
Le droit au secours de la paix en Palestine

Monique Chemillier-Gendreau

Les situations qui perdurent pendant des décennies en produisant des suites ininterrompues de souffrances relèvent généralement de problématiques mal posées. Il en va ainsi du conflit israélo-palestinien. La logique imposée jusqu'ici par la société internationale s'avère impropre à servir de cadre à un processus de paix effectif. Il faut donc retourner aux sources de la problématique, en vérifier et éventuellement en contester la pertinence. Ce qui est proposé ici est une analyse strictement juridique de ce que l'on appelle le droit positif (le droit en vigueur selon des normes reconnues).

La situation s'est cristallisée autour d'un consensus mou sur des données juridiquement contestables et la situation créée à partir de là sur le territoire de la Palestine mandataire repose sur une utilisation douteuse des normes juridiques, notamment des normes de compétence, et sur un certain nombre de ruptures dans la logique juridique. Il ne s'agit pas de sacrifier le droit. Les accommodements avec la norme sont légion et l'on s'en félicite lorsqu'ils conduisent à l'heureux règlement d'un problème social ou politique. Alors les arrangements avec la légalité sont validés *ex post* par la légilimité des situations créées. Mais lorsque l'on bouscule la légalité en créant sur le terrain une situation de tragédie chronique, aucune légitimité ne vient absoudre le manque de rigueur dans l'usage du droit.

Dans le cas de la Palestine, un retour à la rigueur conduit à renouveler la question: qui détient de manière valide, selon le droit international, le titre juridique de souveraineté sur le territoire de l'ancienne Palestine

Été 1998

mandataire? Qui, c'est-à-dire quelle collectivité humaine? Ce réexamen ne peut être opéré que sous une double contrainte de raisonnement.

a) Appliquer à cette situation particulière et hautement symbolique des critères de droit commun, car s'il est vrai que la question palestinienne, non réglée jusqu'à ce jour, est emblématique, il faut toutefois refuser de lui accorder un caractère exceptionnel. On ne peut donc, sauf à risquer un affaiblissement continu d'un droit international déjà incertain et encore altéré par sa propre pratique, se satisfaire de solutions qui ne correspondent pas à l'application des règles générales.

b) Ouvrir nécessairement ce que les juristes nomment dans leur jargon un raisonnement intertemporel. La situation d'aujourd'hui a pris naissance au moment où la présence étrangère ottomane sur la terre de Palestine a été remplacée sous l'autorité de la SDN par un mandat britannique. Il faut apprécier cette situation en fonction des règles du droit de l'époque, mais examiner aussi si des règles générales à caractère rétroactif ne sont pas intervenues depuis. Plus tard, les choses ont évolué de manière juridiquement et concrètement significatives avec la résolution 181 de l'Assemblée générale des Nations unies. Ce nouvel épisode doit être relu à la lumière des normes du droit international qui lui étaient contemporaines et éventuellement de normes postérieures à l'événement si elles ont vocation à s'appliquer.

La méthode découlant de cette double contrainte amène à repérer et dénoncer les glissements du raisonnement par silences ou sauts logiques généralement acceptés jusqu'ici. La recherche du titulaire de la souveraineté territoriale sur la Palestine ne nécessite pas de remonter profondément au-delà de la période ouverte par la SDN. Il suffit d'un constat relatif au peuplement: quels que soient les apports variés, les sédiments de populations accumulés sur cette terre à travers les conquêtes et l'histoire de plusieurs siècles, nous devons nous arrêter à la période précédant immédiatement le système colonial occidental. Jusqu'au début du XXe siècle, la souveraineté sur un territoire peut changer de mains au gré du rapport de forces. Les guerres de conquête ne sont pas interdites. Il suffit, pour les avaliser juridiquement, de les consigner dans un traité de paix que le vainqueur arrache au vaincu. Avec la SDN et pour des cas limités, apparaît timidement la notion de droit des peuples et de garantie internationale de l'exercice de ce droit. Dans ce contexte, on ne peut dénier à la population présente en Palestine, lorsque ce système se met en place en 1919, le caractère d'un peuple. Il détient ce caractère autant que tous les peuples colonisés, tous paradoxalement à la fois fragmentés mais en même temps, pour chaque fragment, unis à travers la domination. Il s'agit du peuple qui s'exprime aujourd'hui comme peuple palestinien et est représenté par l'Autorité palestinienne. C'est un peuple constitué au fil des siècles et dominé au XIXe siècle par les Ottomans avec la complicité des Occidentaux, plus particulièrement celle des Britanniques à partir de 1841. Il est composite comme la plupart des peuples et traversé de diversités religieuses en dépit d'une dominante musulmane.

On sait que le destin de la Palestine bascula avec la déclaration Balfour du 2 novembre 1917 affirmant que le gouvernement de Sa Majesté envisageait favorablement l'établissement en Palestine d'un Foyer national pour le peuple juif. Il est impossible à ce moment-là et compte tenu des termes employés, de donner un contenu de droit international ou simplement de droit public à ce texte. En effet, le gouvernement britannique ne dispose pas de la souveraineté sur ce territoire, ni d'aucune autre forme d'autorité. Le choix des mots "foyer national" est ambigu. Mais l'ambiguïté ne permet pas de pencher vers une interprétation de droit public. C'est au mieux l'encouragement au renforcement d'une minorité nationale. C'est une déclaration politique. Ce n'est pas un acte pouvant produire des effets juridiques. Confirmant l'ambiguïté de la démarche, la deuxième partie du premier paragraphe de la déclaration préserve en général le *statu quo* en s'engageant à respecter les droits civils et religieux des communautés non juives de Palestine et les droits et le statut politique des juifs dans les autres pays. Nous sommes toujours dans le cas de figure d'une occupation étrangère (celle des Ottomans) que le droit international du moment (nous sommes en 1917) n'invalide pas encore, pas plus que les modifications évenmelles de populations encouragées par les tiers.

Débute alors la première période réellement significative avec la création de la SDN, les principes qu'elle ébauche et le système des mandats créé dans cette partie du monde sur les dépouilles de l'Empire ottoman. Sous la marque de la pensée de Wilson, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est formulé, mais de manière alors très limitée. Il ne s'agit pas encore d'une règle générale emportant des conséquences précises pour tous les peuples, mais d'une règle particulière valable pour ceux de la région. Cela résulte d'abord des affirmations des deux puissances rivales pour succéder à l'Empire ottoman: "*It is the wish and desire of His Majesty's Government that the future government of these regions should be based upon the principle of the consent of the governed.*" (Déclaration du gouvernement britannique de juin 1918) et "*The object aimed by France and Great Britain is the complete and definite emancipation of the peoples so long oppressed by the Turks and the establishment of national government and administration deriving their authority from the initiative and free choice of the indigenous population*" (Déclaration franco-anglaise du 7 novembre 1918). L'ébauche d'un droit nouveau est renforcée avec le Pacte de la SDN conclu le 28 juin 1919 et annexé au Traité de Versailles. Il commence par une référence à la justice et à l'honneur dont le rappel est nécessaire aujourd'hui pour restaurer la bonne foi. L'article 22 est ici décisif. Il met les colonies et territoires qui ont cessé d'être sous la souveraineté des États qui les gouvernaient précédemment sous le système des mandats et précise au paragraphe 4: "*Certaines communautés qui appartenaient autrefois à l'Empire ottoman ont atteint un degré de développement tel que leur existence comme nations indépendantes peut être reconnue provisoirement à la condition que les conseils et l'aide d'un mandataire*

Été 1998

guident leur administration jusqu'au moment où elles seront capables de se conduire seules". Il y a bien là dans le Pacte qui lie les nations signataires entre elles une affirmation, non pas encore générale mais limitée seulement à des cas précis, des droits fondamentaux de certains peuples à devenir des nations indépendantes. Cette formule vise à terme l'octroi de la souveraineté à leur bénéfice. Il fut confirmé ensuite par l'article 16 du Traité de Lausanne que le gouvernement ottoman renonçait à ses droits sur ces territoires, mais, en application de l'esprit présidant à l'action de la SDN, les droits du peuple palestinien dégagés de l'emprise turque n'étaient pas transférés même provisoirement à l'Autorité mandataire. Les mandats, surtout ceux de la catégorie A, conféraient une certaine autonomie juridique aux peuples concernés par rapport à leurs tuteurs. Toute hésitation sur ce point a été levée par la Cour internationale de justice dans son avis consultatif du 2 juillet 1950 relatif au statut du Sud-Ouest africain. Analysant alors un autre mandat, la Cour rappelle que ce régime n'implique ni cession de territoire, ni transfert de souveraineté au mandataire¹. Le titre reste donc potentiellement aux mains du peuple. Son exercice est seulement différé. Du même coup il est garanti. Et l'Institut de droit international (autorité doctrinale reconnue) avait affirmé en 1931: "*Les collectivités sous mandat sont des sujets de droit international*".

Avant de passer à l'étape suivante du raisonnement, il est nécessaire de vérifier le contenu précis, les termes mêmes du Mandat particulier sur la Palestine. Y avait-il dans ce texte quelque chose de nature à invalider ce qui vient d'être dit et à entamer les droits du peuple palestinien? La duplicité déployée par le gouvernement britannique à cette époque est la source d'une incroyable ambiguïté. Mais celle-ci a été amplifiée par des analyses peu rigoureuses. Que fait précisément la SDN lorsqu'il est décidé, non pas d'internationaliser la Palestine comme cela fut un moment envisagé, mais de la mettre sous l'autorité du gouvernement britannique? L'hostilité de la population palestinienne (9/10es du total) à tout le programme sioniste est établie et ne peut être contestée. Le choix de la Grande-Bretagne comme mandataire et l'intégration de la Déclaration Balfour dans le texte même du Mandat sur la Palestine font peser sur ce mandat de fortes suspicions d'invalidité, car il est à cet égard en contradiction avec les dispositions mêmes du Pacte. Il en découle une lecture nécessairement restrictive des termes du mandat, lecture la mieux à même de concilier ses termes avec les principes posés par le Pacte. "*Les vœux des communautés doivent être pris d'abord en considération pour le choix du mandataire*", énonçait l'article 22 du Pacte qui ne fut pas respecté. Le Pacte reconnaissait le droit à l'autodétermination (seulement différé) de ces communautés. Ce droit était altéré par les termes du mandat. Nous sommes alors inmanquablement renvoyés à une question très précise: les termes de ce mandat, si ambigus soient-ils, lus à la lumière du Pacte, ce qui est une méthode indiscutable, sont-ils la base juridique d'un glissement du titre du peuple palestinien sur cette terre vers un autre titulaire? Sans faire l'exégèse détaillée d'un texte par ailleurs fort connu, il faut souligner qu'il met l'accent sur

l'établissement du foyer national pour le peuple juif, mais dans la même phrase, il appelle au développement d'institutions de libre gouvernement et à la sauvegarde des droits civils et religieux de tous les habitants. De ce fait, les sionistes n'obtenaient pas la transformation de la Palestine tout entière en foyer national juif. Un organisme juif sera reconnu "*toujours sous réserve du contrôle de l'administration mandataire*". Il n'y a pas là formellement le germe d'un État juif, ni même de deux États. Il y a le germe d'une contradiction avec la mise en place d'une dynamique de peuplement: à terme, le libre gouvernement risque d'advenir en faveur d'une population modifiée jusqu'à en faire basculer la majorité. Mais, à ce moment-là, l'article 7 sur la nationalité prévoit une nationalité unique, dénommée palestinienne. En fait, ce mandat qui, appliqué à la lumière des principes de la SDN, devait promouvoir les droits du peuple palestinien, ouvrait la porte à la promotion des intérêts d'une autre collectivité et la mettait en conditions de supplanter ceux des Palestiniens. Mais en droit, il ne résultait rien de ce texte qui pût faire disparaître le titre potentiel du peuple de Palestine à la souveraineté sur sa terre. Le colonialisme européen habillé des vertus internationales d'un mandat (ce qui n'était pas négligeable) était doublé en quelque sorte d'un colonialisme sioniste. Résonnant dans la situation d'aujourd'hui, le terme de "colonies" employé pour désigner les implantations de populations juives, trahit la réalité du phénomène et montre (selon la thèse de Maxime Rodinson ²) comment, en se retirant, le colonialisme européen a laissé sur place sa doublure. Dès lors, l'émancipation du peuple était conditionnée par la levée d'un double obstacle, la présence du mandataire et l'émergence du foyer national juif. Elle n'était pas ruinée pour autant. Il n'y a pas dans le mandat de renoncement explicite à l'autodétermination des Palestiniens. D'ailleurs, la SDN et le gouvernement britannique choisis comme mandataire n'avaient ni l'un ni l'autre le pouvoir d'opérer ce renoncement. Les autorisations d'immigration juive ouvertes par les termes du mandat ne pouvaient se déployer et produire leurs effets que dans le champ du droit privé. Elles ne pouvaient pas, compte tenu des principes énoncés dans le Pacte et des termes contournés choisis par les rédacteurs du mandat, avoir des effets de droit international public et changer dans ce champ-là le statut du territoire.

Cette situation va connaître un nouveau tournant pendant et à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, d'une part avec le malheur innombrable qui frappe le peuple juif et d'autre part avec l'attitude britannique qui confie à l'Assemblée générale des Nations unies la transformation du mandat. C'est le deuxième moment qui requiert une rectification de l'analyse habituelle. Ce que la SDN et le mandataire britannique n'avaient pas pu accomplir: priver les Palestiniens de leur titre potentiel de souveraineté sur leur territoire, l'Assemblée générale des Nations unies était-elle en mesure de le faire? Il est habituellement considéré qu'elle le fit partiellement par la résolution 181 (29 novembre 1947). Or il faut revenir sur ce que fit exactement cette résolution. Des arguments

Été 1998

contradictoires furent déployés quant à la validité ou l'invalidité juridique de ce texte. Et certains États proposèrent alors sans succès de saisir la Cour internationale de justice d'une demande d'avis consultatif relativement à la compétence de l'Assemblée générale dans ce domaine. Il demeure utile pour permettre une approche renouvelée des effets juridiques de cette résolution de revoir comment l'Assemblée générale s'est alors exprimée et sur quoi.

a) D'un point de vue formel, elle "recommande" car elle n'est habilitée à rien d'autre. Or une recommandation est-elle obligatoire? Il n'est pas sans intérêt de noter l'incohérence juridique qu'il y a à prétendre que cette résolution-là serait obligatoire (ce que l'on a obligé le représentant d'Israël à dire à l'époque), alors que la thèse occidentale dominante est en sens inverse. En effet, les grandes puissances ont développé une énergie considérable pour affirmer que les résolutions de l'Assemblée générale n'étaient pas obligatoires, particulièrement lorsqu'il s'est agi des grandes résolutions des années 1960-1970 sur le nouvel ordre économique international³.

b) Quant à la substance, l'Assemblée générale s'adresse par ce texte au gouvernement britannique et à tous les États pour leur "recommander" d'adopter et de mettre à exécution le plan de partage qu'elle énonce. Mais aucun des partenaires cités ne dispose en droit international de la compétence nécessaire ni de l'autorité pour ce faire. Les Nations unies, pas plus que la SDN, n'ont de compétence sur aucun territoire. De par la Charte, leur action se situe dans le cadre du respect de l'intégrité territoriale des États déjà existant et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Ce dernier principe, dans les années 1947-1948, n'a d'ailleurs pas encore pris toute son ampleur. Le gouvernement mandataire n'avait pas la main sur la souveraineté, les autres États non plus. Le trou noir dans la logique juridique est ici dans l'absence d'accord du peuple. L'Assemblée générale pouvait recommander à qui elle voulait ou à qui elle pouvait un plan de partage. Cela restait nécessairement de l'ordre de la recommandation, tant que le véritable titulaire du titre de souveraineté n'avait pas lui-même acquiescé à cette recommandation. La recommandation n'est pas invalide, ce qui est invalide c'est le raisonnement par lequel on voudrait transformer cette recommandation en une norme objective obligatoire pour tous. Au gré des circonstances, les commentateurs mais surtout les intéressés eux-mêmes, contestèrent ou confirmèrent cette recommandation. Israël la reconnut formellement puisqu'elle était son acte de naissance, mais accompagna toutes les références à ce texte, particulièrement dans sa déclaration d'indépendance, d'une mention de ses droits historiques et naturels sur cette terre. Il cherchait ainsi le fondement de ses droits ailleurs que dans le texte de 1947 et montra par la suite surabondamment sa non-acceptation du plan de partage inclus. Les États arabes, mais surtout le peuple palestinien, le rejetèrent violemment, même si, avec le passage du temps, la mesure étant prise des prétentions extensives d'Israël, les mêmes aujourd'hui invoquent la nécessité de le prendre pour base du processus de paix. Pour en revenir à l'Assemblée

générale, son attitude consistait à reconnaître le droit à l'autodétermination des Palestiniens dans un cadre territorial amputé par elle. Cela la rattachait d'une certaine manière à la logique colonialiste qui n'était pas évacuée, loin s'en faut, de la Charte de Nations unies. Le chapitre XI sur les territoires non autonomes en témoignait. Ainsi, cette simple recommandation, non obligatoire du point de vue des catégories formelles, touchait à un objet qui n'était pas expressément dans les pouvoirs ni de l'Assemblée générale ni des États-membres et était empreint d'une logique relevant de la période coloniale en voie d'achèvement.

Des modifications substantielles du droit international intervenues postérieurement et amplifiées par leur caractère de droit impératif viennent confirmer l'analyse ici menée. Il s'agit de la réaffirmation générale, amplifiée et renforcée juridiquement du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, de la condamnation du colonialisme et de l'interdiction de modifier avant leur accession à l'indépendance les territoires des peuples non encore émancipés. Ce corpus a été construit dans les années cinquante et soixante. Il a été le fruit du travail de l'Assemblée générale et a acquis valeur obligatoire dans la mesure où il constitue une ample construction coutumière. Il a été relayé par de grandes conventions internationales, notamment les Pactes internationaux sur les droits de l'homme, et surtout il est considéré comme une règle de droit impératif général. Cette catégorie est celle qui se trouve placée au-dessus de toutes les autres. La convention de Vienne sur le droit des traités du 29 mai 1969 l'officialise. Et si, dans bien des cas, son contenu est incertain, aucun doute ne plane sur le fait que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes soit de cette nature. C'est même la seule règle donnée de manière unanime en exemple des règles de cette catégorie. La Commission du droit international s'est prononcée dans ce sens. Et dans la doctrine, il n'est pas contesté que le droit des peuples ait ce caractère. Cependant, il faut préciser ce que recouvre la notion de droit impératif général (*jus cogens*). Il s'agit de structurer le droit international par une hiérarchie des règles entre elles en désignant les normes auxquelles aucune autre règle ne peut déroger. La Convention de Vienne sur le droit des traités est encore plus précise; article 64: "*Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin*". Voilà l'affirmation, rare dans tous les systèmes juridiques, d'une rétroactivité de la norme nouvelle. S'appliquant au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et à l'intégrité de leur territoire national, cette norme nouvelle permet de relire les actes juridiques de périodes antérieures et éventuellement de les considérer comme nuls ou de les interpréter de manière à introduire une rationalité d'ensemble dans l'ordre juridique autour de principes nouvellement proclamés en ne laissant plus subsister de droit antérieur qui leur serait contraire. Ces mécanismes juridiques confirment l'interprétation proposée plus haut de la période mandataire. Mais surtout, ils permettent

d'enfermer dans des limites strictes les conséquences de la résolution 181. Ce texte ne pouvait pas, ne peut toujours pas jusqu'à nos jours, transférer le titre détenu par les Palestiniens au profit d'un autre peuple, même si on a conféré à ce dernier le caractère d'un État. On peut même soutenir, allant jusqu'au bout d'une logique rigoureuse et en application de l'article 64 de la convention de Vienne précitée, que l'application du droit positif conduit à contester la validité de l'adhésion d'Israël à la Charte des Nations unies. Cette adhésion, comme toute autre, a la forme d'un traité. Cet acte, passé sans considération du droit du peuple palestinien est entré dans le champ de l'article 64 à partir du moment (1960) où le droit des peuples a acquis valeur impérative. On en arrive ainsi, en refusant les approximations pratiquées depuis des décennies, à conclure que la validité en droit international de la création d'Israël dans les frontières de la résolution 181 ou dans les frontières d'avant la guerre de 1967 (ce point est évidemment aux mains des Palestiniens) dépend de l'acquiescement donné par le peuple palestinien et ses représentants, toujours détenteurs d'un droit inaliénable.

Il est impossible de conclure pour autant que ce peuple palestinien dispose aujourd'hui d'une libre détermination illimitée. Car, d'une part le concept d'effectivité oblige à intégrer juridiquement les conséquences d'un certain nombre de situations de fait et d'autre part, une fois certains signes d'acquiescement donnés, il n'est plus possible d'exprimer une volonté radicalement contradictoire de ces signes. Cette procédure qui impose la bonne foi porte le nom d'estoppel. Ainsi, la compétence des Palestiniens paraît-elle aujourd'hui être une compétence liée par la force de cinquante ans d'histoire effective de l'État d'Israël et par les positions qu'ils ont prises eux-mêmes unilatéralement face à la résolution 181⁴. Il reste néanmoins que, pour le moment, la souveraineté n'a pas été formellement transférée et qu'aucun acte unilatéral de quiconque ne peut en tenir lieu. Il y faut un échange des consentements dans un traité marqué du sceau de la bonne foi. Là réside l'impérieuse nécessité d'un accord de paix dans un complet renversement de problématique. Ce ne sont pas les Palestiniens qui doivent attendre cet accord pour disposer de leur territoire, dans lequel ils ne deviendraient maîtres que par la volonté d'Israël. C'est Israël qui ne peut trouver sa pleine et définitive légitimité internationale qu'à travers un accord avec les Palestiniens par lequel ceux-ci lui reconnaîtront solennellement, ce dont Israël ne peut se passer, la transmission d'un titre dont eux seuls pouvaient disposer. D'ailleurs le malaise profond et perceptible de la société israélienne dévoile l'intuition de ce peuple que son origine même comme État n'est pas validée.

Il est regrettable que ceci n'ait pas été dit plus haut et plus fort jusqu'ici. Il est pourtant indispensable de faire savoir aux Israéliens et de faire accepter par ceux d'entre eux qui sont prêts à entrer dans la communauté internationale sur la base de règles objectives et universellement partagées, à quelles conditions ils bénéficieront d'une situation clarifiée au regard du droit international. C'est la seule issue

pour aider ces deux peuples à sortir de la spirale d'échec dans laquelle ils s'enfoncent. Elle suppose évidemment une réelle sécularisation du droit international. Les Israéliens doivent sacrifier leur orgueil théocratique et renoncer à l'idée dans laquelle ils se sont enfermés que leur terre leur aurait été donnée par Dieu. Et c'est par cette normalisation acceptée qu'ils aideront les Palestiniens à faire barrage à la montée chez eux de l'extrémisme et du fondamentalisme.

Monique Chemillier-Gendreau est Professeur à l'Université Paris VII-Denis Diderot.

-
- ¹ Cour internationale de justice. Avis consultatif du 2 juillet 1950. Statut international du Sud-Ouest Africain. Recueil: pp. 132 et 144.
 - ² Maxime Rodinson. "Israël, fait colonial?", *Les Temps Modernes*. 1967, p. 17 sq.
 - ³ Voir notamment : Charles Rousseau, *Droit international public*, Sirey, 1970, pages 435 sq et pour une analyse des différentes thèses en présence, Nguyen Qonc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 1994, pages 361 sq.
 - ⁴ Déclaration de Yasser Arafat au Parlement européen de Strasbourg du 13 septembre 1988 et paragraphe 7 de la Déclaration d'indépendance de l'État de Palestine: "*En dépit de l'injustice historique imposée au peuple arabe palestinien, qui a abouti à sa dispersion et l'a privé de son droit à l'autodétermination au lendemain de la résolution 181 (1947) de l'Assemblée générale des Nations unies recommandant le partage de la Palestine en deux États, l'un arabe et l'autre juif, il n'en demeure pas moins que c'est cette résolution qui assure aujourd'hui encore les conditions de légitimité internationale qui garantissent également le droit du peuple arabe palestinien à la souveraineté et à l'indépendance.*"

Eté 1998

