de légitime défense permettrait à Israël de fournir une base juridique aux actions armées menées à Gaza depuis le « désengagement » de 2005, puisqu'Israël prétend qu'il n'y est plus Puissance occupante, position validée par la Cour suprême d'Israël dans plusieurs décisions², ce qui rend indisponible le droit de l'occupation comme justification à l'adoption de mesures de police et de maintien de l'ordre public.

* Professeur Assistant, Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles

¹ Voy. la déclaration de M. Eban, in Nations Unies, Conseil de sécurité, documents officiels, 1348ème séance, 6 juin 1967, p.15, § 144,145 et page 16, §148, 153 et 155. Sur ce précédent en lien avec l'invocation de la légitime défense, voy. O. Corten, *Le droit contre la guerre*, Pedone, Paris, 2008, pp. 660-662.

² Voy. not. Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Al-Bassiouni v. Prime Minister*, HCJ 9132/07, 30 January 2008.

Notre contribution consistera à déterminer si et dans quelle mesure le droit de légitime défense (article 51 de la Charte) trouve à s'appliquer dans les relations entre Israël et le TPO. Cette problématique est susceptible de renvoyer à des questions complexes telles que la question de savoir si la Palestine doit être considéré comme un Etat, l'applicabilité du droit de légitime défense aux acteurs non étatiques, la définition de l'occupation et du statut de Gaza à cet égard, les rapports entre le droit du recours à la force (*jus ad bellum*), le droit des conflits armés (*jus in bello*) et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Il n'est évidemment pas possible d'approfondir l'ensemble de ces questions. L'analyse sera pour la suite fondée sur l'hypothèse que la Palestine ne constitue pas actuellement un Etat proprement dit, hypothèse qui est celle qui a été implicitement retenue par la CIJ dans son avis (voir *infra*). Nous établirons qu'en dépit des critiques dont elle a pu faire l'objet, la position de la Cour dans son avis relatif au Mur est fondée en droit. Nous montrerons tout d'abord qu'au regard des textes applicables, les relations entre une puissance occupante et un peuple sous domination étrangère ne relèvent pas du régime relatif au recours à la force établi par les articles 2 § 4 et 51 de la Charte. Nous établirons ensuite que cette conclusion n'est pas remise en cause par la pratique récente impliquant des opérations menées par Israël en TPO. Enfin, nous mettrons en évidence les vices conceptuels inhérents à la théorie reconnaissant à Israël un droit de légitime défense à l'égard du TPO (C).

Les relations entre une puissance occupante et un peuple sous domination étrangère ne relèvent pas du régime relatif au recours à la force établi par les articles 2 § 4 et 51 de la Charte.

Dans l'affaire du Mur construit en territoire palestinien occupé, Israël prétendait justifier cette construction par l'exercice de son droit de légitime défense. Cet argument a été écarté par la Cour, de la manière suivante :

« L'article 51 de la Charte reconnaît ainsi l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat. Toutefois, Israël ne prétend pas que les violences dont il est victime soient imputables à un Etat étranger.

La Cour note par ailleurs qu'Israël exerce son contrôle sur le territoire palestinien occupé et que, comme Israël l'indique lui-même, la menace qu'il invoque pour justifier la construction du mur trouve son origine à l'intérieur de ce territoire, et non en dehors de celui-ci. Cette situation est donc différente de celle envisagée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité, et de ce fait Israël ne saurait en tout état de cause invoquer ces résolutions au soutien de sa prétention à exercer un droit de légitime défense.

En conséquence, la Cour conclut que l'article 51 de la Charte est sans pertinence au cas particulier »³.

La Cour s'est ainsi fondée sur deux éléments particuliers afin de rejeter l'applicabilité de l'article 51 de la Charte : le fait que cette disposition ne vise que l'agression armée d'un Etat par un autre Etat et le fait que la menace invoquée est située à l'intérieur du territoire occupé par Israël.

Cette position a été critiquée par certains juges de la Cour. Dans son opinion individuelle, la juge Rosalyn Higgins, a signalé « que nulle part dans l'article 51 il n'est ainsi stipulé que la légitime défense ne peut être invoquée qu'en cas d'agression armée par un Etat »⁴. Elle a également rejeté l'autre motif d'exclusion de l'article 51, en adoptant le point de vue suivant :

« Je ne suis pas non plus convaincue par l'affirmation de la Cour selon laquelle, dès lors que l'usage de la force émane du territoire occupé, il ne s'agit pas d'une attaque armée "par un Etat contre un autre". Je ne comprends pas le point de vue de la Cour selon lequel une puissance occupante perd le droit de défendre ses propres citoyens civils à domicile si les attaques émanent du territoire occupé - un territoire qui, pour la Cour, n'a pas été annexé et est certainement "autre" qu'Israël. En outre, la Palestine ne peut pas être suffisamment une entité internationale pour être invitée à cette procédure, et bénéficier du droit humanitaire, mais pas suffisamment une entité internationale pour que lui soit opposée l'interdiction de livrer des attaques armées contre d'autres. C'est là un formalisme peu équitable. La question est assurément d'établir la responsabilité de l'envoi de groupes et de personnes qui

³ C.J.J., Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, Avis consultatif du 9 juillet 2004, § 139.

⁴ C.J.J., Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, Avis consultatif du 9 juillet 2004, opinion individuelle de la juge Higgins, p. 83, § 33.

agissent contre les civils israéliens et de la gravité cumulée de ces actions »⁵.

Le juge Buergenthal a développé une analyse similaire dans sa déclaration accompagnant l'avis :

« Premièrement, la Charte des Nations Unies, lorsqu'elle énonce le droit naturel de légitime défense, ne subordonne pas l'exercice de ce droit à l'existence d'une agression armée par un autre Etat - et je laisserai pour l'instant de côté la question de savoir si la Cour n'aurait pas dû, aux fins de la présente affaire, assimiler la Palestine à un Etat et si ce n'est pas ce qu'elle a fait en réalité.

Deuxièmement, Israël prétend qu'il a le droit de se défendre contre les attentats terroristes menés contre son territoire depuis l'autre côté de la Ligne verte et que, ce faisant, il exerce son droit naturel de légitime défense. Pour déterminer si cet argument est fondé, peu importe qu'Israël soit considéré comme exerçant le contrôle sur le territoire palestinien occupé - quel que soit le sens de la notion de « contrôle » si l'on tient compte du fait qu'Israël est victime d'attentats menés à partir de ce territoire - ou que les attentats aient leur origine à l'extérieur du territoire. En effet, dans la mesure où la Cour considère que la Ligne verte constitue la ligne de délimitation entre Israël et le territoire palestinien occupé, le territoire à partir duquel sont menées les attaques ne fait pas à proprement parler partie d'Israël. En riposte à ces attaques lancées depuis l'autre côté de cette ligne, il faut donc qu'Israël puisse exercer son droit de légitime défense pourvu que les mesures prises par lui soient conformes à l'exercice légitime de ce droit »⁶.

Le juge Kooijmans a adopté une approche plus nuancée, puisque s'il rejette la première justification (le caractère interétatique de la légitime défense), il approuve la seconde :

« L'argument qui, selon moi, justifie de manière décisive le rejet de l'allégation d'Israël selon laquelle il ne fait qu'exercer son droit de légitime défense se trouve dans la seconde partie du paragraphe 139. Le droit de légitime défense tel qu'il est

⁵ Ibidem, § 34.

⁶ C.J.J., Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, Avis consultatif du 9 juillet 2004, déclaration du juge Buergenthal, pp. 111-112, § 6.

énoncé dans la Charte est une règle du droit international et se rapporte donc à des phénomènes internationaux. Les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) se réfèrent à des actes de terrorisme international en tant que ceux-ci constituent une menace à la paix et à la sécurité internationales; elles n'ont donc pas d'effet immédiat s'agissant des actes terroristes qui trouvent leur origine à l'intérieur d'un territoire placé sous le contrôle de l'Etat qui est aussi la victime de ces actes. Or, Israël ne prétend pas que ces actes ont leur origine en un autre lieu. C'est donc à juste titre que la Cour conclut que la situation est différente de celle qui est envisagée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) et qu'en conséquence Israël ne saurait invoquer l'article 51 de la Charte »⁷.

Ces mêmes critiques ont encore été exprimées par la Cour suprême d'Israël⁸ et par certains auteurs, principalement dans la doctrine anglophone⁹. Nous montrerons qu'en dépit de ces objections, il découle des textes applicables que l'exercice du droit de légitime défense est effectivement limité aux relations entre Etats et que les relations entre un Etat et un peuple sous domination étrangère relèvent d'un régime relatif au recours à la force spécifique et distinct.

L'analyse des textes montre que la légitime défense est limitée aux relations entre Etats

La critique de la position de la Cour concernant le caractère interétatique du droit de légitime défense se base tout d'abord sur un argument de texte, visant le fait que cette limitation ne serait nullement exprimée par les termes de l'article 51 de la Charte qui se borne à viser « le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée », sans que l'origine étatique de cette agression ne soit spécifiée.

⁷ C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, opinion du juge Kooijmans, p. 98, § 36.

⁸ Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Zoharan Yunis Muhammad Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, 15 septembre 2005, § 23.

⁹ Voy. not. R. Wedgwood, "The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense", *A.J.I.L.*, 2005, p. 58 ; S. Murphy, "Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion : An Ipse Dixit from the ICJ?", *A.J.I.L.*, 2005, pp. 62 et s. ; Ch. Tams, "Swimming with the Tide or Seeking to Stem It ? Recent ICJ Rulings on the Law of Self-Defence", *R.Q.D.J.*, 2005, vol. 18.2, pp. 275 et s. ; T. Bruha "Self-Defence Against Terrorist Attacks. Considerations in the Light of the ICJ's Israeli Wall Opinion", in K. Dicke, S. Hobe, K.-U. Meyn, A. Peters, E. Riedel, H.-J. Schütz, and C. Tietje (eds.) *Weltinnenrecht. Liber Amicorum Jost Delbrück*, Dunker & Humblot, Berlin, pp. 85 et s. ; E. Gross, "Combating Terrorism: Does Self-Defense Include the Security Barrier ? The Answer Depends on Who You Ask", *Cornell Int'l L.J.*, 2005, pp. 569 et s.

Cette critique apparaît excessivement formaliste et ignore les autres textes à la lumière desquels l'article 51 doit être interprété, conformément aux principes d'interprétation énoncés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'article 51 doit ainsi s'analyser selon le sens ordinaire de ses termes, compte tenu de l'objet et du but de cette disposition, de son contexte normatif et de la pratique subséquente des Etats parties. Il est dès lors nécessaire de se référer au texte de l'article 2 § 4 qui énonce le principe du non recours à la force, ainsi qu'à la résolution 2625, qui développe les principes relatifs au recours à la force, et à la résolution 3314, qui établit une définition de l'agression.

Le droit de légitime défense est une exception au principe d'interdiction du recours à la menace ou à l'emploi de la force, énoncé à l'article 2 § 4 de la Charte et en constitue un corollaire indissociable. L'article 51 doit donc s'analyser au regard de la portée qu'il convient de conférer à la règle de l'article 2 § 4. Cette disposition énonce :

« Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

Il ressort des termes de cette disposition que la règle du non recours à la force ne vise que les relations d'Etat à Etat, la notion de « membres » ne visant, au terme des articles 3 et 4 de la Charte, que les Etats¹⁰. Cette interprétation a été confirmée par la Cour dans son avis relatif à la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*. Chargée de déterminer si les autorités du Kosovo étaient tenues par le principe du respect de l'intégrité territoriale de la Serbie, la Cour répond par la négative en fondant notamment son raisonnement sur la portée de l'article 2 § 4 de la Charte :

« La Cour rappelle que le principe de l'intégrité territoriale constitue un élément important de l'ordre juridique international et qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, en particulier au paragraphe 4 de l'article 2 [...] ».

Dans sa résolution 2625 (XXV), intitulée « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies », qui reflète le droit international

¹⁰ Voy. O. Corten, *Le droit contre la guerre*, op. cit., pp. 220 et s.

coutumier (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 101-103, par. 191-193), l'Assemblée générale a réaffirmé «[l]e principe que les Etats s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force ... contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat». Cette résolution met ensuite à la charge des Etats différentes obligations leur imposant de ne pas violer l'intégrité territoriale d'autres Etats souverains. Dans le même ordre d'idées, l'acte final de la conférence d'Helsinki sur la sécurité et la coopération en Europe du 1er août 1975 (la conférence d'Helsinki) prévoit que «[l]es Etats participants respecte[ront] l'intégrité territoriale de chacun des autres Etats participants» (Article IV). La portée du principe de l'intégrité territoriale est donc limitée à la sphère des relations interétatiques » (nous soulignons)¹¹.

Cette analyse de la portée du principe de non recours à la force est confortée par la lecture des résolutions 2625 et 3314, adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies. Ces deux résolutions ont été considérées par la CJU comme reflétant l'état du droit coutumier et pertinentes pour établir la portée de la notion d'agression armée au sens de l'article 51¹².

La résolution 2626 énumère une série de comportements qui tombent sous le coup de la prohibition du recours à la force, comportement qui ne sont envisagés que dans le chef des Etats. La résolution 3314 établit une définition de la notion d'agression, qui elle aussi n'envisage que les relations entre Etats. La définition générale de l'agression contenue à l'article 1^{er} vise « l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies » (nous soulignons). Les hypothèses plus spécifiques reprises à l'article 3 de la résolution comme autant de formes d'agression ne concernent, à nouveau, que des actes entrepris par un Etat à l'égard d'un autre Etat.

La restriction de la notion d'agression au recours à la force entrepris par les Etats a encore été confirmée par l'adoption, par l'Assemblée des Etats parties au Statut de la Cour pénale internationale, de la définition

¹¹ C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, <http://www.icj-cij.org>, § 80.

¹² C.I.J., *Affaire relative aux Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (arrêt), Rec. 1986, pp. 103-104, § 195.

du crime d'agression qui, sans ambiguïté, confine cette notion aux actes attribuables aux dirigeants d'un Etat. D'une part, cette définition se réfère aux termes de la résolution 3314, d'autre part, elle en limite le champ *ratione personae* aux personnes « *effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un Etat* »¹³.

Les relations entre un Etat et un peuple sous occupation étrangère relèvent d'un régime relatif au recours à la force spécifique

La nature des relations entre les Etats et les peuples sous domination coloniale, raciste ou étrangère sous l'angle du régime du recours à la force a fait l'objet de nombreux débats au sein des Nations Unies, notamment lors de la négociation relative à l'adoption des résolutions 2625 et 3314. A cet égard, les tentatives des pays socialistes et du Mouvement des non alignés pour imposer la reconnaissance d'un droit de légitime défense des peuples coloniaux a échoué devant le refus des pays occidentaux, ces derniers craignant la mise en œuvre par des Etats tiers de la légitime défense collective¹⁴. Il en résulte le fait que la domination étrangère ne se retrouve pas parmi les actes d'agression repris dans la résolution 3314.

96

Les relations sont dès lors gouvernées spécifiquement par le régime relatif au droit à l'autodétermination, qui implique l'illicéité de l'emploi de la force armée pour empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux mêmes. Ce principe est déjà exprimé dans la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 :

« 4. Il sera mis fin à toute action armée et à toutes mesures de répression, de quelque sorte qu'elles soient, dirigée contre les peuples dépendants, pour permettre à ces peuples d'exercer pacifiquement et librement leur droit à l'indépendance complète [...] ».

Cette règle est réaffirmée dans la résolution 2625 :

« Tout Etat a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait leur droit à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance les peuples mentionnés dans la formulation du principe de l'égalité de droits et de leur droit à disposer d'eux-mêmes ».

¹³ Amendements relatifs au crime d'agression à apporter au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, RC/Res.6, 28 juin 2010, Le crime d'agression, article 8bis.

¹⁴ Voy. O. Corten, *Le droit contre la guerre*, op. cit., pp. 189 et s. ; T. Ruys, *Armed Attack and the Article 51 of the UN Charter*, Cambridge University Press, pp. 390 et s.

Elle est encore reprise dans la résolution 3314 : « Réaffirmant le devoir des Etats de ne pas recourir à l'emploi de la force armée pour priver les peuples de leur droit à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance... ».

Il résulte, selon nous, de ces textes l'énoncé d'une interdiction du recours à la force spécifique au régime du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui se distingue du régime établi par les articles 2 § 4 et 51 de la Charte des Nations Unies¹⁵. D'une part, il ne s'agit pas d'une prohibition réciproque du recours à la force, comme c'est le cas dans les relations interétatiques, mais d'une prohibition de principe dans le chef de l'Etat colonial ou occupant. Elle ne trouve donc pas à s'appliquer à l'encontre du peuple exerçant son droit à l'autodétermination. D'autre part, comme on l'a vu, il n'a pas été reconnu un droit de légitime défense au profit du peuple sous domination coloniale ou étrangère. Tout au plus la résolution 2625 précise-t-elle que « lorsqu'ils réagissent et résistent à une telle mesure de coercition dans l'exercice de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ces peuples sont en droit de chercher et de recevoir un appui conforme aux buts et principes de la Charte ». Cette formulation place le droit de résister dans le cadre de l'exercice du droit à l'autodétermination (et non de la légitime défense) et n'évoque une aide extérieure que dans le cadre du respect des buts et principes de la Charte, ce qui ne semble pas autoriser l'utilisation de la force armée de la part d'Etats tiers.

De cette analyse des textes, il est permis de conclure que le principe de non recours à la force et le droit de légitime défense n'ont été conçus que dans le cadre des relations étatiques et qu'ils ne s'appliquent pas dans les relations entre un Etat et un acteur non étatique, en ce compris avec un peuple sous domination étrangère. Cette relation est gouvernée par le régime relatif au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui prohibe toute mesure de coercition qui entraverait l'exercice de ce droit et autorise le peuple concerné à résister sans toutefois que cette résistance relève du droit de légitime défense.

Il reste à vérifier si cet état du droit n'a pas été modifié par la pratique récente, telle qu'elle découle notamment des opérations militaires menées par Israël à l'égard des TPO ces dernières années.

¹⁵ Voy. O. Corten, *The Law Against War The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2010, pp. 135-137.

La pratique récente ne marque aucune évolution de l'interprétation de l'article 51 dans le sens de le rendre applicable dans les relations entre Israël et le Territoire palestinien occupé

Dans son opinion individuelle exprimée en marge de l'arrêt des *Activités armées sur le territoire du Congo*, le juge Simma s'est dissocié de la position prise par la Cour dans l'avis relatif au Mur, en estimant que si ce *dictum* a pu refléter l'état du droit existant il y a quelque temps, il est aujourd'hui dépassé en raison notamment de la pratique qui s'est développée depuis le 11 septembre 2001 :

"The most recent - and most pertinent- statement in this context is to be found in the (extremely succinct) discussion by the Court in its Wall Opinion of the Israeli argument that the separation barrier under construction was a measure wholly consistent with the right of States to self-defence enshrined in Article 51 of the Charter [...]. To this argument the Court replied that Article 51 recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of an armed attack by one State against another. Since Israel did not claim that the attacks against it were imputable to a foreign State, however, Article 51 of the Charter had no relevance in the case of the wall [...]. Such a restrictive reading of Article 51 might well have reflected the state, or rather the prevailing interpretation, of the international law on self-defence for a long time. However, in the light of more recent developments not only in State practice but also with regard to accompanying opinio juris, it ought urgently to be reconsidered, also by the Court".

Pour se référer à cette pratique récente, Israël a justifié à plusieurs reprises ses opérations armées menées en TPO par l'exercice du droit de légitime défense. Ce fut le cas lors de l'opération « Rempart » (2002), lors de l'opération « Plomb Durci » (2008-2009), ou encore pour fonder la construction du Mur en Cisjordanie et autour de Jérusalem-Est (2002).

Nous allons analyser chacun de ces précédents pour vérifier s'ils ont impliqué une pratique et une *opinio juris* des Etats allant de le sens de l'acceptation de l'application du droit de légitime défense au profit d'Israël dans ses relations avec le TPO, et de manière plus générale à l'encontre d'acteurs non étatiques. A cet égard, il faut rappeler que, selon l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la pratique

ultérieurement suivie doit traduire « l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité », ce qui suppose l'existence d'une pratique convergente, attestant un consensus parmi les Etats parties¹⁶.

Le cas de l'opération « Rempart » (2002)

Cette opération a fait suite à l'attentat de Netanya (27 mars 2002) et a une vague d'attentats précédents, ayant 125 morts Israéliens en un mois. Elle a touché Gaza et la Cisjordanie et a visé spécialement les infrastructures de l'Autorité palestinienne. Dans la lettre adressée au Conseil de sécurité, Israël a justifié son recours à la force par l'exercice de son droit de légitime défense : « Israël n'a d'autre choix que d'agir conformément à son droit à l'autodéfense, et de prendre les mesures qu'il juge nécessaires pour défendre ses citoyens de la violence et de la terreur »¹⁷. Devant le Conseil de sécurité, il a annoncé prendre « comme cible la vaste infrastructure terroriste que l'Autorité palestinienne continue d'encourager et d'alimenter sur son territoire »¹⁸.

Les réactions des autres Etats n'ont pas toujours été très précises sur le plan juridique, mais dans leur grande majorité, leurs prises de position ne peuvent en aucun cas être interprétées comme une validation de la thèse israélienne.

Un premier groupe d'Etats a fermement condamné l'attaque israélienne, la qualifiant pour certains d'« agression ». Parmi ces Etats, on trouve, la Chine¹⁹, la Syrie²⁰, l'Algérie²¹, la Libye²², l'Egypte²³, le Qatar²⁴, Djibouti²⁵,

¹⁶ Voy. G. Distefano, « La pratique subséquente des Etats parties à un traité », *A.F.D.I.*, 1994, pp. 47-50; J.-M. Sorel, « Commentaire de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 », in O. Corten et P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1319 et s. Concernant plus spécialement l'évolution de l'interprétation des règles relatives au recours à la force, voy. O. Corten, « Breach and Evolution of Customary International Law on the Use of Force », in E. Cannizzaro and P. Palchetti (Eds.), *Customary International Law on the Use of Force*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 139-142.

¹⁷ Lettre d'Israël du 1^{er} avril 2002, S/2002/337.

¹⁸ Conseil de sécurité, 29 mars 2002, S/PV.4503, p. 6.

¹⁹ *Ibidem*, p. 17.

²⁰ *Ibidem*, p. 18 et Conseil de sécurité, 3 avril 2002, S/PV.4506 (Resumption 1), p. 28.

²¹ Conseil de sécurité, 29 mars 2002, S/PV.4503, p. 21.

²² *Ibidem*, p. 22.

²³ *Ibidem*, p. 23.

²⁴ *Ibidem*, p. 24.

²⁵ *Ibidem*, p. 25.

la Jordanie²⁶, l'Irak²⁷, l'Iran²⁸, le Pakistan²⁹, la Tunisie³⁰, le Maroc³¹ l'Arabie saoudite³², le Yémen³³, la Malaisie³⁴, l'Indonésie³⁵, Bahreïn³⁶ et le Liban³⁷. L'Organisation de la Conférence islamique a également dénoncé l'« agression israélienne »³⁸.

A cet égard, plusieurs Etats ont très explicitement rejeté le principe de l'invocation de la légitime défense par Israël. L'Afrique du Sud a ainsi déclaré :

« Il va sans dire que la décision prise par Israël de détruire l'infrastructure palestinienne, d'humilier et de bafouer des civils palestiniens et de menacer la vie du dirigeant légitime, élu et internationalement reconnu du peuple palestinien ne saurait être justifiée comme des actes de contre-terrorisme ou même de légitime défense »³⁹.

Pour sa part, l'Arabie saoudite fonde son rejet sur l'exercice du droit du peuple palestinien à l'autodétermination :

« Le terrorisme d'État que pratique Israël n'est pas entrepris en état de légitime défense ou dans le but de protéger ses citoyens. Il est entrepris comme un moyen de protéger son occupation, de consacrer son usurpation du territoire palestinien. Israël n'a pas de droit légitime à se trouver en Cisjordanie, à Jérusalem-Est ou dans la bande de Gaza – zones dans lesquelles il est entré au cours de la guerre de 1967 et qu'il n'a jamais quittées. Les Palestiniens, comme tout autre peuple vivant sous occupation, ont un droit – en réalité, ils ont un devoir –, celui de libérer leur terre et de recouvrer leur liberté »⁴⁰.

²⁶ Ibidem, p. 28.

²⁷ Ibidem, p. 28.

²⁸ Ibidem, p. 29.

²⁹ Ibidem, p. 31.

³⁰ Ibidem, p. 32.

³¹ Ibidem, p. 34.

³² Ibidem, p. 36.

³³ Conseil de sécurité, 3 avril 2002, S/PV.4506, p. 13.

³⁴ Ibidem, p. 25.

³⁵ Conseil de sécurité, 3 avril 2002, S/PV.4506 (Resumption 1), p. 8.

³⁶ Ibidem, p. 15.

³⁷ Ibidem, p. 24.

³⁸ OCI, déclaration de Kuala Lumpur, 1-3 avril 2002, S/2002/362.

³⁹ Conseil de sécurité, 3 avril 2002, S/PV.4506, pp. 17-18.

⁴⁰ Conseil de sécurité, 3 avril 2002, S/PV.4506, p. 19.

Un second groupe d'Etats a critiqué l'usage excessif et disproportionné de la force. Cette position recèle une certaine ambivalence en ce qu'elle pourrait laisser supposer que le principe de l'exercice de la légitime défense n'est pas remis en cause et que seules ses modalités d'exercices soulèvent des difficultés. Toutefois, la référence à l'exigence de proportionnalité semble principalement constituer un moyen pour les Etats d'éviter d'avoir à se prononcer sur le principe même de la légitime défense, qui n'est aucunement mentionné, de sorte que rien de précis en terme d'*opinio juris* ne nous semble pouvoir être inféré de telles prises de position. En ce sens, se sont prononcés la France⁴¹, la Colombie⁴², le Mexique⁴³ (p. 15), l'Espagne⁴⁴, le Brésil⁴⁵, Chypre⁴⁶, et la Nouvelle-Zélande⁴⁷.

Enfin, quelques Etats isolés ont approuvé l'exercice de la légitime défense par Israël tout en l'appelant à la modération, référence implicite à l'exigence de proportionnalité. Les Etats-Unis ont ainsi indiqué : « Nous comprenons qu'Israël a un droit de légitime défense mais nous demandons au Premier Ministre Sharon et à son gouvernement d'analyser soigneusement les conséquences de leurs actes »⁴⁸.

De cet examen des prises de positions concernant l'opération Rempart, il n'est guère possible de conclure à l'existence d'une *opinio juris* des Etats favorable à l'exercice par Israël de son droit de légitime défense dans ses relations avec le TPO. Très peu d'Etats ont expressément admis le principe de la légitime défense en faveur d'Israël, une majorité d'Etats ayant condamné le principe même de l'attaque. Un même constat se dégage de l'analyse du précédent relatif à l'opération « Plomb durci » menée par Israël à l'encontre de la bande de Gaza en décembre 2008.

⁴¹ Conseil de sécurité, 29 mars 2002, S/PV.4503, p. 9.

⁴² Ibidem, p. 14.

⁴³ Ibidem, p. 15.

⁴⁴ Ibidem, p. 27.

⁴⁵ Conseil de sécurité, 3 avril 2002, S/PV.4506, p. 27.

⁴⁶ Conseil de sécurité, 3 avril 2002, S/PV.4506 (Resumption 1), p. 23.

⁴⁷ Conseil de sécurité, 3 avril 2002, S/PV.4506 (Resumption 1), p. 22.

⁴⁸ Conseil de sécurité, 29 mars 2002, S/PV.4503, p. 12. Voy. aussi les déclarations de la Bulgarie : « La Bulgarie, tout en reconnaissant le droit d'Israël de riposter à la terreur, appelle ce dernier à la retenue dans les circonstances très difficiles que nous connaissons aujourd'hui » (ibidem, p. 17) et de Maurice, ibidem, p. 10.

Le cas de l'opération « Plomb durci » (2008-2009)

Le 27 décembre 2008, Israël entamait une opération militaire de large envergure dans la bande de Gaza, impliquant des bombardements aériens et une offensive terrestre, opération qui allait durer jusqu'au 18 janvier 2009. L'objectif déclaré d'Israël était de mettre fin aux tirs de roquettes visant la ville israélienne de Sderot et de neutraliser l'infrastructure du Hamas. Israël a justifié cette opération par l'exercice de son droit de légitime défense :

« Je m'adresse à vous en urgence pour vous informer qu'après avoir longtemps fait preuve de la plus extrême modération, le Gouvernement israélien a décidé d'exercer à compter d'aujourd'hui son droit à l'autodéfense. Israël prend actuellement les mesures militaires qui s'imposent pour protéger ses citoyens des attaques perpétrées par le Hamas et d'autres organisations terroristes qui ne cessent de les harceler depuis la bande de Gaza. [...] L'État d'Israël a donc décidé de combattre activement le terrorisme et de protéger ses citoyens contre de nouveaux attentats en réagissant de manière énergique. Ce faisant, il a agi conformément au droit de se défendre que reconnaît à tout État l'Article 51 de la Charte des Nations Unies »⁴⁹.

Cette position gouvernementale a été approuvée par la Cour suprême d'Israël sans l'affaire *Al-Bassiouni v. Prime Minister* :

« Even apart from the eight years of ongoing armed conflict, which justified Israel's resort to force both previously and during the Gaza Operation, Hamas' intensified armed attacks on Israel and its citizens during 2008 independently justified Israel's response to defend its citizens. All States have the inherent right to defend themselves against armed attacks. This right is recognised by customary international law, and is further confirmed in Article 51 of the United Nations Charter. A State's right of self-defence extends beyond attacks by other States. Even before the U.N. Charter, customary international law recognised the right of self-defence against non-State actors, such as armed groups launching attacks of significant scale and scope. The United Nations Security Council invoked

⁴⁹ Lettres identiques datées du 27 décembre 2008, adressées au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par la Représentante permanente d'Israël auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/2008/816).

the right of self-defence in the wake of the September 11 attacks on the United States, calling upon the international community to combat such terrorism perpetrated by non-State actors. When organised groups rather than standing armies launch attacks against a State, they trigger a State's right to self-defence if -such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces. There is no question that Israel faced an -armed attack within the meaning of customary international law or Article 51 of the U.N. Charter, and has the right to use force against Hamas in self-defence »⁵⁰.

Comme pour le cas de l'opération « Rempart » de 2002, les réactions des Etats à cette opération militaire et la justification juridique qui y a été apportée a été assez contrastée⁵¹.

Un nombre important d'Etats ont condamné fermement le recours à la force par Israël, en le qualifiant fréquemment d'« agression », sans toutefois qu'un sens juridique précis ne puisse être attaché à l'usage de ce terme, en l'absence de toute référence aux articles 2 § 4 ou 51 de la Charte, ou à la résolution 3314. En ce sens, le Mouvement des non alignés a énoncé que

« cette inacceptable agression militaire israélienne contre la population civile palestinienne de la bande de Gaza constitue une grave violation du droit international, y compris du droit humanitaire et des droits de l'homme, et est cause de grandes souffrances parmi la population civile palestinienne dès lors qu'elle alimente le cycle de la violence et menace la paix et la sécurité ainsi que le fragile processus de paix entre les deux parties »⁵².

D'une manière analogue, l'OCI a adopté une déclaration par laquelle elle

⁵⁰ The Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Al-Bassiouni v. Prime Minister*, HCJ 9132/07, 30 January 2008, 55 68-70.

⁵¹ Voy. également V. Kattan, "Operation Cast Lead: Use of Force Discourse and Jus ad Bellum Controversies", *P.Y.L.*, 2010, pp. 95 et s.

⁵² Déclaration du Bureau de coordination du Mouvement des pays non alignés au sujet du non-respect par Israël de la résolution 1850 (2009) du Conseil de sécurité et de l'intensification de l'agression militaire israélienne contre la bande de Gaza, dans le territoire palestinien occupé, Annexe à la lettre datée du 13 janvier 2009 adressée au Président de l'Assemblée générale par le Représentant permanent de Cuba auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2009/36

« Condamne l'agression israélienne contre Gaza, les crimes de guerre et les graves violations des droits de l'homme et du droit international qui l'ont marquée ; rejette sur Israël la responsabilité juridique, morale et politique des crimes qu'il a commis durant l'agression contre Gaza »⁵³.

D'autres Etats ont encore pris une position similaire, impliquant un rejet de l'invocation de la légitime défense : La Lybie⁵⁴, l'Egypte⁵⁵, le Vénézuéla, la Jordanie, le Nicaragua, Koweït, la Tunisie, l'Equateur, la Bolivie, le Pakistan, les Maldives, le Liban, l'Iran, l'Indonésie⁵⁶.

Un second groupe d'Etats a focalisé ses critiques sur la disproportion de l'attaque israélienne, en se plaçant semble-t-il davantage dans le cadre du respect du droit des conflits armés que dans celui des conditions d'exercice de la légitime défense. On y retrouve notamment l'Afrique du Sud⁵⁷, la France⁵⁸, la Ligue des Etats arabes⁵⁹, le Burkina Faso, le Luxembourg ou encore Chypre⁶⁰.

Enfin, une série d'Etats a admis le droit d'Israël à exercer son droit de légitime défense, tout en l'exhortant à respecter le droit humanitaire⁶¹. Par exemple, les Etats-Unis *« reconnaissent le droit d'Israël, comme de tout autre État, à exercer son droit d'autodéfense »* en ayant *« fait savoir à Israël qu'il était tenu de prendre toutes les mesures possibles afin de limiter au minimum les conséquences de toute action pour la population civile »⁶².*

On constate à nouveau que seuls quelques Etats peuvent être tenus comme ayant approuvé la justification de la légitime défense avancée par

⁵³ 36^{ème} session du conseil des ministres des affaires étrangères, Damas, République arabe syrienne, 23-25 Mai 2009, OIC/CFM-36/2009/PAL/RES/ FINAL.

⁵⁴ Conseil de sécurité, 31 décembre 2008, S/PV.6060, p. 7

⁵⁵ Ibidem, p. 19.

⁵⁶ Assemblée générale NU, Dixième session extraordinaire d'urgence (reprise), 34e et 35 e séances plénières, 16 janvier 2009, AG/10809.

⁵⁷ Conseil de sécurité, 31 décembre 2008, S/PV.6060, p. 9.

⁵⁸ Ibidem, p. 10.

⁵⁹ Ibidem, p. 21.

⁶⁰ Pour ces trois derniers Etats : Assemblée générale NU, Dixième session extraordinaire d'urgence (reprise), 34e et 35 e séances plénières, 16 janvier 2009, AG/10809.

⁶¹ Voy. les déclarations de l'Italie (Conseil de sécurité, 31 décembre 2008, S/PV.6060, p. 13), du Vietnam (ibidem, p. 14), de la Belgique (ibidem, p. 18), de la Croatie (ibidem, pp. 18-19), du Bénin (Assemblée générale NU, Dixième session extraordinaire d'urgence (reprise), 34e et 35 e séances plénières, 16 janvier 2009, AG/10809), de Panama (ibidem), des Pays-Bas (ibidem) et du Danemark (ibidem).

⁶² Conseil de sécurité, 8 janvier 2009, S/PV.6063, p. 5.

Israël pour fonder l'opération « Plomb durci », la majorité des Etats à s'être prononcés l'ayant condamné en son principe même⁶³.

Le cas de la construction du Mur (2002)

Israël a basé la légalité de la construction, à partir de 2002, d'un Mur en Cisjordanie et autour de Jérusalem Est, sur le droit de légitime défense :

« La barrière est une mesure tout à fait conforme au droit des États à l'autodéfense, droit consacré par l'Article 51 de la Charte. Le droit international et les résolutions du Conseil de sécurité, y compris les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001), ont reconnu clairement le droit des États au recours à la force en cas de légitime défense contre les attentats terroristes. Ils reconnaissent par conséquent le droit de recourir à des mesures vigoureuses à cette fin »⁶⁴.

Par l'adoption de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale du 21 octobre 2003, une très large majorité d'Etats a considéré, que le Mur était « contraire aux dispositions pertinentes du droit international », ce qui implique la condamnation de l'argumentation israélienne sans que l'on puisse toutefois savoir si c'est le principe même de la légitime défense qui est écarté ou si ce sont ses modalités d'exercices qui sont jugées comme n'ayant pas été respectées⁶⁵.

Comme nous l'avons vu, la CU a rejeté la prétention d'Israël de fonder la construction du Mur sur son droit de légitime défense, en déclarant inapplicable l'article 51 de la Charte dans un tel contexte. L'Assemblée générale des Nations Unies a ensuite adopté, à une très large majorité⁶⁶, une résolution par laquelle elle « prend acte de l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 9 juillet 2004 »⁶⁷. S'il ne s'agit pas à proprement parler d'une approbation de l'avis de la Cour, cette résolution peut s'interpréter comme marquant l'absence d'objections envers celui-ci et l'argumentation qui la sous-tend, en l'absence de réserves particulières émises à l'occasion du débat ayant entouré la l'adoption de la résolution.

⁶³ Voy. également O. Corten, "Self-defence against non-State entities: What can be learned from recent practice?", *Kokusaiho Gaiko Zasshi (Journal of International Law and Diplomacy)*, Tokyo, 2010.

⁶⁴ Assemblée générale, Session extraordinaire d'urgence, 20 octobre 2003, A/ES-10/PV.21, p. 6.

⁶⁵ Résolution ES-10/13, 21 octobre 2003, « Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé ».

⁶⁶ 150 contre 6 (E-U, Israël, Australie, Palau, Micronésie, Iles Marshall), et 10 abstentions.

⁶⁷ 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 ».

A cet égard, seuls l'Union européenne, les Etats-Unis et, dans une moindre mesure, la Nouvelle-Zélande⁶⁸ ont formulé des désaccords sur la portée du droit de la légitime défense telle qu'elle était définie par la CIJ. Au nom de l'UE, les Pays-Bas ont précisé :

« L'Union européenne ne cache pas qu'il existe des réserves sur certains paragraphes de l'avis consultatif de la Cour. Nous reconnaissons les préoccupations d'Israël en matière de sécurité et son droit à agir en état de légitime défense »⁶⁹.

De leur côté, les Etats-Unis ont déclaré :

« La Cour, dans son avis consultatif, qui serait entériné par le présent projet de résolution, semble dire que le droit d'un État de se défendre n'existe que lorsque cet État est attaqué par un autre État, et que le droit de légitime défense n'existe pas contre des acteurs non étatiques. Il n'existe pas lorsque des terroristes détournent des avions et les écrasent contre des bâtiments ou lorsqu'ils font exploser une bombe dans des gares ou à des arrêts de bus, ou encore lorsqu'ils répandent des gaz nocifs dans des métros. Je dirais que si tel est le sens de l'Article 51, alors la Charte des Nations Unies pourrait perdre toute pertinence à une époque où les principales menaces à la paix ne proviennent pas d'États mais de terroristes »⁷⁰.

Il est certainement significatif que les autres Etats ayant approuvé la résolution ES-10/15 n'ont pas formulé de critiques analogues et peuvent ainsi être présumés entériner la position de la Cour.

Dans sa jurisprudence ultérieure, cette dernière a fermement maintenu son interprétation des articles 2 § 4 et 51 comme étant confinés au cadre des relations interétatiques. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour a rejeté l'argument de la légitime défense invoqué par l'Ouganda, en constatant l'absence d'éléments permettant d'imputer les attaques de rebelles ougandais à la RDC. Pour le surplus, la Cour a estimé qu'elle n'avait pas « à se prononcer sur les arguments des Parties relatifs à la question de savoir si et à quelles conditions le droit international contemporain prévoit un droit de légitime défense pour riposter

⁶⁸ « Mais, comme les tribunaux Israéliens l'ont eux-mêmes affirmé, il y a des limites aux mesures qu'Israël peut prendre pour exercer son droit de légitime défense » (Assemblée générale, Session extraordinaire d'urgence, 16 juillet 2004, A/ES-10/PV.25, p. 2).

⁶⁹ Assemblée générale, Session extraordinaire d'urgence, 20 juillet 2004, A/ES-10/PV.27, p. 8.

⁷⁰ Assemblée générale, Session extraordinaire d'urgence, 16 juillet 2004, A/ES-10/PV.25, p. 2.

à des attaques d'envergure menées par des forces irrégulières »⁷¹. Comme l'a noté le juge Kooijmans dans sa déclaration, ce passage de l'arrêt ne peut se comprendre que comme l'exclusion par la Cour du droit de recourir à la force au titre de la légitime défense contre des attaques menées par des acteurs non étatiques⁷². Cette analyse est encore confortée par l'avis relatif à la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, dans lequel la Cour confirme que l'article 2 § 4 de la Charte voit sa portée « limitée à la sphère des relations interétatiques »⁷³.

L'affaire du Mur a été l'occasion pour la Cour de constater l'exclusion de principe de l'application du droit de légitime défense dans les relations entre Israël et le TPO. Force est de constater que cette interprétation a été approuvée, au moins implicitement, par une très large majorité d'Etats, seuls les Etats-Unis et l'UE par la voix des Pays-Bas ayant formulé des objections précises à cet égard.

Il ressort de notre examen de la pratique liée à l'invocation de la légitime défense par Israël dans ses relations avec le TPO que celle-ci ci a dans chaque cas été rejetée en son principe par une majorité relative d'Etats, seule une petite minorité ayant admis, au moins dans son principe, la possibilité d'Israël de se prévaloir de l'article 51 de la Charte pour fonder les mesures coercitives adoptées sur le territoire palestinien. Il n'est dès lors possible d'induire de cette pratique aucune évolution du droit de la légitime défense comme étant devenu susceptible de s'appliquer dans les relations entre un Etat occupant et un peuple sous domination étrangère, ou, de manière plus générale, entre un Etat et des acteurs non étatiques.

Au-delà de cet examen empirique des positions des Etats, il nous reste à mettre en évidence le fait que la théorie tendant à rendre applicable le droit de légitime défense dans les relations entre Israël et le TPO se heurte à différents vices conceptuels.

⁷¹ C.J.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, <http://www.icj-cij.org>, §§ 146-147.

⁷² Déclaration du juge Kooijmans, §§ 22 et 27-28.

⁷³ C.J.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, <http://www.icj-cij.org>, § 80.

Les vices conceptuels inhérents à la théorie reconnaissant à Israël un droit de légitime défense à l'égard du TPO

Comme nous l'avons vu, certains Etats, certains juges et certains auteurs ont critiqué la position de la CJ excludant l'application du droit de légitime défense dans les relations d'Israël avec le TPO. Nous montrerons ici que les divers arguments avancés en faveur d'une telle application se heurtent à différents vices conceptuels, liés au statut de « territoire occupé » de la Palestine et procèdent généralement d'une confusion entre le *jus contra bellum*, le *jus in bello* et la lutte contre le terrorisme.

Le statut de « territoire occupé » de la Palestine

Le caractère « occupé » de la Cisjordanie et de Jérusalem-Est a fourni à la CJ l'un des fondements à l'exclusion de l'application de l'article 51 de la Charte dans le chef d'Israël. Cette approche a été, comme nous l'avons vu, critiquée par les juges Higgins et Buergenthal, qui estiment qu'il suffit que le territoire palestinien soit « autre » ou « extérieur » à Israël pour que trouve à s'appliquer le droit de légitime défense, quel que soit le degré de contrôle exercé par l'occupant.

Cet argument n'est absolument pas convaincant et ce pour plusieurs raisons fondamentales. Tout d'abord, comme le relève le juge Kooijmans, il est difficile de considérer comme étant extérieur « un territoire placé sous le contrôle de l'Etat qui est aussi la victime de ces actes ». Si statut d'occupation au regard du droit des conflits armés il y a, cette situation suppose que le territoire concerné soit « placé sous l'autorité de l'armée ennemie »²⁴, ce qui est difficilement compatible avec la condition d'externalité inhérente au concept de légitime défense en droit international. Par ailleurs, le statut d'occupation du territoire palestinien découle également du régime relatif au droit des peuples à disposer d'eux mêmes, qui vise notamment le cas du peuple vivant sous domination ou occupation étrangère²⁵. Dans le cadre de ce régime, le statut d'occupation étrangère s'applique nécessairement sur l'ensemble du territoire palestinien (Gaza, Cisjordanie, Jérusalem-Est) tant que n'est pas pleinement exercé par le peuple palestinien son droit à l'autodétermination. Comme nous l'avons déjà établi, ce régime implique une interdiction de principe de toutes mesures de coercition

²⁴ Article 42 du Règlement de La Haye de 1907. Voy. V. Koutroulis, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Paris, Pedone, 2010, pp. 47 et s.

²⁵ Voy. not. la résolution 2649 (XXV) du 30 novembre 1970 et l'article 1 (4) du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977.

dans le chef de l'Etat occupant, de nature à priver le peuple concerné de son droit à disposer de lui-même. L'exclusion de principe du droit de légitime défense dans le chef de l'Etat exerçant la domination se justifie donc pleinement compte tenu de la spécificité du régime du droit à l'autodétermination. La persistance de l'occupation constituant une entrave armée à l'exercice du droit du peuple palestinien à son indépendance, Israël ne saurait être habilité à se prévaloir du droit de légitime défense. A cet égard, l'argument avancé par les juges Higgins et Buergenthal, selon lequel la Palestine devrait être assimilée à un Etat pour l'application du droit de légitime défense ne saurait être admis, ce territoire étant précisément empêché d'accéder à l'indépendance du fait d'une occupation contraire au droit à l'autodétermination. Même s'il fallait assimiler la Palestine à un Etat, il faut relever que les éléments constitutifs de l'occupation israélienne correspondent aux faits d'agression repris à l'article 3 de la résolution 3314, notamment l'occupation militaire, l'annexion de territoires (article 3, a) ou encore le blocus des ports et des côtes (article 3, b).

La confusion entre le jus contra bellum, le jus in bello et la lutte contre le terrorisme

109

La plupart des critiques à l'encontre de la position de la Cour niant à Israël le droit de se prévaloir de la légitime défense procède en réalité d'une confusion entre le *jus contra bellum*, le *jus in bello* et lutte contre le terrorisme. Lorsque le juge Higgins déclare ne pas comprendre « le point de vue de la Cour selon lequel une puissance occupante perd le droit de défendre ses propres citoyens civils à domicile si les attaques émanent du territoire occupé », elle ignore la portée exacte de la décision de la Cour. Comme celle-ci l'a souligné :

« Reste qu'Israël doit faire face à des actes de violence indiscriminés, nombreux et meurtriers, visant sa population civile. Il a le droit, et même le devoir, d'y répondre en vue de protéger la vie de ses citoyens. Les mesures prises n'en doivent pas moins demeurer conformes au droit international applicable »⁷⁰.

Cela signifie qu'Israël est parfaitement habilité à adopter des mesures de défense de ses citoyens qui s'inscrivent soit dans le cadre des moyens

⁷⁰ C.J.J., Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, Avis consultatif du 9 juillet 2004, § 141.

juridiques propres à la lutte contre le terrorisme⁷⁷, soit dans le cadre du droit de l'occupation.

Le fait qu'Israël soit privé du bénéfice de la légitime défense découle logiquement du fait que si la violence dont il peut faire l'objet émane d'un territoire en attente d'autodétermination, c'est du au fait même d'Israël qui poursuit l'occupation et la colonisation de ce territoire en violation des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies⁷⁸ et l'empêche ainsi d'accéder au rang d'Etat.

Conclusions

Les relations entre Israël et le territoire palestinien occupé ne ressortit pas au régime de l'interdiction du recours à la force (article 2 § 4 de la Charte) et de la légitime défense (article 51) mais du régime du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui instaure, dans le chef de l'Etat exerçant une domination étrangère, une interdiction de principe de toutes mesure armée entravant l'application de ce droit. Au peuple dominé, il n'est pas reconnu un droit de légitime défense, mais un simple droit de résister, ce qui n'autorise pas les Etats tiers à intervenir militairement en « légitime défense collective ». Cette interprétation du régime applicable a largement été validée par les précédents impliquant l'invocation du droit de légitime défense par Israël pour justifier les opérations armées menées en territoire palestinien ou d'autres mesures coercitives, cette invocation ayant été rejetée par une majorité d'Etats. Cette exclusion du droit d'exercer sa légitime défense à l'égard du TPO apparaît comme la conséquence de la poursuite de l'occupation de ce territoire en violation du droit du peuple palestinien à l'autodétermination et des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité des Nations Unies.

⁷⁷ Voy. not. P. Klein, « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », R.C.A.D.I., 2006, vol. 321, pp. 268 et s.; O. Corten, *Le droit contre la guerre*, op. cit., pp. 232-235.

⁷⁸ Voy. not. les résolutions 242, 338 et 476.

Les faiblesses du droit de la responsabilité au cœur des défaillances du droit international en Palestine.

Monique Chemillier-Gendreau*

L'origine du conflit entre Israël et la Palestine tient à la question de la terre et de l'accaparement de la Palestine au profit d'Israël que porte le projet sioniste. Cela entrave depuis plus de soixante ans le projet national palestinien. Face à cette situation, les revendications sont cristallisées autour de l'application du droit en soi. Or Israël a construit depuis 1948 un « mur » d'arguties juridiques pour prétendre que des exceptions liées à sa sécurité s'opposeraient à l'application du droit international. Heureusement cet argument de l'exception a été liquidé par la Cour Internationale de Justice dans son avis du 9 juillet 2004, puisqu'elle a fondé tout son raisonnement sur le caractère « indérogeable » des règles applicables. Or une règle indérogeable ne connaît pas d'exception. Dès lors les actions d'Israël sont des violations de normes (soit coutumières acceptées par la communauté internationale, soit conventionnelles, comme les Conventions de Genève du 12 août 1949). Parmi ces violations, il faut distinguer les manquements à des règles reconnues du droit international et les violations plus graves qui peuvent être qualifiées de crimes internationaux. La question pénale sera traitée par d'autres. Je n'y ferai allusion que dans la mesure où l'inculpation pénale est souvent l'occasion de l'action en réparation. Ces violations du droit sont bien connues. Je n'y reviendrai que pour discuter de la question temporelle du droit applicable.

Car ce que je veux examiner ici, c'est la question de la responsabilité internationale. En effet, les développements du droit de la responsabilité nous donnent aujourd'hui les instruments juridiques adaptés pour désigner les auteurs des manquements, en tirer les conséquences et réclamer des réparations intégrales pour les victimes. Malheureusement, le droit international est très en retard en matière de mise en œuvre des normes. Le caractère volontariste de la compétence des juridictions internationales, séquelle regrettable d'une conception rigide de la souveraineté, est l'obstacle juridique à cette mise en œuvre, la complaisance de bien des États à l'égard d'Israël en est l'obstacle politique. Nous verrons en conclusion que seules des solutions inédites permettront de sortir de cette situation.

* Law and Political Science Professor, Université Paris VII-Denis Diderot.

L'application dans le temps des normes pertinentes

Des faits imputables à Israël depuis 1947 ont jeté violemment les populations palestiniennes hors de leur pays en les dépossédant, ou les ont simplement dépossédées lorsqu'elles restaient sur place, sans reconnaissance ensuite des droits qui découlaient de cette situation et qui résultent pourtant des règles élémentaires des principes de la responsabilité. En tout cas l'exode considérable des populations arabes fuyant leurs villes ou leurs villages (700 000 à 800 000 personnes) fut rendu irréversible par une politique systématique de la part d'Israël dépouillant ces populations de leurs biens et s'appliquant à rendre leur retour impossible. Dans les années 80, l'ouverture des archives israéliennes et l'intégrité intellectuelle de certains historiens israéliens ont permis de faire la lumière sur les faits¹. Et la connaissance approfondie de ces faits permet aujourd'hui de procéder avec exactitude à leur qualification juridique². Ces violations des droits des personnes sont dans bien des cas constitutives de crimes internationaux. Dstructions de maisons, occupation de terres, implantations des populations juives en lieu et place des Palestiniens, loi sur les « absents » permettant de confisquer « légalement » les biens des expulsés et gel des comptes arabes furent ainsi mis au service du projet d'expansion d'Israël. L'intentionnalité, facteur déterminant pour procéder à la qualification en droit et mettre en œuvre la responsabilité, est présente tout au long des événements et persiste d'ailleurs après la guerre. L'expulsion a été et reste encore avec la colonisation l'objectif de la politique israélienne. Quel est alors le droit de référence ?

Le droit exige que l'on juge les faits selon les normes en vigueur au moment où ils se produisent. Mais d'une part, il s'agit ici d'actes s'étendant sur plusieurs décennies. D'autre part, ces violations du droit international humanitaire ont été identifiées et sont entrées dans le droit positif par étapes. Ces notions apparaissent dès les Conférences de la Paix de 1899 et 1907 qui produisent les Régulations de La Haye dans lesquelles on trouve

¹ Par exemple, B. Morris, "Operation Danni and the Palestine Exodus from Lydda and Ramle in 1948", *The Middle East Journal*, 40 (I), 1986, p. 82-109 ou encore E. L. Rogan and A. Shlaim, *The War of Palestine*, Cambridge University Press, 2001. Pour une vue générale, D. Vidal, *Le péché originel d'Israël. L'expulsion des Palestiniens revisitée par les « nouveaux historiens » israéliens*, Paris, Les éditions de l'Atelier, 2002.

² Voir à ce sujet, M. Chemillier-Gendreau, "Israeli's violent Attacks on Palestinian Arabs in 1948-49 : Qualifying Crimes in Light of International Law and Consequences", *Palestine Yearbook of International Law*, Volume 12, 2002-2003, pages 117 à 144. Voir aussi N. Lucas, *The Modern History of Palestine*, Weidenfeld and Nicholson, London, 1974. É. Sanbar, « Palestine 1948. L'expulsion », *Les livres de la Revue d'Études Palestiniennes*, 1984. Pour des précisions détaillées de ces faits, voir S. Flapan, "The Palestinian Exodus of 1948", *Journal of Palestine Studies*, Vol. XVI, n° 4, été 1987, page 3 et suivantes.

déjà la prohibition, en situation de guerre, de toute confiscation de bien privé ou public qui ne serait pas justifiée par des nécessités militaires³. Elles sont précisées par les Conventions de Genève de 1929 qu'Israël ratifia le 3 août 1948. Et après la Seconde Guerre Mondiale, des progrès notoires sont accomplis avec d'une part, la Charte des Nations Unies qui fonde le crime d'agression et d'autre part, avec l'expérience du Tribunal de Nuremberg créé par l'Acte de Londres du 8 août 1945 dont le statut définit les crimes internationaux et les applique à l'Allemagne nazie. L'Assemblée Générale des Nations Unies, en décembre 1946, consacre solennellement ce droit de Nuremberg, inscrivant ainsi son apport dans la formation coutumière du droit. Ainsi, pendant la première phase du conflit israélo-palestinien, celle qui donnera naissance au problème des torts causés à la population palestinienne, un corpus de normes existe déjà.

La longue série d'actes imputables à divers responsables politiques et militaires de l'État d'Israël relève bien de la catégorie des violations du droit humanitaire en cas de conflit armé au regard du droit de l'époque. Cette catégorie inclut en effet les pillages, la prise de butin et les confiscations de propriété. Comme tels, ces faits doivent être jugés et ouvrir un droit à réparation. On citera les assassinats individuels, les massacres, les mauvais traitements, la déportation des populations civiles, les pillages, la confiscation des biens, la destruction de villes ou de villages sans justification militaire, les dévastations. Tous ces actes dont les Palestiniens ont été victimes étaient en 1947-1948-49 déjà interdits par le droit international, conventionnel et coutumier. Or pour éviter d'être contraintes au devoir de réparation, les autorités israéliennes ont mis en avant des arguments de droit intertemporel qui sont irrecevables.

Les règles de droit s'appliquent aux situations factuelles *ratione temporis*. Cela signifie qu'il faut vérifier quel était le droit en vigueur au moment des faits pour en déduire l'application de la norme, mais aussi qu'il est nécessaire d'observer quelle a été l'évolution du droit par rapport à la continuité des faits pour en tirer toutes les conséquences. Une situation appréciée à une certaine époque dépend des règles en vigueur au moment où elle apparaît, mais en perdurant elle dépend aussi des règles telles qu'elles ont évolué parallèlement à la situation⁴. Pour refuser tout droit aux expulsés de 1948 Israël prétend qu'il n'y avait pas selon le droit international de l'époque de devoir de rapatriement qu'il aurait dû

³ Actes de la deuxième Conférence de la paix, La Haye, 18 octobre 1907, Règlement annexe de la 4e Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, article 23.

⁴ Il s'agit de la célèbre doctrine du droit intertemporel exposée par Max Huber dans la sentence du 4 avril 1928, affaire de l'île de Palmas, Pays-Bas c/ Etats-Unis, R.S.A., II.

respecter, ou tout autre devoir de restitution ou réparation pour le tort qui leur aurait été fait, puisque selon ce raisonnement, il n'y aurait pas eu de tort au regard des règles de cette période⁵. Or il y avait bien déjà, au moment où se sont produits les premiers faits (1947-1948), des normes coutumières établissant le droit des Palestiniens de ne pas être expulsés. Et, plusieurs niveaux de raisonnement sont à cumuler ici qui permettent de conclure à la pleine application du droit contemporain à la situation faite aux Palestiniens depuis les derniers mois de 1947. Il est vrai que la norme juridique ne peut pas être rétroactive. Mais lorsque l'on se trouve devant un processus de formation coutumière, l'application correcte du droit à des faits datés précisément requiert de se référer au moment de cristallisation de la coutume. C'est ce qu'ont fait les juges de Nuremberg pour répondre aux avocats des Nazis qui prétendaient qu'au moment des faits, les actes incriminés ne tombaient pas sous le coup de la norme d'interdiction. Selon les juges, la norme formalisée dans le Statut du Tribunal existait antérieurement sous forme coutumière, c'est pourquoi ils pouvaient l'appliquer. S'il est vrai que les Conventions de Genève sur le droit humanitaire en cas de conflit armé du 12 août 1949 codifiant de manière approfondie les droits des populations civiles durant la guerre, n'étaient pas encore en vigueur au moment des exactions commises contre les Palestiniens dans la première guerre israélo-arabe, les normes de protection qu'elles ont cristallisées, existaient, nous l'avons dit, sous forme coutumière à travers le « droit de La Haye » et le « droit de Nuremberg ».

Par ailleurs la persistance des faits et de leurs conséquences à travers le temps en fait des infractions permanentes et non des infractions ponctuelles. De même que le droit se forme à travers un processus continu, de même des violations peuvent se perpétuer à travers une longue période et se présenter comme des faits continus⁶. Le fait de l'expulsion ou de la dépossession a pris sa source pour chaque Palestinien au moment où celui-ci a été mis dans l'obligation de quitter ses foyers ou a été privé de ses biens par la force. Mais ce fait se prolonge dans le temps tant que le retour n'est pas rendu possible, le tort compensé et les biens restitués. Or cette continuité s'étale sur plus de six décennies. Il est alors impossible de placer le fait incriminé exclusivement sous le régime

⁵ Voir G. J. Boling, "The Question of « Timing » in Evaluating Israel's Duty Under International Law to Repatriate the 1948 Palestinian Refugees", *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Israël and the Palestinian Refugees*, Vol. 189, Springer Berlin Heidelberg, 2007, pages 217 et suivantes.

⁶ Voir G. Distefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *Annuaire Français de Droit International*, 2006, pages 1 et suivantes.

juridique en vigueur au moment de son origine. Les progrès du droit s'appliquent au fur et à mesure de leur développement à la continuité du fait. C'est ainsi que pour des faits commis en 1947, 1948 ou 1949, s'il est justifié de rechercher quel était alors le droit en vigueur (et l'on a vu que ces faits relevaient déjà de catégories interdites), il est également justifié d'appliquer aux mêmes faits qui se prolongent dans le temps, les normes nouvelles élaborées pour la répression de ces faits. Ainsi un expulsé de 1948 qui n'a pas bénéficié du droit au retour, ni d'aucune réparation depuis cette date, reste aujourd'hui un expulsé et ses droits se définissent par rapport aux normes aujourd'hui en vigueur. De surcroît, le passage du temps en prolongeant le tort sans qu'il soit réparé, augmente les indemnités qui seront dues, car la durée du dommage doit être prise en compte dans le calcul du montant de la réparation.

Ce constat est considérablement confirmé par le régime du droit impératif général. Au nom de celui-ci, même s'il ne s'agit pas de faits continus, les actes illicites d'hier tombent sous le coup des normes établies aujourd'hui pour les sanctionner. Le droit impératif général correspond aux normes supérieures et indérogeables qui structurent une société en exprimant les valeurs qui la fondent. La société mondiale a été longtemps hétérogène et constituée d'une juxtaposition de sociétés différentes. Mais elle a connu à partir du XX^e siècle une intégration de plus en plus poussée. Des valeurs communes se sont alors dégagées. La Convention de Vienne sur le droit des traités en a établi le régime juridique avec des dispositions dont l'application va au-delà de la question des traités. Il en résulte qu'une norme impérative annule tout autre norme lui étant contraire. Mais il en résulte aussi que si une nouvelle norme de droit impératif survient, elle s'applique aux situations antérieures⁷.

Ainsi la combinaison de deux arguments conduit-elle à appliquer aux torts et dommages causés aux Palestiniens à partir de la fin de 1947 et tout au long des années qui ont suivi les normes les plus élevées du droit international concernant le régime juridique des faits commis. D'une part, ces faits sont, pour beaucoup d'entre eux, qualifiables de crimes internationaux (crimes de guerre et crimes contre l'humanité) et à ce titre, ils sont imprescriptibles et les poursuites contre leurs auteurs et les requêtes pour réparations peuvent être entamées sans considération de temps. D'autre part, les normes concernant la protection des droits de l'homme, le droit humanitaire en cas de conflits armés et le respect du

⁷ Ce raisonnement découle d'une transposition des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 29 mai 1966 par extension à des situations qui ne sont pas nécessairement conventionnelles.

droit des peuples à disposer d'eux-mêmes avec toutes ses conséquences, appartient à la catégorie des normes de droit impératif général (*jus cogens*)⁸. De ce fait, tout progrès dans cet ensemble de normes s'applique aux situations perdurant aujourd'hui comme violations des droits reconnus, quelle que soit la date de naissance de ces situations.

Le droit international humanitaire requiert un comportement actif de tous les gouvernements des États Parties aux Conventions (ce qui est le cas d'Israël) pour ne pas commettre de violations ou pour faire cesser celles dont ils ont connaissance. Chaque gouvernement a l'obligation d'agir et ne pas le faire est constitutif d'un manquement de nature à engager sa responsabilité. Telle est la situation d'Israël qui a manqué à son devoir de respecter et faire respecter (notamment par les agents placés sous son autorité) les obligations constitutives du droit humanitaire. Ceci étant dit et l'argument israélien selon lequel les faits commis à partir de 1947 ne tomberaient pas sous le coup du droit d'aujourd'hui, étant irrecevable, il est nécessaire dans ce dossier si difficile de sortir de positions défensives pour passer à un point de vue plus offensif basé sur une stricte application du droit en vigueur.

L'obligation de réparer pèse sur Israël en fonction des normes du droit international.

Les considérations qui précèdent permettent de mieux cerner l'ensemble des règles applicables à la situation des Palestiniens, notamment de ceux qui ont été expulsés de leurs foyers et (ou) privés de leurs biens, ou atteints dans leur intégrité corporelle ou leurs vies depuis les derniers mois de 1947 jusqu'à nos jours. Les actes incriminés sont des faits illicites au regard du droit international relevant du corpus contemporain du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, des droits de l'homme et du droit humanitaire. L'ensemble du droit international en vigueur s'applique à ces actes aux effets continus, indépendamment de leur date d'origine.

Ce droit est la combinaison de règles de fond interdisant certains comportements et de règles d'application, mettant en œuvre le principe de responsabilité de l'auteur des actes et le principe subséquent de réparations pour les torts subis par les victimes. Or, les règles concernant la responsabilité des États pour faits illicites au regard du droit international

⁸ La Cour Internationale de Justice dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 sur Les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé a insisté sur le caractère de règle ayant une portée « erga omnes » du droit des peuples et de ses corollaires. Recueil 2004, § 155.

existent. Cette responsabilité pour violation du droit humanitaire a été reconnue par la Cour Internationale de Justice qui déjà en 1986 avait condamné un gouvernement (celui des Etats-Unis d'Amérique) pour « encouragement » à commettre des actes contraires aux principes généraux du droit humanitaire⁹. C'est dire si un gouvernement qui n'en est pas à encourager des tiers mais exécute lui-même les actes interdits, tombe sous le coup de la responsabilité de l'État pour violation de ses obligations internationales.

Cette responsabilité a d'ailleurs été renforcée par les travaux de la Commission du Droit International. Son projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait illicite a été adopté par l'Assemblée générale et annexé à une résolution du 12 décembre 2001 consolidant ainsi la construction coutumière du droit de la responsabilité¹⁰. Il est désormais admis que tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale (article 1), que le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international indépendamment de la position qu'occupe cet organe (article 4), que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement des droits au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État (article 33) et aussi qu'un État responsable d'un fait illicite est soumis à l'obligation de restitution (article 35). L'article 4 permet de soutenir que lorsque les colonies sont voulues comme politique d'État, subventionnées par des fonds publics et protégées activement par l'armée israélienne, les actes des colons peuvent être considérés comme des actes qui engagent la responsabilité de l'État d'Israël.

Complétant ces progrès, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 16 décembre 2005 une résolution concernant le droit à un recours et à réparations des victimes des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire¹¹. Elle déclare que les États ont l'obligation de mettre leur droit interne en conformité avec leurs obligations internationales en la matière, car les victimes doivent pouvoir bénéficier d'un accès effectif à la justice, de recours suffisants, utiles, rapides et appropriés, y compris leur permettant d'obtenir réparation. Ainsi les personnes privées,

⁹ Arrêt de la CJ, 27 juin 1986, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/États-Unis). Recueil, 1986. Page 14.

¹⁰ Résolution du 12 décembre 2001, A/RES/56/83

¹¹ Voir P. D'Argent, « Le droit de la responsabilité internationale complété. Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations flagrantes du droit international humanitaire ». *Annuaire Français de Droit International*, 2005, pages 27 sq.

individuellement ou en groupe, peuvent faire valoir à leur profit les mécanismes de la responsabilité. Les victimes, ici les Palestiniens, comme individus et comme peuple, se voient par ce texte, confirmés dans leur droit à réparation et à un recours pour faire valoir ce droit. On voit à quel point Israël est en contradiction avec l'ensemble de ses obligations, notamment par la loi des absents, les mesures d'encouragement à la colonisation et bien d'autres mesures prises pour légaliser la dépossession des Palestiniens¹².

Cet ensemble normatif général est complété par un droit spécial composé des multiples résolutions précises, visant le droit à réparations pour les réfugiés palestiniens, la résolution 194 de l'Assemblée générale étant le texte fondateur des droits des réfugiés palestiniens. Dès 1948, les Nations Unies fixaient en effet le cadre juridique du principe d'indemnisation :

«... Il y a lieu de permettre aux réfugiés qui le désirent de rentrer dans leurs foyers le plus tôt possible et de vivre en paix avec leurs voisins et que des indemnités doivent être payées à titre de compensation pour les biens de ceux qui décident de ne pas rentrer dans leurs foyers et pour tout bien perdu ou endommagé lorsque, en vertu des principes du droit international ou en équité, cette perte ou ce dommage doit être réparé par les gouvernements ou autorités responsables »¹³.

Depuis cette date, l'Assemblée générale n'a cessé de réitérer l'exigence d'application de la résolution 194 et des principes qu'elle affirme¹⁴. Le Conseil de sécurité lui-même, dans la résolution 46 de 1948 demande *"to refrain (...) from any political activity which might prejudice the rights, claims or positions of either community"*¹⁵. Ainsi existe-t-il sans nul doute un droit à réparation pour tous les Palestiniens victimes depuis la première guerre israélo-arabe de violations de leurs droits. Encore faut-il préciser exactement quel est l'objet de la réparation et comment l'obtenir. Par un raisonnement contestable le droit à restitution ou réparation est devenu un droit à compensation, généralement discuté en relation avec le droit au retour ou, en tout cas, avec la notion de réfugié. Or il est important d'établir ici des distinctions rigoureuses¹⁶. Le vocabulaire est lourd de

¹² Voir pour une analyse détaillée, M. Kagan, op. cit. pages 432 et suivantes.

¹³ Résolution 194 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 11 décembre 1948.

¹⁴ Dans ce sens, résolution 60/100 du 16 janvier 2006 et résolution 63/91 du 18 décembre 2008 "Assistance to Palestine refugees".

¹⁵ N.N. Doc. S/RES/46, 17 avril 1948.

¹⁶ On ne discutera pas ici des fondements du droit au retour. Celui-ci, on le sait, dépend de deux sources distinctes. Il y a un droit individuel dont la source est dans la Charte mondiale des droits

signification car le terme de « compensation » a été employé à tort dans les textes relatifs aux réfugiés et cela fausse l'approche du problème¹⁷. Ce terme renvoie à l'idée de marchandage et est étranger à l'idée de justice. Or ce sont des réparations au sens juridique du terme qu'il faut exiger, des réparations de guerre, des réparations pour dommages commis même en dehors des périodes de guerre, des réparations pour crimes si crimes il y a eu. Toute autre approche permet aux auteurs des actes incriminés d'en éviter les conséquences ou de les minimiser. Si la restitution des biens non retrouvés et la restauration de la situation perdue ne sont pas possibles pour des raisons concrètes, alors il faut passer à la réparation des torts causés à travers un équivalent monétaire.

La nécessité d'un processus de réparations est dans bien des cas liée à l'expulsion, mais il peut en être indépendant¹⁸. En effet toutes les victimes des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire au cours du conflit israélo-palestinien ont droit à des réparations. Lié à l'expulsion, le droit à « compensation » tel que compris dans la plupart des approches, s'applique à une certaine catégorie de réfugiés, alors que, compris de manière générale, il s'applique à des personnes qui ne sont pas nécessairement comptabilisées parmi les réfugiés, mais sont cependant affectées par la perte de leurs biens ou des dommages affectant leurs vies professionnelles ou personnelles. Il n'y a aucune raison de ne prévoir ce droit que pour les victimes de certaines périodes car c'est le fait dommageable qui entraîne droit à réparation et non la date à laquelle il se produit. Aux réparations dues aux réfugiés palestiniens, s'ajoutent celles qui sont dues légitimement à toutes les victimes palestiniennes des exactions commises par Israël en Palestine.

Toutes les situations relatives aux palestiniens doivent être examinées de manière à ce qu'une solution soit apportée à chacune. Un réfugié qui bénéficierait du droit au retour épuise-t-il par là son droit à réparation? Certainement pas. Il faut d'abord examiner s'il pourra obtenir la restitution de ses biens. Dans ce cas il sera cependant créancier d'un dédommagement, celui correspondant au tort qui lui a été fait par l'expulsion et pour les

de l'homme qui proclame que toute personne a le droit de quitter son pays et d'y revenir, droit qui s'applique à tout individu qui a été personnellement expulsé, indépendamment de son âge au moment des faits. Et il y a un droit collectif fondé sur les résolutions des Nations Unies concernant les droits nationaux du peuple Palestinien qui garantit le droit au retour de tous les Palestiniens (y compris ceux qui sont nés ailleurs et n'ont donc pas été expulsés) dans leur pays.

¹⁷ Voir M. Kagan, "Restitution as a Remedy for Refugee property Claims in the Israeli-Palestinian Conflict", *Florida Journal of International Law*, Vol. 19, 2007, page 426.

¹⁸ Dans ce sens, voir S. Tamari, *Palestinian Refugee Property Claims : Compensation and Restitution*, page 317.

pertes de chance qu'il a subies de ce fait. Un réfugié qui n'exerce pas son droit au retour et ne recouvre donc pas ses biens, ou qui, exerçant son droit au retour, ne peut pas recouvrer ses biens parce qu'ils ont disparu ou été transformés de manière irréversible, doit quant à lui être indemnisé pour les biens perdus, mais aussi pour l'expulsion et pour les pertes de chance. Un Palestinien non réfugié mais dépossédé de sa maison par destruction ou expropriation illégale, de ses champs ou de son commerce confisqués, une famille palestinienne ayant perdu l'un des siens, un blessé dont la vie est affectée ont droit à réparation pour la perte de l'un des leurs, pour la déstabilisation de leur vie et pour les biens perdus. L'élargissement de la problématique des réparations n'affaiblit pas la position palestinienne, elle la renforce. Mais la preuve des torts lorsque leur source remonte à plus d'un demi-siècle est difficile à apporter en matière de biens. Les familles aisées ont davantage les moyens d'établir la preuve de leurs titres de propriété que les personnes d'origine modeste qui n'ont pas de « papiers » de famille. Quoiqu'il en soit, l'idée d'un « fonds de compensation » au montant limité ne correspondrait pas à l'application des normes juridiques évoquées plus haut.

L'application rigoureuse des principes de responsabilité ne permet pas de limiter par avance le montant des dommages dus. Les considérations relatives à l'injustice affectant les personnes modestes qui risquent d'être moins bien dédommagées que les familles aisées lesquelles ont les moyens d'établir leurs droits plus précisément, devront être réglées par les négociateurs (à moins qu'il ne s'agisse d'un organe judiciaire ou quasi-judiciaire, nous allons y revenir). L'idée d'une somme forfaitaire est à écarter, sauf dans les cas où les preuves des dommages subis seraient insuffisamment précises¹⁹. Enfin il ne faut pas perdre de vue que dans les violences et agressions menées depuis 60 ans, beaucoup l'ont été contre des biens publics, contre des institutions. Il y a là tout un volet du problème des réparations qui suppose une part de réparations collectives en faveur de l'État de Palestine.

Il reste des questions délicates : qui paiera ? qui tranchera parmi les estimations des dommages qui sont très variables et qui prendra donc la décision de fixer les montants ? enfin, à qui les sommes seront-elles allouées ? Le droit de la responsabilité oblige l'auteur des violations du droit et des dommages à en supporter la charge. Dans son avis sur le mur construit par Israël dans le territoire Palestinien occupé la Cour Internationale de Justice a été très claire sur ce point. Constatant que l'édification du mur était contraire à diverses obligations internationales,

¹⁹ S. Tamarl, *op. cit.* pages 318 et suivantes.

et qu'ainsi cette construction engageait la responsabilité internationale de l'État d'Israël, la Cour a constaté que cet État avait l'obligation « de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques et morales concernées... » et «... est tenu de restituer les terres, les vergers, les oliveraies et les autres biens immobiliers saisis à toute personne physique et morale en vue de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé »²⁰. Cet avis est malheureusement resté sans suite concrète par l'indifférence dans laquelle se complait Israël face à ses obligations. Mais il y a là une raison de renouveler la pression pour que le droit retrouve sa place.

La voie d'un Fonds international d'indemnisation auquel devrait participer d'autres États est juridiquement discutable. Une fois la paix rétablie, que des États tiers apportent leur soutien au peuple palestinien pour la reconstruction de la Palestine, cela va de soi et d'ailleurs l'Union Européenne par exemple (mais ce n'est qu'un exemple) soutient déjà à un haut niveau l'Autorité Palestinienne. Mais ce soutien ne saurait être confondu avec une quelconque participation aux réparations dues pour des torts précis. Ces réparations reviennent à l'auteur des torts et à lui seul. Certains s'interrogent sur la capacité de l'économie israélienne à absorber une dépense qui risque d'être d'un montant écrasant²¹. Mais l'argument est inutilement paralysant. D'une part, Israël est un État très développé et il n'y a pas à craindre que l'exigence de réparations entraîne des conséquences sur l'exercice des droits économiques et sociaux des Israéliens. Mais d'autre part une dette est une dette et celui qui la contracte doit faire l'effort de la payer et trouver les moyens de la financer.

Reste encore la question délicate de savoir quelle autorité sera habilitée à évaluer les dossiers présentés et à décider des réparations. Déjà en 1948 l'Assemblée générale avait imaginé une Commission de Conciliation pour la Palestine dans le projet de la Résolution 194²². Et en effet, seul un organe international de nature juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle pourrait disposer de l'autorité nécessaire pour régler la question. Des leçons peuvent être tirées d'expériences comme celles du Tribunal Irano-Américain de réclamations ou de la Commission de compensation qui avait été chargée par le Conseil de sécurité de régler le contentieux entre

²⁰ Cour Internationale de Justice, avis du 9 juillet 2004 sur Les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, para. 152 et 153.

²¹ À titre d'indication, lors des négociations de Taba en 2000, le Président Clinton avait pris pour référence une somme comprise entre 10 et 20 billions de \$ US, cité par R. Klinov "Reparations and Rehabilitation of Palestinian Refugees", *Palestine/Israël Journal*, Vol. 9, N° 2, 2002, Right of Return, Pages 321 et suivantes.

²² Voir M. R. Fischbach, "The Peace Process and Palestinian Refugee Claims. Addressing Claims for Property Compensation and Restitution", *United States Institute of Peace*, 2006.

l'Irak et le Koweït après la Guerre du Golfe de 1991. L'organe désigné devra fixer, préalablement à toute décision, les critères qui guideront son travail. Le droit international de la responsabilité doit être la référence constante et la recherche de l'objectivité en être la méthode²¹.

Conclusion : Comment mettre en œuvre le droit international de la responsabilité dans le cas d'Israël ?

L'échec d'une mise en œuvre de la responsabilité dans le cas d'Israël met en lumière les défaillances des mécanismes contemporains d'application du droit international. Il est indispensable de trouver une parade. Dans les négociations entre Palestiniens et Israéliens, la question du retour domine les débats relatifs aux réfugiés et constitue un point de blocage. Pourtant une démonstration de la possibilité de négocier un accord de paix avait été donnée en 2003 avec le projet d'accord de Genève conclu entre deux délégations non-officielles menées du côté israélien par Yossi Beilin et du côté palestinien par Yasser Abd-el-Rabbo. L'article 7 de ce projet pose d'abord le principe des compensations pour les réfugiés indépendamment de leur lieu de résidence et celui du droit des États qui ont accueilli des réfugiés à une rémunération (paragraphe 3). Il fixe les règles qui permettront de déterminer les sommes dues à chacun en ayant recours pour cela à une Commission Internationale assistée d'un panel d'experts (paragraphe 9). Il prévoit de surcroît une compensation pour la situation générale de réfugiés à travers un Fonds destiné au développement communal et aux commémorations (paragraphe 10). Enfin il crée un Fonds International qui recevra les contributions prévues en provenance d'Israël et des sommes additionnelles de la communauté internationale (paragraphe 12). Bien que la contribution d'Israël à ces réparations soit prévue, le projet d'accord ne règle pas tout et, se situant dans le cadre d'une négociation, il ménage Israël sur le terrain de sa responsabilité.

L'on sait ce qu'il en a été de ce projet, comme de bien d'autres avancées dans les négociations toujours bloquées par l'obstination d'Israël. Le bilan à ce jour démontre amplement la dureté des conditions de négociations tant que les Palestiniens sont confrontés à Israël sans l'intervention et l'appui de tiers objectifs et indépendants. C'est pourquoi il nous semble

²¹ L'expérience de la Commission de compensation qui a eu à régler les dommages résultant de la Guerre du Golfe doit permettre d'éviter certaines erreurs puisque le Gouvernement irakien sur lequel a pesé le poids des sommes à verser en dommages de guerre, n'a pas été autorisé à bénéficier de l'aide d'avocats pour contester les décisions prises par la Commission, ce qui a entaché de manque d'objectivité le travail de la Commission.

nécessaire de changer de terrain et d'examiner quelles sont les possibilités qui existent dans un cadre proprement juridique, même si les possibilités de ce côté, sont assez limitées.

S'il est vrai que dans la théorie, la notion de responsabilité internationale de l'État a progressé, les possibilités de la mettre en œuvre restent réduites en raison de la nature volontariste de la justice internationale. Le principe de souveraineté des États entraîne en effet la liberté pour un État de refuser la compétence d'une juridiction internationale, notamment celle de la Cour Internationale de Justice. Ainsi bien des cas de responsabilité internationale d'un État n'ont jamais été réglés juridiquement²⁴. Et la notion de réparations de guerre relève encore malheureusement de l'utopie²⁵. Je laisse de côté la création de la Cour Pénale Internationale qui sera traitée spécifiquement ici. Disons seulement que l'Autorité Palestinienne a tenté en janvier 2009 une démarche d'adhésion au statut de la CPI dans la perspective d'attirer devant cette Cour les crimes commis pendant l'opération menée par Israël contre Gaza en décembre 2008 et début 2009. Les suites de cette démarche restent encore en suspens. Si elle aboutissait, la Cour pourrait statuer pénalement contre les auteurs des crimes, mais aussi décider de réparations pour les victimes. Mais il s'agirait alors simplement de responsabilité individuelle, celle de tel auteur de crimes en particulier. Ce n'est pas ce que j'étudie ici, à savoir les possibilités de mettre en œuvre la responsabilité globale d'Israël pour l'ensemble de ses manquements aux obligations découlant de l'application du droit international.

La compétence universelle pourrait être une autre possibilité. Elle permet selon l'article 146 des Conventions de Genève de saisir les tribunaux de n'importe quel État de violations des Conventions quelle que soit la nationalité de l'auteur des crimes ou celle des victimes. Comme pour les juridictions internationales, un tribunal pénal interne, saisi pour juger de crimes internationaux, peut sur constitution de partie civile des victimes, décider de leur attribuer des réparations. Mais le principe de compétence universelle souffre des lenteurs ou réticences des États à l'incorporer à leur droit pénal. Plusieurs plaintes ont été déposées contre des responsables

²⁴ L'on citera l'exemple des victimes vietnamiennes de la guerre américaine déclenchée en 1961 au cours de laquelle l'armée américaine a utilisé de l'agent orange, produit à base de dioxine qui a tué de nombreuses personnes, entraîné un cortège de maladies et de malformations et empoisonné les sols. De ce fait, de nouvelles victimes apparaissent chaque jour et le Vietnam en dénombre 400 000. Aucune procédure internationale n'a été possible et les tribunaux américains, saisis par des associations de victimes, les ont déboutés.

²⁵ Voir, M. Chemillier-Gendreau, « Le statut international des armes chimiques, progrès et limites » in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruylant, 2007, pages 875 et suivantes.

israéliens qui ont suffi à inquiéter les individus concernés, mais n'ont pas encore abouti. Mais hormis le fait que cette voie est très aléatoire, elle n'est pas davantage adaptée à la question de la responsabilité générale d'Israël.

Devant cette situation il faut donc innover, inventer, puiser dans des ressources juridiques et institutionnelles jusqu'ici inutilisées. Cela suppose d'explorer la piste d'un Tribunal International pour juger et réparer les violations du droit commises par Israël. Un Tribunal d'opinion comme le Tribunal Russell qui a initié une procédure à propos d'Israël, est certainement d'une grande importance. Mais les condamnations qu'il porte sont seulement de nature morale et ont pour but de réveiller les consciences.

Les expériences des Tribunaux Pénaux Internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda peuvent stimuler la réflexion. Mais il s'agissait de Tribunaux purement pénaux permettant de poursuivre des individus repérés pour leur participation à des crimes internationaux. Et dans ces deux cas, la création a été le fait d'une résolution du Conseil de sécurité qui a utilisé pour cela son pouvoir de créer des organes subsidiaires. Ici, il est indispensable d'obtenir la création d'un vrai Tribunal et je pense qu'il faut distinguer le niveau pénal et le niveau civil. Les réparations qui sont évoquées dans la présente intervention sont des réparations civiles, indépendantes des poursuites pénales. Par ailleurs un Tribunal pour statuer sur les manquements de l'État d'Israël et les réparations induites ne pourrait être créé par le Conseil de Sécurité. Celui-ci est dominé par des États qui ne permettront pas une telle création au profit de la Palestine.

C'est pourquoi il faut se tourner vers l'Assemblée générale qui dispose elle aussi d'un pouvoir de création d'organes subsidiaires (article 22 de la Charte). Aussi pourrait-elle user de ce pouvoir pour créer un nouvel organe subsidiaire qui serait un Tribunal civil pour juger les responsabilités à établir dans le cas des violations du droit international commises contre les Palestiniens. Toutefois la question se poserait de la source du pouvoir d'un Tribunal créé par l'Assemblée générale dans la mesure où celle-ci ne dispose pas normalement de pouvoirs contraignants. Le Conseil de sécurité a créé les Tribunaux Pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda dans le cadre du Chapitre VII relatif au maintien de la paix. Mais l'on sait que l'Assemblée générale partage avec le Conseil de sécurité la responsabilité du maintien de la paix. Il faudrait passer par le dépôt d'un projet de résolution devant le Conseil de Sécurité pour lui demander de mettre en œuvre par tous les moyens, la responsabilité d'Israël dans les torts et

dommages causés aux Palestiniens. Devant l'échec plus que probable de ce projet par l'usage du veto de l'un ou plusieurs des membres permanents, l'Assemblée générale réunie en session extraordinaire sur la base de la résolution 377 qui lui permet de se substituer au Conseil de sécurité lorsque ce dernier est paralysé par le veto, pourrait procéder à la création d'un Tribunal International pour la Palestine. Et celui-ci disposerait alors de l'autorité nécessaire.

La diplomatie palestinienne à l'ONU a montré son efficacité en obtenant de l'Assemblée générale qu'elle transmette à la Cour Internationale de Justice une demande d'avis consultatif sur la légalité ou l'illégalité du mur construit par Israël. Elle pourrait déployer à nouveau cette efficacité pour obtenir la création d'un Tribunal. Le calendrier des mois à venir est obstrué par de nouvelles négociations engagées sous de bien mauvais auspices en raison du refus d'Israël de mettre un terme réel à la colonisation. Mais le Président Barack Obama, à la tribune de l'Assemblée générale, a évoqué le délai d'un an pour qu'un État Palestinien souverain siège à l'ONU. Si lors de l'Assemblée générale de 2011, cette perspective ne s'est pas réalisée, il sera temps de passer à la question des responsabilités. Il faut la préparer dès maintenant.

Recalibrating Secondary Rules of State Responsibility Through Primary rules of Conduct: A Battle of Symbols?

*Jean d'Aspremont**

This contribution broaches two of the most problematic questions of State responsibility in the context of the Israeli-Palestinian conflict with a view to shedding some light on a few conceptual issues pertaining to the articulation of primary and secondary rules. It draws on the legal controversies arising out of the Israeli-Palestinian conflict to put the argument into perspective.

This paper starts with some general considerations on the system of State responsibility in international law before turning to two specific dimensions of that system. It examines the use of the argument of necessity in justificatory discourses about controversial uses of forces in contemporary practice, including the Israeli-Palestinian conflict as well as problems pertaining to the reparation of damages of war. These two examples will illustrate the extent to which primary rules of international law can contribute to the (re)calibration of secondary rules of responsibility in a manner different from the traditional *lex specialis* mechanism.

127

Introductory remarks: the functions of State Responsibility

Subject to a few exceptions¹, the rules on State responsibility have been designed as a set of secondary rules in that they do not enshrine rules of conducts but rules about the consequences of a violation of rules of conduct.² It is classically accepted that these secondary rules on State responsibility fulfil a three-fold function. First they contribute to the enforcement of primary rules of international law and help deter future violations thereof. In that sense, they undoubtedly participate to the international rule of law. Second, they play a compensatory function whereby injuries resulting in violations of international law are supposed

* Associate Professor of International Law, Amsterdam Centre for International Law (ACIL), University of Amsterdam.

¹ See article 16 and article 41 of the 2001 articles on State Responsibility for internationally wrongful act.

² Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. II (Part One), Doc. A/CN.4/152, p. 228 et seq.

to be repaired. Eventually, they play a symbolic function in that they convey the recognition of a violation³.

If seen against the backdrop of the Israeli-Palestinian conflict, it must be acknowledged that the system of State responsibility has faltered when it comes to the two first functions. Rules have been systematically and relentlessly violated and injuries sustained as a result of these violations have not been followed by compensation. Yet, the rules on State responsibility have continued to play their symbolic role. The advisory opinion given by the international court of Justice on the legal consequences of the construction of a wall in the Palestinian territories had primarily sought with a view to fulfil this function.⁴

Appreciating the functions bestowed upon rules of State responsibility helps us figure out how problems of articulation between primary and secondary rules should be approached. It is precisely to these questions that this brief contribution now turns with a view to demonstrating that the current regime of State responsibility (potentially) allows for a calibration of its (secondary) rules by primary rules, i.e. by rules of conduct. Such a possibility differs from the classical possibility that a general rule of state responsibility be trumped by a conflicting and more specific rule of the same nature. Indeed, the principle of the *lex specialis derogat generali* provides for a derogation by a specific rule of the same nature. That means that a general secondary rule can be set aside by a specific secondary rule or that a general primary rule be superseded by a specific rule. When it comes to the (secondary) rules on State responsibility, this possibility is expressly recognized by article 55 of the International Law Commission on State Responsibility and has materialized in the regime of responsibility set forth by the European Union or the WTO⁵. The phenomenon examined here departs from the *lex specialis* mechanism in that the secondary rule of international law is calibrated or excluded by a rule of a different nature, i.e. a primary rule of international law as is illustrated by the two examples which are now examined.

³ See gen. J. Crawford, "Introduction" in J. Crawford (ed), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, at 1-60.

⁴ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Rec., 2004.

⁵ See e.g., C. Tams, "Enforcement" in Ulfstein et al. (eds), *Making Treaties Work – Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge, 2007, pp. 391-409, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1413848>

The State of Necessity and the Israeli-Palestinian Conflict

The state of necessity, as it has been construed in international law, is a circumstance precluding wrongfulness.⁶ That means that it constitutes a situation where a State, despite having breached international law will not incur responsibility. The concept is not new. It is said that the famous *Caroline* incident proved to be an early manifestation of that concept⁷ – and not that of self-defence as it is commonly believed. The concept of the state of necessity has been widely used by international courts⁸ as well as arbitral tribunals⁹. It has now been codified by article 25 of the International Law Commission on State Responsibility.¹⁰ Given its effects, i.e. the exclusion of responsibility despite the existence of a violation, it is no surprise that it proved a very popular concept in the international legal discourse. Indeed, the argument of the state of necessity has hovered over many of the controversial uses of force in the Israeli-Palestinian conflict. While mostly revolving around the question of self-defence, the political discourse pertaining to the 2010 Israeli raid on the Gaza, the 2009 Israeli intervention in Gaza or the 2006 Lebanese War have all echoed arguments based on the state of necessity. The fact that the International Court of Justice deemed it necessary to address the question *proprio motu* in its opinion on the legal consequences of the construction of a wall in Palestinian territories¹¹ further underpins

⁶ See gen. S.P. Jagota, "State responsibility: circumstances precluding wrongfulness" 16 *Netherlands Yearbook of International Law*, 1989, at 249-300.

⁷ See gen. R. Y. Jennings, "The *Caroline* and *McLeod* Cases", 32 *American Journal of International Law* 1938, at 82 (discussing the *Caroline* case and its significance in the early development of legal limits to the right of self-defence).

⁸ ICJ, *Gabcikovo Nagymaros*, ICJ Rec., 1997, paras 52 et seq.

⁹ See gen. A. Alvarez-Jiménez, "Foreign Investment Protection and Regulatory Failures as States' Contribution to the State of Necessity under Customary International Law: a New Approach Based on the Complexity of Argentina's 2001 Crisis", 27 *Journal of International Arbitration*, 2010, at 141-177.

¹⁰ It is Ago who first introduced the concept. See A/CN.4/157, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, at 237 et seq. On the concept in general, see T. Christakis, «Nécessité n'a pas de loi? la nécessité en droit international», in T. Christakis (ed), *La nécessité en droit international: colloque de Grenoble*, Pedone, 200, at 11-63; see also S. Heathcote, "Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility—Necessity", in *The Law of State Responsibility*, (J. Crawford et al. eds., 2010) See also S. Heathcote, «Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier?», 40 *Revue Belge de Droit International*, 2007, at 53 also published as ANU College of Law Research Paper No. 09-22, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1400508>

¹¹ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Rec., 2004, paras 140 et seq. On this aspect, see R. O'Keefe, "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: A Commentary" (2004) 37 *Revue Belge de Droit International* 92-154, republished in Kattan (ed), *The Palestine Question in International Law*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2008, pp. 751-815.

the relevance of that concept in the context of the Israeli-Palestinian conflict.

It goes without saying that the concept of state of necessity can potentially be subject to a lot of abuse. If interpreted widely, it can allow many states to flout the rules binding upon them without incurring responsibility. This is why the concept of necessity has classically been circumscribed and subject to strict conditions. First, as is spelled out in article 25 of the International Law Commission on State Responsibility, the concept can only exclude the wrongfulness of an action which constitutes the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril. It is also required that the action concerned does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole and that the State invoking the state of necessity has not contributed to the situation of necessity. Likewise, it is commonly admitted, as is provided by article 27 of the International Law Commission on State Responsibility, that the state of necessity cannot be invoked to exclude the wrongfulness of violations of peremptory norms of international law. Eventually, and this restriction is what draws my attention here, it is admitted that the state of necessity can be excluded by certain primary rules of international law. This possibility is expressly recognized by article 25 para. 2 of the International Law Commission on State responsibility which distinguishes itself from the general principle of *lex speciali derogate generali* enshrined in article 55 of the articles.

Interestingly, the International Court of Justice, in its advisory opinion on the legal consequences of the construction of a wall in Palestinian territories, while acknowledging that primary rule-based restriction of the concept of necessity, did not explore whether the primary rules of the *jus ad bellum* or that of the *jus in bello* could be considered as enshrining such a exclusion of the state of necessity.¹² The silence of the Court on this question proved slightly bewildering because primary rules on the use of force as well as rules of international humanitarian law are most scholars as the primary example of primary rules precluding the use of the concept of the state of necessity.¹³

¹² ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Rec., 2004, paras 140 et seq.

¹³ See, e.g., O. Corten, *Le Droit contre la Guerre*, Pedone, 2008, at 327 (arguing that the U.N. Charter does not provide for the invocation of a circumstance precluding wrongfulness, including a state of necessity); see also M. Agius, "The Invocation of Necessity in International Law", 56 *Netherlands International Law Review* 95, 2009, at 111 (discussing the law of necessity under the U.N. Charter).

Whatever we may think of the opinion of the Court in this respect, it remains that the Court concurred with the dominant opinion expressed in the abovementioned article 25.2 that the secondary rule pertaining to the state of necessity can be set aside by some primary rules like international humanitarian law or rules related to the use of force. This particular relation between primary rules and secondary rules finds another expression in the question of reparations of damages of War to which this paper now turns.

Reparations of Damages of War in the Israeli-Palestinian Conflict

Reparations of war that could potentially be agreed upon in a final settlement agreement between Israel and the Palestinian authority would likely put enormous pressure on any of the parties recognized as responsible for wrongful conduct.¹⁴ The question of the limitation of the obligation of reparation would certainly arise and fuelled contentious questions of articulation between primary rules and secondary rules.

The central principle governing reparation in the law of State responsibility is that the entire injury must be repaired.¹⁵ In its work on State Responsibility, the International Law Commission did not deem it necessary to draw any lesson from the disastrous experience of the reparations of the damage of War imposed by the 1919 Versailles Treaty upon Germany and famously ruled out the idea that the incapacity of State incurring responsibility to pay a debt in reparation could be accounted for. It accordingly rejected the idea of limiting the scope of such an obligation¹⁶. Recently, however, the Eritrea-Ethiopia claims commission made use of a primary rule, and in particular article 1.2 of the 1966 international covenant on political and civil rights and the peoples' right not to be deprived of their own resources and means of subsistence¹⁷, to restrict the scope of the obligation to compensate the damage arising

¹⁴ On reparations of damages of war, see gen. P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public : la responsabilité internationale des états à l'épreuve de la guerre*, Bruylant, 2002.

¹⁵ Article 31 of the International Law Commission article on State Responsibility.

¹⁶ see generally Yearbook of the International Law Commission, 48th session, vol. II, partie II, p. 70

¹⁷ Article 1.2. reads as follows: "All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence".

out secondary rules of State responsibility about reparation¹⁸. In doing so, the Eritrea-Ethiopia claims commission recalibrated the obligation to repair the damage on the basis of a primary rule of international human rights law.

Excluding secondary rules by virtue of primary rules: a battle of symbols?

These two examples – the state of necessity and reparations – shed some light on an interesting phenomenon: the exclusion/recalibration of the secondary rules on State responsibility by primary rules. This phenomenon is alien to that of the mechanism known as the *lex specialis* in that, in the two abovementioned examples, the general secondary rule is not excluded by a more specific rule of the same nature but by a primary rule. This final section attempts to evaluate the consequences of such a phenomenon for the system of State responsibility as a whole, especially in the light of the main functions thereof – which have been briefly described in section 1.

The very peculiar relation between primary rules and secondary rules that has been described here is maybe an indication that this foundational distinction, despite having been made central in the systematization of the rules on State responsibility, should be re-thought.¹⁹ More importantly, the phenomenon that has been briefly described above shows that primary rules can, as a matter of principle, challenge the entire system of responsibility to an extent far greater than the exclusion of secondary rules by more specific secondary rules by virtue of the principle of the *lex specialis*. Indeed, if one takes human rights law, there probably are a wide array of primary rules that can come to exclude/recalibrate the secondary rules of responsibility. It suffices here to mention how rules about the means of subsistence of people, the right of individuals to remedy or economic and social rights of individuals can put into question mechanisms of State responsibility pertaining to reparations, circumstances precluding wrongfulness as well as counter-measures. In that sense, primary rules may end up unravelling the important parts of the system of State responsibility.

If this is true, the question arises whether such a possibility should be welcomed and whether it should be pushed beyond the two examples

¹⁸ see Eritrea Ethiopia Claims Commission, Final Award, Ethiopia's Damages Claims, 17 august 2009, paras. 19-23 and Final Award, Eritrea's Damages Claims, 17 august 2009, paras. 19-23

¹⁹ Cf supra note 2.

mentioned below. Pondering this question inevitably brings us back to the functions of responsibility which were briefly broached in the introduction. As was explained, it often happens – as is illustrated by the Israeli-Palestinian conflict – that rules on State responsibility falter when it comes to enforcement/deterrence and compensation. Yet, even in these situations, State responsibility continues to play a highly important symbolic role. Interestingly, the same holds for many primary rules, and especially those rules, like human rights, humanitarian law or the law about the use of force which can come to exclude or recalibrate secondary rules of State responsibility. Their effectiveness is sometimes limited but that does not restrict their crucial symbolic function. In that sense, when secondary rules of State responsibility are confronted with the possible excluding/recalibrating effects of primary rules, we may ultimately be confronted with two conflicting symbols. In that sense, the possibility that primary rules affects or exclude secondary rules on State responsibility may eventually boil down to a battle of symbols. Indeed, it may be nothing more than a choice between the symbolic value conveyed by the primary rule concerned and that of the system of State responsibility. Making that (political) choice, however, requires a better understanding of the symbolic functions of primary and secondary rules of international law. Yet, it is not certain that international legal scholars always are in a position to grasp the symbols that lurk behind both the primary rules designed by States and the mechanisms – however subtle they may be – which scholars have patiently devised over the years.





4

The Law of Individual Responsibility and the Israeli-Palestinian Conflict



Palestine and the International Criminal Court

*Michael Kearney**

Background to the PA's Declaration

On 21 January 2009, Ali Al-Khashan, as Minister of Justice for the Government of Palestine, signed a declaration under Article 12(3) of the Rome Statute recognizing the jurisdiction of the International Criminal Court 'for the purpose of identifying, prosecuting and judging the authors and accomplices of acts committed on the territory of Palestine since 1 July 2002.' Article 12(3) allows a state that is not a party to the Statute to "accept the exercise of jurisdiction by the Court" by way of a declaration lodged with the registrar. The declaration was lodged with the Registrar of the Court on 22 January, and in a statement acknowledging his meeting with Al-Khashan, the Court's Prosecutor noted that "These are complex legal issues to assess".

The backdrop to the submission of the declaration was political, and taken in the context of Israel's assault on the Gaza Strip, codenamed 'Operation Cast Lead'. 'Operation Cast Lead' itself was taken for political ends, with Israel's specific goal being to make life and death so traumatic for the Palestinians of Gaza that they would be forced to act to topple the Hamas government in the Gaza Strip. When Palestinians in the West Bank sought to protest against Israel's attack on Gaza they were subjected to police repression of manifestations, in the same manner whereby Israeli police targeted Palestinians and Israelis anti-war demonstrators in Israel itself. Thus, the declaration appeared as an opportunity for the Western backed and Fatah controlled Palestinian Authority in the West Bank, to meet the need that it be seen as taking some positive action.

During the months following the submission of the Declaration relatively little happened. Prof Quigley and Robert Weston Ashe got the debate rolling at the Rutgers Law Record, variously arguing as to whether the state of Palestine can be said to exist. Prof Dugard wrote a piece in the New York Times, arguing that Palestine should be considered a State, at least for the purposes of the Rome Statute. In September the Report of the UN Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict was released, and subsequently endorsed, though not without controversy, by the UN's Human Rights Council, and in November 2009 by the UN General Assembly.

*Teaching Fellow, London School of Economics

The Report of the Fact Finding Mission recommended that the Human Rights Council formally submit the Report to the Prosecutor of the International Criminal Court, and that in the absence of good faith investigations by the parties to the conflict, the UN Security Council, acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, should refer the situation in Gaza to the Prosecutor of the International Criminal Court pursuant to Article 13 (b) of the Rome Statute. To date, neither of these recommendations have been implemented.

Addressing the Prosecutor of the ICC directly, the Report recommended that *"With reference to the declaration under article 12 (3) received by the Office of the Prosecutor of the ICC from the Government of Palestine, the Mission considers that accountability for victims and the interests of peace and justice in the region require that the legal determination should be made by the Prosecutor as expeditiously as possible."* We are currently waiting to see whether such a determination will in fact be made.

The Functional Approach

There have been two distinct approaches advocated as to how the Prosecutor should approach the question as to whether to accept or reject the declaration. The first has been to emphasise the significance of the Montevideo Convention of 1933, and its criteria for recognizing the existence of a state, namely fixed population, territory, government, and foreign relations. This approach, which I've termed the Orthodox approach, considers that the Prosecutor must look to the existence or otherwise of a Palestinian state, since article 12 clearly provides that a declaration can only be submitted by a *"state not party to the statute"*. There are two conclusions here, the first being that gamely expressed by Yigal Palmor, a spokesman for the Israeli Foreign Ministry, who dismissed the declaration as *"a good propaganda stunt"*, on the basis that *"The ICC charter is adhered to by sovereign states, and the Palestinian Authority has not yet been recognized as one, so it cannot be a member"*. This is the view supported by Malcolm Shaw and others, arguing, amongst other things, that Palestine fails to satisfy then Montevideo criteria. John Quigley on the other hand, as with Erroll Mendes, find that Palestine does in fact meet the Montevideo criteria, the notable difference between these arguments being that the latter pair view the Montevideo criteria in combination with the Palestinians' sole sovereignty over the territory occupied by Israel since 1967, and the Palestinian right to self-determination.

I tend to agree with Quigley's argument, that there does exist a state of

Palestine, but that this is not generally acknowledged explicitly due to the reservations of some of the great political powers to formally recognition prior to a complete and final peace agreement between Israel and Palestine. Nonetheless, for the present circumstances, I do not believe that what is called off from the ICC's Prosecutor and from the Court, is to make a determination as to the nature of a Palestinian state in the abstract; it should only answer the question of whether or not, under article 12, the Palestinian declaration can produce the legal effect of allowing the court to exercise jurisdiction.

This is what has been termed a functional approach to the question at hand, and is most elegantly advocated for by Allain Pellet. In advocating for the adoption of a functional approach the key point is that it is not for the Court to substitute itself for states in recognizing Palestine as a state nor to rely on a general and 'ready-made' definition of the concept of state in international law but to adopt a functional approach allowing it to finally determine whether the Palestinian declaration fulfills the article 12 conditions.

Pellet cites in support of a functional approach a wealth of treaty law and practice of international tribunals including the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Convention on Liability for Damage Caused by Space Objects, and jurisprudence of the European Court of Justice, the ECtHR, and the tribunal of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes.

Pellet further stresses the import of the proper method of interpreting international treaties to demonstrate that it is crucial for the Prosecutor and the Court to interpret the meaning of 'state' in article 12, not in a mechanical manner removed from the purposes and principles of the Rome Statute. He draws in the first instance on article 31.1 Vienna Convention: a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose.. And further on article 28 of the ILC Report on final Draft Articles on the Law of Treaties: when a treaty is open to two interpretations one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects, good faith and the objects and purposes of the treaty demand that the former interpretation should be adopted.

In the immediate instance, when considering how the Prosecutor is to consider the approach to interpretation of the word 'state' in article 12, and the options are between a mechanical following of the Montevideo

Criteria, which James Crawford has described as "*outdated and even hackneyed*", or a functional approach, it is submitted that in light and out of respect for the objects and purposes of the ICC the functional approach is the only legitimate option.

The question then remains whether, if the Court does adopt the functional approach, then will it be able to properly conclude that Palestine is sufficiently a state that it can reasonably be understood as such for the declaration to be accepted?

In the first instance, and without wishing to sound flippant, Palestine exists. The state of Palestine has been recognized by – now the figures vary quite wildly here – but by around 100 states. Palestine has embassies and consulates around the globe. Palestine is a member of FIFA and of the IOC, has its own internet suffix and international dialing code, and letters posted from Ramallah bearing Palestine stamps are delivered globally.

Such examples demonstrate the existence of Palestine in the daily and practical life of the international community, but what I wish now to highlight is that Palestine functions also as a state at international legal and political institutions, and that Palestine has been recognized as sharing the rights and duties that under international law are reserved for states.

To begin, Palestine is the only authority that under international law that possesses a legitimate and repeatedly recognised territorial claim over the Palestinian territory and population (Israel's claim to have annexed Jerusalem and the Golan having been declared unlawful). In the Al-Haq paper, whilst foregoing the analysis of the propriety of adopting a functional approach as per Pellet, we sought to demonstrate that given the Palestinian right to self-determination, Palestinian monopoly over sovereign claims to the territory occupied by Israel since 1967, and recognition by the international community that when it comes to questions of international humanitarian law and international criminal law Palestine shares the rights and duties of all other states, then it must be that Palestine can properly and lawfully be accepted as being able to intimately and fully engage with the International Criminal Court.

Palestine – that is as 'Palestine' rather than Palestinian armed groups – has been held to have a duty to respect IHL in many resolutions of UN organs.

UNGA resolution of 6 August 2004: calls on both the government of Israel and the PA to 'implement road map' and emphasizes that both Israel and the PA are under an obligation scrupulously to observe the rules of

international humanitarian law';

- ICJ Advisory Opinion on the Wall 2004: the court emphasised that both Israel and Palestine are under an obligation scrupulously to observe the rules of international humanitarian law';
- Palestine regularly appears at the UN Security Council when the question of Palestine is on the agenda, despite the rules only allowing for states to participate;
- Report of the UN Fact Finding Mission on the Gaza Conflict (para 1760): The Mission notes that the responsibility to investigate violations of international human rights and humanitarian law, prosecute if appropriate and try perpetrators belongs in the first place to domestic authorities and institutions. This is a legal obligation incumbent on States and state-like entities. However, where domestic authorities are unable or unwilling to comply with this obligation, international justice mechanisms must be activated to prevent impunity.

In the Wall Advisory Opinion, Judge Higgins was critical of Palestine, "a territory which is certainly 'other' than Israel", being in possession of the right to be invited to the ICJ proceedings, and benefiting from international humanitarian law, "but not sufficiently an international entity for the prohibition of armed attack on others to be applicable". Now, while in that case I think the judge was considering *jus ad bellum* in the context of *jus in bello*, and thus out of place with such a comment, the principle on which she relies is significant, namely that if Palestine has the rights of a state when it comes to its engagement with international law, then it must conversely share the duties and responsibilities of a state.

The General Assembly resolution that endorsed the UN FFM Report urged: in line with the recommendation of the Fact-Finding Mission, the undertaking by the Palestinian side, within a period of three months, of investigations that are independent, credible and in conformity with international standards into the serious violations of international humanitarian and international human rights law reported by the Fact-Finding Mission, towards ensuring accountability and justice.

This represents an acknowledgement by the international community that, whether there exists a consensus as to the recognition of a Palestinian state or not, 'the Palestinian side' not only has the ability to investigate and prosecute international crimes but also that it has the duty to do so. Taking the principle enunciated by Higgins then it is apparent that if Palestine has the duty of states to act in compliance with international

humanitarian law then it must also share the benefit, which in this case is to transfer its jurisdiction to the ICC under article 12 in a position where it feels unable to undertake such investigations itself.

In sum, I'd again submit that the only conclusion that can reasonably be drawn on the basis of these examples of state practice, and the practice of the UN with respect to Palestine, especially when it comes to international law, is that in following a functional approach to interpreting the concept of 'state' for the purposes of the Rome Statute, the evidence we have is that Palestine must be considered as meeting any reasonable understanding of the criteria as to what a state, for the purposes of the Rome Statute, must meet.

Opposing Arguments

It bears considering now several of the most prominent arguments against the Court's acceptance of the Palestinian declaration. Those who reject the functional approach in favour of what are purported to be the objective and authoritative criteria of Montevideo have made several key objections which I wish to address, hopefully demonstrating that not only do these objections fail to bear up to scrutiny, but that by dismissing them I can bulwark the contention that Palestine does in fact meet any and all reasonable criteria that can be suggested as being necessary to positively attain the status of a state for the purposes of article 12.

First, prior to the publication of the OTP's summary of arguments on 6 May 2010 and the accompanying Annex, academic consideration of the matter had been quite limited. A debate at Rutgers Law Record revolved around whether Palestine was in fact a state or not, with John Quigley making a quite convincing argument that Palestine is a state, an argument repeated in his submission to the OTP. Robert Weston Ashe argued to the contrary, relying in large part on his claim that Quigley 'utterly failed to consider a long series of official statements (including very recent ones) by top Palestinian officials that openly and repeatedly disclaim that Palestine is currently a "State."

Malcolm Shaw, in an Opinion commissioned by the International Association of Jewish Lawyers and Jurists, places substantial store by the absence of any formal Palestinian claim to statehood that has been "*a consistent feature of Palestinian Authority and PLO practice, particularly since 1993, to argue for a Palestinian state to be created*". Similarly the European Centre for Law and Justice paper stresses statements such as Palestinian

Authority president Mahmoud Abbas's references to Jerusalem as 'the capital of our future independent state'.

A more attentive reading of such statements suggests an alternative interpretation since such statements do not stress a demand for a Palestinian state, but rather for 'independence' and 'viability'. It is incorrect to read into such statements a renunciation of statehood, since the central message instead is the demand for an end to the occupation that denies independence to the Palestinians.

On 30 May 2010 Saeb Erekat, chief negotiator of the PLO requested in meetings with representatives of eight nations that countries that have not recognized Palestine and failed to upgrade PLO missions to embassies should do so "*Instantly, without hesitation*". He further noted that "*Israel continues to evade implementing requirements of peace, including bringing an end to the occupation, and establishing an independent Palestinian state with East Jerusalem as its capital.*" What is to be made of such a seemingly contradictory statement other than that the PLO/PA considers Palestine to be a state and that they wish for increased recognition by other states in order to help force an end to the occupation and thereby facilitate Palestinian independence? Such is the position of the Arab League, to which Palestine was admitted as a member by route of a special procedure to allow it to participate in the League's work 'until that country enjoys actual independence', since "[h]er existence and her independence among the nations can, therefore, no more be questioned de jure than the independence of any of the other Arab States".

A second objection that arises is that the lack of effective government in Palestine means that it cannot be recognized as a state. Pointing to the limitation of Palestinian exercise of control in the West Bank due to its division under the Oslo Accords into Areas A, B, & C, over which the PA exercises varying degrees of control, and more pointedly to the division of political control between Gaza and the West Bank, it is held that Palestine does not satisfy this requirement. David Davenport has argued that even if Palestine were a state, failure to exercise effective government over Gaza is adequate to deny the validity of the PA declaration. I have considered and dismissed this suggestion elsewhere, having reference for example to the situation of Cyprus but it does need to be highlighted that both the Fatah and Hamas political organizations continue to consider the Palestinian Authority as the legitimate framework and manifestation of the Palestinian polity throughout the West Bank and Gaza. Mendes, critical of the orthodoxy whereby the Montevideo criteria are considered core

elements of international law, has convincingly demonstrated how the lack of effective government presented no impediment to the majority of western states, including the EC and the US, which recognized Bosnia as a state in 1992 despite ongoing armed conflict. It would appear then that the strict interpretation of government to mean total independence and effective control is unreasonable and justified neither by international law nor state practice.

The third and fourth objections revolve around restrictions placed upon the legitimate capacity of the Palestinian Authority by the terms of the Oslo Accords, the agreements between the PLO and Israel which created the Authority in the first instance. The initial objection is that the Palestinian Authority are treaty bound by Oslo not to engage in foreign affairs, except in specified spheres of culture and so on. By this reckoning, Shaw argues that *"critical functions seen as indispensable to statehood in international law have by agreement between the relevant parties been recognized as matters subject to Israeli control"*. Similarly, Yuval Shany published a strong defence of the functional interpretation of article 12(3) of the Rome Statute, yet concluded that due to the terms of the Oslo Accords, neither the Court nor the Prosecutor can accept the Palestinian declaration since the Palestinians have waived their potential to engage in foreign relations.

It is clear that international practice is to overlook the Oslo restrictions for the benefit of the Palestinian people and to support their steps towards independence. As noted in the Al-Haq paper, the EU considers the PA evolved enough to disregard many of the Interim Agreement restrictions regarding its capacity to enter foreign relations. The Euro-Mediterranean Interim Association Agreement on trade and cooperation was signed between the European Community and the PLO (on behalf of the PA) in 1997.

In 2005 the EU Coordinating Office for Palestinian Police Support was formally established by an exchange of letters between the PA and the EU Special Representative to the Middle East Peace Process, and it was on the explicit written invitation of the PA that the Council of the European Union established the EU Police Mission in the Palestinian Territories the same year under the European Security and Defence Policy.

It would appear that Shaw's conclusion that Palestine *'simply cannot conform with the basic requirements in international law of statehood'* since the only powers and responsibilities that the PA may exercise are those that have been expressly transferred by Israel by way of Oslo, no longer –

if ever – stood up to the realities of state practice, including the practice of the Arab League states, the EU, US and others.

Quigley and others have convincingly demonstrated how weak such an argument is, if simply because the Oslo Accords were of temporal limitation, with the state of Palestine to be independent and recognized within five years, but also it seems facile to argue as Shaw does, that the very act of Palestine submitting a declaration is contrary to Oslo and thus an illegal act in violation of a treaty from which no legitimate consequence can emanate.

In its written submission to the ICJ on the occasion of the Wall Advisory Opinion, Israel, objecting to Palestine being accorded a status above and beyond what it should be limited to as an Observer at the UN rather than a fully fledged member, noted as follows (Para 2.16):

"Israel does not seek to deny to the Palestinian people a voice of their own. It is concerned, however, that in a matter as delicate as the Israeli - Palestinian conflict, the Court, en passant and without discussion in a procedural Order, considered it appropriate to take a decision that accords "Palestine" a status that has been highly contentious amongst UN Members for many years. The Court's Order on this aspect reinforces Israel's wider concerns about the fairness of the process in which the Court is engaged, and the Order itself is already being viewed as an additional substantive factor in the political debate about Palestinian statehood".

Now this didn't refer in any way to the Oslo limitations, and nor was it accepted by the Court. As Sean Murphy noted in its treatment of Palestine throughout the Advisory Opinion on the Wall proceedings, by allowing Palestine to make written and oral submissions and in much of the *ius in bello* analysis the Court appears to regard Palestine as the functional equivalent as a state. So here the Court essentially adopted a functional approach to treat Palestine as a state when it came to international law, disregarding Israeli objections – but they key point is this: that following the Advisory Opinion, there was no substantial – if any – shift in the general perception as to the status of Palestine nor to the number of states that recognize Palestine as a state – this I'd suggest that this experience supports the argument of a functional approach and demonstrates that it is of limited significance for the purpose of general recognition of Palestinian statehood which remains within the discretion of each individual state.

The restrictions on Palestinian development which Oslo construed were intended to be temporary at which point Palestine would have reached independence. Given the incessant violation of Oslo by all parties, its limited temporal framework, and the extent to which international policy is committed to developing Palestinian institutions in preparation for independence, there can be little criticism of the trumping by Palestine of the exercise of its sovereign right to self-determination over the mean terms of Oslo. As the only sovereign in the West Bank and Gaza there is no basis in international law or practice to Shaw's claim that by acting beyond the Oslo limitations Palestinian claims to statehood "*may well be therefore vitiated by such illegal activity*".

The fourth issue was one that was raised as a possible pre-condition I believe by the OTP when it began to consider by what criteria the extent and scope of actual Palestinian criminal jurisdiction should be determined. A key issue was that if Palestine exercised criminal jurisdiction over Israelis as well as Palestinians then it would be better positioned to argue that it could properly transfer its jurisdiction over the crimes set forth in the Rome Statute to the Court by means of article 12.

Again, The PA exercises criminal jurisdiction over Palestinians and nationals of third states other than Israel in Area A. Under Oslo it is clear that the Palestinian legal system has no jurisdiction, civil or criminal, over Israeli citizens. Al-Haq reported that in order to overcome this prima facie obstacle, the PA submission to the OTP argued that in concluding an interim, that is, a temporary agreement with Israel to exclude Israelis from the scope of their criminal jurisdiction in the West Bank and Gaza, the PA temporarily waived an inherent right which as the bearers of the right to self-determination and to an independent state in the West Bank and Gaza, they continue to hold.

Such a waiver was conceived of along with many other compromises – such as the continued presence of unlawful settlements – not as acceptance of any Israeli claim or otherwise but as part of a bona fide effort to secure an end to the conflict and to see the two states living side by side. By this reckoning, the current situation vis-à-vis PA jurisdiction over Israelis may be reversed should they choose to unilaterally withdraw from the Accords. Such an interpretation by the PA would support the claim advanced earlier that the Palestinians have always considered on the basis of their uncontested sovereignty their state to have existed at least since the 1988 declaration even if it has not achieved independence.

Al-Haq suggested an additional, more persuasive argument by which to

establish the requisite levels of capacity by reference to the customary nature of the grave breaches regime of international humanitarian law. Thus, if as I ascertained earlier, Palestine shares in the obligation of states to investigate and prosecute for grave breaches of the Geneva Conventions, then this duty must extend also to Israeli citizens for such investigations, as demanded by the UNGA, to be in conformity with international standards must be directed against all those responsible for the alleged crimes and not discriminate on grounds of nationality. Article 146(2) of the Fourth Geneva Convention is explicit in stating that each High Contracting Party "shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts". It is impermissible however to create distinctions on the grounds of nationality in the duty to investigate and prosecute any individual allegedly responsible for grave breaches.

The exclusion of Israelis from PA jurisdiction as provided for in the Interim Agreement cannot legitimately be considered as extending to the international crimes of war crimes and crimes against humanity as to do so would be incompatible with international law. As an entity acknowledged by the international community as having both the capacity and responsibility for investigating and prosecuting serious violations of international human rights and humanitarian law the PA must therefore be acknowledged as having the capacity and responsibility for investigating Israelis suspected of being responsible for such actions.

For the present question a brief further analysis of Oslo seems useful. In the first instance, and as discussed in the Al-Haq paper, international humanitarian law recognises that protected persons, those "who at any given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in cases of a conflict or occupation in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals", are liable to come under immense pressure to forfeit the protections guaranteed them under the Fourth Geneva Convention.

The drafters were conscious of the experience during the Second World War when national governments struck agreements with occupying powers that were presented to those concerned as an advantage, but in the majority of cases involved drawbacks which were sometimes very serious, addressed this potentiality in article 8 of the Fourth Geneva Convention which asserts that: "protected persons may in no circumstances renounce in part or in entirety the rights secured to them by the present

Convention and by the special agreements referred to in the foregoing article".

The drafters also wanted to ensure that states could not take refuge behind the will of the protected persons to justify their failure to comply with the provisions of the Convention. In this spirit, the drafters further emphasised the 'cardinal importance' of the non-derogability of the Convention's protections, with Article 47 asserting that Protected persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present Convention by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of the said territory, nor by any agreement concluded between the authorities of the occupied territories and the Occupying Power, nor by any annexation by the latter of the whole or part of the occupied territory.

In sum, Articles 8 and 47 affirm that belligerents cannot conclude agreements which derogate from or deny to protected persons the safeguards of the Fourth Geneva Convention. Nor can any renunciation of rights by protected persons have legal effect. On this basis it cannot be countenanced in law that the Oslo Interim Agreement can be regarded as today excluding from the jurisdiction of the PA the obligation set forth in Article 146 (2) to prosecute any individual allegedly responsible for grave breaches. Neither can the Palestinian right to self-determination, a *jus cogens* norm, one aspect of which is the ability to engage in international relations with other peoples.

The Responsibility of Senior Leaders and Military Commanders and the Recourse to the Principle of Universal Jurisdiction

*Chantal Meloni**

On the morning of Monday the 14 December 2009 most of the British and international newspapers were reporting the news that a London court issued an arrest warrant for Israel's former foreign minister Tzipi Livni over her role in the alleged war crimes committed during the military attack against Gaza, code-named Operation Cast Lead¹.

Westminster magistrates' court issued the warrant at the request of lawyers acting on behalf some Palestinian victims. Tzipi Livni, a member of the war cabinet, had been due to address a meeting in London on Sunday but had cancelled her attendance in advance. The warrant marked the first time an Israeli minister or former minister has faced arrest in the UK and was regarded as evidence of a growing effort to pursue war crimes allegations under the principle of universal jurisdiction.

The warrant for Livni's arrest was withdrawn within hours when it was discovered that she was not in the UK. However what had happened was enough to spark a wave of bitter reactions. The day after the same newspapers were reporting the news that Britain was reviewing procedures for issuing arrest warrants in war crimes cases after a diplomatic row with Israel over the warrant arrest for Tzipi Livni for allegations over Israeli war crimes. UK foreign secretary, David Miliband, was quoted as saying that the government was *"looking urgently at ways in which the UK system might be changed in order to avoid this sort of situation arising again."*² He went on by saying that

* Researcher in Criminal Law, University of Milan. The author is currently based in Gaza at the Palestinian Centre for Human Rights (PCHR).

¹ On the crimes committed during the attack on the Gaza Strip of 27 December 2008-17 January 2009 see the Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, U.N. Doc. A/HRC/12/46, 25 September 2009 (the "Goldstone Report") and the Report of the Independent Fact Finding Committee on Gaza to the League of Arab States, *No Safe Place*, 30 April 2009. The crimes were extensively documented by local and international human rights organizations: Palestinian Centre for Human Rights, *Targeted Civilians*, 2009; Human Rights Watch, *Precisely Wrong: Gaza Civilians Killed by Drone Launched Missiles*, 2009; Amnesty International, *Operation Cast Lead: 22 Days of Death and Destruction*, 2009; Human Rights Watch, *Reign of Fire: Israel's Unlawful Use of White Phosphorous in Gaza*, 2009; FIDH, *Operation Cast Lead, Gaza Strip One Year Later, Accountability a Key Challenge for Peace*, December 2009.

² Reported by BBC on 15 December 2009: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8415161.stm>.

Israeli leaders "must be able to visit and have a proper dialogue with the British government."³

Israel's prime minister, Binyamin Netanyahu, called the situation an "absurdity"⁴ and the Israeli foreign ministry condemned what he called a "cynical" move⁵. Israel's ambassador to Britain, Ron Prosor, said that: "The British government must take a firm stand to prevent British courts becoming a playground for anti-Israel extremists (...) The current situation is absurd and unacceptable in equal measure. Israelis cannot continually be held hostage by fringe groups of anti-Israel extremists, preventing politicians, businessmen and officers from visiting the UK."⁶

Daniel Machover, a British solicitor involved since years in cases regarding Palestinian victims, used forceful words to express his dismay at watching the rhetoric of politics overwhelming and superseding the legal arguments: "I feel honest revulsion at the idea of a case where a judge has granted an arrest warrant and a politician gets on the phone and apologises."⁷ If there was an arrest warrant against Livni, it's because there was a case to answer according to a judge who found that there was reasonable suspicion and concluded: "They have got to stay out of individual cases and legal decision."⁸

The rationale of universal jurisdiction

There is no doubt that, when analysed from a strictly legal perspective, things appear under a different light than as they are presented by the political propaganda. The warrant of arrest for the Israeli former ministry was issued pursuant the Geneva Conventions Act of 1957, which was enacted in the UK in accordance to the Geneva Conventions of 1949⁹, and places on the State a positive obligation to pursue those who are suspected to have committed grave offences under the act. This act

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Reported by The Guardian on 15 December 2009: <http://www.guardian.co.uk/world/2009/dec/15/israel-tzipi-livni-arrest-warrant>

⁶ *Ibid.*

⁷ Reported by YnetNews on 17 December 2009: <http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-3821212,00.html>

⁸ *Ibid.*

⁹ Common Article 1 of the Geneva Conventions of 1949 commits the parties not only to respect the treaty, but "to ensure respect for the present Convention in all circumstances". Article 146 of the Geneva Convention IV on the Protection of Civilians in Time of War commits the parties "to enact any necessary legislation to provide effective penal sanctions for persons committing grave breaches of the present Convention" and imposes an "obligation to search for persons alleged to have committed such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of nationality, before its own courts".

introduces the so called principle of universal jurisdiction in the British legal system.

Universal jurisdiction is a legal principle which evolved in order to overcome jurisdictional and impunity gaps in the international legal order. It allows suspected perpetrators of international crimes – such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions, and torture¹⁰ – to be prosecuted in the courts of third countries, regardless of the place where they were committed or by whom. It is intended to ensure that those responsible for international crimes are brought to justice. It is the horrific nature of crimes which establishes the basis of universal jurisdiction. War crimes, crimes against humanity, genocide: these grave crimes “*threaten the peace, security and well being of the world*” and therefore are “*of concern to the international community as a whole*”.¹¹

Universal jurisdiction of course is not and shall not be regarded as something specific to the Israeli-Palestinian context. It is sufficient to have a look at the studies compiled, among others, by Human Rights Watch (HRW)¹² or Amnesty International (AI)¹³ to realise how many countries have enacted this principle in their legislation and how many cases lawyers have brought all over the world, seeking the arrest of war criminals and their prosecution before foreign tribunals.

The fact that the principle is enacted in the domestic legislation of a huge number of countries does not mean, however, that it also finds proper application worldwide: several practical obstacles are still there in prosecuting war criminals at the domestic level pursuant to the universal jurisdiction principle, especially due to political restraints and interference. Notwithstanding such obstacles, it can be highlighted that – in principle – the trend is positive towards a broader recognition of universal jurisdiction rather than limiting it¹⁴.

This is due also to the ongoing process of ratification of the Statute of the

¹⁰ These are the so-called *jus cogens* crimes, see A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2008

¹¹ See the Preamble of the Rome Statute establishing the International Criminal Court.

¹² See HRW, *Universal Jurisdiction in Europe. The State of Art*, June 2006.

¹³ See the various country reports by Amnesty International, *No Safe Haven Series, End Impunity Through Universal Jurisdiction*.

¹⁴ See the recent document by Amnesty International, “Universal Jurisdiction, UN General Assembly should support this essential international justice tool”, October 2010, at <http://www.amnesty.org/en/library/info/IORS3/015/2010/en>. See also the Resolution on Universal Jurisdiction adopted by the International Association of Penal Law (AIDP) at the XVIIIth International Congress (Istanbul, Turkey, 20- 27 September 2009), at http://www.penal.org/?page=mainaidp&id_rubrique=24&id_article=95.

International Criminal Court (ICC)¹⁵, which is based on the premises that the duty to investigate and prosecute international crimes stays in the first place with the courts of the domestic States.

Similarly to the principle of complementarity that regulates the relationship between the ICC and the States' domestic courts, universal jurisdiction shall come into play when States with a more traditional jurisdictional nexus to the crime (related to the place of commission, the perpetrators' or the victims' nationality) prove unable or unwilling to genuinely investigate and prosecute: when their legal system is inadequate, or when it is used to shield the accused from justice. As such universal jurisdiction does not represent an attempt to interfere with the legitimate affairs of the State. It can be rather seen as a sort of 'last resort' judicial mechanism to restore the value of the rule of law which has been violated in cases of particular relevance. It is in fact nowadays well established in international law that the protection of fundamental human rights and the reaffirmation of the rule of law passes also through the ascertainment of individual responsibilities.¹⁶

Universal jurisdiction to target the "most responsible ones"

For the purpose of this paper, universal jurisdiction has been specifically related to the criminal responsibility of senior military leaders and military commanders. The reason of this choice is that war crimes, crimes against humanity and other international crimes typically occur in situations where is unlikely that the concerned State will exercise its criminal jurisdiction because the very perpetrators are State authorities or agents of the State.

Individual criminal responsibility is one of the modern conquer of international justice system. Traditionally only States were held responsible at the international level. This has been overcome in Nuremberg where the principle was eloquently stated that *"crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provision of international law be enforced"*. The principle of individual criminal responsibility which is now recognised as a well established element of international customary

¹⁵ The number of States parties to the Rome Statute (which established the ICC) amounts to 113; for an updated overview see <http://www.icc-cpi.int>.

¹⁶ See G. Werle, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1997, at 822.

law means that individual perpetrators of international crimes cannot longer shield themselves behind the doctrine of the act of State, where only the State bears responsibility for the conduct of its agents.

The issue of attribution of individual criminal responsibility is particularly complicated with regard to crimes we are dealing with, such as war crimes, crimes against humanity or genocide. Scholars speak in this regard of macro-criminality (*Makrokriminalitaet*), involving the commission of mass atrocity by a large number of persons acting at several levels¹⁷. In other words, huge number of victims to which also corresponds a huge number of perpetrators. In such a contest becomes difficult indeed to isolate the responsibilities.

Typically international justice – which is selective justice – is addressed to those who are said to be “the most responsible ones”. If we have a look at the praxis of the International Tribunals we notice that both the *ad hoc* Tribunals (ICTY and ICTR) and the ICC started with cases involving ‘small fishes’ for practical reasons of opportunity, but aimed at targeting the responsibility of the top leaders: the Yugoslav Milosevic and Karadzic, the Rwandan Kambanda or the Sudanese Al Bashir, just to mention some names¹⁸.

Significantly, under international law, the responsibility of the high levels originates not only from the actual perpetration or complicity in the commission of the crimes but also from acts of omission. Thus, when referring to the responsibility of the higher echelons, we mean not only the ones who gave the order, planned or organised the military operation, but also those who – having the power to do so – failed to prevent or punish the crimes by the subordinates.

This is the principle of command responsibility¹⁹ which holds military commanders and civilian leaders criminally responsible, as they had personally committed the crimes, under the following three conditions:

- a. that they were the superiors of those who committed the crimes;
- b. that they knew or should have known of the crimes;
- c. that they failed to take the necessary measures in order to prevent or punish the crimes.

¹⁷ The issue has been thoroughly studied by the German scholars, see H. Jäger, “Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologisch Aspekte”, in G. Hankel, G. Stuby (eds.) *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, Hamburg, 1995.

¹⁸ See ICTY, *Prosecutor v. Karadzic et al.* (IT-95-5/18), Trial Chamber Decision, 16 May 1995, para. 25-26.

¹⁹ For a comprehensive study on this form of liability please see C. Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser, 2010.

Criminal complaints against Israeli leaders abroad

Over the years a number of criminal complaints were brought – also pursuant to the principle of command responsibility – against senior Israeli political and military figures, some of them in third countries under the principle of universal jurisdiction.²⁰

In September 2009 in the UK there was an attempt to invoke the principle of universal jurisdiction to arrest Ehud Barak, Israel's defence minister. However his status as a serving minister gave him diplomatic immunity on the contrary to Tzipi Livni that did not enjoy any immunity as a former minister.

Other Israeli high ranking individuals that were targeted by the emission of a warrant of arrest issued under the principle of universal jurisdiction are:

- Benjamin Ben-Elizer (former Minister of Defence)
- Shaul Mofaz (former Minister of Defence and IDF Chief of Staff)
- Avi Dichter (former Director Israeli General Security Services)
- Doron Almog (Major General, former Commander IDF Southern Command).

In 2005, Doron Almog returned to Israel without leaving his plane at Heathrow after a tip-off from the Israeli embassy in London that a warrant of arrest had been issued for him over allegations of war crimes in relation, among other things, to the destruction of 59 houses in the Rafah refugee camp, in the Gaza Strip, in January 2002.

A serious attempt to open a case against former Prime Minister Ariel Sharon was done in Belgium for his responsibility for the Sabra and Shatila refugee camp massacre in Lebanon in 1982, which investigation – among other cases targeting high ranking officials of various foreign States – led to the amendment of the Belgian law on universal jurisdiction in 2003²¹.

One of the most important universal jurisdiction cases against Israeli officials was opened in Spain in 2009. The case was about the targeted killing of Salah Shehade, a Hamas military leader, in 2002 in Gaza, whereby 14 civilians were killed, more than 150 injured and a number of houses destroyed.²² The investigation was open against seven Israeli political and

²⁰ See PCHR Report, *The Principle and Practice of Universal Jurisdiction: PCHR's Work in the occupied Palestinian territory*, April 2010, at: www.pchrgaza.org.

²¹ See HRW, *Universal Jurisdiction in Europe. The State of Art*, p. 37.

²² See S. Weill, "The Targeted Killing of Salah Shehadeh", *Journal of International Criminal Justice*, 2009.

military officials: Dan Haluz, then commander of the Israeli Air Forces; Benjamin Ben-Eliezer, then Israeli Defence Minister; Moshe Ya'alon, then IDF Chief of Staff; Doron Almog, then Southern Commander of the Israeli Defence Forces; Giora Eiland, then Head of the Israeli National Security Council; Michael Herzog, then Military Secretary to the Israeli Defence Ministry; and Abraham Dichter, then Director of the General Security Services. Similarly to Belgium, also in Spain the political pressure from Israel, along with China and the United States,²³ led to the amendment of the universal jurisdiction law, which aims at restricting Spanish jurisdiction on violations of international law committed abroad.²⁴

More attempts to investigate alleged crimes committed by Israeli army on Palestinian territory have been made in recent years in other European countries. For instance, in the aftermath of the Israeli attack on the Gaza Strip in 2009, a complaint was filed in Norway under the country's new universal jurisdiction law against 10 Israelis officials. Former Prime Minister Ehud Olmert, Defense Minister Ehud Barak and opposition leader Tzipi Livni were among those named in the complaint for their alleged responsibility for the war crimes committed in Gaza. The case had been brought on behalf of some people of Palestinian origin living in Norway and 20 families who lost relatives or property during the attack. Norwegian legislation entails a broad principle of universal jurisdiction, which permits the opening of an investigation regardless of the presence of the accused on the Norwegian soil (which is required at a later stage, in order to start a prosecution). Moreover, Norway is one of the few countries to dispose of a unit specialised in investigating international crimes: Norway's National Criminal Investigation Service (NCIS). Evidence indicating the commission of war crimes during Operation Cast Lead in Gaza were not wanting. However, the Norwegian Prosecutor, Siri Frigaard, decided not to open the investigation, purportedly for administrative/practical considerations.

The Norwegian decision was of course very disappointing for the Palestinian victims, the more so because it was taken right after the release of the Report of the International Independent Fact-Finding

at 617-631.

²³ Other investigations were opened by the Spanish prosecutor in cases involving Chinese officials - for alleged crimes committed in Tibet - and American officials - for torture allegations in Guantanamo.

²⁴ The new Bill was enacted in November 2009; the amendment limits Spanish jurisdiction on international crimes to cases where (i) the alleged perpetrators are present in Spain, (ii) the victims are of Spanish nationality, or (iii) there is some relevant link to Spanish interests. Moreover Spain will not have jurisdiction if another "competent court or international Tribunal has begun proceedings that constitute an effective investigation and prosecution of the punishable acts."

Mission (the Goldstone Report) and its endorsement by the UN General Assembly²⁵, which called for prompt investigations in conformity with international standards of independence, effectiveness, genuineness and, if appropriate, prosecutions of those suspected of serious violations.

The recommendation of the Goldstone Report on accountability and the unwillingness of the Israeli authorities

The final recommendations of the Goldstone Report envisage concrete and detailed judicial responses to the allegations of war crimes and other violations of international law committed by the parties to the conflict²⁶. *Inter alia*, the UN Fact Finding Mission called for the criminal accountability of *all* those suspected of the commission of HRL and IHL violations, also and especially of those at the highest echelons of the system.

Indeed a core allegation of the Goldstone Report was that *"the systematic and deliberate nature of the destruction in Gaza convinced the mission that responsibility lies in the first place with those who designed, planned, ordered and oversaw the operations"*. As the Mission noted:

"Those alleged serious violations go beyond individual criminal responsibility at the level of combatants and even commanders, and include allegations aimed at decision makers higher up the chain of command. The official inquiry must be conducted by a truly independent body, given the obvious conflict inherent in the military's examining its own role in designing and executing "Operation Cast Lead".

Finally the report concluded that: *"Investigations are necessary if respect for human rights and humanitarian law is to be ensured and to prevent the development of a climate of impunity"*.²⁷

The Mission outlined three possible mechanisms for the pursuit of individual criminal responsibility:

- a. Domestic criminal proceedings before the national authorities;
- b. The opening of an investigation before the International Criminal Court (ICC);
- c. Recourse to third States' courts on the basis of universal jurisdiction.

²⁵ See UN General Assembly Resolutions nr. 64/10 and 64/254.

²⁶ Report of the UN Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, U.N. Doc. A/HRC/12/48, 25 September 2009, Chapter XXXI.

²⁷ *Ibid.*, par. 1773.

However the Israeli legal system prevents such genuine investigations. Just to mention one of the impediments: the role of the Military Attorney General (MAG) within the Israeli judicial system and the inherent conflict of interest. Concerns in this sense were expressed also by the Committee of Experts which was established by the Human Rights Council (by Resolution 13/9) as a follow-up to the Goldstone Report, to monitor and assess any domestic, legal or other proceedings undertaken by both the Government of Israel and the Palestinian side.²⁸

In this regard the Committee noted:

"The actual operation of Israel's military investigations system raises concern in the present context. Specifically the Committee concludes that the dual role of the Military Advocate General (MAG) to provide legal advice to the IDF with respect to the planning and execution of "Operation Cast Lead" and to conduct all prosecutions of alleged misconduct by IDF soldiers during the operations in Gaza raises a conflict of interest, given the Fact-Finding Mission's allegation that those who designed, planned, ordered and oversaw the operation were complicit in IHL and IHRL violations. This bears on whether the MAG can be truly impartial-and equally important, be seen to be truly impartial – in investigating these serious allegations."²⁹

The Committee further noted that:

"[T]here is no indication that Israel has opened investigations into the actions of those who designed, planned, ordered and oversaw 'Operation Cast Lead'. The FFM [Fact Finding Mission] report contained serious allegations that officials at the highest levels were complicit in violations of IHL and IHRL. Israel has not met its duty to investigate this charge. The Committee observes that the military justice system would not be the appropriate mechanism to undertake such an investigation, given the military's inherent conflict of interest."³⁰

Without going into the details of why Israeli criminal justice system is fundamentally biased vis-a-vis Palestinians, and thus unable to effectively

²⁸ The final Report, UN Doc. A/HRC/15/50, was presented to the 15th session of the Human Rights Council on 27 September 2010.

²⁹ A/HRC/15/50, par. 91.

³⁰ Ibid., par. 94.

administer justice³¹, it is worth recalling some numbers, which sometimes are more eloquent than words: following the latest Israeli military offensive on the Gaza Strip of December 2008-January 2009, the Palestinian Centre for Human Rights (PCHR) submitted 490 criminal complaints on behalf of 1,046 affected individuals to the Israeli Military Prosecution (and 1,046 civil complaints to the Compensation Officer in the Israeli Ministry of Defense).

More than 20 months after the attack, only a few dozens of responses denoting the opening of a military investigation had been received. So far less than 50 police military investigations were opened in Israel (the rest are just operational probes, or command investigations, which are not criminal investigation); 4 indictments were issued. The only criminal conviction related to military operation Cast Lead, so far, is the one of a soldier for looting – precisely for the theft of a credit card of a Palestinian³².

These numbers and the long lasting impunity that Israel has always granted to its army members³³ make apparent that Israel has no willingness to conduct genuine investigations (let alone prosecutions) on crimes that were committed in pursuance of official decisions and plans made at the highest levels of the Israel's political and military echelons. With regard to Cast Lead, for instance, virtually all aspects of Israel's offensive were sanctioned, approved, and decided upon by the highest echelons of Israel's civilian and military leadership. Any investigation must necessarily evaluate this policy and those responsible for its creation.

In this picture it is again very significant what was recently concluded on the point by the UN appointed Committee of Experts: *"Israel has not conducted investigations into decisions made at the highest levels about the design and implementation of the Gaza operations."*³⁴ Significantly the Committee reported the names of particular Israeli officials that were mentioned in the Goldstone Report, including the Deputy Prime Minister, Eli Yishai, and Foreign Minister, Tzipi Livni, as well as Major-General Da Harel, *"whose statements during 'Operation Cast Lead' support its contentions that the operation was indeed intended to cause disproportionate destruction and violence against civilians as part of a deliberate policy."*³⁵

³¹ See PCHR Report, *Genuinely Unwilling*, August 2010, which thoroughly goes into the analysis of the flaws of the Israeli judicial system; at www.pchrgaza.org

³² *Ibid.*

³³ See the very recent report by the Israeli organization B'tselem, *Void of Responsibility*, at: www.btselem.org

³⁴ A/HRC/15/50, par. 64.

³⁵ *Ibid.*, footnote 79.

Given the inability of the Palestinian authorities to investigate Israeli violations of IHL and HRL and the unwillingness of Israel to conduct genuine investigations, the conclusion is evident: The practical pursuit of accountability necessarily must focus on the triggering of international judicial mechanisms (before the ICC)³⁶ – or on the exercise of universal jurisdiction by third States' courts. Such mechanisms are normally enacted when States with a more traditional jurisdictional nexus to the alleged crime prove unwilling or unable to investigate and prosecute the crimes.

Therefore if the domestic remedies are denied and if the ICC option is not practicable, recourse needs to be to universal jurisdiction mechanisms, especially with regard to the high level suspects, in accordance with internationally recognized standards of justice. As recommended by the Goldstone Mission:

*"The Mission recommends that the States parties to the Geneva Conventions of 1949 should start criminal investigations in national courts, using universal jurisdiction, where there is sufficient evidence of the commission of grave breaches of the Geneva Conventions of 1949. Where so warranted following investigation, alleged perpetrators should be arrested and prosecuted in accordance with internationally recognised standards of justice"*³⁷

Concluding Remarks

Finally, some personal critical evaluation to conclude. It is in my view undeniable that the principle of universal jurisdiction cannot be regarded as the ultimate solution; it is not the *panacea* for every impunity gap around the world mainly because of the significant hurdles that arise in implementing the principle, namely when actually prosecuting international crimes in third countries.

Problems arise at various levels, starting with the police investigations, arrest of the suspect, immunity issues, lack of resources, and most

³⁶ On 22 January 2009, the Palestinian Government lodged a declaration with the Registrar of the ICC, pursuant to Article 12(3) of the ICC Statute, accepting the jurisdiction of the Court in the case at stake. The Office of the Prosecutor is currently examining the possibility of accepting such declaration for the purposes of establishing the jurisdiction of the Court, in order to open an investigation into the situation in Palestine.

³⁷ Report of the UN Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, U.N. Doc. A/HRC/12/48, 25 September 2009, par. 1975(a).

importantly the already mentioned political pressures. Criminal matters are traditionally a domestic issue: the old Italian saying "*Dirty clothes are washed within the family*" (or the British one "*You don't hang your dirty clothes outside*") appears to be appropriate in this regard.

Some of the above mentioned problems could be resolved at the international level. For instance, the immunity issue appears to be an obstacle only at the domestic level: functional immunity maintains its validity with regard to national Courts, but not before international ones (see Article 27 ICC Statute). Moreover, international institutions have certainly more resources and better structure to investigate such complex crimes (although the institutions themselves always complain about their budget and lack of resources, which could be maybe better allocated). International courts also have the advantage of being immune from political pressures, at least in principle.

Still, even before international courts, it remains to be solved the not-irrelevant issue of the cooperation of State authorities, which is a necessary precondition for the effectiveness of the investigations and, of course, for the arrest of the suspect.

In my opinion, recourse to universal jurisdiction shall be regarded as an 'interim' phase, looking forward to achieve a truly universal International Criminal Court, through universal ratification of the Rome Statute, and through the creation of an integrated system of universal justice which is able to combine domestic and international judicial resources in a proper manner. For the time being, however, international justice still has to rely on the work, efforts and hopes of some lawyers relying on the principle of universal jurisdiction.

If we wanted to analyze things from the perspective of costs/immediate benefits there is no doubt that the balance would be definitely negative. A lot of work, costs and complications for the lawyers involved, high expectations for the victims, very little results. However even what we could call 'lost cases' make the law advance. We shall not forget that international criminal law is a fairly new subject and is still developing. Moreover, as the Pinochet case has clearly shown, international law develops also through failures and attempts. The reality is that only 20 years ago it would have been unthinkable that a serving chief of State (as for instance the Sudanese President Al Bashir) be charged with war crimes and genocide counts in front of an international court.

Moreover recourse to the universal jurisdiction principle has some practical, immediate effects, which - to some extent - can be regarded

as a success: traveling to certain countries (especially in Europe) became more difficult for war criminals, as it is recently shown in the case of several Israeli officials, as Avi Dichter for instance, who had to cancel their travels abroad³⁸.

The more countries will actually implement the principle of universal jurisdiction the more international criminal law will advance. It can be regarded as a domino effect: States do not want to become and be regarded as safe havens for war criminals. For instance, as mentioned above, a new police unit has been recently established within Norway for investigating international crimes. One of the reasons why the issue of prosecuting international crimes attracted attention in Norway is related to the creation of a similar war crimes unit in Denmark. Following the establishment of this unit, suspected perpetrators of international crimes left Denmark for Norway. Norwegian authorities soon realized the problems posed by this development and called for a study to determine the best arrangements for a new unit.

It is not much, especially in the perspective of the victims, just some first small stepping stones in the direction of a more just and global international justice.

I'd like to conclude with a quote of Benjamin Ferencz, who was the American Prosecutor at Nuremberg: *"There can be no peace without justice, no justice without law, and no meaningful law without a court to decide what is just and lawful under any given circumstances"*.³⁹ This seems to me particularly appropriate within the contemporary Israeli-Palestinian context.

³⁸ See PCHR, *Spanish Authorities Refuse to Grant Avi Dichter Immunity*, 31 October 2010, at www.pchrgaza.org

³⁹ B. B. Ferencz, *An International Criminal Court, A step toward world peace: a documentary history and analysis*, vol. I, Dobbs Ferry, 1980, p. 1.

The Duty of Non-Recognition of Unlawful Situations in the Palestinian Context: What Effects for Private Businesses?

*Hervé Ascensio**

I propose you to deal with a topic quite different from those discussed until now: the effects of the violations of international law committed against the Palestinian people for private businesses, especially for foreign companies and foreign investors. I guess it could provide some interesting lessons concerning the primary norms of international law and their enforcement. But before going into the details of two now famous cases, the building and operation of the Jerusalem tram and the *Brita* case before the Court of Justice of the European Union, I would like to make short preliminary remarks concerning methodology and language, reacting to previous discussions and echoing the title of this conference.

162 My first remark is that international law is certainly not in trouble. But international lawyers are in big trouble, because international law has expanded so fast during the last twenty years, that it has become very difficult to follow its evolution in all its specialized fields. In some of these fields, the creation of international tribunals has deeply modified the function and the effects of the law, as in international economic law or international criminal law. Moreover, the artificial division between international and national laws has eroded, but not at the same rhythm for all international law regimes, and not at the same rhythm in all regions of the world. Europe is a clear example of interpenetration, whereas the situation in the Palestinian territories illustrates the opposite, partly due to the dualist tradition of the legal order of the occupying power, Israel.

In my view, this is certainly not a time to deconstruct international law but, at the contrary, to build on a legal discourse which enable us to understand the diversity of international legal relations, public as well as private or mixed, within a coherent system, and to establish connections between the different parts of international law. Moreover, to achieve this goal, it is necessary to remember that international law is no more no less political than any other kind of law, and that it cannot develop without the legal concepts stemming from national laws, and without the methods of com

* Professor of international law at the Sorbonne Law School, University Paris 1 (Panthéon-Sorbonne).

parative law. Those concepts and methods are still fully operational to understand international, or global, legal phenomenon. Conversely, an abstract and purely negative reappraisal of international law from a political standpoint, without a methodology grounded in social sciences, cannot help much.

This drives me to the question of language. Nowadays, the use of English, or more exactly of a simplified version of English sometimes called "globish", has become predominant in the management of international businesses as well as in diplomacy. French is still an official language in many international organizations, but the use of English has also become predominant as a working language, except in a few international tribunals. This evolution might be appropriate for efficiency reasons, and it reflects the cultural domination of the Anglo-Saxon thinking in many parts of the world. But it is very disturbing for lawyers, because words are their materials of study, and because language is the vehicle of legal concepts. Reducing the communication to one language is a significant impoverishment for them, because it is impossible to understand completely legal concepts and how they interact in a legal system without understanding the language in which they are rooted. Moreover, the English language is usually the vehicle of common law concepts only, whereas civil law countries are more numerous. Mono-lingualism is therefore not appropriate to study the most dynamic parts of international law, in which the creation of the law results from a hybridization of legal cultures, or a rationalization of parallel evolutions of national laws. Approaching international law requires a capacity to understand the legal mechanisms of different legal traditions, and the specificities of those created at the international level¹. Without such a capacity, there is a risk of acculturation, which is also a risk of marginalization for researchers who specialize too much, and thus think international law in a bubble. For those reasons, I thank warmly the organizers for their kind invitation, for enabling us to observe the difficult living conditions of the Palestinian people on the ground, and for providing us with a translation of the speeches in Arabic, French, and English, during this conference.

Questioning

At the outset of any kind of research is a questioning. Mine is simple. In the Palestinian context, it is commonly assumed that Israel is violating

¹ See generally, *Société française pour le droit international / Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, Droit international et diversité des cultures juridiques / International Law and Diversity of Legal Cultures*, Pedone, 2008, 473 p.

international law in two ways: first, because it impedes the Palestinian people to exercise its right to self-determination, second, because it transfers a part of its civilian population into an occupied territory. Are these violations relevant for private entities, and more specifically for foreign economic entities? For clarification, I must precise three points. Firstly, I am aware of the existence of other violations of international law – the construction of a wall in the West Bank or the disproportionate use of force in Gaza –, but I choose to concentrate on these ones, because they are invoked in proceedings initiated before national courts against private persons. Secondly, the assumption that these violations occurred is a working hypothesis, with a high degree of probability, in the absence of a pronouncement by a tribunal. Thirdly, the question of the consequences for private businesses is worth being asked, because the applicability of international law to private persons is central in contemporary studies on international law and in practice.

As private entities are not the authors of the unlawful acts observed here, it is necessary to understand on what legal basis they may be suited. If not an author, they could be accomplices. The reasoning becomes then immediately intricate, because "accomplice" has different meanings, depending on the context. It is first commonly used by human rights defenders to describe different kinds of connections between multinational corporations and foreign governments, sometimes direct ones – financing, aiding or abetting State officials to commit crimes – but also sometimes indirect ones – operating in conflicts areas with security arrangements potentially harmful for civilians –, or very indirect ones – trading with the State or providing it with financial resources generally. "Accomplice" is then a moral accusation; but the factual background may be serious enough to induce victims to lodge complaints before foreign or international tribunals. Secondly, "accomplice" is a term generally associated with a regime of criminal liability, and there are as many such regimes as States, with one international regime of criminal liability in addition. Moreover, being an accomplice entails a fault which is usually at the same time a civil wrong. Regimes of civil liability must then be taken into account. Finally, "accomplice" is a legal concept which is also present in the regime of the responsibility of States for their internationally wrongful acts. The relationship between these different levels or types of responsibility and/or liability is highly complex. As my time is limited, and as I would rather concentrate on primary norms, following the subject of this conference, I will limit myself to brief remarks concerning those regimes of liability – *ie* secondary norms – that are rooted in international law and address the liability of private entities.

In international law, private persons are criminally liable if they commit an international crime. It must be noted here that obstructing self-determination is not an international crime as such²; but the means used to achieve this goal may amount to a crime against humanity. In addition, the Statute of the ICC describes as a war crime "[t]he transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies". It is worth specifying that the objective element of the crime is the transfer of the civil population itself, not the maintenance of the plants, nor the benefit of their products. But I will not develop these questions here, as other speakers did. More important is the fact that legal entities are not liable under the Rome Statute, although it was proposed during the preparatory works. But economic leaders are liable as individuals, if they provide willfully the means for the commission of an international crime. Moreover, some States, when implementing the ICC Statute in national law, admitted the liability of legal entities for those crimes, in accordance with their legal tradition. This is the case for France, since the statute adopted on 6 August 2010. However, the burden of proof in criminal law is a high one, and the initiative of criminal proceedings for acts committed abroad is often left at the discretion of public prosecutors, who are generally reluctant to exercise extraterritorial basis of jurisdiction.

International law has also been used as a ground for litigation before civil courts in some countries, almost exclusively in the United States to be honest. I refer here to the famous *Alien Tort Statute*, which offers a procedure tantamount to universal civil jurisdiction, for violations of a treaty binding to the United States or of an imperative rule of customary international law. Many complaints were lodged against multinational corporations in the last years on this ground, for instance against corporations which traded with South Africa's government during the apartheid regime. It would certainly be more appropriate to hear a lawyer from the United States on this topic, all the more that this procedure is unique, mixing up civil and criminal concepts as well as national and international sources, and enabling a civil judge to pronounce punitive damages. Whatever odd this procedure may appear for lawyers from all other parts of the world, the English-speaking literature on the international responsibility of corporations focuses heavily on it³. But the judicial trend is now clearly

² It could be viewed, however, as a grave violation of an imperative norm of international law, a category formerly called "international crime", in the context of the responsibility of States for their international wrongful acts.

³ See M. K. Ado (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, Kluwer, 1999; P. Alston, *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford U.P., 2005; A. Clapham,

negative for potential claimants. It is well-known that the doctrine of *forum non conveniens* has been regularly opposed to such claims. But two recent decisions have been further backward. The first one is the judgment of the US Court of Appeals in *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, of 2 October 2009. The Court upheld the summary judgment of a District Court, and stated that, in order to demonstrate that the corporation aided or abetted the Sudanese Government, or conspired with it to commit crimes, it should be demonstrated that the corporation "acted with the purpose to assist the Government's violations of customary international law", which seems very unlikely as long as its activities are commercial in nature⁴. Shortly said, knowledge is not enough, purpose is required. The second decision is more abrupt. In *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, another chamber of the same appeals court decided, on 17 September 2010, that, absent an explicit provision in a treaty binding for the United States, no criminal liability exists in international law for corporations, and consequently no liability under the *Alien Tort Statute*⁵. If followed by other courts, this opinion would put an end to the story of trials against multinationals before US judges for their activities abroad. Only individuals could then be sued under *ATS*.

An interesting alternative to the aforementioned procedures exists however. The cause of action is still grounded in international law, but lies in a violation of a secondary international obligation, created by the violation of a primary obligation. The adjectives "primary" and "secondary" are not used here as in Hart's theory of law, but much more in a kelsenian way, meaning that the violation of a rule engenders a new rule, an obligation to compensate for instance. Both are primary norms in the meaning of Hart. In the Palestinian context, the new rule is a duty, for thirds, not to recognize the unlawful acts committed by Israel towards the Palestinian People, and to deprive them of any legal effect. Such a duty of non-recognition stems from, at least, two legal norms. The first one is encompassed in the maxim *ex injuria jus non oritur*. Even if every

Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford U.P., 2006; J. G. Frynas and S. Pegg (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Palgrave Macmillan, 2003; S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, Hart Publishing, 2004; O. de Schutter (ed.), *Transnational Corporation and Human Rights*, Hart, 2006.

⁴ United States Court of Appeals for the Second Circuit, *The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc.*, No. 07-0016-cv, 2 October 2009, p. 53.

⁵ United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Nos. 06-4800-cv, 06-4876-cv, 17 September 2010. The decision states that "because no corporation has ever been subject to any form of liability (whether civil or criminal) under the customary international law of human rights, [...] corporate liability is not a discernable—much less universally recognized—norm of customary international law [...] applicable [...] pursuant to the *ATS*" (p. 1-2).

lawyer knows that the opposite maxim prevails sometimes, under the cover of effectiveness, this maxim exists probably in substance in all legal systems, and is consequently to be considered as a general principle of law. The second one lies in article 41, paragraph 2, of the *Articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts*, adopted by the International Law Commission in 2001⁶. This text reflects probably customary international law, and binds as such all organs of third States, including judiciary organs.

I will consider hereinafter two examples of suits which, in my view, have more direct links with the duty of non-recognition than with the violation of international law by Israel itself. Both involve corporations because of their connections with Israeli plants in the West Bank. These examples are hard cases for a series of reasons that I will explain in the course of my presentation.

Two innovative cases

The *Brita* case is about trade in goods, in this instance about drink-makers for sparkling water, manufactured in Israeli plants on the West Bank. The German customs asked the importers to pay taxes on these products, notwithstanding the existence of a free-trade agreement with Israel and the certificates of origin established by the Israeli customs. Seized by the German judge, the Court of Justice of the European Union, in its judgment of 25 February 2010⁷, declared that products originated in the West Bank do not qualify for preferential treatment under the association agreement between the European Union and Israel, since occupied territories are outside the territorial scope of the agreement. They do not qualify either for preferential treatment under the association agreement between the European Union and the Palestinian Authority, since the certificates were not established by Palestinian officials.

Non-recognition of fraudulent certificates of origin in the context of violations of human rights is certainly not unprecedented in international law. But the duty has usually been affirmed and detailed in the legal system of the organization most representative of the international community. The question was first addressed by the League of Nations in the context of the economic sanctions decided against Italy after the

⁶ Published in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two). Article 41, para. 2, states that "[n]o State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation". The word "maintenance" is important in our case.

⁷ CJEU, *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, case n°386/08, judgment of 25 February 2010.

invasion of Ethiopia, and thereafter by the Security Council of the United Nations in the context of the situations in Southern Rhodesia, in South-East Africa (Namibia), and in South Africa⁶. In all these precedents, committees of sanctions were created, and they watched carefully at corporations' activities. They developed compliance mechanisms, which were used again and improved during the early 1990s, when large economic embargos were decided by the UN Security Council against Iraq, Libya, and other sanctioned States. Other tools, like the freezing of assets, were added after a virulent debate on "smart sanctions" occurred in the middle of the 90s. Nowadays, the Security Council doesn't hesitate anymore to create legal duties for non-state entities, and to direct sanctions against individuals or private entities, like those suspected of financing terrorism.

But the Palestinian situation is different. The lack of a specialized UN organ, or at least of an authoritative statement of the Security Council, is a major difficulty, and not only to ascertain the effectiveness of the law. Without a centralized legal appraisal, or something close to it, the existence of a violation of the law is appraised by each government, in a decentralized way. This does certainly not make the national judges at ease with international law. In the absence of an authoritative legal appraisal, the consequences of an alleged violation of international law for private businesses are obscure. The situation may be viewed by them much more as a "risk", depending on the sensitivity of contemporary civil societies to their social responsibility, rather than a legal duty.

In a way, the *Brita* case stands just in the middle of the path. On the one hand, it is clear that the limitation of the geographical scope of the association agreement was motivated by the will of the European Union not to recognize the consequences of the unlawful situation created by the prolonged occupation of the Palestinian territory by Israel. And the judgment of the European Court of Justice may be understood in light of this duty of non-recognition. But, on the other hand, its effects are more limited than if a decision of the UN Security Council had been adopted and incorporated in European law to sanction the internationally wrongful act. The recovery of the customs debt is different from the confiscation and destruction of the goods. It must also be noted that it is usually very difficult for third parties, like victims or representative associations, to

⁶ See V. Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in International Law - United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1990, p. 612 s. In the Rhodesian case, the committee recommended "to consider as suspect *prima facie* and insufficient proof of origin all the certificates of origin delivered by South-African and Portuguese authorities for the territories under their control and for the same kind of goods than those produced by South Rhodesia" (*ibid.*, p. 614).

trigger off a national proceeding in order to oblige customs officials to control systematically these certificates. A last resort mechanism would of course be the liability of the State, if it fails to satisfy its obligation to respect European rules of origin. Defenders of the Palestinian people would thus be well advised to send information to the European Commission.

The second case concerns the participation of the French corporations Alstom and Veolia to the building and the operation of a tram connecting Jerusalem with Israeli plants on the West Bank. PLO and a French NGO defending the rights of the Palestinian people lodged a complaint before a French civil judge. The case has not reached the stage of the merits, hearings being scheduled for February 2011. But it is at least possible to comment the two decisions adopted on jurisdictional issues, on 15 April 2009 in first instance and 17 December 2009 in appeal⁹. Both concur in declaring that the French judge has jurisdiction because of the residence of the defendants, which is perfectly in line with French as well as European rules on conflicts of jurisdictions. The first instance judge mentioned another possible – and exceptional – basis of jurisdiction, denial of justice, with a reference to article 6 of the European Convention on Human Rights. This was found useless by the appeals court. As this case demonstrates, ordinary rules on jurisdiction can prove efficient in transnational litigation.

Originally, the claimants asked for the annulment of the contract because of the illegality of the cause or of the object of the contract. After the claimants succeeded in convincing the judge to order the transmission by the defendants of a copy of the contract, it appeared that the contentious concession contract was concluded by Israel with an Israeli company, whose shareholders are Israeli companies and the two French companies. This Israeli legal entity concluded afterwards a contract with Veolia for the operation of the tram, and a contract with an Israeli subsidiary of Alstom for the building and maintenance of the tram. According to the contractual clauses on the settlement of disputes, Israeli courts have exclusive jurisdiction, and Israeli law is applicable. Nevertheless, the first instance judge, and the appeals court thereafter, accepted an evolution of the cause of action from contractual liability to extra-contractual or quasi-extra-contractual liability ("*responsabilité quasi-délictuelle*"). The case is consequently now a case of reparation, and requires the demonstration

⁹ Tribunal de Grande Instance of Nanterre, 6th Chamber, *Association France-Palestine Solidarité (A.F.P.S.) et Organisation de Libération de la Palestine (O.L.P.) c. S.A. Alstom, Alstom Transport, S.A. Veolia Transport*, n°07/2902, 15 April 2009; Appeals Court of Versailles, 1ère chambre, 1ère section, *S.A. Alstom et Alstom Transport c. Association France-Palestine Solidarité (A.F.P.S.) et autres*, n°09/04772, 09/04795, arrêt n°394, 17 December 2009.

of a civil wrong, the suffering of damage, and a causation link. But the question of applicable law and the role played by public international law are still unclear. I will comment briefly the second point.

Public international law is invoked by the claimants to justify the idea that the cause or the object of the contracts is illegal. But the reasoning is a bit loose if the ground for it is the violation of the right of peoples to self-determination, generally speaking. Self-determination in international law is a principle which permits peoples to pronounce on their international legal statute as a collective entity. Its implementation presupposes the existence of a "people", rather than a minority or an ethnic group, or, more realistically, that a social entity has succeeded in its fight for political recognition as a people. It is now undeniable that Palestinians are a people. But self-determination has nevertheless to be balanced with other international law principles such as territorial integrity, effectiveness, *uti possidetis*, to determine the geographical scope of its effects. As for other rights or duties stemming from the principle of self-determination, international law is imprecise, even at the inter-States level. *A fortiori*, for private persons, the emergence of legal rights as well as duties requires that the norms are sufficiently clear, unconditional and precise. Therefore, for complaints against private entities, it would be wiser to rely on more developed fields of international law, like international criminal law or international economic law. In our case, the transfer of a civil population into occupied territory is a clearer ground for claiming that the contracts have an illegal cause and object. Another crucial issue is the fact that Israel allocates economic rights on a land on which it does not exercise sovereignty – on a part of the layout of the tram in this instance.

For the moment, the lessons that can be drawn from our two cases are ambivalent. But the real sanction may be somewhere else: it has been reported that Alstom and Veolia were excluded from important biddings in Sweden and in the Middle East, because of the Jerusalem tram case. And trading in products originated from Israeli plants in Palestine is now denounced by consumers' campaigns in Europe¹⁰.

¹⁰ A clumsy campaign in France has, however, induced a strong reaction from the Executive, because the message could be understood as a call for discrimination against Israel.

Proposals

I turn now to the proposals. Efficient proposals are to be rooted in a clear understanding of what positive international law is, and not in wishful thinking. Notwithstanding the shortcomings of international law, the situation is probably ripe for technical advices, and not only for a reminder of general principles. But before that, a transversal and preliminary remark is necessary: it is undeniable that the ambiguous statute of the Palestinian Authority hinders largely the Palestinian People in its efforts to benefit from international law. The implementation of this sort of law is more often than not conditioned by its inter-statal superstructure. The accession to independence would, thus, help greatly.

The first proposal is to pay due attention to contracts concluded by Israel in connection with violations of international law, and to commercial contracts concluded by the population transferred by Israel in the occupied territories. A first step would be to collect as much information as possible, and to register contentious activities of foreign corporations in the Palestinian occupied territories. A second step would be to identify all competent foreign *fora*, taking into account the nationality of these corporations or of their parent company. The Palestinian Authority should also make clear that all kinds of economic rights acquired in connection with internationally wrongful operations conducted in the Palestinian territories are null and void in Palestinian law. Concerning trade in goods with fraudulent certificates, the Palestinian Authority could ask the foreign governments concerned to instruct their customs officials to exercise a scrupulous control.

The second proposal is the creation of a specialized organ in the United Nations' structure, dedicated to the listing of corporations, when their activities come close to a violation of international law. The listed activities would be those which are dependent on, or consequential to, a war crime or a violation of the law of war against the Palestinian People. Recognition of the Palestinian Authority as an independent State is not a necessary precondition for that; what is required is a majority of States in favor of it in the General Assembly, as there was a majority to ask a consultative opinion to the International Court of Justice on the building of a wall in the occupied Palestinian territory in 1994. One may oppose that monitoring organs of this kind are usually created by the Security Council. But the advisory opinion of the ICJ in the above mentioned case allows a broader vision of the powers of the General Assembly.

The third one is the participation of the Palestinian Authority to

the works of some specialized international organizations. Practical questions essential for Palestine's economic interests and its fight against fraudulent trade are discussed in technical organizations like the World Customs Organization or the International Maritime Organization. Usually, only States are members of these organizations, but recognition is not necessarily a pre-requisite. The admission by a vote of the actual member States could be part of a slow and discreet process of accession of Palestine to independence, amounting to a *de facto* recognition.

A fourth proposal is to follow the works under way at the international level on the responsibility of corporations. This is not an easy task, because the debate and the negotiations jump from one international institution to another, and use a confusing vocabulary, mixing up different meanings of the word "responsibility". The confusion is even more acute in French, a language in which the word "responsabilité" means responsibility as well as liability. Among these international institutions, or "sites of governance", to use a fashionable but not clearer expression, the United Nations' contribution is twofold: the *Global Compact* and the works of the Special Representative of the Secretary-General on human rights and transnational corporations and other business enterprises. The International Organization for Standardization (norm ISO 26 000) and the OECD are other important *fora*.

All these proposals require legal expertise and transmission of knowledge. After two days of conference and meetings here, I am confident that Bir-Zeit university and its Institute of law will contribute greatly to fulfill this function.

Table of Contents

Prolegomenon: International Law and the Origins of the Israel-Palestine Conflict: New Approaches, New Findings	Victor Kattan	5
1. Civilians in Asymmetrical Warfare, The Israeli-Palestinian Pattern		15
• Disproportionality and Deterrence: The "Dahiya Doctrine" under International Law, <i>Omar M. Dajani & Nicholas Gibson</i>		17
• Duty to Spare Civilians vs. Duty to Protect Soldiers' Lives: an Examination of the Kasher and Yadlin Doctrine, <i>Jean-Philippe Kot</i>		29
• Qualifier en droit, disqualifier en fait ? Analyse critique du discours de l'Union européenne sur l'usage de la violence dans le conflit israélo-palestinien, <i>Barbara Delcourt</i>		37
2. Transformative Occupation and Annexation, a Theoretical and Practical Perspective		61
• The Challenges Faced by Legal Practitioners Before Israeli Courts, Facts and Figures, <i>Antonia Mulvey</i>		63
• The Case of Sheikh Jarrah- East- Jerusalem, <i>Hadeef Abu-Hussein</i>		77
• Du droit humanitaire au droit de l'homme des colons, <i>Moussa Abou Ramadan</i>		83
3. Secondary Norms and the Law of State Responsibility in the Israeli-Palestinian Conflict		87
• L'applicabilité du droit de légitime défense dans les rapports entre Israël et le Territoire palestinien occupé, <i>François Dubuisson</i>		89
• Les faiblesses du droit de la responsabilité au coeur des défaillances du droit international en Palestine, <i>Monique Chenillier-Gendreau</i>		111
• Recalibrating Secondary Rules of State Responsibility Through Primary Rules of Conduct: A Battle of Symbols?, <i>Jean D'Aspremont</i>		127
4. The Law of Individual Responsibility and the Israeli-Palestinian Conflict		135
• Palestine and the International Criminal Court, <i>Michael Kearney</i>		137
• The Responsibility of Senior Leaders and Military Commanders and the Recourse to the Principle of Universal Jurisdiction, <i>Chantal Meloni</i>		149
• The Duty of Non-Recognition of Unlawful Situations in the Palestinian Context : What Effects for Private Businesses? <i>Hervé Ascensio</i>		162

The traditional legal approach considering violations of international law as mere exceptions, unable to undermine the effectiveness of the rule hardly captures the reality of the Israeli-Palestinian conflict. The anti-formalist practices, the move toward indeterminacy of legal standards, the replacement of the rule of law by a tapestry of regulations, procedures and decrees which characterizes the occupation regime from the inception indeed question the very place and role of International Law. New approaches and creative solutions must be explored. The Conference held in Birzeit University on 24-26 September 2010, which aimed at outlining the choices of legal grounds establishing territorial jurisdiction, the evolutions desired and the methods by which these evolutions concrete bring, is a first step in this direction.

BZU/IL Institute of Law



ISBN 978-9950-318-24-3

Institute of Law - Birzeit University