

Souveraineté, colonialisme, "Etat" de Palestine et droit international¹

John Reynolds ²

Introduction: Palestine, reconnaissance d'Etat et article 12(3) du Statut de Rome

"Opération Plomb durci", l'intervention militaire israélienne dans la Bande de Gaza engagée le 27 décembre 2008 et qui a duré jusqu'au 18 janvier 2009 a déclenché un certain nombre de revendications des deux camps du conflit israélo-palestinien sur le statut de la Bande de Gaza et, par conséquence, plus généralement, sur celui des territoires palestiniens occupés (TPO).

De façon intentionnelle de la part de certains ou par inadvertance par d'autres, la question sensible du statut de l'Etat palestinien a été réintroduite dans le débat juridique sur le conflit. De son côté, Israël a déclenché l' "opération Plomb durci" immédiatement après avoir invoqué son droit à la légitime défense³ selon l'article 51 de la Charte des Nations unies⁴, un droit que la Cour internationale de Justice a tenu pour applicable seulement "dans le cas d'une attaque armée par un Etat contre un autre Etat"⁵. La Haute Cour de Justice israélienne a renforcé cette position en affirmant qu'Israël était engagé dans un conflit armé avec les Palestiniens⁶, ce qui est la définition conventionnelle, selon les normes du droit international humanitaire, d'un conflit entre Etats⁷.

¹ Titre original: "Sovereignty, Colonialism and the 'State' of Palestine under International Law". Article préparé pour la conférence du Conseil pour la recherche en sciences humaines d'Afrique du Sud "*Re-envisioning Israel/Palestine*", Le Cap, 12-14 Juin 2009 –Traduction & documentation complémentaire: Michel, UJFP

² John Reynolds (Maitrise de droit et affaires, LL.M. de droit) a collaboré de 2006 à 2009 comme chercheur sénior à Al-Haq, une ONG palestinienne indépendante basée à Ramallah (<http://www.alhaq.org/>), membre de la Commission internationale de juristes (<http://www.icj.org/>) et du Réseau euro-méditerranéen des droits de l'homme (<http://fr.euromedrights.org/>). Il est aujourd'hui doctorant au Centre irlandais pour les droits de l'homme à l'Université nationale d'Irlande à Galway. Reynolds est spécialisé en droit international public, en particulier en relation avec la Palestine & Israël, et en droit humanitaire (NDT).

³ Au matin du 27 décembre 2008 les autorités israéliennes ont informé l'ONU "(...) en urgence (...) 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." Lettre réf. S/2008/816 - 27/Dec/08 adressée au Secrétaire général de l'ONU par la représentante permanente d'Israël auprès de l'ONU; une lettre identique à été adressée au Président du Conseil de sécurité. (– NDT – Celles-ci sont visibles, en français, à: http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/2008/816&TYPE=&referer=/french/&Lang=F)

⁴ Charte téléchargeable à: <http://www.un.org/fr/documents/charter/pdf/charter.pdf> (NDT).

⁵ Voir l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 9 juillet 2004: *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*; CIJ Recueil 2004, p. 136 au § 139 à <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf?PHPSSESSIONID=8e098e2da04cc78abfbbdf80f4428689>.

⁶ Jugement de la Cour suprême d'Israël: *Physicians for Human Rights et al. v Prime Minister et al.*, HCJ 201/09 et *Gisha et al. v. Minister of Defence et al.*, HCJ 248/09, decision of 19 janvier 2009 au § 14. Jugement disponible à: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/09/010/002/n07/09002010.n07.htm.

⁷ Voir l'article 2 de la Convention de Genève et, par exemple: Comité international de la Croix Rouge, "Comment le terme *conflit armé* est défini dans le droit international humanitaire ?", mars 2008, qui précisent tous deux que les conflits armés internationaux "sont ceux qui opposent des *parties de grande importance* c'est à dire des Etats".

Si on accepte cette position juridique, on peut alors argumenter que les autorités politiques et judiciaires israéliennes sont allées involontairement soutenir la revendication selon laquelle l'Etat palestinien existe *de facto*, sous une forme ou sous une autre. Ce raisonnement peut être en partie soutenu par le fait qu'Israël a affirmé que son "désengagement" de Gaza en 2005 servait à "dissiper les prétentions à rendre Israël responsable des Palestiniens de la Bande de Gaza"⁸ et que depuis, en conséquence, Gaza n'est plus un territoire occupé⁹.

De l'autre côté de la ligne verte les revendications pour un statut d'Etat ont été plus calculées. Se souvenant d'une tactique utilisée par les dirigeants palestiniens à la fin des années 1980 pour tenter d'accéder à des traités internationaux et peut-être aussi par le renoncement unilatéral d'Israël à toute responsabilité sur la bande de Gaza, l'Autorité palestinienne (AP)¹⁰ soumettait, le 22 janvier 2009, au secrétaire général de la Cour pénale internationale (CPI)¹¹ une déclaration acceptant la juridiction de la CPI sur les crimes commis en Palestine¹².

L'article 12(2) du Statut de Rome décrit les pré-conditions nécessaires à l'exercice de la juridiction de la CPI:

(...) *la cour peut exercer sa juridiction si un ou plusieurs des Etats suivant sont parties de son statut ou a accepté la juridiction de la Cour aux termes du paragraphe 3:*

(a) *L'Etat sur le territoire duquel la conduite en question s'est produite ou, si le crime a été commis à bord d'un vaisseau ou d'un avion, l'Etat d'immatriculation de ce vaisseau ou avion étant,*

(b) *L'Etat dont la personne accusée de crime est ressortissant*¹³.

⁸ Ministère israélien des Affaires étrangères, Plan de désengagement du 6 juin 2004 révisé, section 1(vi), visible à:

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Revised+Disengagement+Plan+6-June-2004.htm>

⁹ Voir la décision de la Haute Cour israélienne de Justice dans *Jaber Al-Bassiouni Ahmed et al. v. Prime Minister et al.*, HCJ 9132/07, décision du 30 janvier 2008, où il est écrit au § 12 que "depuis septembre 2005, Israël n'a plus le contrôle effectif sur (...) la Bande de Gaza". D'un point de vue juridique, le contrôle effectif est le signe de l'occupation. Ce jugement est disponible à:

http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/07/320/091/n25/07091320.n25.pdf. Il faut noter que cette assertion est en contradiction avec la réalité du terrain où Israël maintient un contrôle effectif des frontières, de l'espace aérien, des eaux territoriales et de l'état civil de Gaza et a la capacité – et n'hésite pas à le faire – à envoyer ses troupes pour s'assurer la maîtrise, à tout instant, de n'importe quel point de la Bande de Gaza. C'est sur la base de tels éléments que la position israélienne a été réfutée par le Conseil de sécurité de l'ONU (résolution 1860, 8 janvier 2009), l'Assemblée générale (résolution 63/98, 18 décembre 2008), le Haut commissaire et le Secrétaire général (UN Doc. A/HRC/8/17, 6 juin 2008), tous soutenant la position selon laquelle la Bande de Gaza est partie intégrale des territoires palestiniens occupés depuis 1967.

¹⁰ L' "Autogouvernement intérimaire de l'autorité palestinienne " a été établi selon l'article 1 de la Déclaration de principes sur les arrangements intérimaires d'autogouvernement signés par les représentants de l'Organisation de libération de la Palestine et du gouvernement israélien le 13 septembre 1993 (Yasser Arafat, Président du comité exécutif de l'OLP et Yitzhak Rabin, Premier ministre israélien en présence de Bill Clinton, Président des États-Unis – NDT).

¹¹ La Cour pénale internationale (CPI en français mais notée ICC, pour International Criminal Court, dans les revues anglo-saxonnes) est une juridiction pénale internationale permanente qui "peut exercer sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale" tels que le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre. Siégeant à La Haye, Pays-Bas, la CPI a été créée le 17 juillet 1998 suite à la signature du Statut de Rome et a une existence légale depuis 2002. Au 1^{er} octobre 2009, 110 États, à l'exception notable d'Israël et des États Unis, ont ratifié le Statut de Rome et acceptent l'autorité de la CPI – voir aussi:

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en#9 (NDT).

¹² Communiqué de presse de la Cour pénale internationale du 22 janvier 2009: "Visit of the Minister of Justice of the Palestinian National Authority, Mr. Ali Khashan, to the ICC" visible à: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/979C2995-9D3A-4E0D-8192-105395DC6F9A/280603/ICCOTP20090122Palestinerev1.pdf>

¹³ Souligné par l'auteur.

L'article suivant, 12(3), fait référence aux déclarations faites par les Etats qui ne sont pas partie du Statut:

Si l'accord d'un Etat qui n'est pas partie de ce Statut est nécessaire aux termes du paragraphe 2, cet Etat peut, par déclaration enregistrée auprès du secrétaire général, accepter l'exercice de la juridiction de la Cour pour le crime en question.

Ni Israël, ni la Palestine ne sont des Etats parties du Statut de Rome. Aussi la déclaration soumise par Ali Kashan, ministre de la Justice de l'Autorité Palestinienne se base sur l'article 12(3):

Conformément à l'article 12, paragraphe 3 du Statut de la Cour pénale internationale, le Gouvernement de Palestine reconnaît la juridiction de la Cour dans le but d'identifier, traduire en justice et juger les auteurs et les complices des actes commis sur le territoire de Palestine depuis le 1^{er} juillet 2002¹⁴.

Etant donné que cet article fait référence aux déclarations faites par des Etats, le "Gouvernement de Palestine" apparaît comme se positionnant lui même comme souverain *de facto* dans le cadre quelque peu ambigu du "Territoire de Palestine". Dans le contexte de ses premières analyses, actuellement en cours, à savoir si la Cour accepte la juridiction et commence une enquête sur la situation en "Palestine", le Bureau du secrétaire général doit donner une interprétation du terme "Etat" tel qu'il est employé dans l'article 12 du Statut de Rome.

Cet article cherche à revisiter le débat à propos de la souveraineté palestinienne à la fois tel qu'il a mijoté dans les cercles juridiques internationaux après la Déclaration d'indépendance de l'Etat de Palestine de 1988¹⁵ puis de la signature des Accords d'Oslo cinq ans plus tard¹⁶ et aussi dans le contexte des contestations mises en avant par Israël et les Palestiniens à la suite de l'"opération Plomb durci". Quand on étudie ce sujet, un certain nombre de questions ne réclament pas moins que de savoir de quel(s) territoire(s) ledit Etat est constitué, qui sont les autorités représentatives de cet Etat et, sans doute plus fondamentalement, comment un "Etat" est défini en droit international et pour quel but. Par conséquent cet article va brièvement revoir les concepts de la souveraineté en droit international et envisager leur application dans la situation palestinienne¹⁷ avant d'évaluer les normes juridiques pertinentes en relation avec le paradigme des droits humains qui s'est établi au front des lois internationales contemporaines.

¹⁴ Lettre soumise par le ministre de la Justice de l'Autorité palestinienne au secrétaire général de la Cour pénale internationale, "*Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court*", signée le 21 janvier et soumise le 22 janvier 2009. Visible à: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>

¹⁵ Voir par exemple: Francis Boyle, "Creation of the State of Palestine" (1990), *European Journal of International Law* 301; James Crawford, "The creation of the State of Palestine: too much too soon?" (1990), *European Journal of International Law* 307; Ruth Lapidoth & N.K. Calvo-Goller, "Les éléments constitutifs de l'État et la déclaration du Conseil National Palestinien du 15 novembre 1988" (1992), *Revue générale du droit international public* 777; James Prince, "The International Legal Implications of the November 1988 Palestinian Declaration of Statehood" (1989), *Stanford Journal of International Law* 681.

¹⁶ Voir par exemple: Joel Singer, "Aspects of Foreign Relations Under the Israeli-Palestinian Agreements on Interim Self-Government Arrangements for the West Bank and Gaza Strip" (1994), *Israel Law Review* 268; John Quigley, "The Israel PLO Agreements: Are They Treaties?" (1997), *Cornell International Law Journal* 717; Omar Dajani, "Stalled between seasons: The International Legal Status of Palestine During the Interim Period" (1997-98), *Denver Journal of International Law and Policy* 27; Tal Becker, "Self-Determination in Perspective: Palestinian Claims to Statehood and the Relativity of the Right to Self-Determination" (1998), *Israel Law Review* 301; Kathryn McKinney, "The Legal Effects of the Israeli-PLO Declaration of Principles: Steps Towards Statehood for Palestine" (1994), *Seattle University Law Review* 93.

¹⁷ Cet article ne se pose pas la question de savoir si un Etat palestinien dans les territoires occupés ou ailleurs est une solution désirable stratégiquement à la question palestinienne, ni à savoir si un tel Etat serait viable économiquement et politiquement, ni où se situeraient ses frontières, si le retrait des Israéliens des TPO est envisageable ...etc. Il se concentre seulement sur les critères pour la souveraineté du point de vue des lois internationales.

Conceptualisation de la souveraineté en droit international

Avant de tenter une définition ou se lancer dans toute discussion sur la souveraineté en droit international, il faut garder à l'esprit que James Crawford¹⁸, la plus grande autorité sur le sujet, a conclu qu' "il n'y a jamais eu de définition légale de la souveraineté acceptée de tous et satisfaisante"¹⁹. Les principaux contributeurs à la détermination de la souveraineté seront brièvement rappelés ci après.

Au XIX^e siècle une jurisprudence avant tout de nature positive positionnait son critère principal de souveraineté selon la doctrine de la "reconnaissance". Il s'agit d'une approche essentiellement subjective qui définit une entité comme Etat à travers sa reconnaissance par les autres Etats existants. Cette vision était clairement définie ainsi par Lassa Oppenheim²⁰: "Un Etat est et devient une personne internationale, seulement et exclusivement, par la reconnaissance"²¹. Une telle détermination de la souveraineté basée uniquement sur la reconnaissance, et non sur des critères objectifs, est connue comme l'approche constitutive des Etats²².

De plus, la reconnaissance est à la fois subjective et souvent politique, ce qui entraîne inévitablement des iniquités du fait qu' "une structure de pouvoir et de prise de décision est implicite à la doctrine car le pouvoir de *reconnaître* des nouveaux Etats est attribué à ceux qui sont déjà souverains"²³. Alors que la reconnaissance reste la norme de l'existence d'un Etat, cette approche qui définit la souveraineté entièrement par des actes de nature politique a été rejetée depuis longtemps avec la thèse de James Crawford –"que la création d'Etats est un sujet qui devrait en principe être régi par la loi internationale et non laissée à la discrétion d'autres Etats"²⁴ – maintenant largement acceptée. Des arguments persistent qui soutiennent la reconnaissance comme facteur décisif pour établir la souveraineté selon lesquels "l'érosion des critères juridiques de reconnaissance pourrait augmenter la propension, pour des mouvements sécessionnistes, à rechercher l'indépendance"²⁵. Ils proviennent de ceux qui défendent la persistance de la domination des Etats existants contre les peuples qui cherchent à exercer leur droit à l'autodétermination²⁶.

En plus de la reconnaissance, la souveraineté est maintenant déterminée par des critères juridiques objectifs. Sont généralement considérés comme critères classiques ou traditionnels de

¹⁸ James Crawford est professeur de droit international à l'Université de Cambridge depuis 1992 et doyen de la chaire de droit. Il a été successivement membre de la Commission de réforme de la loi australienne, membre de la Commission de droit international à l'ONU où il a travaillé sur les statuts de la CPI. Crawford a aussi été expert pour la CPI dans de nombreux procès internationaux: Lybie vs. Tchad, Croatie vs. Serbie et Géorgie v. Russie (NDT).

¹⁹ James Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007, 2^e édition) p. 37.

²⁰ Lassa Francis Lawrence Oppenheim (1858 –1919), juriste allemand considéré par beaucoup comme le père du droit international et en particulier du courant du droit théorique du positivisme juridique. En 1908 il obtint la distinction de Professeur Whewell de Droit international de l' Université de Cambridge (NDT).

²¹ Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise* (London: Longmans, 1912, 2^e édition) à 128.

²² A l'opposé, la théorie ou approche déclarative est basée sur des critères juridiques objectifs, la reconnaissance devenant la déclaration d'un fait existant de droit..

²³ Anthony Angie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) à 99.

²⁴ Voir James Crawford, *The Creation of States* à v: " Je ne vois pas comment, en toute cohérence, le droit international peut abandonner ces questions à la discrétion de chaque Etat comme l'implique la rhétorique de la reconnaissance".

²⁵ Jerusalem Centre for Public Affairs, "Reconnaissance international d'un Etat palestinien unilatéralement déclaré: dilemmes juridiques et politiques". Disponible (en anglais) à: <http://www.jcpa.org/art/becker1.htm>

²⁶ De ce point de vue, le Jerusalem Centre for Public Affairs, *ibid.*, fait explicitement référence, de façon négative, au risque potentiel de "dissolution" d'Etats comme l'Indonésie et la Chine par la seule vertu des mouvements pour l'autodétermination de Timor-Est et du Tibet (respectivement).

la souveraineté ceux qui sont définis dans l'article 1 de la Convention de Montevideo de 1933 sur les Droits et Obligations des Etats²⁷:

Un Etat, en tant que personne de droit international, doit posséder les qualifications suivantes: (a) une population permanente; (b) un territoire défini; (c) un gouvernement; et (d) la capacité à entretenir des relations avec les autres Etats.

Bien que fournissant toujours des repères utiles pour la souveraineté depuis près de 80 ans, la définition de la Convention de Montevideo est considérée insuffisante et, à un certain point, dépassée, même "éculée"²⁸. Par exemple, il est clair que la capacité à entretenir des relations avec les autres Etats n'est plus, dans le contexte actuel, une attribution exclusive des acteurs-Etat. Bien que ce soit une conséquence naturelle de la souveraineté, ce n'est pas une condition essentielle à la création ou à l'existence d'un Etat.

Le droit international a évolué de telle sorte qu'il positionne aujourd'hui la notion d'indépendance comme "critère central de la souveraineté"²⁹. Cette notion tire et incorpore des éléments clés de la définition de Montevideo; elle requiert essentiellement l'exercice exclusif ou substantiel de pouvoirs d'auto-administration par une communauté organisée sur un territoire particulier et l'absence de pouvoirs de gouvernance exercés par un autre Etat sur ce même territoire³⁰. La question de la souveraineté palestinienne doit donc être analysée sur les bases de cette conception de l'indépendance tout en faisant référence aux critères de Montevideo et sans écarter totalement la notion subjective de reconnaissance qui demeure, dans la pratique, une institution importante pour les Etats.

Etat ou sujet ? Le statut de la Palestine

La création, sous une forme ou une autre, d'un Etat palestinien avait été envisagée depuis au moins 1922 alors que la Palestine passait sous mandat britannique aux termes de l'article 22 du pacte de la Société des nations. Selon le Secrétaire d'Etat aux colonies de la Grande Bretagne:

Le gouvernement de Sa Majesté a conçu dans l'essence même du mandat de la Palestine, un mandat de classe A³¹ et, aux termes de l'article 22 du Pacte, que la Palestine devrait être administrée non comme une colonie permanente sous gouvernement britannique mais développée comme Etat, ou Etats, autogouverné(s) avec le droit à une évolution vers l'autonomie³².

Au moment du plan de partition de 1947, les différentes visions de cet Etat auront changé pour tenir compte des situations sociales et politiques dominantes mais sans toutefois arriver à fruition. L'annexe sur la Palestine contenue dans le pacte fondateur de la Ligue arabe en 1945 indiquait:

(...) Même si la Palestine n'était pas en mesure de contrôler sa propre destinée, c'est sur la base de la reconnaissance de son indépendance que les membres de la Société des Nations lui ont défini un système de gouvernement.

²⁷ 165 LNTS 19, (1934) 28 *American Journal of International Law (Supplement)* 75. Entré en application le 26 décembre 1934.

²⁸ James Crawford, *The Creation of States*, p. 437.

²⁹ James Crawford, *The Creation of States*, p. 62.

³⁰ James Crawford, "The creation of the State of Palestine: too much too soon ?" (1990), *European Journal of International Law* 307, p. 309.

³¹ La Société des Nations avait 3 catégories de mandats: la classe A pour les régions précédemment contrôlées par l'Empire ottoman, la classe B réservée à ceux du défunt empire colonial allemand en Afrique et la classe C les autres ex-colonies allemandes peu peuplées d'Afrique et les îles du Pacifique (NDT).

³² Voir la déclaration du 5 août 1937 de Mr William Ormsby-Gore, le Secrétaire aux Colonies de la Société des Nations, Commission des mandats permanents, minutes de la 32e session (extraordinaire) relative à la Palestine, à Genève, du 30 juillet au 18 août 1937, y compris le rapport de la Commission au Conseil; document n° C.330.M.222 1937. VI, p. 87.

En conséquence, son existence et son indépendance au sein des nations ne peuvent être, de jure, pas être remis en question, pas plus que l'indépendance de n'importe lequel des autres Etats arabes.

Même si les signes extérieurs de cette indépendance sont restés voilés pour des raisons de force majeure, ceux-ci ne constituent pas un obstacle à la participation de la Palestine au travail de la Ligue³³.

La Palestine est devenue officiellement membre de la ligue des Etats arabes le 9 septembre 1976 et le 15 novembre 1988 le Conseil national palestinien (CNP) a déclaré l'existence de l'Etat de Palestine, dans ce qui est connu comme "la Déclaration d'Alger"³⁴. Cette Déclaration était "une tentative d'affirmer la légitimité juridique internationale et indiscutable de la cause palestinienne"³⁵. Elle fut suivie par d'autres essais de la part de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP)³⁶ d'accéder à des traités internationaux et à arracher l'adhésion à différentes agences spécialisées de l'ONU. La récente déclaration du Ministre de la Justice de l'Autorité palestinienne (l'autorité intérimaire d'autogouvernement établie par les accords d'Oslo entre Israël et l'OLP en 1993) à la Cour pénale internationale apparait comme la poursuite de cette stratégie. Elle est destinée globalement à faire avancer l'aspiration politique de l'OLP à la souveraineté pour la faire concorder avec le cadre juridique de la solution à deux Etats établie par l'ONU et acceptée par la majorité de la communauté internationale pour la résolution de la question palestinienne. Tel n'est pas le sujet discuté dans cet article, à savoir si une telle solution est viable, désirable ou réaliste ou même s'il faut croire dans le paradigme bien établi que la construction des Etats est juste étant donné l'histoire de la décolonisation – un exemple approprié de victoire contre une domination étrangère. Il s'agit ici de vérifier si la revendication palestinienne à la souveraineté est soutenue par les principales normes du droit international brièvement décrites précédemment.

A première vue, un grand nombre des critères de la souveraineté semble être réunis dans le cas de la Palestine. Les Palestiniens, en tant qu'individus qui s'identifient à une patrie palestinienne, sont reconnus en tant que peuple avec un droit à l'autodétermination. Une partie de ce peuple, la population des territoires occupés – la vaste majorité de la population de ce territoire et vivant ensemble en une communauté organisée – pourrait être considérée comme constituant une "population permanente" pour les besoins des critères d'établissement de la souveraineté en droit international³⁷.

En termes d'exigence territoriale pour la souveraineté le communiqué politique du CNP joint à la Déclaration d'indépendance de la Palestine³⁸ fait référence aux résolutions 242 et 338 du Conseil de sécurité de l'ONU et parle de l'Etat palestinien exerçant son autorité sur les territoires occupés avec la Jérusalem arabe pour capitale. Elle précise que l'Etat serait compris de la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est et la Bande de Gaza. Cette formulation a été endossée par la résolution de l'Assemblée générale qui a suivi la Déclaration d'Alger affirmant "le besoin pour le

³³ Le Pacte du 22 mars 1945 et ses annexes sont visibles à : <http://www.mideastweb.org/arableague.htm> (NDT)

³⁴ Conseil national palestinien, Déclaration d'indépendance, 15 novembre 1988, UN Doc. A/43/827-S/20278, 18 Novembre 1988. (La Déclaration d'Alger est aussi visible, en français, à : http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/43/827&Lang=F - NDT)

³⁵ Omar Dajani, "Stalled between seasons: The International Legal Status of Palestine During the Interim Period", (1997-98) 26 *Denver Journal of International Law and Policy* 27, à 59.

³⁶ L'OLP a été reconnue par l'Assemblée générale des Nations unies et par le gouvernement d'Israël comme le représentant légitime du peuple palestinien. Voir la résolution 3236 de l'Assemblée générale de l'ONU du 22 novembre 1974, UN Doc. A/9361 à 128, ainsi que la lettre d' Yitzhak Rabin à Yasser Arafat (9 septembre 1993) reproduite dans *The Palestinian-Israeli Peace Agreement: A Documentary Record* (Institut d'études palestiniennes, 1993) à 129.

³⁷ Il faut toutefois noter qu'Israël aujourd'hui conserve l'ultime contrôle de cette population en matière d'état civil, de qui peut entrer et sortir des territoires, où ils peuvent habiter ... etc.

³⁸ Conseil national palestinien, *Communiqué politique*, 15 novembre 1988, traduction officielle (en anglais) à : <http://www.al-bab.com/Arab/docs/pal/pal4.htm>>. (Une version française est disponible sur le site de l'ONU à : http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/43/827&Lang=F p. 7 et suivantes – NDT)

peuple palestinien d'exercer sa souveraineté sur les territoires occupés depuis 1967³⁹. Ainsi, le territoire palestinien à l'intérieur de la ligne verte, territoire sur lequel le droit des Palestiniens à l'autodétermination est essentiellement reconnu, peut être considéré comme le "territoire défini" sur lequel la souveraineté palestinienne est réclamée. Il est établi en droit international que la démarcation légale des frontières d'un Etat n'est pas nécessitée par la stipulation du territoire défini⁴⁰. Toutefois, comme indiqué précédemment il est aussi établi que l'Etat doit effectivement exercer une autorité gouvernementale exclusive ou substantielle sur ce territoire.

C'est ce critère de gouvernement effectif – crucial pour la notion d'indépendance et donc de souveraineté – qui fait le plus obstacle à la revendication palestinienne de la souveraineté. Avant les accords d'Oslo, Israël gouvernait entièrement les territoires occupés tant dans les sphères militaires qu'administratives. L'OLP n'a jamais fonctionné comme un gouvernement dans les territoires occupés et a au mieux exercé quelques fonctions quasi-gouvernementales mais au niveau local. De plus un commentateur dans les années 1980 a déclaré que "dans la déroute présente, l'OLP ne peut apparemment pas effectuer la plus basique de toutes les fonctions essentielles d'une organisation prétendant représenter un peuple, à savoir conduire des négociations diplomatiques en leur nom"⁴¹.

A la suite des Accords d'Oslo l'Autorité palestinienne a été investie de fonctions gouvernementales dans les territoires occupés. Cependant, celles-ci ne s'appliquent que seulement sur une fraction du "territoire défini" revendiqué pour la souveraineté palestinienne et encore, en pratique leur exercice dépend largement du bon vouloir des autorités israéliennes. A ce jour, Israël contrôle et administre approximativement 60% de la Cisjordanie sur le papier⁴² et bien plus dans la pratique; l'Autorité palestinienne ne possédant, même symboliquement, aucune maîtrise ni pouvoir sur la capitale revendiquée de l'Etat, Jérusalem-Est. Sa compétence et son autorité définie par les Accords d'Oslo est même mise en doute dans certaines parties des territoires occupés en termes de juridiction territoriale. Comme Omar Dajani⁴³ le fait remarquer, l'AP "gouverne une population plus qu'un territoire"⁴⁴. Sur cette base on a décrit l'Autorité palestinienne comme "un organe provisoire de gouvernement local aux facultés restreintes"⁴⁵ plutôt qu'un pouvoir national indépendant souverain sur toutes ses affaires et tout son territoire.

Depuis 2007 la situation dans les territoires occupés témoigne d'une fragmentation et d'une polarisation croissantes des forces politiques de moins en moins conformes au "gouvernement stable et effectif"⁴⁶ nécessaire à la souveraineté. L'Autorité palestinienne fonctionne actuellement

³⁹ Résolution de l'Assemblée générale 43/177, UN Doc. A/RES/43/177 du 15 décembre 1988. Il n'est pas sans signification que les Accords d'Oslo reconnaissent "la Cisjordanie et la Bande de Gaza comme une seule entité territoriale". Agrément israélo-palestinien intérimaire sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza de 1995, Article XI.1.

⁴⁰ Voir par exemple la décision du Tribunal arbitral mixte polonais-allemand dans *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State* (1929) 5 A.D. No. 5, 14-15.

⁴¹ William O'Brien, "L'OLP dans le droit international" (1984) 2 *Boston University International Law Journal* 349, à 355

⁴² Selon l'*Agrément israélo-palestinien intérimaire sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza de 1995 (Oslo II)* la Cisjordanie est partagée en zones de 3 types différents. La zone A (autorité palestinienne totale, civile et sûreté) représentait 2% de la surface de la Cisjordanie; la zone B (autorité partagée: civile palestinienne, sûreté israélienne) 26%; la zone C (autorité israélienne totale) 72%. Les frontières de ces zones devaient être graduellement redessinées mais ont été gelées depuis le *Mémoire sur l'agenda d'implémentation des obligations signées en suspens et la reprise des négociations sur le statut permanent de Sharm el Sheikh en 1999* à 17%, 24% et 59% respectivement.

⁴³ Omar Dajani, né en 1970 au Texas est professeur associé de droit à l'Université du Pacifique, Sacramento, Californie. Il a été membre du groupe de soutien pour les négociations de l'OLP (NDT).

⁴⁴ Omar M. Dajani, *Stalled between seasons*, à 69. (L'article complet publié par le *Denver Journal of International Law and Policy* est disponible à: http://findarticles.com/p/articles/mi_hb3262/is_n1_26/ai_n28698324/?tag=content:col1 – NDT).

⁴⁵ James Crawford, *The Creation of States*, p. 444

⁴⁶ Rosalyn Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the UN* (London: Oxford University Press, 1963), p. 54.

en deçà de la loi fondamentale de la Palestine⁴⁷ dans une situation où deux autorités séparées et non élues conduisent deux parties distinctes du territoire palestinien. Hamas, le parti qui a obtenu la majorité aux dernières élections législatives (en 2006) et dirige *de facto* la Bande de Gaza, demeure à l'extérieur du cadre de l'OLP; OLP dont la légitimité de représentant du peuple palestinien est de plus en plus remise en question.

Dans un tel contexte le pouvoir du Ministre de la Justice du gouvernement d'une Autorité palestinienne non élue d'accepter la juridiction de la CPI – impliquant que le "Gouvernement de Palestine" serait détenteur de la souveraineté – peut alors être questionné. Et par conséquent, la motivation véritable derrière la décision de soumettre une telle déclaration à la CPI. Des critiques peuvent objecter qu'elle était destinée, non à faire avancer la cause de la justice internationale en permettant à la Cour d'enquêter et punir les violations des lois de la guerre (et par là d'en dissuader de futures), pas plus que de soutenir la volonté d'autodétermination et d'indépendance des Palestiniens mais plutôt de lui faire jouer un rôle dans la lutte pour le pouvoir politique (interne) et la légitimité (internationale) qui se poursuit entre Fatah et Hamas.

Même sans tenir compte de ses intentions cachées, il est clairement difficile de soutenir l'argument que l'Autorité palestinienne représente ce "gouvernement stable et effectif exerçant une autorité exclusive ou substantielle" sur les territoires occupés exigé par le droit international pour la reconnaissance *de jure* de la souveraineté. C'est sur ces considérations que la souveraineté palestinienne n'a pas été reconnue par les organisations internationales et les institutions juridiques.

En particulier, quand l'Assemblée générale de l'ONU a changé la désignation de la mission d'observation palestinienne de "OLP" à "Palestine" suivant en cela la Déclaration d'Alger de 1988, elle ne l'a pas promue du statut d'observateur à celui de membre d'un Etat. Le Conseil de sécurité a accepté que l'OLP participe aux sessions où des points concernant la Palestine étaient discutés⁴⁸ provoquant certains à affirmer que le Conseil était en train de traiter la Palestine comme un Etat⁴⁹ mais de telles invitations n'ont plus été faites ces dernières années. Quand la Mission permanente d'observation de la Palestine de l'ONU à Genève soumit une "communication" à la Suisse en 1989 afin d'accepter les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels⁵⁰, le gouvernement suisse décida que

(...) étant donné l'incertitude au sein de la communauté internationale sur d'existence ou la non-existence de l'Etat de Palestine (...) le gouvernement suisse, dans sa capacité de dépositaire des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels, n'est pas en mesure de décider si cette communication peut être considérée comme un instrument d'accession au sens des dispositions appropriées des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels⁵¹.

A cette époque, l'OLP avait aussi fait des demandes d'inscription comme membre à l'Organisation mondiale de la santé et à l'UNESCO et, dans les deux cas, ces organismes avaient reporté leur décision sur la base du manque de clarté du statut de la Palestine en tant qu'Etat⁵².

⁴⁷ La Palestine ne possède pas de constitution mais une Charte datant de 1964 et plusieurs fois amendée ainsi qu'une loi fondamentale (Basic Law) dont la première version a été ratifiée par Yasser Arafat en 2002. Les textes sont disponibles à: <http://www.palestinianbasiclaw.org/> (NDT).

⁴⁸ UN SCOR 44^{ème} session, 2841^{ème} réunion, UN Doc. S/PV.2841 (1989).

⁴⁹ John Quigley, "Les accords Israël-OLP: sont-ils des traités ?" (1997) 30 *Cornell International Law Journal* 717, à 722. Selon les règles de procédure du Conseil de sécurité, seuls les Etats peuvent participer à de telles sessions. Voir la règle 14 du Conseil de sécurité sans *Provisional Rules of Procedure*, UN Doc. S/96/Rev.4 (1946) à: <http://www.un.org/Docs/sc/scrules.htm>.

⁵⁰ Voir: <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/genevaconventions> (NDT)

⁵¹ Ambassade de Suisse, note d'information envoyée aux parties contractantes majeures des Conventions de Genève, 13 septembre 1989.

⁵² Voir WHO A42/VR/10, 12 mai 1989 et UNESCO 132 EX/31, 29 septembre 1989, respectivement.

Plus récemment, la Commission d'enquête sur les droits de l'homme des Nations Unies établie pour investiguer leurs violations dans les territoires occupés après le déclenchement de la 2^e intifada a trouvé que "la Palestine, en dépit d'une large reconnaissance, n'assure toujours pas les critères de souveraineté acceptés"⁵³. De la même façon, dans son avis sur la légalité du mur construit par Israël en Cisjordanie, la Cour internationale de justice⁵⁴ a considéré la souveraineté palestinienne comme non-établie:

La Cour considère comme un devoir d'attirer l'attention de l'Assemblée générale à qui le présent avis est adressé, sur la nécessité d'encourager les efforts en vue d'achever au plus tôt, sur la base du droit international, une solution négociée sur les problèmes en suspens et pour l'établissement d'un Etat palestinien⁵⁵.

Ainsi, pour le droit international, le point de vue dominant est que cet Etat n'existe toujours pas, bien que le peuple palestinien soit parfaitement habilité à l'autodétermination dans le cadre d'une souveraineté indépendante. Alors qu'environ 100 Etats ont officiellement reconnu la Palestine et établi diverses formes de relations diplomatiques avec l'OLP comme représentant du peuple palestinien, une ample doctrine juridique internationale dicte que la notion d'indépendance prend la prééminence pour déterminer la souveraineté. En effet, pratiquement de tous les éléments qui servent à juger de la souveraineté, l'indépendance revient toujours en première place. Le dernier point de l'article 1 de la Convention de Montevideo de 1933, *la capacité à entretenir des relations avec les autres Etats* (ce que l'OLP et l'AP possèdent en partie), est largement contesté dans la mesure où il ne reflète pas la pratique du droit international qui est maintenant plus correctement interprété comme "indépendant d'une domination étrangère"⁵⁶. Il est notable que dans les années 1960, Rosalyn Higgins⁵⁷, faisant allusion à ce 4^e critère pour la souveraineté parlait de "le critère fondamental de population, territoire défini, gouvernement effectif et stable et **indépendance souveraine**"⁵⁸. Loin de ces considérations sur l'indépendance des Palestiniens dans les territoires occupés, une étude récente réalisée par des chercheurs et spécialistes en droit suggère que, non seulement Israël occupe militairement la Cisjordanie (y compris Jérusalem-Est) et la Bande de Gaza, mais aussi qu'il s'y est engagé dans des pratiques et y a mis en place un système de gouvernance et de contrôle qui violent l'interdiction du colonialisme dans la loi internationale⁵⁹. Celle-ci est définie dans la Déclaration d'octroi de l'indépendance aux peuples et pays coloniaux⁶⁰ ainsi que dans d'autres instruments juridiques. En dépit de la propre genèse d'Israël en tant qu'Etat de colonisation, il peut être montré qu'il pratique bien le colonialisme, comme défini par le droit international, dans les territoires occupés.

⁵³ Rapport de la *Commission d'enquête sur les droits de l'homme des Nations Unies établi suivant la résolution de la Commission S-5/1 du 19 octobre 2000*, UN Doc. E/CN.4/2001/121, 16 mars 2001, para. 39.

⁵⁴ A ne pas confondre avec la CPI (cf. note 11). La Cour internationale de justice (CIJ), qui siège à La Haye, Pays-Bas, a été créée en 1946 (article 92 de la Charte des Nations unies). Elle a pour principales fonctions de régler des conflits juridiques entre États (alors que la CPI s'adresse à des personnes) et de donner un avis sur des questions juridiques présentées par des organes et agences internationaux agréés et par l'Assemblée générale des Nations unies (NDT).

⁵⁵ *Conséquences juridiques de la construction d'un mur en territoire palestinien occupé, avis de la CIJ du 9 juillet 2004*. ICJ Reports, 2004, 136 à 201, para.162. Souligné par l'auteur.

⁵⁶ Yoram Dinstein, *La loi internationale et l'Etat* (New York: Schocken, 1971, édition en hébreu), p. 98.

⁵⁷ Rosalyn Higgins, officiellement Her Excellency Dame Rosalyn Higgins, DBE, QC (ces 2 derniers sigles représentant sa décoration de l'ordre de l'Empire britannique et son titre de conseiller juridique de la reine) est née en 1937. C'est une importante juriste britannique spécialisée dans le droit international qu'elle a enseigné dans les établissements les plus prestigieux. Elle a été la première femme élue présidente de la Cour internationale de justice de 1995 à 2009. (NDT).

⁵⁸ Rosalyn Higgins, *Le développement de la loi internationale*, p. 54. Souligné par l'auteur.

⁵⁹ Voir Human Sciences Research Council of South Africa, *Occupation, colonialisme, apartheid ? Une réévaluation des pratiques d'Israël dans les territoires occupés sous la loi internationale* (Cape Town: Human Sciences Research Council, mai 2009), à 40-48, and 120-151. Le rapport est disponible (en anglais) à: www.hsrc.ac.za/Document-3227.phtml

⁶⁰ Résolution de l'Assemblée générale 1514 (XV), 14 décembre 1960. (Ce document peut être vu à: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0152/88/IMG/NR015288.pdf?OpenElement> – NDT)

Un certain nombre de problèmes, tous individuellement contraires au droit, montrent de façon évidente qu'Israël dirige les territoires occupés comme une colonie. e.g. violation de l'intégrité territoriale, pratiques délibérées d'installation d'implantations⁶¹ contraires au droit international humanitaire⁶², capacité à l'auto-gouvernance de la population occupée rendue impossible, modification des lois en cours et mise en application de celles de l'occupant, intégration de l'économie des territoires occupés à celle d'Israël, violation permanente de la souveraineté de la population occupée sur ses propres ressources naturelles et suppression du droit des Palestiniens à exprimer librement, développer et pratiquer leur culture. Ainsi "la mise en place par Israël d'une politique coloniale ne s'est pas produite petit à petit mais de façon systématique et exhaustive, tout comme l'exercice du droit des Palestiniens à l'autodétermination a été découragé dans tous ses principaux modes d'expression"⁶³.

Bien qu'il semble évident qu'un territoire se trouvant de fait sous administration coloniale ne peut pas être un Etat indépendant, une nation préexistante qui serait aujourd'hui occupée, annexée ou colonisée ne perdrait pas nécessairement son statut d'Etat⁶⁴. Toutefois, dans le contexte palestinien, les normes du droit international ont été interprétées pour dire qu'un Etat préexistant garderait sa souveraineté sous occupation étrangère mais "qu'il serait en effet anormal de prétendre qu'un Etat puisse obtenir suffisamment d'indépendance et de souveraineté alors qu'il fonctionne au même moment en étant sujet à l'occupation militaire hostile d'une puissance étrangère"⁶⁵. Sans surprise, sur la base d'une telle jurisprudence dans le cas de la Palestine, James Crawford en tire la conclusion générale "qu'une entité réclamant la souveraineté alors qu'elle a été créée pendant une période d'occupation militaire doit être présumée comme étant non indépendante"⁶⁶.

Il a été noté que l'indépendance implique l'absence de l'exercice de tout pouvoir de gouvernance par un autre Etat. Tant que la population palestinienne dans les territoires occupés reste sous occupation hostile et est sujette au système colonial (dans un monde supposé "postcolonial") d'une force étrangère, il serait incompatible avec les normes actuelles du droit international de soutenir qu'un Etat de Palestine existe en droit. Le colonialisme est illégal toutefois; l'histoire de la décolonisation démontre que l'indépendance est ce qui a été en général recherché et accompli afin de remédier à ce type de situation illégale. Dans de tels cas, le droit à l'autodétermination a entraîné celui à la souveraineté.

Pour le bénéfice de qui ? Souveraineté et droit à l'autodétermination

Dès sa conception, la raison d'être du droit international était de gouverner les relations entre Etats souverains. Il a été soutenu que la doctrine de la souveraineté elle-même a été forgée afin de créer un système juridique qui pourrait régler les relations entre les puissances européennes et les peuples non-européens dans les confrontations coloniales à partir de l'invasion

⁶¹ L'anglais "settlement" se traduit habituellement en français par "colonie" alors qu'il vaudrait mieux utiliser "implantation" qui est aussi la traduction de l'hébreu "התנחלות" utilisé par les Israéliens (NDT).

⁶² L'article 49(6) de la 4e Convention de Genève interdit à une puissance occupant de transférer sa propre population dans le territoire qu'il occupe. Il s'agit précisément "de prévenir une pratique adoptée par des puissances pendant la 2e Guerre Mondiale qui ont transféré certaines portions de leurs propres populations sur des terres qu'elles occupaient pour des raisons politiques et raciales ou bien afin, comme elles le prétendaient, de coloniser ces territoires". Voir Jean Pictet, *Commentary, IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Genève: Comité international de la Croix rouge, 1958), à 283.

⁶³ Human Sciences Research Council, *Occupation, Colonialism, Apartheid ?*, à 151.

⁶⁴ Cas du Koweït annexé par l'Iraq et occupé au début des années 1990.

⁶⁵ *Knox vs. Palestine Liberation Organization*, 306 F Supp 2d 424, à 437 (SDNY, 2004).

⁶⁶ James Crawford, *The Creation of States*, p. 148.

des Amériques par les Espagnols⁶⁷. Les puissances impériales ont développé un cadre normatif dans lequel elles s'autoproclamaient souveraines tout en déniaient le droit à la souveraineté des peuples indigènes des terres qu'elles colonisaient. Ceci leur permettait, en toute légalité, de pouvoir acquérir des territoires et d'en exploiter les ressources. La jurisprudence positiviste du XIXe siècle qui a réitéré que "le droit international est le corpus des règles qui dominent les relations entre Etats"⁶⁸ a consolidé ce cadre tout en prévenant les peuples non-européens d'y opposer la moindre opposition en les concevant comme des entités non-souveraines ne possédant pas de personnalité juridique.

Sans aucun doute, cette genèse traîne toujours son héritage imprimé dans le droit international contemporain avec la primauté de l'Etat et des acteurs du droit international: "Etat parties" ou "Hautes Parties contractantes". Ces notions continuent d'opérer comme principe de base du système juridique international⁶⁹ malgré le paradigme des droits de l'homme qui a fait surface entre temps. James Crawford souligne cette corrélation entre droit et réalités de la politique quand il note que "la primauté politique des Etats sur d'autres acteurs internationaux, quelle que soit leur qualifications, continue, la souveraineté demeurant le type central de personnalité juridique"⁷⁰.

Le résultat en est une lacune du droit international: par opportunisme politique des nations ou des peuples qui sont de toute évidence habilités à l'indépendance sont abandonnés du mauvais côté de "la ligne trouble située entre souveraineté et non-souveraineté"⁷¹. Ils sont ainsi exclus de tout rêve de pouvoir et en conséquence resteront des subordonnés.

Que les normes qui ont traditionnellement déterminé souveraineté et structure d'Etat en droit international donnent la primauté aux relations diplomatiques sur les droits des peuples est une évidence quand on fait le parallèle entre Vatican et Palestine. Les Nations Unies qui, selon John Dugard⁷² "sont devenues pour des raisons pratiques l'arbitre de la reconnaissance de la souveraineté dans le processus d'admission ou de non-reconnaissance"⁷³ ont délivré un statut d'observateur au Saint Siège, le gouvernement du Vatican⁷⁴ en 1964⁷⁵. De même, le statut d'observateur a été délivré à l'OLP en 1974⁷⁶ et, à la suite de la Déclaration d'Alger de 1988, la désignation de la mission d'observateurs de l'OLP a été changée en "Palestine"⁷⁷. Cependant, alors que quelques privilèges supplémentaires étaient accordés à la mission des observateurs palestiniens⁷⁸, ce changement a été effectué sans amender le statut existant des observateurs de

⁶⁷ Voir par exemple, Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and The Making Of International Law*, (en anglais) Cambridge University Press, 2004. 378 p.

⁶⁸ John Westlake, *Chapters on the Principles of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1894), p. 1

⁶⁹ Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and The Making Of International Law*, à 33, 43

⁷⁰ James Crawford, *The Creation of States*, à ix.

⁷¹ John Quigley, "Les accords Israël-OLP: sont-ils des traités ?" (1997) 30 *Cornell International Law Journal* 717, à 717

⁷² John Dugard est né en 1936 en Afrique du Sud. Professeur de droit, il a fait partie de la Commission de Vérité en Afrique du Sud. En 2000 il a été ensuite nommé par l'ONU Rapporteur Spécial pour les Droits de l'Homme en Cisjordanie et dans la bande de Gaza. Il est aussi membre du comité de parrainage du Tribunal Russell sur la Palestine.

⁷³ John Dugard, *Recognition and the United Nations* (Cambridge: Grotius, 1987), à 126

⁷⁴ L'Etat de la Cité du Vatican a été créé aux termes des accords du Latran entre le Saint-Siège et l'Italie à Rome le 11 février 1929. Ils comprennent aussi une convention financière et l'établissement du concordat.

⁷⁵ Voir la résolution 58/314 de l'Assemblée générale, 16 juillet 2004.

⁷⁶ Résolution 3237 (XXIX) de l'Assemblée générale, 22 novembre 1974.

⁷⁷ Résolution 43/177 de l'Assemblée générale, 15 décembre 1988.

⁷⁸ Comme par exemple le droit d'avoir ses "communications relatives au travaux et aux sessions de l'Assemblée générale publiées et diffusées directement et sans intermédiaire". Résolution de l'Assemblée générale, 9 décembre 1988.

l'OLP d'*entité* à celui d'Etat. A l'opposé, le statut d'observateur du Saint-Siège est celui d'un Etat non-membre⁷⁹.

Ceci reflète un consensus: "il est clair que le Vatican est considéré comme un Etat en droit international, en dépit de sa taille et de sa situation particulière" et, en dépit du fait que "dans son cas, les critères de souveraineté sont marginalement (au mieux) conformes"⁸⁰. En effet, en dehors de la taille minuscule de son territoire, la population du Vatican s'élève à 900 personnes: principalement des membres du clergé et les Gardes suisses pontificaux, tous non permanents. La citoyenneté est accordée *iuri officii*⁸¹ aux employés du Vatican et leur est généralement retirée à la fin de leur emploi. Les enfants de sexe masculin perdent automatiquement leur nationalité vaticane quand ils atteignent 25 ans; quand à ceux de sexe féminin, ils la perdent au moment du mariage⁸². Le Saint-Siège est totalement indépendant dans les sphères législatives et judiciaires mais par contre se repose – parfois totalement – sur l'Italie dans des domaines fonctionnels comme le maintien de l'ordre, les transports, les communications, l'eau et les services sanitaires.

Que la Cité du Vatican – qui existe non pour y faire vivre une population nationale permanente mais plutôt pour servir de base d'opération pour une puissante entité globale et non-étatique, l'Eglise catholique romaine – soit établie en tant qu'Etat en droit international nous indique que la loi définissant la souveraineté a été originellement conçue pour faciliter les relations diplomatiques entre souverains plutôt que pour défendre les droits des citoyens ou des sujets de ces souverains.

En même temps, le fait que la Cité du Vatican ait été depuis longtemps établie comme un Etat en droit international alors qu'elle ne remplit pas tous les critères légaux traditionnels de la souveraineté est la preuve de l'existence d'un certain degré de flexibilité dans l'interprétation des normes qui la définissent et où les circonstances prévalent. Sur ce sujet, Rosalyn Higgins a fait allusion à "l'utilisation appropriée d'une flexibilité d'interprétation des critères [juridiques traditionnels] en fonction des conditions dans lesquelles la demande est faite"⁸³. En principe, ce degré de flexibilité aurait dû être utilisé principalement pour faciliter la diplomatie entre puissances souveraines. A la lumière du fait que "le droit international n'est plus une discipline marginale qui réfléchit de temps en temps aux désaccords diplomatiques sur la guerre et la paix"⁸⁴ mais qui affecte des individus et des communautés à travers le monde, quotidiennement, dans tous les aspects de leur vie, on aurait pu aussi, aujourd'hui, considérer l'utilisation de cette flexibilité de façon plus large.

Ainsi, l'argument suivant pourrait être émis dans le cadre du développement du droit international depuis 1945. Le Procureur de la Cour pénale internationale (CPI)⁸⁵ a un certain degré de liberté pour déclarer que même si la Palestine n'a pas encore satisfait aux critères traditionnels pour constituer un Etat souverain indépendant *de jure*, en regard aux lois publiques internationales, l'affirmation palestinienne à un Etat pour les besoins de la juridiction de la CPI sur les crimes internationaux pourrait recevoir une interprétation plus large. Ceci permettrait une application plus universelle de la justice internationale et du Statut de Rome⁸⁶. Une telle

⁷⁹ La résolution 58/314 de l'Assemblée générale rappelle que "le Saint-Siège est devenu un Etat Observateur Permanent aux Nations Unies le 6 avril 1964."

⁸⁰ James Crawford, *The Creation of States*, à 225, et en general à 221-233.

⁸¹ Ou *juri officii*, de droit à cause de la nature de la charge (NDT).

⁸² James Crawford, *The Creation of States*, à 223, qui fait référence à la Loi relative la citoyenneté et à la résidence au Vatican du 7 juin 1929: 130 BFSP 1018.

⁸³ Rosalyn Higgins, *The Development of International Law*, p. 54.

⁸⁴ Balakrishnan Rajagopal, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), à 2.

⁸⁵ cf. note 11. Le Procureur de la CPI est élu pour 9 ans par l'Assemblée des États parties; son rôle est d'enquêter et de rassembler des preuves à présenter lors d'un procès (NDT).

⁸⁶ Il est utile de rappeler que, bien entendu, une compétence de la CPI sur la Palestine lui permettrait d'enquêter sur les délits internationaux commis par des Israéliens comme par des Palestiniens et de les traduire en justice.

interprétation pourrait se fonder sur la notion du droit à la souveraineté pour lequel James Crawford a noté:

"... on peut dire que les développements du droit international depuis 1945 (...) ont modifié la conception de la souveraineté de celle impliquée par la formulation de la Convention de Montevideo. Il y a eu une certaine dérive de la notion d'Etat comme étant une communauté effectivement installée sur un territoire indépendant des autres Etats. A la place, ce sont les notions comme l'habilitation et d'incapacité à être considéré comme un Etat qui ont eu le plus d'influence, au moins dans certaines situations"⁸⁷.

Depuis 1945, le principe d'autodétermination a aussi été cristallisé en un droit des peuples qui doit être respecté. Ceci a amené Mahmoud Bassiouni⁸⁸ à décrire l'auto-détermination comme un "concept attrape-tout qui existe en tant que principe, se développe en un droit dans certaines circonstances, se déroule comme un processus et résulte en un remède"⁸⁹. Il est incontestable que, selon la loi internationale, les Palestiniens forment un peuple ayant droit à l'autodétermination. Comme Catriona Drew⁹⁰ le fait remarquer, la loi de l'auto-détermination a toujours été liée aux notions de souveraineté et de possession d'un territoire, même dans le cadre du paradigme des droits humains⁹¹. Dans le contexte palestinien le remède désiré a été exprimé par les représentants déclarés du peuple palestinien – et reconnus par les institutions juridiques internationales: un Etat indépendant et une souveraineté permanente sur le territoire et les ressources naturelles de la Palestine auto-définie comme la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est et la bande de Gaza⁹².

Bien entendu, le processus qui s'étend entre l'établissement d'un droit et sa réalisation ne se déroule jamais sans anicroche, et cela est bien le cas dans l'exercice de l'autodétermination des Palestiniens, un mécanisme bloqué depuis trop longtemps dans un processus de paix lassant, pesant et inefficace. Bien que soit largement répandue la reconnaissance du droit des Palestiniens à un Etat, des facteurs politiques en ont empêché la création jusqu'à aujourd'hui.

⁸⁷ James Crawford, *"The creation of the State of Palestine"*, p. 310.

⁸⁸ Mahmoud Cherif Bassiouni est expert auprès des Nations Unies sur les crimes de guerre. Il possède de nombreuses distinctions universitaires aux Etats-Unis (dont Distinguished Research Professor à la DePaul University College of Law, Chicago), en Egypte et en Allemagne et est président de plusieurs instituts dans le domaine des droits de l'homme ou des sciences criminelles. Il a aussi dirigé l'Association internationale de droit pénal (1974-2004). Habilité auprès d'un grand nombre de tribunaux, il a participé à de nombreux procès internationaux, certains impliquant des Etats. Il a reçu de nombreuses distinctions dont le Prix pour le droit international de La Haye en 2007 et a été présenté au prix Nobel en 1999 (remporté par Médecins sans frontières). Auteur de nombreuses publications dont certaines ont été citées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (NDT).

⁸⁹ Mahmoud Cherif Bassiouni, "Self-determination" and the Palestinians' (1971) 65 *Proceedings of the American Society of International Law* 31, à 32.

⁹⁰ Dr Catriona Drew enseigne actuellement le droit international à l'Ecole d'études orientales et africaines (SOAS) à l'Université de Londres. Elle a aussi collaboré au cursus sur les droits de l'homme à Harvard et à l'Institut pour le droit et la justice internationaux de l'Université de New York. Elle est co-directeur du Centre pour l'étude du colonialisme, de l'Empire et du droit international à la SOAS; ses recherches sont centrées vers le droit international à l'autodétermination.

⁹¹ Catriona Drew, 'The East Timor story: international law on trial' (2001) 12 *European Journal of International Law* 651 at 663. En effet, la souveraineté est la première des conséquences politiques ou des expressions de l'autodétermination, comme exprimé dans la déclaration de l'Assemblée générale sur les principes du droit international concernant les relations amicales et la coopération entre Etats selon les termes de la Charte des Nations Unies (1970):

L'établissement d'un Etat souverain et indépendant, la libre association ou intégration à un Etat souverain indépendant ou l'émergence en tout autre statut politique librement déterminé par un peuple constituent des modes d'accomplissement du droit à l'autodétermination de celui-ci.

⁹² Toutefois l'ensemble des implications pour le peuple palestinien doivent être considérées. L'idée d'une solution juste dicte que si l'autodétermination palestinienne doit être exercée par la création d'un Etat palestinien dans les TPO, elle doit se faire dans un cadre qui permet aussi de tenir compte des droits des Palestiniens citoyens d'Israël, pas vraiment à égalité dans leur Etat et de ceux des réfugiés palestiniens.

On peut argumenter que le procureur de la Cour pénale internationale devrait adopter une approche plus ouverte basée sur les droits humains et moins formelle sur la question de l'Autorité palestinienne pour accepter la juridiction de la Cour. Une telle position irait dans le sens du développement du droit international depuis la Seconde Guerre mondiale qui a vu dans certains cas "une renonciation progressive des Etats à leur souveraineté en faveur des individus et de la primauté de l'ordre juridique"⁹³.

La "flexibilité" dont parle Rosalyn Higgins a déjà été employée pour déterminer l'état de souveraineté d'entités pas suffisamment importantes pour être considérées comme indépendantes mais qui étaient établies en tant qu'Etats. Bien que limités, de tels exemples existent⁹⁴. C'est par exemple le cas de la Guinée-Bissau dont l'Assemblée générale de l'ONU a accueilli "l'accession à l'indépendance du peuple de Guinée-Bissau, créant ainsi l'Etat souverain de la République de Guinée-Bissau"⁹⁵ alors que "l'occupation par les forces armées du Portugal de certains secteurs de la République de Guinée-Bissau et que leur nombre grandissant d'actes d'agression contre le peuple de Guinée-Bissau"⁹⁶ continuaient toujours. La Guinée-Bissau a largement été reconnue comme un Etat bien avant qu'un quelconque accord avec le Portugal lui assurait l'indépendance, bien avant que les critères traditionnels de l'indépendance et du contrôle effectif soient réunis. Ceci suggère une conclusion: dans le cas où un mouvement national de libération soutenu par la population contrôle une part substantielle de son territoire, le principe d'autodétermination peut étayer et légitimer une détermination de souveraineté pour une entité dans des circonstances dans lesquelles la reconnaissance de sa souveraineté serait dans d'autres cas prématurée⁹⁷.

Le fait du précédent est aussi illustré de façon frappante par ce qui est aujourd'hui devenu, sans aucune préparation effective, la République Démocratique du Congo. Son accession à l'indépendance, en 1960, s'est produite alors que le gouvernement central congolais était divisé en deux factions, toutes deux se prétendant être le gouvernement légitime, pendant la présence permanente de troupes belges et de mercenaires, en dépit des résolutions répétées de l'ONU, et avec un besoin d'aide internationale à grande échelle⁹⁸. (Une situation pas si différente de ce que l'on peut constater dans les Territoires palestiniens occupés !) James Crawford a d'ailleurs écrit à ce sujet:

*"Il aurait été difficile d'imaginer un gouvernement moins effectif. Malgré tout, en dépit de cette situation, on peut dire sans trop de doute que le Congo était un Etat dans le plein sens du terme. Il a été largement reconnu. Sa demande pour être membre de l'ONU a été approuvée sans aucune opposition"*⁹⁹.

La justification est que "l'obligation d'avoir un 'gouvernement' est moins rigoureuse qu'on ne le pensait, au moins dans certains contextes particuliers"¹⁰⁰, ce qui montre encore le degré de flexibilité disponible quant à la détermination de la souveraineté. Le "contexte particulier" du Congo était que la Belgique avait abandonné toutes prétentions sur l'ensemble du territoire congolais, indiquant ainsi qu'il n'existait aucune personne internationale ne pourrait objecter à la reconnaissance du Congo. Bien que l'on peut argumenter que ce précédent s'applique à la situation de la bande de Gaza, la détermination d'un Etat palestinien dans la totalité des territoires occupés en 1967 serait plus problématique, et pas pour le moins à Jérusalem-Est pour laquelle Israël affirme sa totale souveraineté. Quand une prétention concurrente à un territoire donné existe, des conditions plus drastiques en matière d'exercice stable et effectif de l'autorité de

⁹³ Voir Jean Pictet, *Commentary, IV Geneva Convention*, à 71, en relation à l'Article 7 de la 4^e Convention qui stipule qu'aucun arrangement entre Etats ne doit affecter les droits des personnes protégées. (NDT - Jean Pictet, 1914-2002, était docteur en droit de l'Université de Genève et un haut dirigeant du Comité international de la Croix-Rouge).

⁹⁴ James Crawford, 'The creation of the State of Palestine', p. 310.

⁹⁵ Résolution de l'Assemblée générale n° 3061 (XXVIII) du 2 novembre 1973.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ James Crawford, *The Creation of States*, p. 387.

⁹⁸ Voir James Crawford, *The Creation of States*, p. 56-57, et ses références à d'autres autorités.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 57.

¹⁰⁰ *Ibid.*

gouvernement se font jour pour que le mouvement séparatiste ou d'autodétermination puisse obtenir la souveraineté.

Conclusion

Le 15 novembre est le "Jour de l'indépendance", une fête nationale en Cisjordanie et à Gaza. Il faut noter toutefois l'ostensible absence de festivités et de célébrations de l'indépendance — du genre de celles que l'on peut constater dans la plupart des pays — ni officielles, ni de la rue.

La loi est toujours un produit qui reflète la société et le temps à laquelle elle a été écrite. La doctrine de la souveraineté et un grand nombre des normes qui gouvernent la création des Etats ont été exposées et ont évolué pendant la période coloniale, principalement afin de bénéficier aux puissances d'alors. L'héritage de ces origines persiste aujourd'hui. Malgré l'émergence et l'affirmation de droits humains universels et le principe (et le droit) d'autodétermination, beaucoup de lois internationales donnent toujours le bénéfice de l'antériorité aux Etats existants par rapport aux peuples ou aux nations "sans-Etat". Selon une jurisprudence établie, l'exigence que la "Palestine" soit un Etat indépendant *de jure* qui exerce une gestion effective sur un territoire défini est impossible à soutenir. Toutefois, étant donné que la Convention de Montevideo¹⁰¹ et beaucoup de normes relatives à la définition de l'Etat datent d'un temps où le principe d'autodétermination n'était pas reconnu dans les lois internationales, une approche progressiste à la souveraineté avec en vue de faire avancer la cause de la justice internationale ne serait pas inconciliable avec l'évolution universelle des droits de l'homme.

On a présenté au Procureur de la CPI une invitation à encourager un tel progrès et à élargir le champ de compétence du Statut de Rome, ce qu'il peut faire en prenant une approche ouverte sur le concept de souveraineté, afin d'accepter la juridiction des crimes internationaux commis en Palestine aux termes de l'article 12(3) du Statut. Une telle approche ne serait pas incompatible avec d'autres précédents en droit international, précédents dus à l'existence d'Etats postcoloniaux dont la souveraineté a été reconnue, sur la base de la seule autodétermination, avant que les critères objectifs de souveraineté aient été satisfaits.

Dans son avis consultatif sur la Namibie, la Cour internationale de Justice (CIJ)¹⁰² avait indiqué que, en tant que partie lésée, le peuple de Namibie "devrait se tourner vers la communauté internationale pour demander assistance dans sa marche vers [l'autodétermination]"¹⁰³. La même règle s'applique au peuple palestinien, la communauté politique internationale, ayant complètement échoué à fournir ce type d'assistance, devant se conformer à ses obligations d'amener le colonialisme à "une fin rapide et sans conditions" et à prendre des mesures collectives conduisant à l'autodétermination des Palestiniens¹⁰⁴ se retrouve avec une croix de plus en plus lourde à porter. De ce point de vue, le Procureur de la CPI – acteur important de cette communauté mais qui n'est pas limité par les contraintes du système onusien – a une opportunité de renforcer la primauté et la pertinence des droits de l'homme et de la justice sur la puissance militaire et politique.

¹⁰¹ La Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des Etats – et dont il a déjà été fait référence plus haut – est un traité signé, le 26 décembre 1933 à Montevideo, Uruguay, entre Etats américains et considéré comme le départ de la politique de bon voisinage de Roosevelt. Le texte complet de la Convention est visible à : http://avalon.law.yale.edu/20th_century/intam03.asp (NDT).

¹⁰² Voir note 54.

¹⁰³ Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, rapport 1971 de la CIJ, de 6 à 56 § 127: <http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>. La résolution 276 est accessible à : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/260/27/IMG/NR026027.pdf?OpenElement> (NDT).

¹⁰⁴ Résolution 1514 de l'Assemblée générale de l'ONU, 14 décembre 1960, accessible à <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/152/88/IMG/NR015288.pdf?OpenElement> (NDT).

Accepter la juridiction de la CPI ne pourrait conduire à la fin de l'occupation des territoires palestiniens et à cet égard, la plus grande précaution s'impose. Alors que la découverte du principe d'un Etat palestinien dans le contexte du Statut de Rome peut, à court terme, faire avancer la cause de la justice pour les Palestiniens et les Israéliens victimes de crimes de guerre, les implications plus larges en termes de droits humains dans le cadre du conflit doivent être considérées. Si ces éléments ne conduisent pas à un retour aux frontières d'avant 1967 et assorties d'un plan de démantèlement des infrastructures de l'occupation, ceux-ci feraient courir le risque de faire naître un Etat de type "bantoustan" dans les territoires palestiniens occupés.