



Assemblée générale

Distr. générale
13 juillet 2004
Français
Original: anglais et français

Dixième session extraordinaire d'urgence

Point 5 de l'ordre du jour

**Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est
occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé**

Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé

Note du Secrétaire général

1. À la 23^e Réunion de la dixième session extraordinaire d'urgence, l'Assemblée générale a adopté, le 8 décembre 2003, la résolution ES-10/14 par laquelle elle a décidé, conformément au paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte des Nations Unies, de demander à la Cour internationale de Justice de rendre dans les meilleurs délais un avis consultatif sur la question suivante :

Quelles sont en droit les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-est, selon ce qui est exposé dans le rapport du Secrétaire général, compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième Convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale?

2. Le 9 juillet 2004, la Cour internationale de Justice a rendu son avis consultatif sur la question ci-dessus.

3. Le 13 juillet 2004, j'ai reçu un exemplaire de l'avis consultatif, dûment signé et revêtu du sceau de la Cour.

4. Je transmets ci-joint à l'Assemblée générale l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice le 9 juillet 2004, ainsi que les opinions individuelles et la déclaration qui y sont jointes, en l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.

* Nouveau tirage pour raisons techniques.



Cour internationale de Justice

Année 2004

2004

9 juillet

Rôle général

n° 131

9 juillet 2004

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé

Compétence de la Cour pour donner l'avis consultatif demandé.

Paragraphe 1 de l'article 65 du Statut – Paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte – Pouvoir de l'Assemblée générale de solliciter des avis consultatifs – Activités de l'Assemblée.

Événements ayant conduit à l'adoption de la résolution ES-10/14 de l'Assemblée générale portant demande de l'avis consultatif.

Allégation selon laquelle l'Assemblée générale aurait outrepassé la compétence que lui confère la Charte – Paragraphe 1 de l'Article 12 et Article 24 de la Charte – Pratique de l'Organisation des Nations Unies concernant l'interprétation du paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte – Assemblée générale n'ayant pas outrepassé sa compétence.

Demande d'avis adoptée par la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale – Session convoquée sur la base de la résolution 377 A (V) (« L'union pour le maintien de la paix ») – Conditions prévues par cette résolution – Régularité de la procédure suivie.

Manque de clarté allégué du libellé de la question – Nature prétendument abstraite de la question – Aspects politiques de la question – Mobiles qui auraient inspiré la requête et implications que pourrait avoir l'avis – Caractère « juridique » de la question non affecté.

Cour compétente pour donner l'avis consultatif demandé.

* * *

Pouvoir discrétionnaire de la Cour de décider s'il échet de donner un avis.

Paragraphe 1 de l'article 65 du Statut – Pertinence du défaut de consentement d'un État intéressé – Question ne pouvant être considérée seulement comme une question bilatérale entre Israël et la Palestine, mais intéressant directement l'Organisation des Nations Unies – Effets possibles de l'avis sur un règlement politique négocié du conflit israélo-palestinien – Question ne constituant qu'un aspect du conflit israélo-palestinien – Suffisance des renseignements et éléments de preuve à la disposition de la Cour – Utilité de l'avis – Nullus commodum capere potest de sua injuria propria – Avis donné à l'Assemblée générale et non à un État ou une entité déterminés.

Absence de « raisons décisives » pour que la Cour use de son pouvoir discrétionnaire de ne pas donner l'avis consultatif.

* * *

« Conséquences juridiques » de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est – Portée de la question posée – Demande d'avis limitée aux conséquences juridiques de la construction des parties du mur situées dans le territoire palestinien occupé – Emploi du terme « mur ».

Contexte historique.

Description du mur.

* * *

Droit applicable.

Charte des Nations Unies – Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale – Illicéité de toute acquisition de territoire résultant de la menace ou de l'emploi de la force – Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Droit international humanitaire – Règlement annexé à la quatrième convention de La Haye de 1907 – Quatrième Convention de Genève de 1949 – Applicabilité de la quatrième Convention de Genève dans le territoire palestinien occupé – Droits de l'homme – Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – Convention relative aux droits de l'enfant – Rapport entre droit international humanitaire et droits de l'homme – Applicabilité des instruments relatifs aux droits de l'homme hors du territoire national – Applicabilité de ces instruments dans le territoire palestinien occupé.

* * *

Colonies de peuplement installées par Israël en méconnaissance du droit international dans le territoire palestinien occupé – Construction du mur et régime qui lui est associé créant sur le terrain un « fait accompli » susceptible de devenir permanent – Risque d'une situation équivalant à une annexion de facto – Construction du mur dressant un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et violant de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit.

Dispositions applicables du droit international humanitaire et des conventions relatives aux droits de l'homme pertinentes en l'espèce – Destruction et réquisition de propriétés – Restrictions à la liberté de circulation des habitants du territoire palestinien occupé – Entraves à l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant – Changements démographiques dans le territoire palestinien occupé – Dispositions du droit international humanitaire permettant de tenir compte des impératifs militaires – Clauses de limitation des droits garantis et clauses de dérogation dans les conventions relatives aux droits de l'homme – Construction du mur et régime qui lui est associé ne pouvant être justifiés par des impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public – Violation par Israël de diverses

obligations lui incombant en vertu des dispositions applicables du droit international humanitaire et des conventions relatives aux droits de l'homme.

Légitime défense – Article 51 de la Charte – Violences contre Israël non imputables à un État étranger – Menace invoquée pour justifier la construction du mur trouvant son origine à l'intérieur d'un territoire sur lequel Israël exerce son contrôle – Article 51 sans pertinence au cas particulier.

État de nécessité – Droit international coutumier – Conditions – Construction du mur ne constituant pas le seul moyen de protéger les intérêts d'Israël contre le péril invoqué.

Construction du mur et régime qui lui est associé étant contraires au droit international.

* * *

Conséquences juridiques de la violation des obligations incombant à Israël.

Responsabilité internationale d'Israël – Israël tenu de respecter les obligations internationales auxquelles il a contrevenu par la construction du mur – Israël tenu de mettre un terme à la violation de ses obligations internationales – Obligation de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur, de démanteler immédiatement celui-ci et d'abroger immédiatement ou de priver immédiatement d'effet les actes législatifs et réglementaires adoptés en vue de son édification, sous réserve des actes pertinents dans le contexte du respect par Israël de son obligation de réparer les dommages causés – Israël tenu de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales affectées par la construction du mur.

Conséquences juridiques pour les États autres qu'Israël – Caractère erga omnes de certaines obligations violées par Israël – Obligation de tous les États de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur et de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction – Obligation de tous les États de veiller, dans le respect de la Charte et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination – Obligation de tous les États parties à la quatrième Convention de Genève, dans le respect de la Charte et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans la convention – Nécessité pour l'Organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, d'examiner, en tenant dûment compte de l'avis consultatif, quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé.

* * *

Construction du mur devant être replacée dans un contexte plus général – Obligation incombant à Israël et à la Palestine de respecter de manière scrupuleuse le droit international humanitaire – Mise en œuvre de bonne foi de toutes les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, en particulier les résolutions 242 (1967) et 338 (1973) – « Feuille de route » – Nécessité d'encourager les efforts en vue d'aboutir le plus tôt possible, sur la base du droit international, à une solution

négoziée des problèmes pendant et à la constitution d'un État palestinien, et d'assurer à chacun dans la région paix et sécurité.

Avis consultatif

Présents : M. Shi, *président*; M. Ranjeva, *vice-président*; MM. Guillaume, Koroma, Vereshchetin, M^{me} Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, Elaraby, Owada, Simma, Tomka, juges; M. Couvreur, *greffier*.

Sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé,

La Cour,

Ainsi composée,

donne l'avis consultatif suivant :

1. La question sur laquelle un avis consultatif est demandé à la Cour est énoncée dans la résolution ES-10/14 que l'Assemblée générale des Nations Unies (ci-après dénommée l'« Assemblée générale ») a adoptée le 8 décembre 2003 lors de sa dixième session extraordinaire d'urgence. Par une lettre datée du 8 décembre 2003 et reçue au Greffe par télécopie le 10 décembre 2003, dont l'original est parvenu au Greffe ultérieurement, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a officiellement communiqué à la Cour la décision prise par l'Assemblée générale de lui soumettre cette question pour avis consultatif. Des copies certifiées conformes des versions française et anglaise de la résolution ES-10/14 étaient jointes à cette lettre. La résolution se lit comme suit :

« L'Assemblée générale,

Réaffirmant sa résolution ES-10/13 du 21 octobre 2003,

Guidée par les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies,

Tenant compte du principe, reconnu en droit international, de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la force,

Consciente que le développement entre les nations de relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes fait partie des buts et des principes énoncés dans la Charte des Nations Unies,

Rappelant ses résolutions pertinentes, notamment la résolution 181 (II) du 29 novembre 1947, qui portait partition de la Palestine sous mandat en deux États, l'un arabe, l'autre juif,

Rappelant également les résolutions de sa dixième session extraordinaire d'urgence,

Rappelant en outre les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, notamment les résolutions 242 (1967) du 22 novembre 1967, 338 (1973) du 22 octobre 1973, 267 (1969) du 3 juillet 1969, 298 (1971) du 25 septembre 1971, 446 (1979) du 22 mars 1979, 452 (1979) du 20 juillet 1979, 465 (1980) du 1^{er} mars 1980, 476 (1980) du 30 juin 1980, 478 (1980) du 20 août 1980,

904 (1994) du 18 mars 1994, 1073 (1996) du 28 septembre 1996, 1397 (2002) du 12 mars 2002 et 1515 (2003) du 19 novembre 2003,

Réaffirmant l'applicabilité au territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, de la quatrième Convention de Genève¹ et du protocole additionnel I aux conventions de Genève²,

Rappelant le règlement annexé à la convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907³,

Se félicitant de la tenue à Genève, le 15 juillet 1999, de la conférence des Hautes Parties contractantes à la quatrième Convention de Genève sur les mesures à prendre pour assurer l'application de la convention dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem,

Se déclarant favorable à la déclaration adoptée par la conférence des Hautes Parties contractantes réunie de nouveau à Genève le 5 décembre 2001,

Rappelant en particulier les résolutions pertinentes des Nations Unies dans lesquelles il est affirmé que les colonies de peuplement israéliennes dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, sont illégales et constituent un obstacle à la paix et au développement économique et social, ainsi que les résolutions exigeant la cessation complète des activités d'implantation de colonies de peuplement,

Rappelant les résolutions pertinentes des Nations Unies dans lesquelles il est affirmé que les mesures prises par Israël, puissance occupante, pour modifier le statut et la composition démographique de Jérusalem-Est occupée n'ont aucun fondement juridique et sont nulles et non avenues,

Notant les accords auxquels sont parvenus le Gouvernement israélien et l'Organisation de libération de la Palestine dans le contexte du processus de paix au Moyen-Orient,

Gravement préoccupée par le fait qu'Israël, puissance occupante, a commencé et continue à construire un mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, dont le tracé s'écarter de la ligne d'armistice de 1949 (Ligne verte) et qui a entraîné la confiscation et la destruction de terres et de ressources palestiniennes, le bouleversement de la vie de milliers de civils jouissant d'une protection et l'annexion de fait de vastes parties du territoire, et soulignant que la communauté internationale tout entière est opposée à la construction de ce mur,

Gravement préoccupée également par les effets encore plus dévastateurs qu'auraient les parties du mur dont la construction est prévue sur la population civile palestinienne et sur les perspectives de règlement du conflit israélo-palestinien et l'établissement de la paix dans la région,

Prenant note avec satisfaction du rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, en date du 8 septembre 2003, sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967⁴, en particulier la partie du rapport relative au mur,

Affirmant qu'il est nécessaire de mettre fin au conflit sur la base d'une solution permettant aux deux États, Israël et la Palestine, de vivre côte à côte dans la paix et la sécurité et dans le respect de la ligne d'armistice de 1949, conformément aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale,

Ayant reçu avec satisfaction le rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/13⁵,

Ayant à l'esprit que les difficultés sur le terrain ne font que s'aggraver avec le temps, Israël, puissance occupante, continuant à refuser de respecter le droit international pour ce qui est de l'édification du mur susmentionné, avec toutes les répercussions et conséquences néfastes qu'elle entraîne,

Décide, en vertu de l'Article 96 de la Charte des Nations Unies, de demander à la Cour internationale de Justice, conformément aux dispositions de l'article 65 du Statut de la Cour, de rendre d'urgence un avis consultatif sur la question suivante :

Quelles sont en droit les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, selon ce qui est exposé dans le rapport du Secrétaire général, compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième Convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale?

¹ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 75, n° 973.

² Ibid., vol. 1125, n° 17512.

³ Voir « Dotation Carnegie pour la paix internationale », *Les conventions et déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918.

⁴ E/CN.4/2004/6.

⁵ A/ES-10/248. »

Étaient également joints à la lettre les textes français et anglais certifiés conformes du rapport du Secrétaire général daté du 24 novembre 2003 et établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale (A/ES-10/248), auquel la résolution ES-10/14 fait référence.

2. Par des lettres en date du 10 décembre 2003, le greffier a notifié la requête pour avis consultatif à tous les États admis à ester devant la Cour, conformément au paragraphe 1 de l'article 66 du Statut.

3. Par une lettre en date du 11 décembre 2003, le Gouvernement d'Israël a informé la Cour de sa position à l'égard tant de la requête pour avis consultatif que de la procédure à suivre.

4. Par une ordonnance en date du 19 décembre 2003, la Cour a décidé que l'Organisation des Nations Unies et ses États Membres étaient susceptibles de fournir des renseignements sur l'ensemble des aspects soulevés par la question soumise à la Cour pour avis consultatif, conformément au paragraphe 2 de l'article 66 du Statut, et a fixé au 30 janvier 2004 la date d'expiration du délai dans lequel des exposés écrits pourraient lui être présentés sur cette question

conformément au paragraphe 4 de l'article 66 du Statut. Par la même ordonnance, la Cour a décidé par ailleurs que, au vu de la résolution ES-10/14 et du rapport du Secrétaire général transmis avec la requête, et compte tenu du fait que l'Assemblée générale avait accordé à la Palestine un statut spécial d'observateur et que celle-ci était coauteur du projet de résolution demandant l'avis consultatif, la Palestine pourrait également soumettre un exposé écrit sur la question posée, dans le délai sus-indiqué.

5. Par ladite ordonnance, la Cour a en outre décidé, conformément au paragraphe 4 de l'article 105 du Règlement, de tenir des audiences publiques au cours desquelles des exposés et observations pourraient être présentés devant elle par l'Organisation des Nations Unies et ses États Membres, qu'ils aient ou non déposé des exposés écrits, et a fixé au 23 février 2004 la date d'ouverture desdites audiences. Toujours par la même ordonnance, la Cour a décidé que, pour les motifs exposés ci-dessus (voir paragraphe 4), la Palestine pourrait également participer à la procédure orale. Elle a enfin prié l'Organisation des Nations Unies et ses États Membres, ainsi que la Palestine, de faire connaître au Greffe, le 13 février 2004 au plus tard, s'ils entendaient prendre part aux audiences susmentionnées. Par des lettres du 19 décembre 2004, le greffier les a informés des décisions de la Cour et leur a fait tenir copie de l'ordonnance.

6. Statuant sur des demandes présentées ultérieurement par la Ligue des États arabes et l'Organisation de la Conférence islamique, la Cour a décidé, conformément à l'article 66 de son Statut, que ces deux organisations internationales étaient susceptibles de fournir des renseignements sur la question dont la Cour est saisie, et qu'en conséquence elles pourraient présenter à cette fin des exposés écrits dans le délai fixé par la Cour dans son ordonnance du 19 décembre 2003 et participer à la procédure orale.

7. Conformément au paragraphe 2 de l'article 65 du Statut, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a communiqué à la Cour un dossier contenant des documents pouvant servir à élucider la question.

8. Par une ordonnance motivée en date du 30 janvier 2004 concernant sa composition en l'espèce, la Cour a décidé que les éléments portés à son attention par le Gouvernement d'Israël dans une lettre du 31 décembre 2003, ainsi que dans une lettre confidentielle du 15 janvier 2004 adressée au président en vertu du paragraphe 2 de l'article 34 du Règlement, n'étaient pas de nature à empêcher le juge Elaraby de siéger en l'espèce.

9. Dans le délai fixé par la Cour à cette fin, des exposés écrits ont été déposés, selon l'ordre de réception, par : la Guinée, l'Arabie saoudite, la Ligue des États arabes, l'Égypte, le Cameroun, la Fédération de Russie, l'Australie, la Palestine, l'Organisation des Nations Unies, la Jordanie, le Koweït, le Liban, le Canada, la Syrie, la Suisse, Israël, le Yémen, les États-Unis d'Amérique, le Maroc, l'Indonésie, l'Organisation de la Conférence islamique, la France, l'Italie, le Soudan, l'Afrique du Sud, l'Allemagne, le Japon, la Norvège, le Royaume-Uni, le Pakistan, la République tchèque, la Grèce, l'Irlande en son nom propre, l'Irlande au nom de l'Union européenne, Chypre, le Brésil, la Namibie, Malte, la Malaisie, les Pays-Bas, Cuba, la Suède, l'Espagne, la Belgique, Palau, les États fédérés de Micronésie, les Îles Marshall, le Sénégal et la République populaire démocratique de Corée. Dès réception de ces exposés, le greffier en a transmis le texte à l'Organisation des

Nations Unies et ses États Membres, à la Palestine, à la Ligue des États arabes, ainsi qu'à l'Organisation de la Conférence islamique.

10. Diverses correspondances ont été adressées par le Greffe à ces derniers, concernant notamment les dispositions prises pour l'organisation de la procédure orale. Par des communications du 20 février 2004, le Greffe a fait tenir le calendrier détaillé des audiences à ceux d'entre eux qui avaient manifesté, dans le délai fixé par la Cour à cet effet, leur intention de prendre part à ladite procédure.

11. Conformément à l'article 106 du Règlement, la Cour a décidé de rendre accessible au public le texte des exposés écrits à la date d'ouverture de la procédure orale.

12. Au cours d'audiences tenues du 23 au 25 février 2004, la Cour a entendu en leurs exposés oraux et dans l'ordre suivant :

Pour la Palestine :

S. E. M. Nasser Al-Kidwa, ambassadeur, observateur permanent de la Palestine auprès de l'Organisation des Nations Unies,

M^{me} Stephanie Koury, membre du groupe d'appui aux négociations, conseil,

M. James Crawford, S.C., professeur de droit international à l'Université de Cambridge (chaire Whewell), membre de l'Institut de droit international, conseil et avocat,

M. Georges Abi-Saab, professeur de droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, membre de l'Institut de droit international, conseil et avocat,

M. Vaughan Lowe, professeur de droit international à l'Université d'Oxford (chaire Chichele), conseil et avocat,

M. Jean Salmon, professeur émérite de droit international à l'Université libre de Bruxelles, membre de l'Institut de droit international, conseil et avocat;

Pour la République sud-africaine : S. E. M. Aziz Pahad, vice-ministre des affaires étrangères, chef de délégation,

M. M. R.W. Madlanga, S.C., juge;

Pour la République algérienne démocratique et populaire :

M. Ahmed Laraba, professeur de droit international;

Pour le Royaume d'Arabie saoudite :

S. E. M. Fawzi A. Shobokshi, ambassadeur et représentant permanent du Royaume d'Arabie saoudite auprès de l'Organisation des Nations Unies à New York, chef de délégation;

<i>Pour la République populaire du Bangladesh :</i>	S. E. M. Liaquat Ali Choudhury, ambassadeur de la République populaire du Bangladesh auprès du Royaume des Pays-Bas;
<i>Pour Belize :</i>	M. Jean-Marc Sorel, professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne);
<i>Pour la République de Cuba :</i>	S. E. M. Abelardo Moreno Fernández, vice-ministre des affaires étrangères;
<i>Pour la République d'Indonésie :</i>	S. E. M. Mohammad Jusuf, ambassadeur de la République d'Indonésie auprès du Royaume des Pays-Bas, chef de délégation;
<i>Pour le Royaume hachémite de Jordanie :</i>	S. A. R. Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseini, ambassadeur, représentant permanent du Royaume hachémite de Jordanie auprès de l'Organisation des Nations Unies, chef de délégation; Sir Arthur Watts, K. C. M. G., Q. C., conseiller juridique principal du Gouvernement du Royaume hachémite de Jordanie;
<i>Pour la République de Madagascar :</i>	S. E. M. Alfred Rambeloson, représentant permanent de Madagascar auprès de l'Office des Nations Unies et des institutions spécialisées à Genève, chef de délégation
<i>Pour la Malaisie :</i>	S. E. M. Datuk Seri Syed Hamid Albar, ministre des affaires étrangères, chef de délégation;
<i>Pour la République du Sénégal :</i>	S. E. M. Saliou Cissé, ambassadeur de la République du Sénégal auprès du Royaume des Pays-Bas, chef de délégation;
<i>Pour la République du Soudan :</i>	S. E. M. Abuelgasim A. Idris, ambassadeur de la République du Soudan auprès du Royaume des Pays-Bas
<i>Pour la Ligue des États arabes</i>	M. Michael Bothe, professeur de droit, chef de l'équipe juridique;
<i>Pour l'Organisation de la Conférence islamique :</i>	S. E. M. Abdelouahed Belkeziz, Secrétaire général de l'Organisation de la Conférence islamique M ^{me} Monique Chemillier-Gendreau, professeur de droit public à l'Université Paris VII-Denis Diderot, conseil

* * *

13. Lorsqu'elle est saisie d'une demande d'avis consultatif, la Cour doit commencer par déterminer si elle a compétence pour donner l'avis demandé et, dans l'affirmative, s'il existe une quelconque raison pour elle de refuser d'exercer une

telle compétence (voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 232, par. 10).

* * *

14. La Cour se penchera donc en premier lieu sur la question de savoir si elle a compétence pour donner l'avis consultatif demandé par l'Assemblée générale le 8 décembre 2003. La compétence de la Cour en la matière est fondée sur le paragraphe 1 de l'article 65 de son Statut, aux termes duquel la Cour « peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis ». La Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer que :

« pour qu'[elle] ait compétence, il faut que l'avis consultatif soit demandé par un organe dûment habilité à cet effet conformément à la Charte, qu'il porte sur une question juridique et que, sauf dans le cas de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, cette question se pose dans le cadre de l'activité de cet organe » (*Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1982, p. 333-334, par. 21).

15. C'est à la Cour qu'il appartient de s'assurer que la demande d'avis consultatif émane d'un organe ou d'une institution ayant compétence pour ce faire. Dans la présente espèce, la Cour relève que l'Assemblée générale, qui demande l'avis consultatif, est autorisée à le faire en vertu du paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte, qui dispose que « [l']Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique ».

16. Bien que la disposition précitée prévoie que l'Assemblée générale peut demander un avis consultatif « sur toute question juridique », la Cour a parfois, dans le passé, donné certaines indications quant à la relation entre la question faisant l'objet d'une demande d'avis consultatif et les activités de l'Assemblée générale (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, C.I.J. Recueil 1950, p. 70; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 232 et 233, par. 11 et 12).

17. La Cour fera de même en l'espèce. Elle relèvera à cet égard que l'Article 10 de la Charte a conféré à l'Assemblée générale une compétence à l'égard de « toutes questions ou affaires » entrant dans le cadre de la Charte, et que le paragraphe 2 de l'Article 11 lui a spécifiquement donné compétence à l'égard de « toutes questions se rattachant au maintien de la paix et de la sécurité internationales dont elle aura été saisie par l'une quelconque des Nations Unies... » et pour faire des recommandations sous certaines conditions posées dans ces deux articles. Comme il sera expliqué plus loin, la question de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé a été soumise à l'Assemblée générale par un certain nombre d'États Membres dans le cadre de sa dixième session extraordinaire d'urgence, convoquée pour examiner ce que l'Assemblée, dans sa résolution ES-10/2 du 25 avril 1997, avait considéré comme constituant une menace à la paix et à la sécurité internationales.

* * *

18. Avant de se pencher plus avant sur les questions de compétence qui ont été soulevées dans la présente affaire, la Cour estime nécessaire de décrire les événements qui ont conduit à l'adoption de la résolution ES-10/14, par laquelle l'Assemblée générale a demandé un avis consultatif sur les conséquences juridiques de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé.

19. La dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale, au cours de laquelle a été adoptée cette résolution, fut convoquée pour la première fois après que, les 7 et 21 mars 1997, le Conseil de sécurité, du fait du vote négatif de l'un de ses membres permanents, eut rejeté deux projets de résolution relatifs à certaines colonies israéliennes dans le territoire palestinien occupé (voir, respectivement, S/1997/199 et S/PV.3747, S/1997/241 et S/PV.3756). Par une lettre du 31 mars 1997, le président du Groupe arabe demanda alors « que l'Assemblée générale soit convoquée en session extraordinaire d'urgence, conformément à la résolution 377 A (V) intitulée « L'union pour le maintien de la paix », en vue de débattre des « mesures illégales prises par les autorités israéliennes à Jérusalem-Est occupée ainsi que dans le reste du territoire palestinien occupé » (lettre du 31 mars 1997, adressée au Secrétaire général par le représentant permanent du Qatar auprès de l'Organisation des Nations Unies, A/ES-10/1, 22 avril 1997, annexe). Cette demande ayant recueilli l'agrément de la majorité des Membres de l'Organisation des Nations Unies, la première séance de la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale eut lieu le 24 avril 1997 (voir A/ES-10/1, 22 avril 1997). Dans sa résolution ES-10/2 adoptée le jour suivant, l'Assemblée générale se déclarait convaincue que

« les violations répétées du droit international par Israël, puissance occupante, et la non-application par ce pays des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale et des accords auxquels sont parvenues les parties, portent atteinte au processus de paix au Moyen-Orient et constituent une menace à la paix et à la sécurité internationales ».

et condamnait les « mesures illégales prises par Israël » à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé, en particulier la construction de colonies dans ce territoire. La dixième session extraordinaire d'urgence fut ensuite temporairement ajournée, et a été depuis lors convoquée à nouveau onze fois (les 15 juillet 1997, 13 novembre 1997, 17 mars 1998, 5 février 1999, 18 octobre 2000, 20 décembre 2001, 7 mai 2002, 5 août 2002, 19 septembre 2003, 20 octobre 2003 et 8 décembre 2003).

20. Par une lettre du 9 octobre 2003, le président du Groupe arabe, agissant au nom des États membres de la Ligue des États arabes, demanda que le Conseil de sécurité se réunisse sans délai pour examiner les « graves violations du droit international, y compris le droit international humanitaire, qu'Israël continue de commettre et [prendre] les mesures qui s'imposent en la matière » (lettre du 9 octobre 2003, adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent de la République arabe syrienne auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2003/973, 9 octobre 2003). Cette lettre était accompagnée d'un projet de résolution soumis à l'examen du Conseil, projet qui condamnait comme illicite la construction par Israël d'un mur dans le territoire palestinien occupé selon un tracé s'écartant de la ligne d'armistice de 1949. Le Conseil de sécurité tint ses 4841^e et 4842^e séances le 14 octobre 2003 pour examiner le point intitulé « La situation au Moyen-Orient, y compris la question de Palestine ». Un autre projet de résolution lui avait été soumis le même jour par la Guinée, la Malaisie, le Pakistan

et la République arabe syrienne, condamnant également la construction du mur. Ce dernier projet de résolution, mis aux voix au terme d'un débat ouvert, fut rejeté en raison du vote négatif de l'un des membres permanents du Conseil (S/PV.4841 et S/PV.4842).

Le 15 octobre 2003, le président du Groupe arabe, agissant au nom des États membres de la Ligue des États arabes, demanda la reprise de la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale en vue d'examiner le point intitulé « Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé » (A/ES-10/242); cette demande fut soutenue par le Mouvement des pays non alignés (A/ES-10/243) et par le groupe de l'Organisation de la Conférence islamique à l'Organisation des Nations Unies (A/ES-10/244). La dixième session extraordinaire d'urgence reprit ses travaux le 20 octobre 2003.

21. Le 27 octobre 2003, l'Assemblée générale adoptait la résolution ES-10/13, par laquelle elle exigeait qu'« Israël arrête la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est et ses alentours, et revienne sur ce projet, qui s'écarte de la ligne d'armistice de 1949 et qui est contraire aux dispositions pertinentes du droit international » (par. 1). Au paragraphe 3, elle pria le Secrétaire général « de rendre compte périodiquement de la façon dont la ... résolution [serait] respectée, son premier rapport sur l'application du paragraphe 1 [de ladite résolution] devant être présenté dans un délai d'un mois... ». La clôture de la dixième session extraordinaire d'urgence fut temporairement prononcée, et le rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale (ci-après dénommé le « rapport du Secrétaire général ») fut publié le 24 novembre 2003 (A/ES-10/248).

22. Entre-temps, le 19 novembre 2003, le Conseil de sécurité avait adopté la résolution 1515 (2003), par laquelle il « [a]pprouv[ait] la Feuille de route axée sur les résultats en vue d'un règlement permanent du conflit israélo-palestinien prévoyant deux États, établie par le Quatuor ». Le Quatuor est composé des représentants des États-Unis d'Amérique, de l'Union européenne, de la Fédération de Russie et de l'Organisation des Nations Unies. La résolution

« [d]emand[ait] aux parties de s'acquitter des obligations ... leur incomb[a]nt en vertu de la Feuille de route, en coopération avec le Quatuor, et de concrétiser la vision de deux États vivant côte à côte dans la paix et la sécurité ».

Ni ladite « Feuille de route » ni la résolution 1515 (2003) ne contenaient de disposition concernant explicitement la construction du mur, question qui ne fut pas alors examinée par le Conseil de sécurité.

23. Dix-neuf jours plus tard, le 8 décembre 2003, la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale reprenait ses travaux, à la suite d'une nouvelle demande présentée par le président du Groupe des États arabes, au nom des États membres de la Ligue des États arabes, et conformément à la résolution ES-10/13 (lettre du 1^{er} décembre 2003, adressée au président de l'Assemblée générale par le chargé d'affaires par intérim de la mission permanente du Koweït auprès de l'Organisation des Nations Unies, doc. A/ES-10/249, 2 décembre 2003). C'est au cours de la séance convoquée ce jour-là qu'a été adoptée la résolution ES-10/14 portant demande du présent avis consultatif.

* * *

24. Ayant ainsi rappelé la chronologie des événements qui ont conduit à l'adoption de la résolution ES-10/14, la Cour abordera maintenant les questions de compétence soulevées en la présente espèce. Tout d'abord, Israël a prétendu que, compte tenu du rôle actif joué par le Conseil de sécurité à l'égard de la situation au Moyen-Orient, y compris la question palestinienne, l'Assemblée générale, en demandant un avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé, avait outrepassé la compétence que lui confère la Charte.

25. La Cour a déjà indiqué que l'objet de la requête portant demande du présent avis consultatif relevait de la compétence de l'Assemblée générale en vertu de la Charte (voir paragraphes 15 à 17 ci-dessus). Le paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte dispose toutefois que :

« Tant que le Conseil de sécurité remplit, à l'égard d'un différend ou d'une situation quelconque, les fonctions qui lui sont attribuées par la présente Charte, l'Assemblée générale ne doit faire aucune recommandation sur ce différend ou cette situation, à moins que le Conseil de sécurité ne le lui demande. »

Une requête pour avis consultatif ne constitue pas en soi une « recommandation » de l'Assemblée générale « sur [un] différend ou [une] situation ». Il a cependant été soutenu en l'espèce que l'adoption de la résolution ES-10/14 par l'Assemblée générale avait outrepassé la compétence de celle-ci, en tant qu'elle n'était pas conforme à l'article 12. Aussi la Cour juge-t-elle opportun d'examiner le sens qu'il convient de donner à cet article, compte tenu des textes pertinents et de la pratique des Nations Unies.

26. En vertu de l'Article 24 de la Charte, le Conseil de sécurité a « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales ». Ainsi a-t-il à cet égard la faculté d'imposer aux États « l'obligation explicite de se conformer aux ordres qu'il peut émettre au titre du chapitre VII » et, à cette fin, de « prescrire des mesures d'exécution par une action coercitive » (*Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2 de la Charte), avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 163*). La Cour relèvera toutefois que l'article 24 fait mention d'une compétence principale, mais pas nécessairement exclusive. L'Assemblée générale a par exemple le pouvoir, en vertu de l'Article 14 de la Charte, de « recommander les mesures propres à assurer l'ajustement pacifique » de diverses situations (*Certaines dépenses des Nations Unies, ibid., p. 163*). « [L]a seule restriction que l'article 14 impose à l'Assemblée générale est celle qui figure à l'article 12, c'est-à-dire que l'Assemblée ne peut recommander de mesures tant que le Conseil de sécurité traite de la même question, à moins que [celui-ci] ne le lui demande. » (*ibid.*)

27. S'agissant de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité interprétèrent et appliquèrent l'un et l'autre, dans un premier temps, l'article 12 comme faisant obstacle à ce que l'Assemblée puisse formuler des recommandations sur une question relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales restant inscrite à l'ordre du jour du Conseil. Ainsi l'Assemblée refusa-t-elle, durant sa quatrième session, de recommander certaines mesures concernant la question indonésienne, au motif, entre autres, que le Conseil demeurerait saisi de la question (*Documents officiels de la quatrième session de l'Assemblée générale, Commission politique spéciale, comptes rendus analytiques des séances 27 septembre-7 décembre 1949, 56^e séance, 3 décembre 1949, p. 361,*

par. 118). Le Conseil lui-même raya à plusieurs reprises certains points de son ordre du jour afin de permettre à l'Assemblée de délibérer sur ceux-ci (par exemple, en ce qui concerne la question espagnole (*Procès-verbaux officiels du Conseil de sécurité, première année : seconde série, n° 21*, 79^e séance, 4 novembre 1946, p. 498), certains incidents à la frontière grecque (*Procès-verbaux officiels du Conseil de sécurité, deuxième année, n° 89*, 202^e séance, 15 septembre 1947, p. 2404-2405) et l'île de Taïwan (Formose) (*Procès-verbaux officiels du Conseil de sécurité, cinquième année, n° 48*, 506^e séance, 29 septembre 1950, p. 5)). Dans le cas de la République de Corée, le Conseil décida le 31 janvier 1951 de retirer le point pertinent de la liste des questions dont il était saisi afin de permettre à l'Assemblée de délibérer à cet égard (*Procès-verbaux officiels du Conseil de sécurité, sixième année, S/PV.531*, 531^e séance, 31 janvier 1951, p. 11-12, par. 57).

Cette interprétation de l'article 12 devait cependant évoluer par la suite. Ainsi l'Assemblée générale estima-t-elle pouvoir adopter des recommandations sur la question du Congo en 1961 (résolutions 1955 (XV) et 1600 (XVI)) et sur celle des colonies portugaises en 1963 (résolution 1913 (XVIII)), alors que ces questions étaient toujours inscrites à l'ordre du jour du Conseil, sans que celui-ci eût adopté de résolutions récentes à leur égard. En réponse à une question posée par le Pérou lors de la vingt-troisième session de l'Assemblée générale, le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies confirma que l'Assemblée avait interprété les mots « remplit ... les fonctions » employés à l'Article 12 de la Charte comme signifiant « remplit ... les fonctions en ce moment » (Assemblée générale, vingt-troisième session, Troisième Commission, 1637^e séance, A/C.3/SR.1637, par. 9). De fait, la Cour relève l'existence d'une tendance croissante à voir l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité examiner parallèlement une même question relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales (voir par exemple, les cas de Chypre, de l'Afrique du Sud, de l'Angola, de la Rhodésie du Sud et, plus récemment, de la Bosnie-Herzégovine et de la Somalie). Il est souvent arrivé que, alors que le Conseil de sécurité tendait à privilégier les aspects de ces questions touchant à la paix et à la sécurité internationales, l'Assemblée générale les envisage sous un angle plus large et en examine également les aspects humanitaires, sociaux et économiques.

28. La Cour estime que la pratique acceptée de l'Assemblée générale, telle qu'elle a évolué, est compatible avec le paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte.

La Cour est en conséquence d'avis que l'Assemblée générale, en adoptant la résolution ES-10/14 portant demande d'un avis consultatif de la Cour, n'a pas enfreint les dispositions du paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte. Elle conclut que, en présentant la demande d'avis consultatif, l'Assemblée générale n'a pas outrepassé sa compétence.

29. Il a cependant été soutenu devant la Cour que la présente demande d'avis consultatif ne satisfaisait pas aux conditions essentielles énoncées dans la résolution 377 A (V), au titre de laquelle la dixième session extraordinaire d'urgence a été convoquée et a poursuivi ses travaux. À ce propos, il a tout d'abord été affirmé que « [l]e Conseil de sécurité n'a jamais été saisi d'un projet de résolution visant à ce qu'il demande lui-même un avis consultatif à la Cour sur les questions aujourd'hui en cause »; le Conseil n'ayant jamais été saisi de cette question précise, l'Assemblée générale ne pouvait, selon cet argument, invoquer un quelconque défaut d'action du Conseil pour soumettre une telle demande. Il a ensuite été

prétendu que, en adoptant sa résolution 1515 (2003) approuvant la « Feuille de route » avant que l'Assemblée générale prenne sa résolution ES-10/14, le Conseil de sécurité avait continué d'exercer sa responsabilité en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales et que, partant, l'Assemblée générale n'était pas en droit d'agir à sa place. La régularité de la procédure suivie par la dixième session extraordinaire d'urgence, en particulier le « caractère continu » de cette session, ainsi que le fait qu'elle ait été convoquée pour débattre de la demande d'avis consultatif au moment où l'Assemblée générale siégeait en session ordinaire, ont également été contestés.

30. La Cour rappellera que, aux termes de la résolution 377 A (V) :

« dans tout cas où paraît exister une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression et où, du fait que l'unanimité n'a pas pu se réaliser parmi ses membres permanents, le Conseil de sécurité manque à s'acquitter de sa responsabilité principale dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales, l'Assemblée générale examinera immédiatement la question afin de faire aux Membres les recommandations appropriées sur les mesures collectives à prendre... ».

Pour que la procédure prévue par cette résolution puisse être enclenchée, deux conditions doivent être remplies, à savoir, d'une part, que le Conseil ait manqué à s'acquitter de sa responsabilité principale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales du fait du vote négatif de l'un ou de plusieurs de ses membres permanents et que, d'autre part, la situation soit de celles dans lesquelles paraît exister une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression. La Cour doit en conséquence déterminer si ces conditions étaient effectivement remplies lors de la convocation de la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale, en particulier lorsque celle-ci a décidé de demander un avis consultatif à la Cour.

31. Au vu de la série d'événements décrits aux paragraphes 18 à 23 ci-dessus, la Cour constate que, lorsque la dixième session extraordinaire d'urgence fut convoquée en 1997, le Conseil s'était effectivement trouvé, en raison du vote négatif d'un membre permanent, dans l'incapacité de prendre une décision concernant l'implantation de certaines colonies de peuplement dans le territoire palestinien occupé et que, comme l'indique la résolution ES-10/2 (voir paragraphe 19 ci-dessus), il existait une menace à la paix et à la sécurité internationales.

La Cour constate en outre que la dixième session extraordinaire d'urgence, convoquée à nouveau le 20 octobre 2003, le fut sur la même base qu'en 1997 (voir les déclarations des représentants de la Palestine et d'Israël, A/ES-10/PV.21, p. 2 et 5), après le rejet par le Conseil de sécurité, le 14 octobre 2003, d'un projet de résolution portant sur la construction par Israël du mur dans le territoire palestinien occupé, du fait d'une nouvelle fois du vote négatif d'un membre permanent. La Cour considère que le Conseil de sécurité a là encore manqué à agir au sens de la résolution 377 A (V). Il ne semble pas à la Cour que la situation à cet égard ait évolué entre le 20 octobre 2003 et le 8 décembre 2003, le Conseil de sécurité n'ayant ni débattu de la construction du mur, ni adopté une quelconque résolution sur ce point. La Cour estime donc que, à la date du 8 décembre 2003, le Conseil n'était pas revenu sur le vote négatif du 14 octobre 2003. Il s'ensuit que, au cours de cette période, la dixième session extraordinaire d'urgence a été dûment convoquée à

nouveau et pouvait régulièrement, en vertu de la résolution 377 A (V), être saisie de la question dont la Cour doit aujourd'hui connaître.

32. La Cour relèvera aussi qu'au cours de cette session extraordinaire d'urgence l'Assemblée générale pouvait adopter toute résolution ayant trait à la question pour laquelle avait été convoquée la session, et entrant par ailleurs dans les compétences de l'Assemblée, y compris une résolution demandant un avis à la Cour. Qu'il n'ait pas été proposé au Conseil de sécurité de solliciter un tel avis est sans pertinence à cet égard.

33. Abordant maintenant les autres irrégularités procédurales dont serait entachée la dixième session extraordinaire d'urgence, la Cour ne considère pas que le fait que cette session ait présenté un caractère « continu » — ayant été convoquée en avril 1997 et convoquée à nouveau onze fois depuis lors — ait quelque pertinence que ce soit en ce qui concerne la validité de la demande de l'Assemblée générale. La Cour fait observer à cet égard que la septième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale, convoquée le 22 juillet 1980, fut, par la suite, convoquée à nouveau à quatre reprises (les 20 avril, 25 juin, 16 août et 24 septembre 1982), sans que la validité des résolutions ou des décisions adoptées par elle dans ce contexte ait jamais été contestée. La validité des résolutions précédemment adoptées dans le cadre de la dixième session extraordinaire d'urgence n'a pas davantage été contestée.

34. La Cour note aussi l'argument avancé par Israël selon lequel la nouvelle convocation de la dixième session extraordinaire d'urgence était inappropriée, une session ordinaire de l'Assemblée générale étant alors en cours. Elle observe que même si, à l'origine, il a pu ne pas sembler approprié que l'Assemblée générale tienne simultanément une session extraordinaire d'urgence et une session ordinaire, aucune règle constitutionnelle de l'Organisation n'a été identifiée, dont la méconnaissance aurait rendu nulle la résolution portant adoption de la demande d'avis consultatif en l'espèce.

35. Enfin, la Cour relèvera que la dixième session extraordinaire d'urgence a été convoquée conformément à l'alinéa b) de l'article 9 du règlement intérieur de l'Assemblée générale, et que les séances pertinentes ont été convoquées selon les règles en vigueur. Ainsi que la Cour l'a dit dans son avis consultatif du 21 juin 1971 sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, une « résolution émanant d'un organe des Nations Unies régulièrement constitué, prise conformément à son règlement et déclarée adoptée par son président, doit être présumée valable » (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 22, par. 20). La Cour ne voit aucune raison d'écarter cette présomption en l'espèce.

* * *

36. La Cour abordera à présent une autre question soulevée à l'égard de sa compétence en l'espèce, à savoir que la demande d'avis consultatif émanant de l'Assemblée générale ne porterait pas sur une « question juridique » au sens du paragraphe 1 de l'Article 96 de la Charte et du paragraphe 1 de l'article 65 du Statut de la Cour. Il a été soutenu à cet égard que, pour constituer une question juridique au sens des deux dispositions susmentionnées, une question doit être raisonnablement précise, faute de quoi elle ne saurait se prêter à une réponse de la Cour. S'agissant de la demande formulée dans la présente procédure consultative, il

a été fait valoir qu'il n'était pas possible d'appréhender avec une certitude raisonnable le sens juridique de la question posée à la Cour, et ce pour deux raisons.

En premier lieu, il a été prétendu que la question concernant les « conséquences » « en droit » de la construction du mur n'admettait que deux interprétations possibles, et que chacune de ces interprétations conduirait la Cour à adopter une ligne de conduite qu'elle ne saurait retenir. La question posée pourrait tout d'abord être interprétée comme une invitation faite à la Cour de constater l'illicéité de la construction du mur, puis de donner son avis sur les conséquences juridiques de cette illicéité. Dans ce cas, a-t-il été soutenu, la Cour devrait refuser de répondre à la question posée pour plusieurs raisons, certaines d'entre elles concernant la compétence, et d'autres plutôt l'opportunité. S'agissant de la compétence, il a été dit que, si l'Assemblée générale avait voulu obtenir l'avis de la Cour sur la question particulièrement complexe et délicate de la licéité de la construction du mur, elle aurait demandé expressément un avis à cet effet (voir *Échange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I. série B n° 10*, p. 17). Il a été affirmé qu'une seconde interprétation possible de la demande consisterait pour la Cour à présumer illicite la construction du mur, pour ensuite se prononcer sur les conséquences juridiques de cette illicéité présumée. Dans cette hypothèse aussi, la Cour devrait refuser de répondre à la question posée, puisque la demande serait alors fondée sur un postulat contestable et qu'il serait en tout état de cause impossible de se prononcer sur les conséquences juridiques de cette illicéité sans avoir précisé la nature de cette dernière.

Il a été prétendu en second lieu que, en raison de son manque de clarté et de son caractère abstrait, la question posée à la Cour ne serait pas de nature « juridique ». En particulier, il a été soutenu à cet égard que la question ne précise pas si les conséquences juridiques que la Cour est priée d'examiner concernent « l'Assemblée générale ou quelque autre organe des Nations Unies », les « États Membres de l'Organisation des Nations Unies », « Israël », la « Palestine » ou « certaines des entités précitées, ou quelque autre entité ».

37. En ce qui concerne le manque de clarté allégué des termes employés dans la requête de l'Assemblée générale et son incidence sur la « nature juridique » de la question soumise à la Cour, celle-ci observera tout d'abord que cette question vise les conséquences juridiques d'une situation de fait donnée, compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949 (ci-après dénommée la « quatrième Convention de Genève »), et des résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale. La question posée par l'Assemblée générale a donc, pour reprendre les termes employés par la Cour dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental*, « été libell[ée] en termes juridiques et soulèv[e] des problèmes de droit international »; elle est, par sa nature même, susceptible de recevoir une réponse fondée en droit; elle ne serait guère susceptible d'ailleurs de recevoir une autre réponse. La Cour est d'avis que cette question a bien un caractère juridique (voir *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 18, par. 15.)

38. La Cour fera observer qu'un manque de clarté dans le libellé d'une question ne saurait priver la Cour de sa compétence. Tout au plus, du fait de ces incertitudes, la Cour devra-t-elle préciser l'interprétation à donner à la question, ce qu'elle a souvent fait.

La Cour permanente et la Cour actuelle ont toutes deux fait observer dans plusieurs affaires que le libellé d'une requête pour avis consultatif n'explicitait pas suffisamment la question sur laquelle l'avis de la Cour était demandé (*Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926 (protocole final, article IV), avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 16 (I), p. 14-16*) ou ne correspondait pas à la « véritable question juridique » qui se posait (*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980, p. 87-89, par. 34-36*). Elle a constaté dans une affaire que « la question soumise à la Cour, considérée en elle-même, apparai[ssai]t à la fois mal posée et vague » (*Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1982, p. 348, par. 46*).

De ce fait, la Cour a souvent été amenée à élargir, interpréter, voire reformuler les questions qui lui étaient posées (voir les trois avis cités plus haut; voir également *Jaworzina, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 8; Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956, p. 25; Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 157-162*).

Dans la présente espèce, la Cour n'aura à faire que ce qu'elle a souvent fait par le passé, c'est-à-dire « déterminer les principes et règles existants, les interpréter et les appliquer..., apportant ainsi à la question posée une réponse fondée en droit » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 234, par. 13*).

39. En l'espèce, si l'Assemblée générale prie la Cour de dire« [q]uelles sont en droit les conséquences » de la construction du mur, l'emploi de ces termes implique nécessairement de déterminer si cette construction viole ou non certaines règles et certains principes de droit international. Il est donc clair que la Cour est tout d'abord invitée à déterminer si ces règles et principes ont été violés et le demeurent du fait de la construction du mur selon le tracé projeté.

40. La Cour ne considère pas que la nature prétendument abstraite de la question qui lui est posée soulève un problème de compétence. Même lorsque, dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, cet aspect fut soulevé sous l'angle de l'opportunité judiciaire plutôt que sous celui de la compétence, la Cour déclara que l'allégation selon laquelle elle ne pourrait connaître d'une question posée en termes abstraits n'était qu'« une pure affirmation dénuée de toute justification », et qu'elle pouvait « donner un avis consultatif sur toute question juridique, abstraite ou non » (*C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 236, par. 15*, citant les affaires suivantes : *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (Article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 61; Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1954, p. 51; et Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 27, par. 40*). En tout état de cause, la Cour considère que la question qui lui a été posée quant aux conséquences juridiques de la construction du mur n'est pas de nature abstraite et que c'est en outre à elle qu'il appartiendrait de déterminer à l'égard de qui ces conséquences devraient être précisées.

41. La Cour ne saurait par ailleurs accepter le point de vue, également avancé au cours de la procédure, selon lequel elle n'aurait pas compétence en raison du caractère « politique » de la question posée. Ainsi qu'il ressort à cet égard de sa jurisprudence constante, la Cour estime que le fait qu'une question juridique présente également des aspects politiques,

« comme c'est, par la nature des choses, le cas de bon nombre de questions qui viennent à se poser dans la vie internationale, ne suffit pas à la priver de son caractère de « question juridique » et à « enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Statut » (*Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 172, par. 14). Quels que soient les aspects politiques de la question posée, la Cour ne saurait refuser un caractère juridique à une question qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l'appréciation de la licéité de la conduite éventuelle d'États au regard des obligations que le droit international leur impose (voir *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (Article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 61-62; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 6-7; *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962* p. 155). » (*Licéité de la menace de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 234, par. 13.)

Dans son avis concernant l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, la Cour a même souligné que « lorsque des considérations politiques jouent un rôle marquant il peut être particulièrement nécessaire à une organisation internationale d'obtenir un avis consultatif de la Cour sur les principes juridiques applicables à la matière en discussion... » (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 87, par. 33). La Cour a en outre affirmé, dans son avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, que « la nature politique des mobiles qui auraient inspiré la requête et les implications politiques que pourrait avoir l'avis donné sont sans pertinence au regard de l'établissement de sa compétence pour donner un tel avis » (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 234, par. 13). La Cour estime qu'il n'existe en l'espèce aucun élément susceptible de l'amener à conclure différemment.

* * *

42. La Cour en conséquence a compétence pour donner l'avis consultatif demandé par la résolution ES-10/14 de l'Assemblée générale.

* * *

43. Il a cependant été soutenu au cours de la procédure que la Cour devrait refuser d'exercer sa compétence en raison de la présence, dans la requête de l'Assemblée générale, d'un certain nombre d'éléments qui rendraient l'exercice par la Cour de sa compétence malvenu et étranger à sa fonction judiciaire.

44. La Cour a maintes fois eu par le passé l'occasion de rappeler que le paragraphe 1 de l'article 65 de son Statut, selon lequel « [l]a Cour *peut* donner un avis consultatif... » (les italiques sont de la Cour), devait être interprété comme reconnaissant à la Cour le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner un avis consultatif même lorsque les conditions pour qu'elle soit compétente sont remplies

(*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 234-235, par. 14). La Cour n'en garde pas moins présent à l'esprit que sa réponse à une demande d'avis consultatif « constitue [sa] participation ... à l'action de l'Organisation et [que], en principe, elle ne devrait pas être refusée » (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71; voir également, par exemple, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 78-79, par. 29). Compte tenu de ses responsabilités en tant qu'« organe judiciaire principal des Nations Unies » (Article 92 de la Charte), la Cour ne devrait pas en principe refuser de donner un avis consultatif. Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, il faudrait des « raisons décisives » pour l'amener à opposer un tel refus (*Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 155; voir également, par exemple, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 78-79, par. 29).

La Cour actuelle n'a jamais, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, refusé de répondre à une demande d'avis consultatif. La décision de ne pas donner l'avis consultatif que sollicitait l'Organisation mondiale de la Santé sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* a été fondée sur le défaut de compétence de la Cour, et non sur des considérations touchant à l'opportunité judiciaire (voir *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 235, par. 14). La devancière de la Cour, la Cour permanente de Justice internationale, estima une seule fois ne pas devoir répondre à la question qui lui avait été posée (*Statut de la Carélie orientale, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 5*), mais cela en raison des

« circonstances toutes particulières de l'espèce, à savoir, notamment, [du fait] que cette question concernait directement un différend déjà né auquel était partie un État qui n'avait pas adhéré au Statut de la Cour permanente, n'était pas membre de la Société des Nations, s'opposait à la procédure et refusait d'y prendre part de quelque manière que ce [fût] » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 235-236, par. 14).

45. Ces considérations ne dispensent pas la Cour de l'obligation de s'assurer, chaque fois qu'elle est saisie d'une demande d'avis, de l'opportunité d'exercer sa fonction judiciaire, sur la base du critère des « raisons décisives » tel que rappelé ci-dessus. La Cour examinera donc en détail, et à la lumière de sa jurisprudence, chacun des arguments qui lui a été présenté à cet égard.

* * *

46. Selon le premier de ces arguments, la Cour ne devrait pas exercer sa compétence en l'espèce, au motif que la demande concernerait un différend entre Israël et la Palestine à l'égard duquel Israël n'a pas accepté la juridiction de la Cour. Ainsi, l'objet de la question posée par l'Assemblée générale ferait « partie intégrante du différend israélo-palestinien plus large qui concerne des questions liées au terrorisme, à la sécurité, aux frontières, aux colonies de peuplement, à Jérusalem et à d'autres questions connexes ». Israël a insisté sur le fait qu'il n'avait jamais consenti à voir ce différend plus large tranché par la Cour ou dans le cadre de

tout autre mode de règlement obligatoire; il affirme au contraire que les Parties ont convenu à plusieurs reprises que ces questions devaient être réglées par la voie de la négociation, le recours à l'arbitrage étant envisageable en cas d'accord. Il est donc soutenu que la Cour devrait refuser de donner l'avis qui lui est demandé, en s'appuyant notamment sur le précédent constitué par la décision de la Cour permanente de Justice internationale relative au *Statut de la Carélie orientale*.

47. La Cour relève que l'absence de consentement à la juridiction contentieuse de la Cour de la part des États intéressés est sans effet sur la compétence qu'a celle-ci de donner un avis consultatif. Dans un avis consultatif de 1950, la Cour a expliqué que :

« Le consentement des États parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse. Il en est autrement en matière d'avis, alors même que la demande d'avis a trait à une question juridique actuellement pendante entre États. La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif : comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire. Il en résulte qu'aucun État, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité. L'avis est donné par la Cour non aux États, mais à l'organe habilité pour le lui demander; la réponse constitue une participation de la Cour, elle-même « organe des Nations Unies », à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée. » (*Interprétation des traités de paix avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71; voir également *Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975*, p. 24, par. 31.)

Il en résulte que, dans cette affaire, la Cour n'a pas refusé de répondre à la demande d'avis consultatif au motif que, dans les circonstances en question, elle n'aurait pas eu compétence pour ce faire. Elle a toutefois examiné l'opposition marquée par certains États intéressés à la requête émanant de l'Assemblée générale sous l'angle de l'opportunité judiciaire. Commentant sa décision de 1950, la Cour a expliqué dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental* qu'elle avait « ainsi reconnu que le défaut de consentement pourrait l'amener à ne pas émettre d'avis si, dans les circonstances d'une espèce donnée, des considérations tenant à son caractère judiciaire imposaient un refus de répondre ». Et la Cour de poursuivre :

« le défaut de consentement d'un État intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un État n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant. » (*Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975*, p. 25, par. 32-33.)

Appliquant le principe ainsi libellé à la demande relative au *Sahara occidental*, la Cour constata qu'il existait certes une controverse juridique, mais une controverse qui avait surgi lors des débats de l'Assemblée générale et au sujet de problèmes traités par celle-ci. Cette controverse n'était pas née indépendamment, dans le cadre de relations bilatérales (*ibid.*, p. 25, par. 34).

48. S'agissant de la requête pour avis consultatif dont elle est saisie, la Cour prend acte du fait qu'Israël et la Palestine ont exprimé des vues radicalement opposées sur les conséquences juridiques de l'édification du mur par Israël, sur lesquelles la Cour a été priée de se prononcer. Toutefois, ainsi que la Cour l'a elle-même noté,

« [p]resque toutes les procédures consultatives ont été marquées par des divergences de vues » (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 24, par. 34*).

49. En outre, la Cour n'estime pas que la question qui fait l'objet de la requête de l'Assemblée générale puisse être considérée seulement comme une question bilatérale entre Israël et la Palestine. Compte tenu des pouvoirs et responsabilités de l'Organisation des Nations Unies à l'égard des questions se rattachant au maintien de la paix et de la sécurité internationales, la Cour est d'avis que la construction du mur doit être regardée comme intéressant directement l'Organisation des Nations Unies. La responsabilité de l'Organisation à cet égard trouve également son origine dans le mandat et dans la résolution relative au plan de partage de la Palestine (voir paragraphes 70 et 71 ci-après). Cette responsabilité a été décrite par l'Assemblée générale comme « une responsabilité permanente à assumer en ce qui concerne la question de Palestine jusqu'à ce qu'elle soit réglée sous tous ses aspects de manière satisfaisante et dans le respect de la légitimité internationale » (résolution 57/107 de l'Assemblée générale, en date du 3 décembre 2002). Dans le cadre institutionnel de l'Organisation, cette responsabilité s'est concrétisée par l'adoption de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, ainsi que par la création de plusieurs organes subsidiaires spécifiquement établis pour oeuvrer à la réalisation des droits inaliénables du peuple palestinien.

50. L'objet de la requête dont la Cour est saisie est d'obtenir de celle-ci un avis que l'Assemblée générale estime utile pour exercer comme il convient ses fonctions. L'avis est demandé à l'égard d'une question qui intéresse tout particulièrement les Nations Unies, et qui s'inscrit dans un cadre bien plus large que celui d'un différend bilatéral. Dans ces conditions, la Cour estime que rendre un avis n'aurait pas pour effet de tourner le principe du consentement au règlement judiciaire et qu'elle ne saurait dès lors, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser de donner un avis pour ce motif.

* * *

51. La Cour passera maintenant à un autre argument avancé au cours de la présente procédure pour étayer la thèse selon laquelle elle devrait refuser d'exercer sa compétence. Certains participants ont soutenu qu'un avis consultatif de la Cour sur la licéité du mur et les conséquences juridiques de son édification pourrait faire obstacle à un règlement politique négocié du conflit israélo-palestinien. En particulier, selon cette thèse, une telle opinion pourrait porter atteinte à la « Feuille de route » (voir paragraphe 22 ci-dessus), qui prescrit à Israël et à la Palestine le respect d'un certain nombre d'obligations au cours des différentes phases qui y sont prévues. Il a été affirmé que l'avis demandé pourrait compliquer les négociations envisagées dans la « Feuille de route » et que la Cour devrait en conséquence exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de répondre à la question qui lui a été posée.

La Cour a déjà été appelée à examiner des arguments analogues plusieurs fois par le passé. Ainsi, dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a-t-elle déclaré :

« Il a ... été soutenu qu'une réponse de la Cour en l'espèce pourrait être préjudiciable aux négociations sur le désarmement et serait, en conséquence,

contraire à l'intérêt de l'Organisation des Nations Unies. La Cour sait que, quelles que soient les conclusions auxquelles elle pourrait parvenir dans l'avis qu'elle donnerait, ces conclusions seraient pertinentes au regard du débat qui se poursuit à l'Assemblée générale, et apporteraient dans les négociations sur la question un élément supplémentaire. Mais, au-delà de cette constatation, l'effet qu'aurait cet avis est une question d'appréciation. Des opinions contraires ont été exposées devant la Cour et il n'est pas de critère évident qui permettrait à celle-ci de donner la préférence à une position plutôt qu'à une autre. » (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 237, par. 17; voir également *Sahara occidental*, *C.I.J. Recueil 1975*, p. 37, par. 73.)

52. Un participant à la présente procédure a dit que la Cour, si elle devait répondre à la requête, devrait en tout cas garder présents à l'esprit

« deux aspects essentiels du processus de paix : le principe fondamental selon lequel les questions relatives au statut définitif doivent être résolues par la négociation; et le fait que le processus de paix ne pourra aboutir que si, pendant la période intérimaire, les parties s'acquittent de leurs responsabilités en matière de sécurité ».

53. La Cour n'ignore pas que la « Feuille de route », entérinée par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1515 (2003) (voir par. 22 ci-dessus), constitue un cadre de négociation visant au règlement du conflit israélo-palestinien. L'influence que l'avis de la Cour pourrait avoir sur ces négociations n'apparaît cependant pas de façon évidente : les participants à la présente procédure ont exprimé à cet égard des vues divergentes. La Cour ne saurait considérer ce facteur comme une raison décisive de refuser d'exercer sa compétence.

54. Certains participants ont par ailleurs affirmé devant la Cour que la question de la construction du mur n'était qu'un aspect du conflit israélo-palestinien, à l'examen duquel la présente procédure ne saurait servir de cadre approprié. Toutefois, la Cour estime que cela ne saurait justifier qu'elle refuse de répondre à la question posée. La Cour est certes consciente que la question du mur fait partie d'un ensemble, et elle prendrait soigneusement en considération cette circonstance dans tout avis qu'elle pourrait rendre. En même temps, la question que l'Assemblée générale a choisi de lui soumettre pour avis est limitée aux conséquences juridiques de la construction du mur, et la Cour ne tiendrait compte d'autres éléments que dans la mesure où ceux-ci seraient nécessaires aux fins de l'examen de cette question.

* * *

55. Plusieurs participants à la procédure ont encore soutenu que la Cour devrait refuser d'exercer sa compétence parce qu'elle ne dispose pas des faits et des éléments de preuve nécessaires pour lui permettre de formuler des conclusions. Israël a en particulier fait valoir, en se référant à l'avis consultatif relatif à *l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, que la Cour ne saurait donner un avis sur des questions soulevant des points de fait qui ne peuvent être éclaircis que contradictoirement. Selon Israël, si la Cour décidait de donner l'avis demandé, elle en serait réduite à des conjectures sur des faits essentiels et à des hypothèses sur des arguments de droit. Israël a précisé que la Cour ne pourrait se prononcer sur les conséquences juridiques de l'édification du mur sans examiner, d'une part, la nature et la portée des menaces pour la sécurité auxquelles le mur entend répondre, ainsi que l'efficacité de cette réponse, et, d'autre

part, l'effet de la construction du mur pour les Palestiniens. Cette tâche, qui serait déjà difficile dans une affaire contentieuse, serait encore plus complexe dans une procédure consultative, d'autant qu'Israël serait seul à posséder une grande partie des renseignements nécessaires et qu'il a indiqué avoir choisi de ne pas traiter du fond. Israël a conclu que la Cour, face à des questions de fait impossibles à éclaircir dans la présente procédure, devrait user de son pouvoir discrétionnaire et refuser de donner suite à la demande d'avis consultatif.

56. La Cour fera observer que la question de savoir si les éléments de preuve dont elle dispose sont suffisants pour donner un avis consultatif doit être tranchée dans chaque cas particulier. Dans son avis relatif à l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (C.I.J. Recueil 1950, p. 72), et de nouveau dans son avis relatif au *Sahara occidental*, la Cour a bien indiqué que ce qui était décisif dans ces circonstances était de savoir « si la Cour dispose de renseignements et d'éléments de preuve suffisants pour être à même de porter un jugement sur toute question de fait contestée et qu'il lui faudrait établir pour se prononcer d'une manière conforme à son caractère judiciaire » (*Sahara occidental*, C.I.J. Recueil 1975, p. 28-29, par. 46). Ainsi, par exemple, dans la procédure concernant le *Statut de la Carélie orientale*, la Cour permanente de Justice internationale a décidé de refuser de donner un avis, entre autres, parce que la question posée « soulevait des points de fait qui ne pouvaient être éclaircis que contradictoirement » (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, C.I.J. Recueil 1950, p. 72; voir *Statut de la Carélie orientale*, C.P.J.I série B n° 5, p. 28). En revanche, dans l'avis sur le *Sahara occidental*, la Cour a noté qu'elle avait reçu une très abondante documentation permettant d'établir les faits pertinents (C.I.J. Recueil 1975, p. 29, par. 47).

57. En l'espèce, la Cour a à sa disposition le rapport du Secrétaire général, ainsi qu'un dossier volumineux soumis par celui-ci à la Cour, qui contient des informations détaillées non seulement quant au tracé du mur mais aussi quant aux conséquences humanitaires et socio-économiques de celui-ci sur la population palestinienne. Le dossier inclut de nombreux rapports fondés sur des visites effectuées sur le terrain par des rapporteurs spéciaux et des organes compétents des Nations Unies. Le Secrétaire général a par ailleurs soumis à la Cour un exposé écrit complétant les informations fournies dans son rapport, aux fins de mettre celui-ci à jour. Nombre d'autres participants ont en outre présenté à la Cour des exposés écrits qui renferment des informations pertinentes pour une réponse à la question posée par l'Assemblée générale. La Cour relève en particulier que l'exposé écrit d'Israël, bien que se limitant aux questions de compétence et d'opportunité judiciaire, comporte des observations concernant d'autres sujets, y compris les préoccupations d'Israël en matière de sécurité, et est accompagné d'annexes correspondantes; de nombreux autres documents émanant du Gouvernement israélien et concernant ces mêmes sujets sont dans le domaine public.

58. La Cour estime qu'elle dispose de renseignements et d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre de donner l'avis consultatif demandé par l'Assemblée générale. La circonstance que d'autres pourraient évaluer et interpréter ces faits de manière subjective ou politique ne saurait au demeurant constituer un motif pour qu'une cour de justice s'abstienne d'assumer sa tâche judiciaire. Il n'y a donc pas, en l'espèce, insuffisance d'éléments d'information qui constituerait une raison décisive pour la Cour de refuser de donner l'avis sollicité.

* * *

59. Dans leurs exposés écrits, certains participants ont également avancé l'argument selon lequel la Cour devrait refuser de donner l'avis consultatif demandé sur les conséquences juridiques de l'édification du mur, parce que pareil avis consultatif ne serait d'aucune utilité. Ils ont soutenu que les avis consultatifs de la Cour seraient à considérer comme un moyen devant permettre à un organe ou à une institution, qui a besoin pour ses activités futures qu'un point de droit soit élucidé, d'obtenir ladite élucidation. Dans le cas d'espèce, est-il encore soutenu, l'Assemblée générale n'aurait pas besoin d'un tel avis de la Cour, parce qu'elle a déjà déclaré la construction du mur illégale, qu'elle a déjà déterminé les conséquences juridiques de cette construction en exigeant qu'Israël l'arrête et revienne sur le projet, et parce que, en outre, l'Assemblée générale n'a jamais fait clairement connaître ce qu'elle entendait faire de l'avis demandé.

60. Comme il ressort de la jurisprudence de la Cour, les avis consultatifs servent à fournir aux organes qui les sollicitent les éléments de caractère juridique qui leur sont nécessaires dans le cadre de leurs activités. Dans son avis sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour a observé : « L'objet de la présente demande d'avis est d'éclairer les Nations Unies dans leur action propre. » (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 19.) De la même manière, dans son avis sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, la Cour a rappelé qu'« [i]l s'agi[ssait] d'une requête présentée par un organe des Nations Unies, à propos de ses propres décisions, en vue d'obtenir de la Cour un avis juridique sur les conséquences et les incidences de ces décisions. » (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 24, par. 32). En une autre occasion, la Cour a déclaré que l'avis consultatif qui lui était demandé « fournira[it] à l'Assemblée générale des éléments de caractère juridique qui lui ser[aient] utiles quand elle traitera[it] à nouveau de la décolonisation du Sahara occidental » (*Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975*, p. 37, par. 72).

61. Quant à l'argument selon lequel l'Assemblée générale n'a pas fait connaître clairement quel usage elle entendait faire d'un avis consultatif sur le mur, la Cour rappellera ce qu'elle a déclaré dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, une déclaration qui est également pertinente en la présente espèce :

« Certains États ont observé que l'Assemblée générale n'a pas expliqué à la Cour à quelles fins précises elle sollicitait l'avis consultatif. Toutefois, il n'appartient pas à la Cour de prétendre décider si l'Assemblée a ou non besoin d'un avis consultatif pour s'acquitter de ses fonctions. L'Assemblée générale est habilitée à décider elle-même de l'utilité d'un avis au regard de ses besoins propres. » (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 237, par. 16.)

62. Il s'ensuit que la Cour ne saurait refuser de répondre à la question posée au motif que son avis ne serait d'aucune utilité. La Cour ne peut substituer sa propre appréciation de l'utilité de l'avis demandé à celle de l'organe qui le sollicite, en l'occurrence l'Assemblée générale. En outre, et en tout état de cause, la Cour estime que l'Assemblée générale n'a pas encore procédé à la détermination de toutes les conséquences possibles de sa propre résolution. La tâche de la Cour consisterait à déterminer l'ensemble des conséquences juridiques de l'édification du mur, alors que l'Assemblée générale — et le Conseil de sécurité — pourraient ensuite tirer des conclusions de ces déterminations de la Cour.

* * *

63. Enfin, la Cour examinera un autre argument avancé en ce qui concerne l'opportunité de donner un avis consultatif en l'espèce. Israël a soutenu que la Palestine, compte tenu de la responsabilité qui est la sienne dans les actes de violence auxquels le mur vise à parer, commis contre Israël et sa population, ne saurait demander à la Cour de remédier à une situation résultant de ses propres actes illicites. À ce propos, Israël a invoqué la maxime *nullus commodum capere potest de sua injuria propria*, qu'il considère comme aussi pertinente dans une procédure consultative que dans une affaire contentieuse. Dès lors, conclut Israël, la bonne foi et le principe des « mains propres » constituent une raison décisive qui devrait conduire la Cour à refuser d'accéder à la demande de l'Assemblée générale.

64. De l'avis de la Cour, cet argument est dénué de pertinence. Comme cela a déjà été souligné précédemment, c'est l'Assemblée générale qui a sollicité un avis consultatif, et un tel avis serait donné à l'Assemblée générale et non à un État ou une entité déterminés.

* * *

65. À la lumière de ce qui précède, la Cour conclut non seulement qu'elle a compétence pour donner un avis sur la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale (voir paragraphe 42 ci-dessus), mais encore qu'il n'existe aucune raison décisive pour qu'elle use de son pouvoir discrétionnaire de ne pas donner cet avis.

* * *

66. La Cour abordera maintenant l'examen de la question qui lui a été adressée par l'Assemblée générale par résolution ES-10/14. Il est rappelé que cette question est la suivante :

« Quelles sont en droit les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, selon ce qui est exposé dans le rapport du Secrétaire général, compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième Convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale? »

67. Comme la Cour l'expliquera au paragraphe 82 ci-après, le « mur » en question est un ouvrage complexe, de sorte que ce terme ne peut être entendu dans son sens physique strict. Toutefois, les autres termes utilisés par Israël (« clôture ») ou par le Secrétaire général (« barrière »), pris dans leur acception physique, ne sont pas plus exacts. De ce fait, dans le présent avis, la Cour a choisi d'user de la terminologie employée par l'Assemblée générale.

La Cour relèvera par ailleurs que la requête de l'Assemblée générale a trait aux conséquences juridiques de l'édification du mur « dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est ». Comme la Cour l'expliquera également plus loin (voir paragraphes 79 à 84 ci-après), certaines parties de l'ouvrage sont en cours de construction, ou leur construction est prévue, sur le territoire même d'Israël; la Cour ne considère pas qu'elle a à examiner les conséquences juridiques de la construction de telles parties du mur.

68. La question posée par l'Assemblée générale porte sur les conséquences juridiques de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé. Toutefois, en vue de préciser ces conséquences à l'intention de l'Assemblée générale, la Cour doit au préalable déterminer si l'édification de ce mur est ou non contraire au droit international (voir paragraphe 39 ci-dessus). Elle procédera donc à cette détermination avant de traiter des conséquences de la construction.

69. Pour ce faire, la Cour effectuera tout d'abord une brève analyse du statut du territoire en cause, puis décrira les ouvrages construits ou en cours de construction sur ce territoire. Elle indiquera ensuite quel est le droit applicable, avant de rechercher si celui-ci a été méconnu.

* * *

70. La Palestine avait fait partie de l'Empire ottoman. À l'issue de la première guerre mondiale, un mandat « A » pour la Palestine fut confié à la Grande-Bretagne par la Société des Nations en application du paragraphe 4 de l'article 22 du Pacte, qui disposait que

« [c]ertaines 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 guident leur administration jusqu'au moment où elles seront capables de se conduire seules ».

La Cour rappellera ce qu'elle avait relevé dans son avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, alors qu'elle s'exprimait de manière générale sur les mandats, à savoir que « [l]e mandat a été créé, dans l'intérêt des habitants du territoire et de l'humanité en général, comme une institution internationale à laquelle était assigné un but international : une mission sacrée de civilisation » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 132). Elle avait également constaté à cet égard que « deux principes furent considérés comme étant d'importance primordiale : celui de la non-annexion et celui qui proclamait que le bien-être et le développement de ces peuples [qui n'étaient pas encore capables de se gouverner eux-mêmes] formaient "une mission sacrée de civilisation" » (*ibid.*, p. 131).

Les limites territoriales du mandat pour la Palestine furent fixées par divers instruments, notamment, en ce qui concerne sa frontière orientale, par un mémorandum britannique du 16 septembre 1922 et un traité anglo-transjordanien du 20 février 1928.

71. En 1947, le Royaume-Uni fit connaître son intention de procéder à l'évacuation complète du territoire sous mandat pour le 1^{er} août 1948, date qui fut par la suite avancée au 15 mai 1948. Dans l'intervalle, l'Assemblée générale des Nations Unies avait adopté le 29 novembre 1947 une résolution 181 (II) sur le gouvernement futur de la Palestine, résolution qui « [r]ecommande au Royaume-Uni ... ainsi qu'à tous les autres Membres de l'Organisation des Nations Unies, l'adoption et la mise à exécution ... du plan de partage » du territoire, prévu dans la résolution, entre deux États indépendants, l'un arabe, l'autre juif, ainsi que la mise sur pied d'un régime international particulier pour la ville de Jérusalem. La population arabe de Palestine et les États arabes rejetèrent ce plan qu'ils estimaient déséquilibré; Israël proclama son indépendance le 14 mai 1948 en

vertu de la résolution de l'Assemblée générale; un conflit armé éclata alors entre Israël et plusieurs États arabes et le plan de partage ne fut pas appliqué.

72. Par résolution 62 (1948) du 16 novembre 1948, le Conseil de sécurité décida qu'« il sera[it] conclu un armistice dans tous les secteurs de la Palestine » et invita les parties directement impliquées dans le conflit à rechercher un accord à cette fin. Conformément à cette décision, des conventions générales d'armistice furent conclues en 1949 entre Israël et les États voisins grâce à la médiation des Nations Unies. Une telle convention fut en particulier signée à Rhodes le 3 avril 1949 entre Israël et la Jordanie. Les articles V et VI de cette convention fixaient la ligne de démarcation de l'armistice entre les forces israéliennes et les forces arabes (ligne souvent appelée par la suite « Ligne verte » du fait de la couleur retenue pour la tracer sur les cartes, et qui sera ainsi dénommée ci-après). Il était précisé au paragraphe 2 de l'article III qu'« [a]ucun élément des forces militaires ou paramilitaires ... de l'une ou l'autre partie ... ne franchira[it], pour quelque motif que ce soit, la ligne de démarcation... ». Il était convenu au paragraphe 8 de l'article VI que ces dispositions ne seraient pas « interprétées comme préjugant en aucune façon un règlement ... définitif entre les parties ». En outre, il était précisé que « [l]a ligne de démarcation de l'armistice définie aux articles V et VI de la ... convention [était] acceptée par les parties sans préjudice de règlements territoriaux ultérieurs, du tracé des frontières ou des revendications de chacune des parties à ce sujet ». La ligne de démarcation était susceptible de subir des ajustements par accord entre les parties.

73. Lors du conflit armé de 1967, les forces armées israéliennes occupèrent l'ensemble des territoires qui avaient constitué la Palestine sous mandat britannique (y compris les territoires désignés sous le nom de Cisjordanie situés à l'est de la Ligne verte).

74. Le 22 novembre 1967, le Conseil de sécurité adopta à l'unanimité la résolution 242 (1967) qui soulignait l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre et appelait au « [r]etrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit », et à la « cessation de toutes assertions de belligérance ou de tous états de belligérance ».

75. À partir de 1967, Israël a pris dans ces territoires diverses mesures tendant à modifier le statut de la ville de Jérusalem. Le Conseil de sécurité, après avoir rappelé à plusieurs reprises que « le principe que l'acquisition d'un territoire par la conquête militaire est inadmissible », a condamné ces mesures et a confirmé, par résolution 298 du 25 septembre 1971 (1971), de la façon la plus explicite que :

« toutes les dispositions législatives et administratives prises par Israël en vue de modifier le statut de la ville de Jérusalem, y compris l'expropriation de terres et de biens immeubles, le transfert de populations et la législation visant à incorporer la partie occupée, sont totalement nulles et non avenues et ne peuvent modifier le statut de la ville ».

Puis, à la suite de l'adoption par Israël le 30 juillet 1980 de la loi fondamentale faisant de Jérusalem la capitale « entière et réunifiée » d'Israël, le Conseil de sécurité, par résolution 478 (1980) du 20 août 1980, a précisé que l'adoption de cette loi constituait une violation du droit international et que « toutes les mesures et dispositions législatives et administratives prises par Israël, la puissance occupante, qui ont modifié ou visent à modifier le caractère et le statut de la Ville sainte de

Jérusalem ... étaient nulles et non avenues ». Il a en outre décidé « de ne pas reconnaître la « loi fondamentale » et les autres actions d'Israël qui, du fait de cette loi, cherchent à modifier le caractère et le statut de Jérusalem ».

76. Par la suite, un traité de paix est intervenu le 26 octobre 1994 entre Israël et la Jordanie. Ce traité fixe la frontière entre les deux États « par référence à la frontière sous le mandat ... telle qu'elle est décrite en annexe I a) ... , sans préjudice aucun au statut de tout territoire placé sous le contrôle du gouvernement militaire israélien en 1967 » (article 3, paragraphes 1 et 2). Quant à l'annexe I, elle fournit les cartes correspondantes et ajoute qu'en ce qui concerne « le territoire passé sous le contrôle du gouvernement militaire israélien en 1967 », la ligne ainsi tracée « est la frontière administrative » avec la Jordanie.

77. Enfin, plusieurs accords sont intervenus depuis 1993 entre Israël et l'Organisation de libération de la Palestine mettant diverses obligations à la charge de chacune des parties. En vertu de ces accords, Israël devait notamment transférer à des autorités palestiniennes certains pouvoirs et responsabilités exercés dans le territoire palestinien occupé par ses autorités militaires et son administration civile. De tels transferts ont eu lieu, mais, du fait d'événements ultérieurs, ils demeurent partiels et limités.

78. La Cour observera que, selon le droit international coutumier tel que reflété (voir paragraphe 89 ci-après) à l'article 42 du règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la quatrième convention de La Haye du 18 octobre 1907 (ci-après dénommé le « règlement de La Haye de 1907 »), un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et l'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer.

Les territoires situés entre la Ligne verte (voir paragraphe 72 ci-dessus) et l'ancienne frontière orientale de la Palestine sous mandat ont été occupés par Israël en 1967 au cours du conflit armé ayant opposé Israël à la Jordanie. Selon le droit international coutumier, il s'agissait donc de territoires occupés dans lesquels Israël avait la qualité de puissance occupante. Les événements survenus depuis lors dans ces territoires tels que rapportés aux paragraphes 75 à 77 ci-dessus n'ont rien changé à cette situation. L'ensemble de ces territoires (y compris Jérusalem-Est) demeurent des territoires occupés et Israël y a conservé la qualité de puissance occupante.

* * *

79. C'est pour l'essentiel dans ces territoires qu'Israël a construit ou projeté de construire les ouvrages décrits dans le rapport du Secrétaire général. La Cour décrira maintenant ces ouvrages en s'appuyant sur ce rapport. Pour ce qui est des développements postérieurs à la diffusion dudit rapport, la Cour se référera aux informations complémentaires contenues dans l'exposé écrit de l'Organisation des Nations Unies, par lequel le Secrétaire général a entendu mettre à jour son rapport (dénommé ci-après l'« exposé écrit du Secrétaire général »).

80. Aux termes du rapport du Secrétaire général, « [d]epuis 1996, le Gouvernement israélien examine des plans qui visent à enrayer les infiltrations en Israël à partir du centre et du nord de la Cisjordanie... » (paragraphe 4). D'après le même rapport, un plan de ce type a été approuvé pour la première fois par le conseil des ministres israélien en juillet 2001. Puis le conseil a, le 14 avril 2002, adopté une

décision prévoyant la construction d'ouvrages formant, selon Israël, une « clôture de sécurité » sur 80 kilomètres dans trois secteurs de la Cisjordanie.

Allant au-delà, le conseil des ministres israélien a, le 23 juin 2002, approuvé la première phase de construction d'une « clôture continue » en Cisjordanie (y compris Jérusalem-Est). Le 14 août 2002, il a adopté le tracé de ladite « clôture » pour les travaux de la phase A, en vue de la construction d'un ouvrage de 123 kilomètres de long dans le nord de la Cisjordanie à partir du poste de contrôle de Salem (au nord de Djénine) jusqu'à la colonie de peuplement d'Elkana. La phase B des travaux a été approuvée en décembre 2002. Il s'agit d'un tronçon d'environ 40 kilomètres à l'est du poste de contrôle de Salem, en direction de Beth Shean, le long de la partie nord de la Ligne verte jusqu'à la vallée du Jourdain. En outre, le 1^{er} octobre 2003, le conseil des ministres israélien a adopté un tracé complet qui, selon le rapport du Secrétaire général, « formera une ligne continue qui s'étendra sur une distance de 720 kilomètres le long de la Cisjordanie ». Une carte indiquant les tronçons achevés et les tronçons planifiés a été affichée sur le site de la toile Internet du ministère israélien de la défense le 23 octobre 2003. Selon les indications fournies sur cette carte, un tronçon continu (phase C) et englobant plusieurs colonies importantes reliera l'extrémité nord-ouest de la « clôture de sécurité » édifée autour de Jérusalem à la pointe sud des travaux de la phase A à Elkana. Selon la même carte, la « clôture de sécurité » s'étendra sur 115 kilomètres de la colonie de Har Gilo près de Jérusalem à la colonie du Carmel au sud-est d'Hébron (phase D). D'après les documents du ministère de la défense, les travaux dans ce secteur doivent en principe s'achever en 2005. Il est enfin fait état au dossier de projets de construction par Israël d'une « clôture de sécurité » qui longerait la vallée du Jourdain le long de la chaîne montagneuse située à l'ouest de cette vallée.

81. Selon l'exposé écrit du Secrétaire général, la première partie de ces travaux (phase A), qui s'étend finalement sur 150 kilomètres, a été déclarée achevée le 31 juillet 2003. 56 000 Palestiniens environ auraient ainsi été placés dans des enclaves. Au cours de cette phase ont été édifés deux tronçons d'un total de 19,5 kilomètres sur le pourtour de Jérusalem. La construction d'une nouvelle section a par ailleurs été entamée en novembre 2003 le long de la Ligne verte à l'ouest de l'enclave de Nazlat Issa-Baqa al-Sharqiya, laquelle était presque achevée en janvier 2004 lors du dépôt de l'exposé écrit du Secrétaire général.

Suivant l'exposé écrit du Secrétaire général, les travaux entrepris au titre de la phase B étaient toujours en cours en janvier 2004. Une première section de ce tronçon, qui suit de près la Ligne verte jusqu'au village d'Al-Mutilla, était ainsi en voie d'achèvement en janvier 2004. À cet endroit, deux sections partent dans des directions différentes. Les travaux de construction de la première section, qui s'étend plein est jusqu'à la frontière avec la Jordanie, ont débuté en janvier 2004. La construction de la seconde section, qui devrait s'étendre de la Ligne verte au village de Taysir, a été à peine entamée. L'Organisation des Nations Unies a néanmoins été informée que cette seconde section pourrait ne pas être construite.

L'exposé écrit du Secrétaire général précise en outre que la phase C des travaux, selon un tracé partant du point d'aboutissement de celui de la phase A, près de la colonie d'Elkana, jusqu'au village de Nu'man, au sud-est de Jérusalem, a débuté en décembre 2003. Ce tronçon est divisé en trois parties et en autant de phases de travaux. Pour la phase C1, les travaux engagés, entre les villages de Rantis et de Budrus notamment, ont abouti à l'édification d'un tronçon de

4 kilomètres environ, sur un total de 40 kilomètres prévus. Le tronçon de la phase C2 devrait entourer « le saillant d'Ariel » en pénétrant de 22 kilomètres à l'intérieur de la Cisjordanie et inclure ainsi 52 000 colons israéliens. La phase C3 devrait donner lieu à l'édification de deux « barrières avancées » : l'une d'elles suit une direction nord-sud globalement parallèle au tronçon de la phase C1 actuellement en cours de construction entre Rantis et Budrus; l'autre suit une direction est-ouest le long d'une crête qui ferait partie de l'itinéraire de la Route 45, une autoroute en construction. Si la construction de ces deux tronçons était achevée, elle entraînerait la formation de deux enclaves peuplées de 72 000 Palestiniens dans 24 localités.

De nouveaux travaux ont aussi débuté à la fin du mois de novembre 2003 le long de la partie sud-est de la limite de la municipalité de Jérusalem, selon un tracé qui, d'après l'exposé écrit du Secrétaire général, coupe la localité suburbaine d'El-Ezariya de Jérusalem et divise la localité voisine d'Abou Dis en deux.

Au 25 janvier 2004, selon l'exposé écrit du Secrétaire général, les travaux avaient été achevés sur environ 190 kilomètres, couvrant la phase A et la majeure partie de la phase B; de nouveaux travaux de construction concernant la phase C avaient été entrepris dans certaines parties du centre de la Cisjordanie et à Jérusalem; et la phase D, prévue pour le sud de la Cisjordanie, n'avait pas encore débuté.

Selon le Gouvernement israélien, les tracés et le calendrier susmentionnés sont susceptibles de modifications. C'est ainsi qu'en février 2004, un tronçon de 8 kilomètres proche de la ville de Baqa al-Sharqiya a été détruit, et que la longueur du mur semble avoir été quelque peu réduite.

82. Les travaux réalisés ou décidés, tels que décrits dans le rapport et l'exposé écrit du Secrétaire général, ont conduit ou conduiront à la construction d'un dispositif comprenant en sa majeure partie :

- 1) Une clôture équipée de détecteurs électroniques;
- 2) Un fossé (pouvant atteindre 4 mètres de profondeur);
- 3) Une route de patrouille asphaltée à deux voies;
- 4) Une route de dépistage (bande de sable lisse permettant de détecter des empreintes de pieds) parallèle à la clôture;
- 5) Six boudins de barbelés empilés qui marquent le périmètre des installations.

L'ouvrage a une largeur de 50 à 70 mètres, mais peut atteindre 100 mètres à certains endroits. Des barrières dites « avancées » peuvent s'ajouter à ce dispositif.

Par ailleurs, sur les quelque 180 kilomètres de l'ouvrage construits ou en cours de construction au moment où le Secrétaire général a déposé son rapport, des murs en béton couvraient une distance de 8,5 kilomètres environ. Ils sont généralement situés là où des agglomérations palestiniennes sont proches ou contiguës d'Israël (par exemple près de Qalqiliya et de Tulkarem ou dans certaines parties de Jérusalem).

83. Selon le rapport du Secrétaire général, le mur construit ou en cours de construction ne s'éloigne guère, en son extrémité nord, de la Ligne verte. Il n'en est pas moins situé dans les territoires occupés sur la majeure partie de son parcours.

À certains endroits les ouvrages s'écartent de la Ligne verte de plus de 7,5 kilomètres pour incorporer des colonies de peuplement, en encerclant des agglomérations palestiniennes. À l'ouest de Tulkarem ils semblent suivre un tracé situé du côté israélien de la Ligne verte sur une distance de un à deux kilomètres. En d'autres endroits, le tracé projeté impliquerait en revanche un écart allant jusqu'à 22 kilomètres vers l'est. Dans le cas de Jérusalem, les ouvrages existants et le tracé prévu se trouvent très au-delà de la Ligne verte, et même, dans certains cas, au-delà de la limite orientale de la municipalité de Jérusalem telle que fixée par Israël.

84. D'après ce même tracé, approximativement 975 kilomètres carrés (soit 16,6 % de la superficie de la Cisjordanie) seraient, selon le rapport du Secrétaire général, situés entre la Ligne verte et le mur. Environ 237 000 Palestiniens vivraient dans cette zone. Si le mur était intégralement construit comme prévu, 160 000 autres Palestiniens vivraient dans des agglomérations presque totalement encerclées, qualifiées d'enclaves dans le rapport. Selon le tracé projeté, près de 320 000 colons israéliens (dont 178 000 environ à Jérusalem-Est) vivraient dans la zone comprise entre la Ligne verte et le mur.

85. Il convient enfin de relever que la construction du mur s'est accompagnée de la mise sur pied d'un régime administratif nouveau. Les forces de défense israéliennes ont en effet édicté en octobre 2003 des ordonnances établissant comme « zone fermée » la partie de la Cisjordanie qui se trouve entre la Ligne verte et le mur. Les résidents de cette zone ne peuvent désormais y demeurer et les non-résidents, y accéder, que s'ils sont porteurs d'un permis ou d'une carte d'identité délivrés par les autorités israéliennes. Selon le rapport du Secrétaire général, la plupart des résidents ont reçu des permis pour une durée limitée. Les citoyens israéliens, les résidents permanents en Israël et les personnes admises à immigrer en Israël en vertu de la loi du retour peuvent demeurer dans la zone fermée, s'y déplacer librement et en sortir sans avoir besoin de permis. L'entrée et la sortie de la zone fermée ne peuvent être opérées que par des portes d'accès qui sont ouvertes peu fréquemment et pour de courtes durées.

* * *

86. La Cour déterminera maintenant les règles et principes de droit international qui sont pertinents pour l'appréciation de la licéité des mesures prises par Israël. Ces règles et principes figurent dans la Charte des Nations Unies et certains autres traités, dans le droit international coutumier et dans les résolutions pertinentes adoptées en vertu de la Charte par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité. Des doutes ont toutefois été exprimés par Israël en ce qui concerne l'applicabilité dans le territoire palestinien occupé de certaines règles de droit international humanitaire et des conventions relatives aux droits de l'homme. La Cour examinera maintenant ces diverses questions.

87. La Cour rappellera tout d'abord que, selon le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies :

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

L'Assemblée générale a, le 24 octobre 1970, adopté la résolution 2625 (XXV) intitulée « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre États » (ci-après dénommée la « résolution 2625 (XXV) »), dans laquelle elle a souligné que « [n]ulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale. » Comme la Cour l'a dit dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, les principes énoncés dans la Charte au sujet de l'usage de la force reflètent le droit international coutumier (voir *C.I.J. Recueil 1986*, p. 98-101, par. 187-190); cela vaut également pour ce qui en est le corollaire, l'illicéité de toute acquisition de territoire résultant de la menace ou de l'emploi de la force.

88. La Cour relèvera également que le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été consacré dans la Charte des Nations Unies et réaffirmé par la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale déjà mentionnée, selon laquelle « [t]out État a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait de leur droit à l'autodétermination ... les peuples mentionnés [dans ladite résolution] ». L'article premier commun au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et au pacte international relatif aux droits civils et politiques réaffirme le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes et fait obligation aux États parties de faciliter la réalisation de ce droit et de le respecter, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies.

La Cour rappellera qu'en 1971 elle a souligné que l'évolution actuelle du « droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires ». La Cour a ajouté que « [d]u fait de cette évolution, il n'y a[va]it guère de doute que la « mission sacrée » » visée au paragraphe 1 de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations « avait pour objectif ultime l'autodétermination ... des peuples en cause » (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31-32, par. 52-53). La Cour s'est référée à ce principe à plusieurs reprises dans sa jurisprudence (ibid.; voir aussi *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 68, par. 162). La Cour a même précisé qu'aujourd'hui le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable *erga omnes* (voir *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29).

89. Pour ce qui concerne le droit international humanitaire, la Cour relèvera en premier lieu qu'Israël n'est pas partie à la quatrième convention de La Haye de 1907 à laquelle le règlement est annexé. La Cour observera qu'aux termes de la convention ce règlement avait pour objet de « reviser les lois et coutumes générales de la guerre » telles qu'elles existaient à l'époque. Depuis lors cependant, le Tribunal militaire international de Nuremberg a jugé que les « règles définies dans la convention étaient reconnues par toutes les nations civilisées et étaient considérées comme une formulation des lois et coutumes de guerre » (jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg du 30 septembre et 1^{er} octobre 1946, p. 65). La Cour elle-même a abouti à la même conclusion en examinant les droits et devoirs des belligérants dans la conduite des opérations militaires (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 256, par. 75). La Cour estime que les dispositions du règlement

de La Haye de 1907 ont acquis un caractère coutumier, comme d'ailleurs tous les participants à la procédure devant la Cour le reconnaissent.

La Cour observera en outre que, conformément à l'article 154 de la quatrième Convention de Genève, le règlement de La Haye a été complété en ses sections II et III par les dispositions de ladite convention. La section III dudit règlement, qui concerne « l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi », est particulièrement pertinente en l'espèce.

90. S'agissant en second lieu de la quatrième Convention de Genève, des points de vue divergents ont été exprimés par les participants à la procédure devant la Cour. Contrairement à la grande majorité des autres participants, Israël conteste en effet l'applicabilité *de jure* de la convention au territoire palestinien occupé. Au paragraphe 3 de l'annexe I au rapport du Secrétaire général intitulée « Résumé de la position juridique du Gouvernement israélien », il est en particulier précisé qu'Israël ne considère pas que la quatrième Convention de Genève « soit applicable au territoire palestinien occupé », dans la mesure où « le territoire n'était pas reconnu comme souverain avant son annexion par la Jordanie et l'Égypte et où, en conséquence, il ne s'agit pas d'un territoire d'une Haute partie contractante au regard de la convention. »

91. La Cour rappellera que la quatrième Convention de Genève a été ratifiée par Israël le 6 juillet 1951 et qu'Israël est partie à cette convention. La Jordanie y est aussi partie depuis le 29 mai 1951. Aucun des deux États n'a formulé de réserve pertinente au cas particulier.

La Palestine s'est par ailleurs engagée unilatéralement, par déclaration du 7 juin 1982, à appliquer la quatrième Convention de Genève. La Suisse, en qualité d'État dépositaire, a estimé valable cet engagement unilatéral. En revanche, elle a conclu qu'elle « n'[était] pas – en tant que dépositaire – en mesure de trancher le point de savoir si » « la demande [en date du 14 juin 1989] de l'Organisation de libération de la Palestine, au nom de l'« État de Palestine », d'adhérer » notamment à la quatrième convention « [devait] être considérée comme un instrument d'adhésion ».

92. En outre, en vue de déterminer le champ d'application de la quatrième Convention de Genève, il convient de rappeler que selon l'article 2 commun aux quatre conventions du 12 août 1949 :

« En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles.

La convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire.

Si l'une des puissances en conflit n'est pas partie à la présente convention, les puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la convention envers ladite puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions. »

93. Après l'occupation de la Cisjordanie en 1967, les autorités israéliennes ont promulgué l'ordonnance n° 3 qui stipule en son article 35 que

« Le tribunal militaire ... doit appliquer les dispositions de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre en ce qui concerne les procédures judiciaires. En cas d'incompatibilité entre la présente ordonnance et ladite convention, cette dernière prévaudra. » [Traduction du Greffe.]

Par la suite, les autorités israéliennes ont déclaré à plusieurs reprises qu'en fait elles appliquaient de manière générale les dispositions humanitaires de la quatrième Convention de Genève dans les territoires occupés. Toutefois, selon la thèse israélienne telle que rappelée brièvement au paragraphe 90 ci-dessus, cette convention ne serait pas applicable *de jure* dans ces territoires car, conformément au deuxième alinéa de son article 2, elle s'appliquerait seulement en cas d'occupation de territoires relevant de la souveraineté d'un État contractant partie à un conflit armé. Israël expose que la Jordanie était certes partie à la quatrième Convention de Genève en 1967 et qu'un conflit armé a alors éclaté entre Israël et la Jordanie, mais il ajoute que les territoires occupés par Israël à la suite de ce conflit ne relevaient pas auparavant de la souveraineté jordanienne. Il en déduit que ladite convention n'est pas applicable *de jure* dans ces territoires. En revanche, selon la grande majorité des autres participants à la procédure, la quatrième Convention de Genève y serait applicable, en vertu du premier alinéa de l'article 2, et ce quels qu'aient pu être les droits de la Jordanie sur ces territoires avant 1967.

94. La Cour rappellera que, selon le droit international coutumier tel qu'exprimé à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Selon l'article 32 :

« Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 ... [l]aisse le sens ambigu ou obscur; ou ... [c]onduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. » (Voir *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 812, par. 23; voir dans le même sens *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1059, par. 18, et *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 645, par. 37.)

95. La Cour relèvera que, selon le premier alinéa de l'article 2 de la quatrième Convention de Genève, celle-ci est applicable dès lors que deux conditions sont remplies : existence d'un conflit armé (que l'état de guerre ait ou non été reconnu); survenance de ce conflit entre deux parties contractantes. Si ces deux conditions sont réunies, la convention s'applique en particulier dans tout territoire occupé au cours d'un tel conflit par l'une des parties contractantes.

Le deuxième alinéa de l'article 2 n'a pas pour objet de restreindre le champ d'application de la convention ainsi fixé par l'alinéa premier, en excluant de ce champ d'application les territoires qui ne relèveraient pas de la souveraineté de l'une des parties contractantes. Il tend seulement à préciser que, même si

l'occupation opérée au cours du conflit a eu lieu sans rencontrer de résistance militaire, la convention demeure applicable.

Cette interprétation reflète l'intention des auteurs de la quatrième Convention de Genève de protéger les personnes civiles se trouvant d'une manière ou d'une autre au pouvoir de la puissance occupante. Alors que les rédacteurs du règlement de La Haye de 1907 s'étaient préoccupés tout autant de préserver les droits de l'État dont le territoire est occupé que de protéger les populations vivant sur ce territoire, les auteurs de la quatrième Convention de Genève ont cherché à assurer la protection des personnes civiles en temps de guerre indépendamment du statut des territoires occupés, comme en témoigne l'article 47 de la convention.

Ladite interprétation est confirmée par les travaux préparatoires de la convention. La conférence d'experts gouvernementaux convoquée par le Comité international de la Croix-Rouge (ci-après dénommé le « CICR ») au lendemain de la seconde guerre mondiale en vue de la préparation des futures conventions de Genève recommanda que ces conventions soient applicables dans tout conflit armé, « qu'il soit reconnu ou non comme état de guerre par les parties », et « dans les cas d'occupation de territoire auxquels il serait procédé sans qu'il existe un état de guerre » (*Rapport sur les travaux de la conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14-26 avril 1947, p. 8). Ainsi les rédacteurs du deuxième alinéa de l'article 2 n'avaient-ils nullement l'intention, en insérant cet alinéa dans la convention, d'en restreindre le champ d'application. Ils entendaient seulement couvrir le cas d'occupation sans combats, comme par exemple celle de la Bohême et de la Moravie par l'Allemagne en 1939.

96. La Cour relèvera par ailleurs que les États parties à la quatrième Convention de Genève ont retenu cette interprétation lors de la conférence qu'ils ont tenue le 15 juillet 1999. En effet, ils ont alors adopté une déclaration aux termes de laquelle ils « ont réaffirmé que la quatrième Convention de Genève était applicable au territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est ». Puis, le 5 décembre 2001, les Hautes Parties contractantes, eu égard notamment à l'article premier de la quatrième Convention de Genève de 1949, ont réaffirmé une nouvelle fois « l'applicabilité de la convention au territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est ». Elles ont en outre rappelé à leurs obligations respectives les Parties contractantes participantes à la conférence, les parties au conflit et l'État d'Israël en tant que puissance occupante.

97. De plus, la Cour observera que le CICR, dont la situation particulière en ce qui concerne l'exécution de la quatrième Convention de Genève doit être « en tout temps reconnue et respectée » par les parties conformément à l'article 142 de la convention, a, lui aussi, pris parti sur l'interprétation à donner à la convention. Par déclaration du 5 décembre 2001, il a en effet rappelé que « le CICR a toujours affirmé l'applicabilité *de jure* de la quatrième Convention de Genève aux territoires occupés depuis 1967 par l'État d'Israël, y compris Jérusalem-Est ».

98. La Cour notera que l'Assemblée générale a pris position dans le même sens dans de multiples résolutions. C'est ainsi que les 10 décembre 2001 et 9 décembre 2003, elle a, par résolutions 56/60 et 58/97, réaffirmé « que la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, est applicable au territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et aux autres territoires occupés par Israël depuis 1967 ».

99. Le Conseil de sécurité, quant à lui, avait dès le 14 juin 1967 considéré, par résolution 237 (1967), que « les parties impliquées dans le conflit doivent se conformer à toutes les obligations de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre ». Puis, le 15 septembre 1969, le Conseil avait, par résolution 271 (1969), demandé « à Israël d'observer scrupuleusement les dispositions des conventions de Genève et du droit international régissant l'occupation militaire ».

Dix ans plus tard, le Conseil de sécurité s'est penché sur « la politique et les pratiques israéliennes consistant à établir des colonies de peuplement dans les territoires palestiniens et autres territoires arabes occupés depuis 1967 ». Par résolution 446 (1979) du 22 mars 1979, il a estimé que celles-ci n'ont « aucune validité en droit » et affirmé « *une fois encore* que la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles ..., du 12 août 1949, est applicable aux territoires arabes occupés par Israël depuis 1967, y compris Jérusalem ». Il a demandé « *une fois encore* à Israël, en tant que puissance occupante, de respecter scrupuleusement » cette convention.

Le 20 décembre 1990, le Conseil de sécurité, par résolution 681 (1990), a engagé « le Gouvernement israélien à reconnaître l'applicabilité *de jure* de la convention ... à tous les territoires occupés par Israël depuis 1967 et à se conformer scrupuleusement aux dispositions de la convention ». Il a demandé en outre « aux Hautes Parties contractantes à ladite convention de veiller à ce qu'Israël, puissance occupante, s'acquitte des obligations qu'il a contractées aux termes de l'article 1 de la convention ».

Enfin, par résolutions 799 (1992) du 18 décembre 1992 et 904 (1994) du 18 mars 1994, le Conseil a réaffirmé sa position en ce qui concerne l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève dans les territoires occupés.

100. La Cour relèvera enfin que la Cour suprême d'Israël, dans un arrêt du 30 mai 2004, a aussi jugé que

« les opérations militaires des forces de défense israéliennes à Rafah, dans la mesure où elles affectent des civils, sont régies par la quatrième convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 ... et par la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949 ».

101. Au vu de ce qui précède, la Cour estime que la quatrième Convention de Genève est applicable dans tout territoire occupé en cas de conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs parties contractantes. Israël et la Jordanie étaient parties à cette convention lorsqu'éclata le conflit armé de 1967. Dès lors ladite convention est applicable dans les territoires palestiniens qui étaient avant le conflit à l'est de la Ligne verte, et qui ont à l'occasion de ce conflit été occupés par Israël, sans qu'il y ait lieu de rechercher quel était auparavant le statut exact de ces territoires.

* * *

102. Les participants à la procédure devant la Cour sont également divisés en ce qui concerne l'applicabilité dans le territoire palestinien occupé des conventions internationales concernant les droits de l'homme auxquelles Israël est partie. À l'annexe I au rapport du Secrétaire général, il est précisé :

« 4. Israël conteste que le pacte international relatif aux droits civils et politiques et le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qu'il a signés l'un et l'autre, soient applicables au territoire palestinien occupé. Il affirme que le droit humanitaire est le type de protection qui convient dans un conflit tel que celui qui existe en Cisjordanie et dans la bande de Gaza, tandis que les instruments relatifs aux droits de l'homme ont pour objet d'assurer la protection des citoyens vis-à-vis de leur propre gouvernement en temps de paix. »

Ceux des autres participants à la procédure devant la Cour qui traitent de cette question soutiennent en revanche que les deux pactes sont applicables dans le territoire palestinien occupé.

103. Israël a ratifié le 3 octobre 1991 le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966, le pacte international relatif aux droits civils et politiques du même jour, ainsi que la convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Il est partie à ces trois instruments.

104. En vue de déterminer si ces derniers sont applicables dans le territoire palestinien occupé, la Cour s'interrogera d'une part sur les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme et d'autre part sur l'applicabilité des instruments relatifs aux droits de l'homme hors des territoires nationaux.

105. La Cour, dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, a été amenée à aborder la première question en ce qui concerne le pacte international relatif aux droits civils et politiques. Certains États avaient, à l'occasion de cette demande d'avis, soutenu que « le pacte vise la protection des droits de l'homme en temps de paix, alors que les questions relatives à la privation illicite de la vie au cours d'hostilités sont régies par le droit international applicable dans les conflits armés » (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 239, par. 24).

La Cour a écarté cette thèse en observant que

« la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie » (*ibid.*, p. 240, par. 25.)

106. De manière plus générale, la Cour estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour

répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire.

107. Reste à déterminer si les deux pactes internationaux et la convention relative aux droits de l'enfant sont applicables sur le seul territoire des États parties, ou s'ils sont également applicables hors de ce territoire et, si oui, dans quelles circonstances.

108. Le champ d'application du pacte international relatif aux droits civils et politiques est fixé par le paragraphe 1 de l'article 2 de cet instrument selon lequel :

« Les États Parties au présent pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de tout autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

Cette disposition peut être interprétée comme couvrant seulement les individus se trouvant sur le territoire d'un État dans la mesure où ils relèvent en outre de la compétence de cet État. Elle peut aussi être comprise comme couvrant à la fois les individus se trouvant sur le territoire d'un État et ceux se trouvant hors de ce territoire, mais relevant de la compétence de cet État. La Cour recherchera donc quel sens il convient de donner à ce texte.

109. La Cour observera que, si la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au pacte soient tenus d'en respecter les dispositions.

La pratique constante du Comité des droits de l'homme est en ce sens. Il a estimé en effet que le pacte est applicable dans le cas où un État exerce sa compétence en territoire étranger. Il s'est prononcé sur la licéité de l'action de l'Uruguay dans le cas d'arrestation opérée par des agents uruguayens au Brésil ou en Argentine (affaire 52/79, *Lopez Burgos c. Uruguay*; affaire 56/79, *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*). Le Comité a procédé de même dans le cas de la confiscation d'un passeport par un consulat de l'Uruguay en Allemagne (affaire n° 106/81, *Montero c. Uruguay*).

Les travaux préparatoires du pacte confirment l'interprétation donnée par le Comité de l'article 2 de cet instrument. Il en résulte en effet qu'en adoptant la rédaction qu'ils ont retenue, les auteurs du pacte n'ont pas entendu faire échapper les États aux obligations qui sont les leurs lorsqu'ils exercent leur compétence hors du territoire national. Ils ont seulement voulu éviter que des personnes résidant à l'étranger puissent se prévaloir envers leur État d'origine de droits ne relevant pas de la compétence de ce dernier, mais de celle de l'État de résidence [voir la discussion de l'avant-projet à la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/SR.194, par. 46, et Nations Unies, Assemblée générale, 10^e session, annexes, A/2929, partie 2, chapitre V, par. 4 (1955)].

110. La Cour note à cet égard la position adoptée par Israël, en ce qui concerne l'applicabilité du pacte, dans ses communications au Comité des droits de l'homme, ainsi que les vues du Comité.

En 1998, Israël déclarait avoir eu, au moment de la rédaction de son rapport au Comité, à examiner la question de savoir « si les personnes résidant dans les territoires occupés relevaient effectivement de la compétence d'Israël » aux fins de l'application du pacte (CCPR/C/SR.1675, par. 21, *[traduction du Greffe]*). Cet État estima que « le pacte et les instruments de même nature ne s'appliqu[ai]ent pas directement à la situation [qui prévalait alors] dans les territoires occupés » (ibid., par. 27).

Dans les observations finales qu'il formula après avoir examiné le rapport, le Comité se déclara préoccupé par l'attitude d'Israël, relevant « la durée de la présence [de celui-ci] dans [les] territoires [occupés], [son] attitude ambiguë ... quant à leur statut futur, ainsi que la juridiction de fait qu'y exer[çaie]nt les forces de sécurité israéliennes » (CCPR/C/79/Add.93, par. 10). En 2003, face à la position inchangée d'Israël, qui considérait que « le pacte ne s'appliqu[ait] pas au-delà de son propre territoire, notamment en Cisjordanie et à Gaza ... », le Comité arriva à la conclusion suivante :

« dans les circonstances actuelles, les dispositions du pacte s'appliquent au profit de la population des territoires occupés, en ce qui concerne tous les actes accomplis par les autorités ou les agents de l'État partie dans ces territoires, qui compromettent la jouissance des droits consacrés dans le pacte et relèvent de la responsabilité de l'État d'Israël conformément aux principes du droit international public » (CCPR/CO/78/ISR, par. 11).

111. En définitive, la Cour estime que le pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable aux actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire.

112. Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne comporte aucune disposition quant à son champ d'application. Cette situation peut trouver son explication dans le fait que les droits garantis par ce pacte ont pour l'essentiel une portée territoriale. Mais on ne saurait exclure qu'il s'applique à la fois aux territoires placés sous la souveraineté d'un État partie et à ceux sur lesquels un tel État exerce une juridiction territoriale. Ainsi l'article 14 du pacte prévoit-il des mesures transitoires pour tout État qui « au moment où il devient Partie, n'a pu encore assurer dans sa métropole ou dans les territoires placés sous sa juridiction le caractère obligatoire et la gratuité de l'enseignement primaire ».

Il n'est pas inutile de rappeler sur ce point la position prise par Israël dans ses rapports au Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Dans son rapport initial au Comité en date du 4 décembre 1998, Israël a fourni « des statistiques d'où il ressort que les colons israéliens établis dans les territoires occupés jouissent des droits inscrits dans le pacte ». Le Comité a constaté que, selon Israël, « la population palestinienne des mêmes zones de juridiction se trouve exclue aussi bien du rapport que de la protection du pacte » (E/C.12/1/Add. 27, par. 8). Le Comité s'en est ému et Israël a fait valoir dans un nouveau rapport en date du 19 octobre 2001 qu'il « a toujours soutenu que le pacte ne s'appliquait pas aux zones qui ne sont pas soumises à sa souveraineté territoriale et à sa juridiction » (formule inspirée de celle employée par le pacte international relatif aux droits civils et politiques). Cette position, a poursuivi Israël, est « fondée sur la distinction nette qu'établit le droit international entre le droit relatif aux droits de l'homme et le droit humanitaire ». Il ajoutait : « le mandat du Comité ne peut pas porter sur ce qui se passe en Cisjordanie et dans la bande de Gaza, car les événements s'inscrivent dans le cadre

d'un conflit armé et ne relèvent pas du domaine des droits de l'homme » (E/1990/6/Add. 32, par. 5). Au vu de ces observations, le Comité a réaffirmé sa préoccupation au sujet de la position d'Israël et s'est à nouveau déclaré « d'avis que les obligations de l'État partie en vertu du pacte s'appliquent à l'ensemble des territoires et des populations qui sont effectivement sous son contrôle » (E/C.12/1/Add.90, par. 15 et 31).

Pour les motifs développés au paragraphe 106 ci-dessus, la Cour ne saurait souscrire à la thèse d'Israël. Elle observe aussi que les territoires occupés par Israël sont soumis depuis plus de trente-sept ans à la juridiction territoriale d'Israël en tant que puissance occupante. Dans l'exercice des compétences dont il dispose à ce titre, Israël est tenu par les dispositions du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. En outre, il est tenu de ne pas faire obstacle à l'exercice de tels droits dans les domaines où compétence a été transférée à des autorités palestiniennes.

113. Quant à la convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, elle comporte un article 2 en vertu duquel « [l]es États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la ... convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction... ». Elle est donc applicable dans le territoire palestinien occupé.

* * *

114. Ayant déterminé les règles et les principes de droit international qui sont applicables pour répondre à la question posée par l'Assemblée générale, et s'étant prononcée en particulier sur l'applicabilité dans le territoire palestinien occupé du droit international humanitaire et des droits de l'homme, la Cour recherchera maintenant si la construction du mur a porté atteinte à ces règles et principes.

* * *

115. À cet égard, il est exposé à l'annexe II au rapport du Secrétaire général intitulée « Résumé de la position juridique de l'Organisation de libération de la Palestine » que « La construction du mur est une tentative d'annexion du territoire qui constitue une transgression du droit international » et que « L'annexion de facto de terres constitue une atteinte à la souveraineté territoriale et en conséquence au droit des Palestiniens à l'autodétermination. » Ce point de vue a été repris dans certains des exposés écrits présentés à la Cour ainsi qu'à l'audience. Il a notamment été prétendu que : « [l]e mur ampute l'assise territoriale sur laquelle le peuple palestinien est fondé à exercer son droit à l'autodétermination et contrevient au principe interdisant l'acquisition de territoire par le recours à la force ». À ce propos, il a en particulier été souligné que « le tracé du mur est conçu pour modifier la composition démographique du territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, par le renforcement des colonies de peuplement israéliennes » installées illégalement en territoire palestinien occupé. Le mur viserait en outre à « réduire et morceler le territoire sur lequel le peuple palestinien est fondé à exercer son droit à l'autodétermination ».

116. Israël expose pour sa part que le mur a pour seul objet de permettre de lutter efficacement contre le terrorisme en provenance de Cisjordanie. En outre, Israël a déclaré à plusieurs reprises que l'édification de la barrière a un caractère temporaire (voir rapport du Secrétaire général, par. 29). Il l'a fait notamment par la bouche de

son représentant permanent auprès des Nations Unies lors de la réunion du Conseil de sécurité du 14 octobre 2003, en soulignant que [la clôture] n'annexe aucun territoire à l'État d'Israël » et qu'Israël est « disposé en encourageant des dépenses considérables à réaménager ou à démanteler la clôture, si cela est exigé dans le cadre d'un règlement politique » (S/PV.4841, p. 10). Le représentant permanent d'Israël a réitéré cette position devant l'Assemblée générale les 20 octobre et 8 décembre 2003. À cette dernière occasion, il a ajouté : « La clôture [de sécurité] ne sera plus nécessaire dès qu'il sera mis un terme à la terreur. Cette clôture ne constitue pas une frontière et n'a aucune portée politique. Elle ne modifie en rien le statut juridique du territoire. » (A/ES-10/PV.23, p. 7.)

117. La Cour rappellera que tant l'Assemblée générale que le Conseil de sécurité se sont référés, à propos de la Palestine, à la règle coutumière de « l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre » (voir paragraphes 74 et 87 ci-dessus). C'est ainsi que par résolution 242 (1967) du 22 novembre 1967, le Conseil a affirmé, après avoir rappelé cette règle, que

« l'accomplissement des principes de la Charte exige l'instauration d'une paix juste et durable au Moyen-Orient qui devrait comprendre l'application des deux principes suivants :

- i) Retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit;
- ii) Cessation de toutes assertions de belligérance ou de tous états de belligérance et respect et reconnaissance de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de chaque État de la région et de leur droit de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'acte de force ».

C'est sur la même base que le Conseil a condamné à plusieurs reprises les mesures prises par Israël en vue de modifier le statut de Jérusalem (voir paragraphe 75 ci-dessus).

118. S'agissant du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la Cour observera que l'existence d'un « peuple palestinien » ne saurait plus faire débat. En outre, cette existence a été reconnue par Israël dans l'échange de lettres intervenu le 9 septembre 1993 entre M. Yasser Arafat, président de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP), et M. Yitzhak Rabin, premier ministre d'Israël. Dans cette correspondance, le président de l'OLP reconnaissait « le droit d'Israël à vivre en paix et dans la sécurité » et prenait divers autres engagements. En réponse, le premier ministre israélien lui faisait connaître qu'à la lumière des engagements ainsi pris, « le Gouvernement d'Israël a décidé de reconnaître l'OLP comme le représentant du peuple palestinien ». L'accord intérimaire israélo-palestinien sur la Cisjordanie et la bande de Gaza du 28 septembre 1995 mentionne à son tour à plusieurs reprises le peuple palestinien et ses « droits légitimes » (Préambule, par. 4, 7, 8; art. II, par. 2; art. III, par. 1 et 3; art. XXII, par. 2). De l'avis de la Cour, parmi ces droits figure le droit à l'autodétermination, comme l'Assemblée générale l'a d'ailleurs reconnu à plusieurs occasions (voir par exemple la résolution 58/163 du 22 décembre 2003).

119. La Cour relèvera que le tracé du mur tel qu'il a été fixé par le Gouvernement israélien incorpore dans la « zone fermée » (voir paragraphe 85 ci-dessus) environ 80 % des colons installés dans le territoire palestinien occupé. Par ailleurs, l'examen

de la carte mentionnée au paragraphe 80 ci-dessus montre que ce tracé sinueux a été fixé de manière à inclure dans la zone la plus grande partie des colonies de peuplement installées par Israël dans le territoire palestinien occupé (y compris Jérusalem-Est).

120. En ce qui concerne ces colonies, la Cour notera que selon le sixième alinéa de l'article 49 de la quatrième Convention de Genève : « La puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle. » Cette disposition prohibe non seulement les déportations ou transferts forcés de population tels qu'intervenues au cours de la seconde guerre mondiale, mais encore toutes les mesures que peut prendre une puissance occupante en vue d'organiser et de favoriser des transferts d'une partie de sa propre population dans le territoire occupé.

À cet égard, les informations fournies à la Cour montrent qu'à partir de 1977 Israël a mené une politique et développé des pratiques consistant à établir des colonies de peuplement dans le territoire palestinien occupé, contrairement aux prescriptions ainsi rappelées du sixième alinéa de l'article 49.

Aussi bien le Conseil de sécurité a-t-il considéré que cette politique et ces pratiques « n'ont aucune validité en droit ». Il a en outre demandé « à Israël en tant que puissance occupante de respecter scrupuleusement » la quatrième Convention de Genève, et

« de rapporter les mesures qui ont déjà été prises et de s'abstenir de toute mesure qui modifierait le statut juridique et le caractère géographique des territoires arabes occupés depuis 1967, y compris Jérusalem, et influerait sensiblement sur leur composition démographique, et en particulier de ne pas transférer des éléments de sa propre population civile dans les territoires arabes occupés » (résolution 446 (1979) du 22 mars 1979).

Le Conseil a réaffirmé cette position par résolutions 452 (1979) du 20 juillet 1979 et 465 (1980) du 1^{er} mars 1980. Il a même dans ce dernier cas qualifié « la politique et les pratiques d'Israël consistant à installer des éléments de sa population et de nouveaux immigrants dans [l]es territoires [occupés] » de « violation flagrante » de la quatrième Convention de Genève.

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

121. Tout en notant l'assurance donnée par Israël que la construction du mur n'équivaut pas à une annexion et que le mur est de nature temporaire (voir paragraphe 116 ci-dessus), la Cour ne saurait pour autant rester indifférente à certaines craintes exprimées devant elle d'après lesquelles le tracé du mur préjugerait la frontière future entre Israël et la Palestine, et à la crainte qu'Israël pourrait intégrer les colonies de peuplement et les voies de circulation les desservant. La Cour estime que la construction du mur et le régime qui lui est associé créent sur le terrain un « fait accompli » qui pourrait fort bien devenir permanent, auquel cas, et nonobstant la description officielle qu'Israël donne du mur, la construction de celui-ci équivaldrait à une annexion de facto.

122. La Cour rappelle par ailleurs que, d'après le rapport du Secrétaire général, le tracé projeté incorporerait dans la zone comprise entre la Ligne verte et le mur plus de 16 % du territoire de la Cisjordanie. Environ 80 % des colons installés dans le territoire palestinien occupé, soit 320 000 personnes, vivaient dans cette zone. Y vivaient également 237 000 Palestiniens. En outre, du fait de la construction du mur, 160 000 autres Palestiniens environ résideraient dans des agglomérations presque totalement encerclées (voir paragraphes 84, 85 et 119 ci-dessus).

En d'autres termes, le tracé choisi pour le mur consacre sur le terrain les mesures illégales prises par Israël et déplorées par le Conseil de sécurité (voir paragraphes 75 et 120 ci-dessus) en ce qui concerne Jérusalem et les colonies de peuplement. La construction du mur risque également de conduire à de nouvelles modifications dans la composition démographique du territoire palestinien occupé, dans la mesure où elle occasionne le départ de populations palestiniennes de certaines zones, comme il sera expliqué au paragraphe 133 ci-après. Cette construction, s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse ainsi un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit.

* * *

123. La construction du mur pose en outre plusieurs problèmes au regard des dispositions pertinentes du droit international humanitaire et des conventions relatives aux droits de l'homme.

124. S'agissant du règlement de La Haye de 1907, la Cour rappellera que ce dernier traite dans sa section II des hostilités et notamment des « moyens de nuire à l'ennemi, des sièges et des bombardements ». Il traite dans sa section III de l'autorité militaire dans les territoires occupés. Seule la section III est à l'heure actuelle applicable en Cisjordanie et l'article 23 g) du règlement qui figure dans la section II n'est donc pas pertinent.

La section III du règlement de La Haye inclut notamment les articles 43, 46 et 52, applicables dans le territoire palestinien occupé. L'article 43 donne à l'occupant le devoir de prendre « toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ». L'article 46 ajoute que la propriété privée doit être « respecté[e] » et « ne peut pas être confisquée ». Enfin, l'article 52 autorise dans certaines limites les réquisitions en nature et des services pour les besoins de l'armée d'occupation.

125. La quatrième Convention de Genève distingue, elle aussi, entre les dispositions applicables lors des opérations militaires ayant conduit à l'occupation et celles qui demeurent applicables pendant toute la durée de l'occupation. Elle dispose en effet dans son article 6 :

« La présente convention s'appliquera dès le début de tout conflit ou occupation mentionnés à l'article 2.

Sur le territoire des parties au conflit, l'application de la convention cessera à la fin générale des opérations militaires.

En territoire occupé, l'application de la présente convention cessera un an après la fin générale des opérations militaires; néanmoins, la puissance

occupante sera liée pour la durée de l'occupation — pour autant que cette puissance exerce les fonctions de gouvernement dans le territoire en question — par les dispositions des articles suivants de la présente convention : 1 à 12, 27, 29 à 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 à 77 et 143.

Les personnes protégées, dont la libération, le rapatriement ou l'établissement auront lieu après ces délais resteront dans l'intervalle au bénéfice de la présente convention. »

Les opérations militaires qui conduisirent en 1967 à l'occupation de la Cisjordanie ayant pris fin depuis longtemps, seuls les articles de la quatrième Convention de Genève visés au troisième alinéa de l'article 6 demeurent applicables dans ce territoire occupé.

126. Figurent parmi ces dispositions les articles 47, 49, 52, 53 et 59 de la quatrième Convention de Genève.

D'après l'article 47 :

« Les personnes protégées qui se trouvent dans un territoire occupé ne seront privées, en aucun cas ni d'aucune manière, du bénéfice de la présente convention, soit en vertu d'un changement quelconque intervenu du fait de l'occupation dans les institutions ou le gouvernement du territoire en question, soit par un accord passé entre les autorités du territoire occupé et la puissance occupante, soit encore en raison de l'annexion par cette dernière de tout ou partie du territoire occupé. »

L'article 49 se lit comme suit :

« Les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la puissance occupante ou dans celui de tout autre État, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif.

Toutefois, la puissance occupante pourra procéder à l'évacuation totale ou partielle d'une région occupée déterminée, si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent. Les évacuations ne pourront entraîner le déplacement de personnes protégées qu'à l'intérieur du territoire occupé, sauf en cas d'impossibilité matérielle. La population ainsi évacuée sera ramenée dans ses foyers aussitôt que les hostilités dans ce secteur auront pris fin.

La puissance occupante, en procédant à ces transferts ou à ces évacuations, devra faire en sorte, dans toute la mesure du possible, que les personnes protégées soient accueillies dans des installations convenables, que les déplacements soient effectués dans des conditions satisfaisantes de salubrité, d'hygiène, de sécurité et d'alimentation et que les membres d'une même famille ne soient pas séparés les uns des autres.

La puissance protectrice sera informée des transferts et évacuations dès qu'ils auront eu lieu.

La puissance occupante ne pourra retenir les personnes protégées dans une région particulièrement exposée aux dangers de la guerre, sauf si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent.

La puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle. »

D'après l'article 52 :

« Aucun contrat, accord ou règlement ne pourra porter atteinte au droit de chaque travailleur, volontaire ou non, où qu'il se trouve, de s'adresser aux représentants de la puissance protectrice pour demander l'intervention de celle-ci.

Toute mesure tendant à provoquer le chômage ou à restreindre les possibilités de travail des travailleurs d'un pays occupé, en vue de les amener à travailler pour la puissance occupante, est interdite. »

L'article 53 prévoit ce qui suit :

« Il est interdit à la puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'État ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales et coopératives, sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires. »

Aux termes enfin de l'article 59 :

« Lorsque la population d'un territoire occupé ou une partie de celle-ci est insuffisamment approvisionnée, la puissance occupante acceptera les actions de secours faites en faveur de cette population et les facilitera dans toute la mesure de ses moyens.

Ces actions, qui pourront être entreprises soit par des États, soit par un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, consisteront notamment en des envois de vivres, produits médicaux et vêtements.

Tous les États contractants devront autoriser le libre passage de ces envois et en assurer la protection.

Une puissance accordant le libre passage d'envois destinés à un territoire occupé par une Partie adverse au conflit aura toutefois le droit de vérifier les envois, de réglementer leur passage selon des horaires et itinéraires prescrits, et d'obtenir de la puissance protectrice une assurance suffisante que ces envois sont destinés à secourir la population dans le besoin, et ne sont pas utilisés au profit de la puissance occupante. »

127. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques comporte, lui aussi, plusieurs dispositions pertinentes. Avant d'examiner ces dispositions, la Cour observera que l'article 4 du pacte permet sous diverses conditions de déroger à certaines dispositions de cet instrument. Israël a usé du droit de dérogation qu'il tient de cet article en adressant le 3 octobre 1991 au Secrétaire général des Nations Unies la communication suivante :

« Depuis sa création, l'État d'Israël a été victime de menaces et d'attaques qui n'ont cessé d'être portées contre son existence même ainsi que contre la vie et les biens de ses citoyens.

Ces actes ont pris la forme de menaces de guerre, d'attaques armées réelles et de campagnes de terrorisme à la suite desquelles des êtres humains ont été tués et blessés.

Étant donné ce qui précède, l'état d'urgence qui a été proclamé en mai 1948 est resté en vigueur depuis lors. Cette situation constitue un danger public exceptionnel au sens du paragraphe 1 de l'article 4 du pacte.

Le Gouvernement israélien a donc jugé nécessaire, conformément à ce même article 4, de prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures visant à assurer la défense de l'État et la protection de la vie et des biens de ses citoyens, y compris l'exercice de pouvoirs d'arrestation et de détention.

Pour autant que l'une quelconque de ces mesures soit incompatible avec l'article 9 du pacte, Israël déroge ainsi à ses obligations au titre de cette disposition. »

La Cour constate que la dérogation ainsi notifiée ne vise que l'article 9 du pacte international relatif aux droits civils et politiques proclamant le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et fixant les règles applicables en cas d'arrestation et de détention. Les autres articles du pacte demeurent donc applicables non seulement sur le territoire d'Israël, mais encore dans le territoire palestinien occupé.

128. Parmi ceux-ci doit être cité l'article 17, dont le paragraphe 1 se lit comme suit : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. »

Doit également être mentionné le paragraphe 1 de l'article 12 selon lequel « [q]uiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence ».

129. Aux garanties générales fournies par l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques en ce qui concerne la liberté de circulation s'ajoutent des garanties particulières d'accès dans le cas des Lieux saints chrétiens, juifs et musulmans. Le statut des Lieux saints chrétiens au sein de l'Empire ottoman est extrêmement ancien. Les dernières dispositions les concernant avaient été incorporées à l'article 62 du traité de Berlin du 13 juillet 1878. Le mandat pour la Palestine donné au Gouvernement britannique le 24 juillet 1922 comportait un article 13 selon lequel :

« Tout en maintenant l'ordre et la bienséance publics, le mandataire assume toute responsabilité au sujet des Lieux saints, des édifices et des sites religieux en Palestine, y compris celle de préserver les droits existants, d'assurer le libre accès des Lieux saints, des édifices et des sites religieux, et le libre exercice du culte. »

L'article 13 ajoutait ce qui suit : « rien dans le présent mandat ne pourra être interprété comme ... autorisant à toucher aux immeubles ou à intervenir dans l'administration des sanctuaires purement musulmans, dont les privilèges sont garantis. »

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'Assemblée générale, lorsqu'elle adopta la résolution 181 (II) sur le gouvernement futur de la Palestine, consacra un chapitre entier du plan de partage aux Lieux saints, édifices et sites religieux. L'article 2 de ce chapitre disposait qu'en ce qui concerne les Lieux saints

« la liberté d'accès, de visite et de transit sera[it] garantie, conformément aux droits existants, à tous les résidents ou citoyens [de l'État arabe, de l'État juif] et de la ville de Jérusalem, ainsi qu'aux étrangers, sans distinction de nationalité, sous réserve de considérations de sécurité nationale et de maintien de l'ordre public et de la bienséance ».

Puis, au lendemain du conflit armé de 1948, la convention générale d'armistice de 1949 entre la Jordanie et Israël prévoit, en son article VIII, la constitution d'un comité spécial« chargé d'établir des plans et arrangements concernant les questions que l'une ou l'autre partie pourra[it] lui soumettre » en vue d'étendre la portée de la convention et d'en améliorer la mise en œuvre. Parmi ces questions, sur lesquelles un accord de principe avait déjà été réalisé, figurait« la liberté d'accès aux Lieux saints ».

L'engagement ainsi pris concernait pour l'essentiel les Lieux saints situés à l'est de la Ligne verte. Toutefois, certains Lieux saints se trouvaient à l'ouest de la même ligne. Il en était ainsi, sur le mont Sion, du Cénacle et du tombeau de David. Israël, comme la Jordanie, s'étaient donc engagés, en concluant la convention générale d'armistice, à assurer la liberté d'accès aux Lieux saints. La Cour considère que cet engagement d'Israël est demeuré valable pour les Lieux saints passés sous son contrôle en 1967. Ledit engagement a en outre été confirmé par le paragraphe 1 de l'article 9 du traité de Paix de 1994 entre Israël et la Jordanie, selon lequel, de manière plus générale, « [c]haque des deux parties contractantes donnera la liberté d'accès aux sites ayant une signification religieuse et historique ».

130. Quant au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, il comporte plusieurs dispositions pertinentes concernant le droit au travail (art. 6 et 7); la protection et l'assistance accordées à la famille et aux enfants et adolescents (art. 10); le droit à un niveau de vie suffisant, y compris la nourriture, le vêtement et le logement et le droit « d'être à l'abri de la faim » (art. 11); le droit à la santé (art. 12) et le droit à l'éducation (art. 13 et 14).

131. Enfin, la convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 comporte des dispositions analogues en ses articles 16, 24, 27 et 28.

* * *

132. Il ressort des informations fournies à la Cour et notamment du rapport du Secrétaire général que la construction du mur a entraîné la destruction ou la réquisition de propriétés dans des conditions contraires aux prescriptions des articles 46 et 52 du règlement de La Haye de 1907 et de l'article 53 de la quatrième Convention de Genève.

133. Cette construction, la création d'une zone fermée entre la Ligne verte et le mur, et la constitution d'enclaves ont par ailleurs apporté des restrictions importantes à la liberté de circulation des habitants du territoire palestinien occupé (à l'exception des ressortissants israéliens et assimilés). Ces restrictions sont particulièrement sensibles dans des zones urbaines, telles que l'enclave de Qalqiliya

ou la ville de Jérusalem et ses banlieues. Elles sont aggravées du fait que les portes d'accès sont dans certains secteurs en nombre réduit et que leurs horaires d'ouverture paraissent limités et appliqués de manière irrégulière. Par exemple, selon le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967, « [l]a ville de [Qalqiliya], qui compte quarante mille habitants, est complètement entourée par le mur, et ses habitants ne peuvent y entrer ou en sortir que par un poste de contrôle militaire ouvert de 7 heures du matin à 7 heures du soir » (rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, M. John Dugard, sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967, soumis conformément à la résolution 1993/2 A de la Commission intitulée « Question de la violation des droits de l'homme dans les territoires arabes occupés, y compris la Palestine », E/CN.4/2004/6, 8 septembre 2003, par. 9).

Il en est aussi résulté de sérieuses répercussions pour la production agricole, comme cela est attesté par plusieurs sources. Selon le Comité spécial chargé d'enquêter sur les pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien et des autres Arabes des territoires occupés, il est

« estim[é] que 100 000 dounams [environ 10 000 hectares] des terres agricoles les plus fertiles de la Cisjordanie, confisquées par les forces d'occupation israéliennes, ont été détruites pendant la première phase de construction du mur, entraînant la disparition de très nombreux biens, notamment de terres agricoles, d'oliviers, de puits, d'agrumeraies et de serres, dont des dizaines de milliers de Palestiniens étaient tributaires pour leur survie » (rapport du Comité spécial chargé d'enquêter sur les pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien et des autres Arabes des territoires occupés, A/58/311, 22 août 2003, par. 26).

Le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967 indique pour sa part que « [l]a plupart des terres palestiniennes se trouvant du côté israélien du mur sont des terres agricoles fertiles et [que l'] on y trouve certains des puits les plus importants de la région »; il ajoute que « [d]e nombreux arbres fruitiers et oliviers ont été arrachés lors de sa construction » (E/CN.4/2004/6, 8 septembre 2003, par. 9). Quant au Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, il constate que la construction du mur « coupe les Palestiniens de leurs terres agricoles, de leurs puits et de leurs moyens de subsistance » (rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, M. Jean Ziegler « Le droit à l'alimentation », additif, mission dans les territoires palestiniens occupés, E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 octobre 2003, par. 49). Dans une enquête récente du Programme alimentaire mondial, il est précisé que cette situation a aggravé l'insécurité alimentaire dans la région, qui compterait vingt cinq mille nouveaux bénéficiaires d'aide alimentaire (rapport du Secrétaire général, par. 25).

Il en résulte en outre, pour les populations concernées, des difficultés croissantes d'accès aux services de santé, ainsi qu'aux établissements scolaires et à l'approvisionnement primaire en eau, constat également corroboré par diverses sources d'information. Le rapport du Secrétaire général mentionne ainsi de manière générale que « [s]elon le Bureau central de statistique palestinien, la barrière a, à ce

jour, coupé 30 localités des services de santé, 22 des établissements scolaires, 8 des sources primaires d'eau et 3 du réseau électrique » (rapport du Secrétaire général, par. 23). Le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967 indique quant à lui que « [l]es Palestiniens qui habitent entre le mur et la Ligne verte ne pourront plus accéder à leurs terres ni à leur lieu de travail, aux écoles, aux hôpitaux et autres services sociaux » (E/CN.4/2004/6, 8 septembre 2003, par. 9). Concernant plus particulièrement l'accès aux ressources en eau, le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation de la Commission des droits de l'homme relève qu'« [e]n construisant la clôture, Israël annexera aussi de fait la plus grande partie de la nappe phréatique occidentale (qui fournit 51 % des ressources en eau de la Cisjordanie) » (E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 octobre 2003, par. 51). De même en ce qui concerne l'accès aux services de santé, il a été indiqué que du fait de la constitution de l'enclave de Qalqiliya, un hôpital des Nations Unies situé dans cette ville a connu une baisse de fréquentation de 40 % (rapport du Secrétaire général, par. 24).

À Qalqiliya, selon des rapports fournis aux Nations Unies, environ 600 négoces ou entreprises ont dû fermer leurs portes et 6 000 à 8 000 personnes ont déjà quitté la région (E/CN.4/2004/6, 8 septembre 2003, par. 10; E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 octobre 2003, par. 51). Le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation de la Commission des droits de l'homme a relevé en outre que, « [l]a clôture/le mur coupant les communautés de leurs terres et de leur eau sans leur donner d'autres moyens de subsistance, nombreux sont les Palestiniens habitant dans ces régions qui seront obligés de partir » (E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 octobre 2003, par. 51). À cet égard également, la construction du mur priverait en fait un nombre significatif de Palestiniens de leur droit de « choisir librement [leur] résidence ». Par ailleurs, de l'avis de la Cour, puisque la construction du mur et le régime qui lui est associé ont déjà obligé un nombre significatif de Palestiniens à quitter certaines zones — processus qui se poursuivra avec l'édification de nouveaux tronçons du mur —, cette construction, combinée à l'établissement des colonies de peuplement mentionné au paragraphe 120 ci-dessus, tend à modifier la composition démographique du territoire palestinien occupé.

134. Au total, de l'avis de la Cour, la construction du mur et le régime qui lui est associé entravent la liberté de circulation des habitants du territoire palestinien occupé (à l'exception des ressortissants israéliens et assimilés) telle que garantie par le paragraphe 1 de l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ils entravent également l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tels que proclamés par le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Enfin, la construction du mur et le régime qui lui est associé, en contribuant aux changements démographiques auxquels il est fait référence aux paragraphes 122 et 133 ci-dessus, sont contraires au sixième alinéa de l'article 49 de la quatrième Convention de Genève et aux résolutions du Conseil de sécurité rapportées au paragraphe 120 ci-dessus.

135. La Cour observera cependant que le droit international humanitaire applicable comporte des dispositions permettant de tenir compte dans certains cas des impératifs militaires.

L'article 46 du règlement de La Haye de 1907 et l'article 47 de la quatrième Convention de Genève ne contiennent pour leur part aucune clause de limitation de ce type. En ce qui concerne les transferts forcés de population ou les déportations prohibées par le premier alinéa de l'article 49 de la convention, le deuxième alinéa du même article réserve le cas où « la sécurité de la population ou d'impérieuses nécessités militaires l'exigent ». Cette réserve ne couvre cependant pas le sixième alinéa du même article, qui interdit à la puissance occupante de « procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle ». Quant à l'article 53 relatif à la destruction des biens, il prévoit une exception « dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ».

La Cour estime que les impératifs militaires prévus par ces textes peuvent être invoqués dans des territoires occupés même après la fin générale des opérations militaires ayant conduit à l'occupation de ces territoires. Toutefois, au vu du dossier, la Cour n'est pas convaincue que les destructions opérées contrairement à l'interdiction édictée à l'article 53 de la quatrième Convention de Genève aient été rendues absolument nécessaires par des opérations militaires.

136. La Cour observera également que certaines des conventions relatives aux droits de l'homme, et en particulier le pacte international relatif aux droits civils et politiques, contiennent des clauses qui peuvent être invoquées par les États parties en vue de déroger, sous diverses conditions, à certaines de leurs obligations conventionnelles. À cet égard, la Cour rappellera cependant que la communication d'Israël, notifiée au Secrétaire général des Nations Unies conformément à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne porte que sur l'article 9 du pacte concernant la liberté et la sécurité de la personne (voir paragraphe 127 ci-dessus); Israël est donc tenu au respect de toutes les autres dispositions de cet instrument.

La Cour relèvera en outre que certaines dispositions des conventions relatives aux droits de l'homme sont assorties de clauses de limitation des droits couverts par ces dispositions. Aucune clause de ce type ne figure à l'article 17 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. En revanche, le paragraphe 3 de l'article 12 de cet instrument dispose que la liberté de circulation telle que garantie par ledit article « ne [peut] être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques ou les droits et libertés d'autrui et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent pacte ». Pour sa part, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels contient en son article 4 une disposition générale ainsi libellée :

« Les États parties au présent pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurée par l'État conformément au présent pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique. »

La Cour observera qu'aux termes mêmes du paragraphe 3 de l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, les restrictions envisagées par ce paragraphe constituent des exceptions au droit à la liberté de circulation garanti au paragraphe 1. En outre, ces restrictions doivent non seulement servir les buts autorisés, mais encore être nécessaires pour atteindre ces buts. Pour reprendre

la formulation retenue par le Comité des droits de l'homme, elles « doivent être conformes au principe de la proportionnalité » et « doivent constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché » (CCPR/C/21/Rev.1/add.9, observation générale n° 27, par. 14). Au vu des informations dont elle dispose, la Cour estime que ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce.

La Cour fera également observer que les restrictions à la jouissance par les Palestiniens habitant dans le territoire occupé par Israël de leurs droits économiques, sociaux et culturels, telles qu'elles résultent de la construction du mur par cet État, ne répondent pas à une condition posée par l'article 4 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, à savoir qu'elles doivent être établies « exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ».

137. Au total, la Cour, au vu du dossier, n'est pas convaincue que la poursuite des objectifs de sécurité avancés par Israël nécessitait l'adoption du tracé choisi pour le mur. Le mur tel que tracé et le régime qui lui est associé portent atteinte de manière grave à de nombreux droits des Palestiniens habitant dans le territoire occupé par Israël sans que les atteintes résultant de ce tracé puissent être justifiées par des impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public. La construction d'un tel mur constitue dès lors une violation par Israël de diverses obligations qui lui incombent en vertu des instruments applicables de droit international humanitaire et des droits de l'homme.

* * *

138. Ainsi, la Cour a conclu que la construction du mur est un acte non conforme à diverses obligations juridiques internationales incombant à Israël. À l'annexe I du rapport du Secrétaire général, il est cependant précisé que, selon Israël, « la construction du mur est conforme à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, ainsi qu'à son droit inhérent de légitime défense et aux résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité ». Plus précisément, le représentant permanent d'Israël auprès des Nations Unies a fait valoir devant l'Assemblée générale, le 20 octobre 2003, que « la barrière est une mesure tout à fait conforme au droit [de légitime défense] des États ... consacré par l'Article 51 de la Charte »; il a ajouté que ces résolutions « ont reconnu clairement le droit des États au recours à la force en cas de légitime défense contre les attentats terroristes » et qu'elles reconnaissent par conséquent le droit de recourir à cette fin à des mesures n'impliquant pas l'emploi de la force (A/ES-10/PV.21, p. 6).

139. Selon l'Article 51 de la Charte des Nations Unies :

« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. »

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

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

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

140. La Cour s'est cependant demandé si Israël pourrait se prévaloir d'un état de nécessité permettant d'exclure l'illicéité de la construction du mur. À cet égard, la Cour se doit de noter que certaines des conventions en cause incluent des clauses de limitation des droits garantis ou des clauses de dérogation (voir paragraphes 135 et 136 ci-dessus). Dès lors que ces traités font déjà place à de telles considérations dans leurs dispositions mêmes, on pourrait se demander si l'état de nécessité tel que reconnu par le droit international coutumier pourrait être invoqué en ce qui concerne ces traités comme cause excluant l'illicéité des mesures ou décisions incriminées. Mais la Cour n'aura pas à examiner cette question. Ainsi qu'elle l'a observé en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, « l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier », qui « ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel »; il « ne peut être invoqué qu'à certaines conditions, strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies; et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions » (*C.I.J. Recueil 1997*, p. 40, par. 51). La Cour a précisé l'une de ces conditions en reprenant les termes employés par la Commission du droit international dans un texte qui, en sa forme actuelle, prévoit que le fait incriminé doit constituer « pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent » (article 25 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'État; voir aussi l'ancien article 33 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États, dont le libellé était identique dans la version française). Au vu du dossier, la Cour n'est pas convaincue que la construction du mur selon le tracé retenu était le seul moyen de protéger les intérêts d'Israël contre le péril dont il s'est prévalu pour justifier cette construction.

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

142. Au total, la Cour estime qu'Israël ne saurait se prévaloir du droit de légitime défense ou de l'état de nécessité, comme excluant l'illicéité de la construction du mur qui résulte des considérations mentionnées aux paragraphes 122 et 137 ci-dessus. En conséquence, la Cour juge que la construction du mur et le régime qui lui est associé sont contraires au droit international.

* * *

143. Étant parvenue à la conclusion que, par l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et par l'adoption du régime qui lui est associé, Israël a violé diverses obligations internationales lui incombant (voir paragraphes 114 à 137 ci-dessus), la Cour doit à

présent, pour répondre à la question posée par l'Assemblée générale, procéder à l'examen des conséquences de ces violations.

* * *

144. Dans leurs exposés écrits et oraux, de nombreux participants à la procédure devant la Cour ont soutenu que l'édification illicite par Israël de ce mur entraînait des conséquences juridiques tant pour cet État que pour les autres États et l'Organisation des Nations Unies; dans son exposé écrit, Israël, pour sa part, n'a pas présenté d'arguments en ce qui concerne les conséquences juridiques qui pourraient résulter de la construction du mur.

145. En ce qui concerne les conséquences juridiques pour Israël, il a été allégué qu'Israël avait en premier lieu l'obligation juridique de mettre fin à la situation illicite en cessant immédiatement la construction du mur dans le territoire palestinien occupé et de donner des assurances et des garanties de non-répétition appropriées.

Israël aurait en deuxième lieu l'obligation juridique de réparer les dommages occasionnés par son comportement illicite. Cette réparation devrait tout d'abord prendre la forme d'une restitution, à savoir la démolition des portions du mur construites dans le territoire palestinien occupé et l'annulation des actes juridiques liés à l'édification du mur, ainsi que la restitution des biens réquisitionnés ou expropriés aux fins de celle-ci; la réparation devrait également consister en une indemnisation appropriée des personnes dont les habitations ou exploitations agricoles ont été détruites.

Il a encore été affirmé qu'Israël avait le devoir permanent d'exécuter toutes les obligations internationales auxquelles il a contrevenu du fait de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé et du régime qui lui est associé; et il a par ailleurs été soutenu que, aux termes de la quatrième Convention de Genève, Israël avait l'obligation de rechercher et de traduire devant ses tribunaux les personnes dont il est allégué qu'elles ont commis, ou qu'elles ont ordonné que soient commis, de graves manquements au droit international humanitaire découlant de la planification, de l'édification et de l'utilisation du mur.

146. En ce qui concerne les conséquences juridiques pour les États autres qu'Israël, il a été exposé devant la Cour que tous les États avaient l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite résultant de la construction du mur, de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de cette situation et de coopérer en vue de mettre un terme aux violations alléguées et de s'assurer qu'elles donneront lieu à réparation.

Certains participants à la procédure devant la Cour ont également relevé que les États parties à la quatrième Convention de Genève avaient l'obligation de prendre des mesures visant à assurer le respect de la convention et que, dans la mesure où la construction et le maintien du mur dans le territoire palestinien occupé seraient constitutifs d'infractions graves à cette convention, les États parties à celle-ci avaient l'obligation d'en poursuivre les auteurs ou de les extradier. Il a par ailleurs été relevé que « le Conseil de sécurité des Nations Unies devrait examiner les violations flagrantes et systématiques des règles et principes de droit international, en particulier de droit international humanitaire, commises par Israël, et prendre toutes les mesures nécessaires pour y mettre fin », et que le Conseil de

sécurité et l'Assemblée générale avaient l'obligation de tenir dûment compte de l'avis consultatif que la Cour rendrait.

* * *

147. La Cour ayant constaté que l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé, étaient contraires à diverses obligations internationales d'Israël, il s'ensuit que la responsabilité de cet État est engagée selon le droit international.

148. La Cour examinera maintenant les conséquences juridiques qui résultent des violations du droit international par Israël en opérant une distinction entre, d'une part, celles qui en découlent pour cet État et, d'autre part, celles qui en découlent pour les autres États et, le cas échéant, pour l'Organisation des Nations Unies. La Cour se penchera en premier lieu sur les conséquences juridiques de ces violations en ce qui concerne Israël.

* * *

149. La Cour note qu'Israël est tout d'abord tenu de respecter les obligations internationales auxquelles il a contrevenu par la construction du mur en territoire palestinien occupé (voir paragraphes 114 à 137 ci-dessus). En conséquence, Israël doit observer l'obligation qui lui incombe de respecter le droit à l'autodétermination du peuple palestinien et les obligations auxquelles il est tenu en vertu du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme. Par ailleurs, il doit assurer la liberté d'accès aux Lieux saints passés sous son contrôle à la suite du conflit de 1967 (voir paragraphe 129 ci-dessus).

150. La Cour observe qu'Israël a également l'obligation de mettre un terme à la violation de ses obligations internationales, telle qu'elle résulte de la construction du mur en territoire palestinien occupé. L'obligation d'un État responsable d'un fait internationalement illicite de mettre fin à celui-ci est bien fondée en droit international général et la Cour a, à diverses reprises, confirmé l'existence de cette obligation (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 149; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 44, par. 95; *Haya de la Torre*, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 82).

151. Israël a en conséquence l'obligation de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur qu'il est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Par ailleurs, la Cour ayant indiqué plus haut (voir paragraphe 143 ci-dessus) que les violations par Israël de ses obligations internationales résultaient de l'édification du mur et du régime juridique qui lui est associé, la cessation de ces violations implique le démantèlement immédiat des portions de cet ouvrage situées dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. L'ensemble des actes législatifs et réglementaires adoptés en vue de son édification et de la mise en place du régime qui lui est associé doivent immédiatement être abrogés ou privés d'effet, sauf dans la mesure où de tels actes, en ayant ouvert droit à indemnisation ou à d'autres formes de réparation au profit de la population palestinienne, demeurent pertinents dans le contexte du respect, par Israël, des obligations visées au paragraphe 153 ci-dessous.

152. Au demeurant, la construction du mur dans le territoire palestinien occupé ayant notamment nécessité la réquisition et la destruction d'habitations, de commerces ainsi que d'exploitations agricoles, la Cour constate aussi qu'Israël a l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées. La Cour rappellera que les modalités essentielles de la réparation en droit coutumier ont été formulées comme suit par la Cour permanente de Justice internationale :

« Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international. » (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 47.*)

153. Israël est en conséquence tenu de restituer les terres, les vergers, les oliveraies et les autres biens immobiliers saisis à toute personne physique ou morale en vue de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé. Au cas où une telle restitution s'avérerait matériellement impossible, Israël serait tenu de procéder à l'indemnisation des personnes en question pour le préjudice subi par elles. De l'avis de la Cour, Israël est également tenu d'indemniser, conformément aux règles du droit international applicables en la matière, toutes les personnes physiques ou morales qui auraient subi un préjudice matériel quelconque du fait de la construction de ce mur.

* * *

154. La Cour en arrive maintenant à l'examen des conséquences juridiques des faits internationalement illicites résultant de la construction du mur par Israël en ce qui concerne les États autres que ce dernier.

155. La Cour observera à cet égard qu'au rang des obligations internationales violées par Israël figurent des obligations *erga omnes*. Comme la Cour l'a précisé dans l'affaire de la Barcelona Traction, de telles obligations, par leur nature même, « concernent tous les États » et, « [v]u l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33*). Les obligations *erga omnes* violées par Israël sont l'obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination ainsi que certaines des obligations qui sont les siennes en vertu du droit international humanitaire.

156. S'agissant de la première de ces obligations, la Cour a déjà rappelé (voir paragraphe 88 ci-dessus) que, dans l'affaire du Timor oriental, elle avait estimé qu'il n'y avait « rien à redire » à l'affirmation selon laquelle « le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes* »

(*C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29). La Cour relèvera également qu'aux termes de la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale à laquelle il a déjà été fait référence (voir paragraphe 88 ci-dessus),

« [t]out État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe... ».

157. En ce qui concerne le droit international humanitaire, la Cour rappellera que, dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, elle a indiqué qu'« un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des « considérations élémentaires d'humanité »... », qu'elles « s'imposent ... à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier » (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 257, par. 79). De l'avis de la Cour, les règles en question incorporent des obligations revêtant par essence un caractère *erga omnes*.

158. La Cour soulignera par ailleurs qu'aux termes de l'article 1 de la quatrième Convention de Genève, disposition commune aux quatre conventions de Genève, « [l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente convention en toutes circonstances ». Il résulte de cette disposition l'obligation de chaque État partie à cette convention, qu'il soit partie ou non à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments concernés.

159. Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, la Cour est d'avis que tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction. Il appartient par ailleurs à tous les États de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination. En outre, tous les États parties à la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention.

160. La Cour est enfin d'avis que l'Organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, doivent, en tenant dûment compte du présent avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé.

* * *

161. La Cour, soucieuse d'apporter son soutien aux buts et principes inscrits dans la Charte des Nations Unies, en particulier le maintien de la paix et de la sécurité

internationales et le règlement pacifique des différends, tient à souligner la nécessité urgente que l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble redouble ses efforts en vue de mettre rapidement un terme au conflit israélo-palestinien, qui continue de poser une menace à la paix et à la sécurité internationales, et d'établir ainsi une paix juste et durable dans la région.

162. La Cour a abouti à la conclusion que la construction du mur par Israël dans le territoire palestinien occupé est contraire au droit international et a précisé les conséquences juridiques qu'il convient de tirer de cette illicéité. Elle croit devoir ajouter que cette construction doit être replacée dans un contexte plus général. Depuis 1947, année de l'adoption de la résolution 181 (II) de l'Assemblée générale et de la fin du mandat pour la Palestine, se sont multipliés sur le territoire de l'ancien mandat les conflits armés, les actes de violence indiscriminés et les mesures de répression. La Cour relèvera qu'aussi bien Israël que la Palestine ont l'obligation de respecter de manière scrupuleuse le droit international humanitaire, dont l'un des buts principaux est de protéger la vie des personnes civiles. Des actions illicites ont été menées et des décisions unilatérales ont été prises par les uns et par les autres alors que, de l'avis de la Cour, seule la mise en œuvre de bonne foi de toutes les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, en particulier les résolutions 242 (1967) et 338 (1973), est susceptible de mettre un terme à cette situation tragique. La « Feuille de route » approuvée par la résolution 1515 (2003) du Conseil de sécurité constitue l'effort le plus récent en vue de provoquer des négociations à cette fin. La Cour croit de son devoir d'appeler l'attention de l'Assemblée générale, à laquelle cet avis est destiné, sur la nécessité d'encourager ces efforts en vue d'aboutir le plus tôt possible, sur la base du droit international, à une solution négociée des problèmes pendants et à la constitution d'un État palestinien vivant côte à côte avec Israël et ses autres voisins, et d'assurer à chacun dans la région paix et sécurité.

* * *

163. Par ces motifs,

La Cour,

1) À l'unanimité,

Dit qu'elle est compétente pour répondre à la demande d'avis consultatif;

2) Par quatorze voix contre une,

Décide de donner suite à la demande d'avis consultatif;

Pour : M. Shi, *président*; M. Ranjeva, *vice-président*; MM. Guillaume, Koroma, Vereshchetin, M^{me} Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka, *juges*;

Contre : M. Buergenthal, *juge*;

3) *Répond* de la manière suivante à la question posée par l'Assemblée générale :

A. Par quatorze voix contre une,

L'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé, sont contraires au droit international;

Pour : M. Shi, *président*; M. Ranjeva, *vice-président*; MM. Guillaume, Koroma, Vereshchetin, M^{me} Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka, *juges*;

Contre : M. Buergenthal, *juge*;

B. Par quatorze voix contre une,

Israël est dans l'obligation de mettre un terme aux violations du droit international dont il est l'auteur; il est tenu de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur qu'il est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, de démanteler immédiatement l'ouvrage situé dans ce territoire et d'abroger immédiatement ou de priver immédiatement d'effet l'ensemble des actes législatifs et réglementaires qui s'y rapportent, conformément au paragraphe 151 du présent avis;

Pour : M. Shi, *président*; M. Ranjeva, *vice-président*; MM. Guillaume, Koroma, Vereshchetin, M^{me} Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka, *juges*;

Contre : M. Buergenthal, *juge*;

C. Par quatorze voix contre une,

Israël est dans l'obligation de réparer tous les dommages causés par la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est;

Pour : M. Shi, *président*; M. Ranjeva, *vice-président*; MM. Guillaume, Koroma, Vereshchetin, M^{me} Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka, *juges*;

Contre : M. Buergenthal, *juge*;

D. Par treize voix contre deux,

Tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur et de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction; tous les États parties à la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont en outre l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention;

Pour : M. Shi, *président*; M. Ranjeva, *vice-président*; MM. Guillaume, Koroma, Vereshchetin, M^{me} Higgins, MM. Parra-Aranguren, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka, *juges*;

Contre : MM. Kooijmans, Buergenthal, *juges*;

E. Par quatorze voix contre une,

L'Organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, doivent, en tenant dûment compte du présent avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé.

Pour : M. Shi, *président*; M. Ranjeva, *vice-président*; MM. Guillaume, Koroma, Vereshchetin, M^{me} Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka, *juges*;

Contre : M. Buergenthal, *juge*.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le neuf juillet deux mille quatre, en deux exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et l'autre sera transmis au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Le Président,
(*Signé*) Shi **Jiuyong**

Le Greffier,
(*Signé*) Philippe **Couvreur**.

M. le juge Koroma, M^{me} le juge Higgins et MM. les juges Kooijmans et Al-Khasawneh joignent à l'avis consultatif les exposés de leur opinion individuelle; M. le juge Buergenthal joint une déclaration à l'avis consultatif; MM. les juges Elaraby et Owada joignent à l'avis consultatif les exposés de leur opinion individuelle.

(*Paraphé*) J.Y.S.

(*Paraphé*) Ph.C.

Opinion individuelle de M. le juge Koroma

Édification du mur et annexion – Compétence de la Cour – Rôle de la Cour dans la procédure consultative – Conclusions sur la base du droit applicable – Caractère d'obligation erga omnes des conclusions – Respect du droit humanitaire – Rôle de l'Assemblée générale

1. Tout en souscrivant à la décision de la Cour selon laquelle le mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé sont contraires au droit international, j'estime devoir souligner ce qui suit.

2. Tout d'abord, l'édification du mur a entraîné, en violation du principe fondamental du droit international interdisant l'acquisition de territoire par la force, l'annexion de portions du territoire occupé par Israël, puissance occupante. La Cour a confirmé que le territoire palestinien était un territoire occupé; Israël n'est donc pas habilité à y exercer des actes de souveraineté qui modifieraient leur statut de territoire occupé. L'occupation revêt par définition un caractère temporaire et doit respecter les intérêts de la population tout en satisfaisant les besoins de la puissance occupante sur le plan militaire. De ce fait, tout ce qui peut modifier son caractère, comme l'édification du mur, est illicite.

3. Si l'on comprend qu'il y ait des opinions et points de vue juridiques très divers sur la question dont est saisie la Cour, laquelle concerne les droits et les obligations d'une puissance occupante dans un territoire occupé et les recours ouverts en droit international en cas de manquement à ces obligations – question qui, à mon sens, est éminemment juridique et relève de la compétence consultative de la Cour –, l'objection ne vaut pas, selon laquelle la Cour ne serait pas compétente pour trancher cette question, ce que montrent tant la Charte des Nations Unies (Art. 96 – Coopération fonctionnelle entre la Cour et l'Assemblée générale pour toute question juridique) que le Statut de la Cour (Art. 65 – Pouvoir discrétionnaire; Art. 68 – Assimilation aux dispositions qui s'appliquent en matière contentieuse), son Règlement (art. 102, par. 2 – Assimilation aux dispositions qui s'appliquent en matière contentieuse) ou sa jurisprudence constante. L'objection selon laquelle il y aurait défaut d'opportunité judiciaire – objection que la Cour a dûment examinée sous l'angle de sa compétence et de l'équité en matière d'administration de la justice – n'est pas davantage recevable. À cet égard, la question posée à la Cour ne concerne pas le conflit israélo-palestinien proprement dit, ou son règlement, mais plutôt les conséquences juridiques de l'édification du mur dans le territoire occupé. Autrement dit, le droit international permet-il à une puissance occupante de modifier unilatéralement le caractère d'un territoire occupé? La question est éminemment juridique et, à mon sens, de nature à susciter une réponse également juridique qui ne présente pas nécessairement le caractère d'une décision portant règlement d'un différend bilatéral; il s'agit d'une demande tendant à préciser le droit applicable. C'est à cette question que la Cour a répondu. Elle était donc fondée à exercer sa compétence consultative en la matière. La base juridictionnelle de son avis consultatif est ainsi fermement ancrée dans sa jurisprudence.

4. Le rôle de la Cour dans une telle procédure est de déterminer et mettre en œuvre le droit applicable en l'espèce. Pour parvenir à ses conclusions, la Cour a appliqué comme il convenait les règles pertinentes du droit international de l'occupation aux territoires palestiniens. Ce faisant, elle a conclu que ces derniers

constituaient un territoire occupé et n'étaient donc pas sujets à annexion, et qu'une telle annexion équivaldrait à une violation du droit international et serait contraire à la paix internationale. Sous le régime de l'occupation, la division ou la partition d'un territoire occupé par la puissance occupante est illégale. En outre, selon le droit international contemporain, tous les États ont l'obligation de s'abstenir de toute action visant à remettre en cause, en tout ou en partie, l'unité nationale et l'intégrité territoriale de tout autre État ou pays.

5. La Cour a également conclu que le droit à l'autodétermination en tant que droit établi et reconnu par le droit international s'appliquait au territoire ainsi qu'au peuple palestiniens. En conséquence, l'exercice d'un tel droit autorise le peuple palestinien à établir son propre État, comme cela avait été initialement prévu par la résolution 181 (II), confirmée par la suite. La Cour a conclu que l'édification du mur dans le territoire palestinien ferait obstacle à la réalisation d'un tel droit et en constituait donc une violation.

6. En ce qui concerne le droit humanitaire et le droit des droits de l'homme, la Cour a conclu à bon droit que ces deux régimes s'appliquaient aux territoires occupés et qu'Israël, en sa qualité de puissance occupante, avait l'obligation de respecter les droits de la population palestinienne des territoires occupés. En conséquence, elle a jugé que l'édification du mur dans les territoires occupés constituait une violation du droit humanitaire et du droit des droits de l'homme. Pour mettre un terme à cette violation, la Cour a, comme il convenait, demandé la cessation immédiate de l'édification du mur et le versement d'indemnités au titre des dommages causés par cette édification.

7. Tout aussi importante est la conclusion selon laquelle la communauté internationale dans son ensemble a, vis-à-vis du peuple palestinien – dont le territoire, en tant qu'il avait autrefois été placé sous mandat, fait l'objet d'une « mission sacrée » –, l'obligation de ne reconnaître aucune modification unilatérale du statut de ce territoire qui découlerait de l'édification du mur.

8. Les conclusions de la Cour reposent sur les règles du droit international qui font autorité; elles revêtent donc le caractère d'obligations *erga omnes*. Elles constituent une réponse autorisée à la question posée et s'imposent à tous les États, ceux-ci étant liés par ces règles et ayant un intérêt à les voir observées.

9. Tout aussi important est l'appel lancé aux parties au conflit pour qu'elles respectent le droit humanitaire durant les hostilités en cours. S'il est compréhensible qu'une occupation prolongée entraîne une résistance, il n'en incombe pas moins à toutes les parties au conflit de respecter à tout moment le droit international humanitaire.

10. En se prononçant, la Cour s'est acquittée de son rôle d'arbitre suprême de la légalité internationale et d'ultime garde-fou contre les actes illicites. Il incombe à présent à l'Assemblée générale, dans l'exercice des responsabilités qui lui ont été confiées par la Charte, de traiter le présent avis consultatif avec le respect et le sérieux qu'il mérite, non pour se livrer à des récriminations, mais dans l'intention de mettre ces conclusions au service d'un règlement juste et pacifique du conflit israélo-palestinien, conflit qui non seulement dure depuis beaucoup trop longtemps, mais qui cause également d'énormes souffrances aux personnes directement concernées et envenime les relations internationales en général.

(Signé) Abdul G. Koroma

Opinion individuelle de M^{me} le juge Higgins

Questions pertinentes à l'égard du pouvoir discrétionnaire que la Cour n'a pas examinées – Éléments faisant défaut pour rendre un avis équilibré – Violations des articles 46 et 52 du Règlement de La Haye et des articles 49 et 53 de la quatrième Convention de Genève – Désaccord avec des passages de l'avis relatifs à l'autodétermination, à la légitime défense et au principe erga omnes – Limites des données factuelles fondant l'avis

1. Je souscris à l'avis de la Cour en ce qui concerne sa compétence en l'espèce et j'estime que les paragraphes 14 à 42 répondent correctement aux divers arguments contraires présentés sur ce point.

2. La question du pouvoir discrétionnaire et de l'opportunité est beaucoup plus difficile à traiter. Bien qu'ayant en définitive voté en faveur de la décision de rendre l'avis, j'estime que les questions ne sont pas aussi clairement définies que la Cour le dit. Il est évident (en particulier de par le libellé de la demande d'avis consultatif soumise à la Cour), que ceux qui sollicitent l'avis ont tenté d'assimiler l'avis concernant le mur à celui que la Cour avait rendu à propos de la Namibie (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 12*). Je pense qu'ils ont tort pour plusieurs raisons. D'abord et avant tout, la Cour avait déjà rendu, au moment où la demande d'avis a été soumise en 1971 sur les conséquences juridiques de certains actes, divers avis sur le Sud-Ouest africain qui indiquaient clairement les obligations juridiques de l'Afrique du Sud (*Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 128; Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1955, p. 67; Recevabilité des auditions de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956, p. 23*). En outre, toutes les obligations juridiques incombaient, en tant que puissance mandataire, au Sud-Ouest africain. Il n'y avait pas d'obligation juridique et encore moins d'obligations non honorées qui, en 1971, s'imposaient également à l'Organisation du peuple du Sud-Ouest africain (SWAPO), en tant que représentant du peuple namibien.

3. En l'espèce, c'est l'Assemblée générale et non la Cour qui s'est précédemment prononcée sur la licéité. Par ailleurs, à la différence de la situation concernant la Namibie en 1971, le véritable problème difficile à résoudre, dont le mur peut être regardé comme un élément, ne peut être considéré comme un problème où seulement une partie a été déjà reconnue par une juridiction comme contrevenant aux droits, où cette partie seulement doit agir de façon à rétablir la légalité et où, du point de vue de l'obligation en droit, l'autre « partie » n'a plus rien à faire. C'est ce qui ressort de la longue histoire de cette question, comme en témoignent les résolutions 242 (1967) et 1515 (2002) du Conseil de sécurité.

4. À l'appui de cette analogie erronée – qui sert à étayer des moyens de droit relatifs au pouvoir discrétionnaire, mais vise aussi des objectifs plus larges – les conseils ont informé la Cour que « le problème du mur se pose entre un État - Israël – et l'Organisation des Nations Unies ». (Voir par exemple CR 2004/3, p. 62, par. 31.) Bien sûr, l'assimilation à l'affaire de la Namibie et le fait de nier l'existence d'un différend, sauf entre Israël et l'Organisation des Nations Unies, vise

également à se soustraire à la nécessité de satisfaire aux critères énoncés par la Cour lorsqu'elle statue sur l'opportunité de rendre un avis en cas de différend entre deux États. Toutefois, on le verra ci-après, on ne saurait se soustraire à cette nécessité.

5. En outre, dans l'affaire de la Namibie, l'Assemblée a sollicité un avis juridique sur les conséquences de ses propres décisions nécessaires sur le sujet. L'Assemblée générale était l'organe à qui revenait à présent le pouvoir de mettre fin au mandat de la Société des Nations. Elle y a dûment mis fin. Toutefois, les résolutions de l'Assemblée ne sont, dans la plupart des cas, que des recommandations. Le Conseil de sécurité qui, dans certaines circonstances, peut adopter des résolutions ayant force exécutoire en vertu du Chapitre VII de la Charte n'était pas l'organe responsable des mandats. Cette situation embrouillée était au centre de l'avis sollicité auprès de la Cour. Là encore, il n'y pas d'analogie réelle avec l'espèce.

6. Nous nous trouvons donc sur un terrain juridique différent – celui, bien connu, où il existe un différend entre des parties, ce qui ne signifie pas nécessairement que la Cour ne doit pas exercer sa compétence, si certaines conditions sont remplies.

7. Depuis 1948, Israël est en conflit, d'abord avec ses voisins arabes (et d'autres États arabes) et, plus récemment, avec l'Autorité palestinienne. Les observations écrites d'Israël sur cet aspect (7.4 à 7.7), tout comme le rapport du Secrétaire général qui fait référence au « résumé de la position juridique » de « chaque partie », témoignent de cette réalité. La Cour a considéré que le statut spécial de la Palestine, même si elle n'est pas encore un État indépendant, lui permettait d'être invitée à participer à cette procédure. Il existe donc un différend entre deux acteurs internationaux, et la demande d'avis consultatif porte sur l'un de ses éléments.

8. En soi, cela ne signifie pas que la Cour devait refuser d'exercer sa compétence sur le terrain de l'opportunité. Ce n'est qu'un point de départ pour l'examen par la Cour de la question du pouvoir discrétionnaire. La Cour a expliqué dans divers avis consultatifs comment il convient d'interpréter le principe énoncé dans l'avis relatif au *Statut de la Carélie orientale (avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 5)*. Dans les avis concernant *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 155); les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 12); et, surtout, dans celui concernant le *Sahara occidental*, (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 12), le *ratio decidendi* du *Statut de la Carélie orientale* a été expliqué. Parmi ces affaires, celle du *Sahara occidental* offre de loin les orientations les plus pertinentes, puisqu'il s'agissait d'un différend entre acteurs internationaux sur lequel la Cour n'avait pas elle-même déjà donné plusieurs avis consultatifs (cf. l'avis concernant la *Namibie*, donné à la suite de trois autres rendus précédemment sur des questions de licéité).

9. Dans l'affaire du Sahara occidental, la Cour n'a pas dit que le principe du consentement au règlement des différends dans les avis consultatifs avait maintenant perdu toute pertinence pour tous les États Membres des Nations Unies. Elle a dit seulement que les facteurs particuliers sous-jacents au *ratio decidendi* du *Statut de la Carélie orientale* faisaient défaut. Cela étant, d'autres facteurs devaient être examinés pour voir si le critère de l'opportunité était respecté dans un avis consultatif lorsque les intérêts juridiques d'un Membre des Nations Unies faisaient l'objet de cet avis.

10. Bien plus, dans l'affaire du Sahara occidental, la Cour, après avoir rappelé le prononcé souvent cité de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, selon lequel un avis donné à un organe des Nations Unies « constitue une participation de la Cour [...] à l'action de l'Organisation et, en principe, [...] ne devrait pas être refus[é] » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 71), a néanmoins affirmé que :

« le défaut de consentement pourrait l'amener à ne pas émettre d'avis si, dans les circonstances d'une espèce donnée, des considérations tenant à son caractère judiciaire imposaient un refus de répondre. Bref, le consentement d'un État intéressé conserve son importance non pas du point de vue de la compétence de la Cour mais pour apprécier s'il est important de rendre un avis consultatif.

Ainsi, le défaut de consentement d'un État intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. » (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 25, par. 32 et 33.)

11. Quelles sont donc les conditions qui ont motivé un avis de la Cour dans l'affaire du Sahara occidental alors même qu'était né un différend auquel était partie un État Membre des Nations Unies? L'une des conditions était qu'un membre des Nations Unies :

« ne pouvait pas valablement objecter à ce que l'Assemblée générale exerce ses pouvoirs pour s'occuper de la décolonisation d'un territoire non autonome et demande un avis consultatif sur des questions intéressant l'exercice de ces pouvoirs » (*ibid.*, p. 24, par. 30).

Bien que l'Assemblée n'exerce les pouvoirs ni d'un organe de supervision du mandat (comme dans l'affaire de la Namibie) ni d'un organe chargé de la décolonisation d'un territoire non autonome (comme dans l'affaire du Sahara occidental), la Cour rappelle à juste titre, aux paragraphes 48 à 50, l'intérêt spécial que l'Organisation des Nations Unies a de longue date manifesté pour le différend, dont la construction du mur représente maintenant un élément.

12. Il reste toutefois une autre condition à remplir, que la Cour a énoncée dans l'affaire du Sahara occidental. Elle déclare tenir que :

« L'Assemblée générale n'a pas eu pour but de porter devant la Cour, sous la forme d'une requête pour avis consultatif, un différend ou une controverse juridique, afin d'exercer plus tard, sur la base de l'avis rendu par la Cour, ses pouvoirs et ses fonctions en vue de régler pacifiquement ce différend ou cette controverse. L'objet de la requête est tout autre : il s'agit d'obtenir de la Cour un avis consultatif que l'Assemblée générale estime utile pour pouvoir exercer comme il convient ses fonctions relatives à la décolonisation du territoire. » (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 26 et 27, par. 39.)

En l'espèce, nous nous trouvons devant la situation contraire. L'objet de la requête n'est pas d'obtenir un avis sur les fonctions de décolonisation de l'Assemblée mais de pouvoir plus tard, sur la base de l'avis rendu par la Cour, exercer ses pouvoirs en vue du règlement du différend ou de la controverse. Nombreux sont les participants à la procédure orale qui ont, en toute franchise, souligné cet objectif.

13. La Cour ne traite pas du tout ce point dans la partie de son avis portant sur l'opportunité. En fait, elle reste remarquablement silencieuse sur la question, évite de mentionner les lignes précitées et ne donne aucune indication sur leur application en l'espèce. En ce sens, de par son silence, le présent avis a pour effet essentiel de réviser, et non d'appliquer, la jurisprudence.

14. Un autre aspect me préoccupe s'agissant de l'opportunité. Le droit, l'histoire et les aspects politiques du différend entre Israël et la Palestine sont extrêmement complexes. Une cour de justice qui est invitée à se prononcer sur un élément d'un différend multiforme en excluant les autres éléments est nécessairement placée dans une situation difficile. Le contexte est généralement important dans les décisions de justice. Cependant, dans la mesure où, par sa demande, l'Assemblée sollicite un avis sur le droit humanitaire, les obligations que celui-ci impose (sauf dispositions conditionnelles propres) sont absolues. C'est le fondement du droit humanitaire, et ceux qui sont engagés dans un conflit ont toujours su que le prix de notre espoir pour l'avenir c'est qu'ils doivent, quelles que soient les provocations, combattre « en ayant une main dans le dos » et agir conformément au droit international. Si ce facteur rend le contexte moins pertinent en ce qui concerne les obligations découlant du droit humanitaire, il n'en demeure pas moins que le contexte est important pour d'autres aspects du droit international sur lesquels la Cour décide de statuer. Pourtant, la formulation de la question empêche l'examen de ce contexte.

15. Abordant la réalité selon laquelle « la question de la construction du mur n'est qu'un aspect du conflit israélo-palestinien », la Cour indique qu'elle « est en effet consciente que la question du mur fait partie d'un ensemble et qu'elle prendrait soigneusement en considération cette circonstance dans tout avis qu'elle pourrait rendre » (par. 54).

16. En réalité, elle ne le fait jamais. Rien dans le reste de l'avis ne vise vraiment ce point. En outre, je trouve que l'« historique » de la question présenté par la Cour dans les paragraphes 71 à 76, n'est ni équilibré ni satisfaisant.

17. Que doit faire une cour lorsqu'on lui demande de rendre un avis sur un élément d'un problème plus large? Manifestement, elle ne doit pas prétendre « répondre » à ces questions juridiques de plus vaste portée. La Cour, avec sagesse et comme il sied, évite les questions dites du « statut permanent » et ne se prononce pas non plus sur les raisons et les torts dans la multitude de controverses passées suscitées par le problème israélo-palestinien. Face à ce dilemme, la Cour doit donner un avis équilibré, en rappelant les obligations qui incombent à toutes les parties concernées.

18. C'est avec regret que je constate que cela n'est pas le cas dans le présent avis. Certes, au paragraphe 162, la Cour rappelle que « des actions illicites ont été menées et des décisions unilatérales ont été prises par les uns et par les autres » et souligne que « Israël et la Palestine ont tous les deux l'obligation d'observer scrupuleusement les règles du droit humanitaire international ». Il n'empêche qu'à mon avis, il aurait fallu bien davantage pour éviter l'énorme déséquilibre qu'entraîne nécessairement une situation où la Cour est invitée à statuer sur seulement une partie de l'ensemble du problème et pour, ensuite, « prendre soigneusement en considération » cette circonstance. L'appel lancé aux deux parties afin qu'elles agissent conformément au droit humanitaire international aurait dû figurer dans le dispositif. Ce manquement est en contradiction flagrante avec la voie qu'a suivie la Cour dans le point F du dispositif de l'avis sur la *Licéité de la menace*

ou de l'emploi d'armes nucléaires (avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 266). En outre, la Cour aurait dû préciser ce qui est attendu des deux parties dans cet « ensemble ». Aucune difficulté ne se pose à cet égard : de la résolution 242 du Conseil de sécurité à sa résolution 1515, les conditions essentielles sont demeurées les mêmes, à savoir qu'Israël a le droit d'exister, d'être reconnu et de vivre en sécurité, et que le peuple palestinien a droit à un territoire et à un État propre et le droit de disposer de lui-même. La résolution 1515 du Conseil de sécurité dispose que ces obligations de longue date doivent être garanties, aussi bien dans leur caractère général qu'en ce qui concerne les détails, par la négociation. Le drame, manifestement, est qu'aucune des deux parties ne prendra de mesures à cette fin tant que l'autre ne le fera pas. La Cour, ayant décidé qu'il était opportun d'exercer sa compétence, aurait dû user de la latitude que lui offre un avis consultatif pour rappeler les deux parties non seulement à leurs obligations de fond en vertu du droit international, mais aussi à l'obligation de procédure qui leur incombe d'agir simultanément. De plus, j'estime que pour que l'avis soit équilibré, ce dernier élément aurait dû également figurer dans le dispositif.

19. La Cour aurait dû aussi, à mon avis, saisir cette occasion pour dire, de la manière la plus claire possible, ce qui, malheureusement aujourd'hui, doit manifestement être constamment réaffirmé même parmi les juristes internationaux, à savoir que la protection des civils demeure une obligation intransgressible du droit humanitaire non seulement pour l'occupant, mais aussi pour ceux qui cherchent à se libérer de l'occupation.

20. C'est donc avec beaucoup d'hésitation que j'ai voté pour le point 2 du dispositif. J'ai finalement voté en faveur de ce point parce que je suis d'accord avec la quasi-intégralité du libellé des paragraphes 44 à 64. C'est plutôt ce qui n'y figure pas que je déplore.

21. La formulation de l'alinéa 3 (A) du dispositif ne fait pas la distinction entre les différents motifs sur lesquels reposent les conclusions de la Cour. J'ai voté pour cet alinéa parce que je conviens que le mur construit dans le territoire occupé et le régime qui lui est associé entraînent certaines violations du droit humanitaire. Mais je ne suis pas d'accord avec plusieurs des autres éléments sur lesquels la Cour s'est fondée pour parvenir à cette conclusion générale ni avec le traitement dont les données initiales ont fait l'objet.

22. L'Assemblée générale a demandé à la Cour de répondre à la question « compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième Convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale » (résolution ES-10/14 de l'Assemblée générale). On aurait pensé qu'une fois que la Cour aurait décidé que la quatrième Convention de Genève était applicable, le droit humanitaire serait au centre de l'avis.

23. Par sa résolution ES-10/13, l'Assemblée générale a déterminé que le mur était contraire au droit humanitaire sans préciser les dispositions concernées ni les raisons. La Palestine a informé la Cour qu'elle considère que les articles 33, 53, 55 et 64 de la quatrième Convention de Genève et l'article 52 du Règlement de La Haye étaient violés. D'autres participants ont invoqué les articles 23 g), 46, 50 et 52 du Règlement de La Haye ainsi que les articles 27, 47, 50, 55, 56 et 59 de la quatrième convention. Pour le Rapporteur spécial, le mur constitue une violation des articles 23 g) et 46 du Règlement de La Haye et des articles 47, 49, 50, 53 et 55 de

la quatrième Convention de Genève. On se serait attendu à ce qu'un avis consultatif contienne une analyse détaillée, avec des références aux textes, à l'abondante doctrine et aux faits à la disposition de la Cour, indiquant *laquelle* de ces positions est correcte. Cette démarche aurait suivi la tradition consistant à saisir l'occasion offerte par le prononcé d'avis consultatifs pour élaborer et développer le droit international.

24. Elle aurait également montré, par souci d'équilibre, non seulement les dispositions qu'Israël a violées mais aussi celles qu'il n'a pas violées. Or une fois qu'elle a décidé lesquelles des dispositions sont en fait applicables, la Cour n'a fait par la suite que mentionner celles qu'Israël a violées. En outre, à mon avis, du fait de la structure de l'avis, où le droit humanitaire et le droit des droits de l'homme ne sont pas traités séparément, il est extrêmement difficile de percevoir exactement la décision de la Cour. Nonobstant le libellé très général de l'alinéa 3 A) du dispositif, il ne faudrait pas perdre de vue qu'en fait la Cour a constaté que seulement l'article 49 de la quatrième Convention de Genève (par. 120), et les articles 46 et 52 du Règlement de La Haye et l'article 53 de la quatrième Convention de Genève (par. 132) ont été violés. Je souscris à ces conclusions.

25. Après avoir traité le droit humanitaire international de façon plutôt superficielle, la Cour se penche sur les normes relatives aux droits de l'homme. Je conviens avec la Cour que celles-ci continuent d'être pertinentes dans les territoires occupés. Je souscris également aux conclusions formulées au paragraphe 134 concernant l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

26. Cela étant, il convient de noter qu'il existe des organes conventionnels, qui ont pour fonction d'examiner en détail le comportement des États parties à chacun des pactes. En effet, s'agissant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Cour note la jurisprudence pertinente du Comité des droits de l'homme ainsi que les observations finales du Comité sur les obligations d'Israël dans les territoires occupés.

27. En ce qui concerne le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la situation est encore plus singulière étant donné les programmes exigés pour la réalisation de cette catégorie de droits. La Cour n'a pu que faire observer, de façon lapidaire, que le mur et le régime qui lui est associé « entravent l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tels que proclamés par le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels... » (par. 134). Pour ces deux pactes, on peut se demander s'il est judicieux de solliciter des avis consultatifs de la Cour sur le respect par les États parties de leurs obligations, qui font l'objet d'un suivi plus détaillé de la part d'organes créés à cette fin. La réponse peut difficilement se trouver dans le fait que l'Assemblée générale n'établit pas de précédent à caractère plus général car, alors que de très nombreux États ne respectent pas leurs obligations au titre des deux pactes, il est demandé à la Cour de statuer seulement sur la conduite d'Israël à cet égard.

28. La Cour s'est également fondée, pour parvenir à sa conclusion générale de l'alinéa 3 A) du dispositif, sur le fait qu'Israël viole le principe de l'autodétermination. Elle fait suivre des observations concernant le tracé juridiquement problématique du mur et les risques démographiques qui y sont associés de l'affirmation selon laquelle « [cette] construction, s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse ainsi un obstacle grave à l'exercice par le

peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit. » (par. 122.) Il me semble qu'il s'agit là d'un raisonnement dépourvu de logique.

29. La doctrine et la pratique abondent en enseignements sur « l'autodétermination au-delà du colonialisme ». La Déclaration des Nations Unies relative aux relations amicales de 1970 (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale) indique également que l'autodétermination s'applique dans des circonstances où les peuples sont assujettis à « une emprise, une domination et une exploitation étrangères ». L'Assemblée générale a adopté plusieurs résolutions évoquant cette dernière circonstance, ayant à l'esprit l'Afghanistan et les territoires arabes occupés (par exemple, résolution 3236 (XXIX) de 1974 concernant la Palestine; résolution 2144 (XXV) de 1987 concernant l'Afghanistan). Le Comité des droits de l'homme a constamment soutenu cette vue postcoloniale de l'autodétermination.

30. La Cour a, pour la première fois, sans aucune analyse juridique particulière, implicitement adopté aussi cette deuxième conception. J'approuve le principe invoqué mais son application en l'espèce me laisse perplexe. Par autodétermination, on entend le droit qu'ont « tous les peuples ... [de] détermine[r] librement leur statut politique et [d']assure[r] librement leur développement économique, social et culturel » (art. 1.1, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Comme l'indique le présent avis (par. 118), il est maintenant admis que le peuple palestinien constitue un « peuple » aux fins de l'autodétermination. Toutefois, il me semble plutôt irréaliste que la Cour conclue que c'est le mur qui représente un « obstacle grave » à l'exercice de ce droit. L'obstacle réel est l'incapacité manifeste et/ou le manque de volonté aussi bien d'Israël que de la Palestine d'agir parallèlement pour mettre en place les conditions nécessaires – c'est-à-dire, qu'au même moment, Israël se retire du territoire arabe occupé et que la Palestine crée les conditions permettant à Israël de se sentir en sécurité ce faisant. Ce simple point est mis en évidence par le fait que, le mur n'eût-il jamais été construit, les Palestiniens n'auraient toujours pas exercé leur droit de disposer d'eux-mêmes. Il me semble à la fois irréaliste et peu équilibré que la Cour dise que le mur (plutôt que le problème plus large, qui va au-delà de la demande d'avis soumise à la Cour) constitue un obstacle grave à l'autodétermination.

31. Cette conclusion n'est pas plus persuasive vue sous l'angle territorial. Comme la Cour le dit au paragraphe 121, le mur ne constitue pas à l'heure actuelle, en soi, une annexion de fait. Les « peuples » exercent nécessairement leur droit de disposer d'eux-mêmes à l'intérieur de leur propre territoire. Quelle que soit en définitive, la frontière qui pourra être négociée, il ne fait pas de doute, comme il est indiqué au paragraphe 78 de l'avis, qu'Israël occupe le territoire palestinien. Ce territoire n'est ni plus ni moins occupé parce qu'un mur le traverse. Pour mettre fin à cette situation, il est nécessaire que les deux parties, simultanément, acceptent les responsabilités qui leur incombent en vertu du droit international.

32. Après avoir statué sur le droit applicable, et l'avoir appliqué, la Cour se penche sur les restrictions, les dérogations et les moyens de défense éventuels face à sa violation potentielle.

33. Je ne souscris pas à tout ce que la Cour dit concernant la question du droit à la légitime défense. Au paragraphe 139, la Cour cite l'Article 51 de la Charte puis poursuit : L'Article 51 de la Charte reconnaît ainsi l'existence d'un droit naturel de

légitime défense en cas d'agression armée par un État contre un autre État. » Je me permettrai de signaler que nulle part dans l'Article 51 il n'est ainsi stipulé que la légitime défense ne peut être invoquée qu'en cas d'agression armée par un État. Cette restriction résulte plutôt de la décision prise en ce sens par la Cour dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* (arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14). La Cour avait alors jugé qu'une action militaire menée par des forces irrégulières pouvait constituer une agression armée si ces éléments étaient envoyés par l'État ou au nom de celui-ci et si l'opération était telle, « par ses dimensions et ses effets, qu'elle aurait été qualifiée d'agression armée [...] si elle avait été le fait de forces armées régulières » (ibid., p. 103, par. 195). Tout en acceptant, comme j'y suis tenue, que cette déclaration doit être considérée comme l'énoncé de l'état actuel du droit, je maintiens toutes les réserves que j'ai émises ailleurs à ce sujet (R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 250 et 251).

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

35. Cela étant, ces réserves ne m'ont pas amenée à voter contre l'alinéa 3 A) du dispositif, pour deux raisons. Premièrement, je ne suis pas convaincue que l'adoption de mesures n'appelant pas la force (telles que la construction d'un mur) relève de la légitime défense au titre de l'Article 51 de la Charte, comme cette disposition est normalement comprise. Deuxièmement, même s'il s'agissait d'un acte de légitime défense, ainsi qualifié à juste titre, il faudrait justifier qu'il est nécessaire et proportionné. Si le mur semble avoir contribué à réduire les attentats contre les civils israéliens, la nécessité et la proportionnalité du tracé retenu, avec comme corollaire les difficultés imposées aux Palestiniens non impliqués dans les attentats, n'ont pas été expliquées.

36. La dernière partie du dispositif porte sur les conséquences juridiques des conclusions de la Cour.

37. J'ai voté pour l'alinéa 3 D) du dispositif mais, à la différence de la Cour, je ne pense pas que la conséquence des violations identifiées du droit international qui y est indiquée ait quelque chose à voir avec le concept d'*erga omnes* (voir par. 154 à 159 de l'avis). La célèbre sentence de la Cour dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt*, (C.I.J. Recueil 1970, par. 33) est souvent invoquée à tort et à travers. C'est malheureusement, encore une fois, le cas dans le présent avis, au paragraphe 155. Cette sentence visait une question très particulière de *locus standi*. Comme la Commission du droit international l'a si bien indiqué dans ses commentaires concernant le projet

d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (A/56/10, p. 299), il est certains droits que, vu leur importance, « chaque État a un intérêt juridique à [voir] protégés ». Cela n'a rien à voir avec l'imposition d'obligations de fond à des tiers dans une affaire.

38. Il est évident que les tiers ne doivent pas reconnaître une situation illicite ni y contribuer; il n'y a pas lieu pour cela d'invoquer le concept incertain d'*erga omnes*. Ainsi, lorsque le Conseil de sécurité juge qu'il existe une situation illicite en vertu des Articles 24 et 25 de la Charte, il en résulte des « décisions [...] par conséquent obligatoires pour tous les États Membres des Nations Unies, qui sont ainsi tenus de les accepter et de les appliquer » (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 53, par. 115). L'obligation faite aux Membres des Nations Unies de ne pas reconnaître la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie et de ne pas lui apporter appui ou assistance n'était en aucun cas fondée sur le principe *erga omnes*. Plutôt, la Cour a souligné que « quand un organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence » (ibid., par. 117). La Cour avait déjà jugé dans une affaire contentieuse que sa décision établissant un acte illégal « entraîne une conséquence juridique, celle de mettre fin à une situation irrégulière » (*Haya de la Torre, arrêt, C.I.J. Recueil 1951*, p. 82). Bien qu'en l'espèce ce soit la Cour, et non un organe des Nations Unies agissant en vertu des articles 24 et 25, qui a établi l'illicéité, et que ce jugement ait été prononcé dans le cadre d'un avis consultatif plutôt que d'une affaire contentieuse, la position de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies laisse à penser que la conséquence juridique d'une décision établissant qu'un acte ou une situation est illégale est la même. L'obligation de non-reconnaissance et de non-assistance faite aux Membres des Nations Unies ne repose pas sur le concept d'*erga omnes*.

39. Enfin, le fait d'invoquer (par. 157) le caractère *erga omnes* des violations du droit humanitaire semble également dépourvu de pertinence. Ces principes intransgressibles ont force exécutoire de façon générale parce qu'ils ressortissent au droit international coutumier, ni plus ni moins. En outre, l'article premier de la quatrième Convention de Genève, aux termes duquel « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente convention en toutes circonstances », que la Cour semble considérer comme ressortissant au principe *erga omnes*, est tout simplement une disposition d'une convention multilatérale ayant fait l'objet d'une ratification quasi universelle. L'acte final de la Conférence diplomatique de Genève de 1949 n'offre aucune explication utile de cette disposition; dans le commentaire correspondant, l'expression « faire respecter » est interprétée comme allant au-delà de l'adoption de mesures législatives et autres sur le territoire d'un État. On y fait observer que

« Si une puissance manque à ses obligations, les autres Parties contractantes (neutres, alliées ou ennemies) peuvent [...] — et doivent [...] — chercher à la ramener au respect de la convention. Le système de protection prévu par la convention exige en effet, pour être efficace, que les Parties contractantes ne se bornent pas à appliquer elles-mêmes la convention, mais qu'elles fassent également tout ce qui est en leur pouvoir pour que les principes humanitaires qui sont à la base des conventions soient universellement appliqués. » (*Les*

conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire IV, la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, publié sous la direction de Jean S. Pictet, p. 16.)

Il convient de noter qu'à l'alinéa 3 D) du dispositif, la Cour a pris soin d'indiquer que toute mesure de ce genre doit être conforme à la Charte et au droit international.

40. En conclusion, j'ajouterai que si beaucoup d'informations ont été fournies à la Cour en l'espèce, celles fournies directement par Israël n'ont été que très partielles. La Cour s'est largement fondée sur le rapport du Secrétaire général couvrant la période du 14 avril 2002 au 20 novembre 2003 et sur l'exposé écrit, plus récent, de l'Organisation des Nations Unies (voir par. 79). Il n'est pas évident qu'elle ait eu recours à d'autres données du domaine public. En fait, on trouve des informations utiles dans des documents tels que le troisième rapport de l'actuel Rapporteur spécial et la réponse d'Israël (E/CN.4/2004/6/Add.1), ainsi que dans le document intitulé « The Impact of Israel's Separation Barrier on Affected West Bank Communities: an Update to the Humanitarian and Emergency Policy Group (HEPG), Construction of the Barrier, Access, and its Humanitarian Impact, March 2004 ». En tout état de cause, les constatations de la Cour ont un caractère particulièrement général et, chose remarquable, ne traitent guère de l'application de dispositions particulières du Règlement de La Haye ou de la quatrième Convention de Genève le long de sections données du tracé du mur. J'ai néanmoins voté pour l'alinéa 3 A) du dispositif parce qu'il ne fait aucun doute que le mur a un impact négatif considérable sur une partie de la population de la Cisjordanie, qu'on ne peut justifier pour des raisons de nécessité militaire permises au titre de ces conventions, sans compter qu'Israël n'a pas expliqué à l'Organisation des Nations Unies ou à la Cour les raisons pour lesquelles seul le tracé retenu pouvait lui permettre de satisfaire ses besoins de sécurité légitimes.

(Signé) Rosalyn Higgins

Opinion individuelle de M. le juge Kooijmans

Motifs du vote contre l'alinéa D) du point 3 du dispositif – Historique et contexte de la demande d'avis consultatif – Nécessité d'un traitement équilibré – Questions de compétence – Paragraphe 2 de l'Article 12 de la Charte des Nations Unies et résolution 377 A V) de l'Assemblée générale – Question de l'opportunité judiciaire – Objet de la requête – Fond – Autodétermination – Proportionnalité – Légitime défense – Conséquences juridiques – Obligations incombant aux autres États – Article 41 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État – Devoir de non-reconnaissance – Devoir d'abstention – Devoir de veiller au respect du droit humanitaire – Article premier commun aux conventions de Genève

I. Observations liminaires

1. J'ai voté pour tous les points du dispositif de l'avis consultatif à une exception près, l'alinéa D) du point 3, qui vise les conséquences juridiques pour les États.

Mon vote négatif a été motivé par plusieurs raisons que je me contenterai d'esquisser à ce stade, puisque j'y reviendrai dans mes observations sur les différentes parties de l'avis consultatif.

Les motifs de mon vote peuvent se résumer comme suit :

Premièrement, la demande telle que formulée par l'Assemblée générale ne rendait pas nécessaire pour la Cour de déterminer les obligations incombant aux États découlant de ses conclusions. À ce sujet, l'analogie avec la structure de l'avis rendu en l'affaire de la Namibie n'est pas pertinente. Dans ladite affaire, les conséquences juridiques pour les États étaient au cœur même de la demande et de manière tout à fait logique, puisque l'affaire avait pour prémisse une décision du Conseil de sécurité. Cette résolution, et plus particulièrement le paragraphe 5 du dispositif, adressé à « tous les États », avait été considérée par la Cour comme « essentielle aux fins du présent avis consultatif » (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 39, par. 108*).

Il n'existe pas de situation analogue en la présente procédure, car il n'est pas demandé à la Cour de déterminer les conséquences juridiques d'une décision prise par un organe politique des Nations Unies, mais celles d'un acte commis par un État Membre. Cela n'empêche pas la Cour d'examiner la question des conséquences pour les États tiers, une fois qu'elle a conclu que cet acte était illicite, mais sa conclusion dans ce cas repose entièrement sur son raisonnement, et ne découle pas de la logique inhérente à la demande.

C'est précisément, à mon avis, ce raisonnement qui n'est pas convaincant (voir paragraphes 39 à 49 ci-dessous), et c'est là le deuxième motif qui m'a amené à voter contre l'alinéa.

Troisièmement, je trouve que les conclusions de la Cour, telles qu'exposées à l'alinéa D) du point 3 du dispositif, manquent de solidité; hormis la conclusion de la Cour selon laquelle les États sont dans l'obligation « de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction » (conclusion à laquelle je souscris), j'ai du mal à concevoir ce que les États sont censés faire ou ne

pas faire dans la pratique. À mon avis, les conclusions d'un organe judiciaire devraient avoir une incidence directe sur le comportement de leur destinataire; or ni la première ni la seconde partie de l'alinéa D) du point 3 du dispositif ne répondent à ce critère.

2. Si généralement je suis d'accord avec l'avis de la Cour, j'ai des réserves sur son raisonnement concernant certaines questions. Je suivrai dans mes observations l'ordre logique de l'avis, en examinant :

- a) les questions de compétence;
- b) la question de l'opportunité judiciaire;
- c) le fond;
- d) les conséquences juridiques.

Je tiens toutefois à formuler au préalable quelques observations sur l'historique et le contexte de la demande.

II. Historique et contexte de la demande pour l'avis consultatif

3. Au paragraphe 54 de son avis, la Cour fait observer (s'agissant de l'opportunité judiciaire) qu'elle est consciente que la question du mur fait partie d'un ensemble, mais que cela ne saurait justifier qu'elle refuse de répondre à la question posée. Elle ajoute qu'elle prendrait soigneusement en considération cette circonstance dans tout avis qu'elle pourrait rendre. Je partage entièrement l'opinion de la Cour telle qu'exposée dans ledit paragraphe, y compris lorsqu'elle fait observer qu'elle ne tiendrait néanmoins compte d'autres éléments que dans la mesure où ceux-ci seraient nécessaires aux fins de l'examen de cette question.

4. À mon avis, la Cour pouvait et devait prêter attention dans son avis de manière plus explicite au contexte général de la demande. La situation en Palestine et dans la région constitue depuis plusieurs décennies non seulement une menace à la paix et à la sécurité internationales, mais aussi, sur le plan humain, une tragédie qui défie l'entendement à bien des égards. Comment une société comme la société palestinienne peut-elle vivre dans une situation – et s'y accoutumer – où les victimes de la violence sont souvent des hommes, des femmes et des enfants innocents? Comment une société comme la société israélienne peut-elle vivre dans une situation – et s'y accoutumer – où les attaques contre un adversaire politique prennent pour cibles, de manière indiscriminée, des civils innocents, hommes, femmes et enfants?

5. Israël explique que la construction du mur est nécessaire pour une protection contre ladite catégorie d'actes, généralement considérés comme des crimes internationaux. Attentats perpétrés contre des civils, de manière délibérée et indiscriminée, dans l'intention de tuer, – ce sont là les caractéristiques mêmes du terrorisme qui a été condamné sans réserve par la communauté internationale, quels que soient les motifs qui l'inspirent.

Tout État, y compris Israël, a le droit et même le devoir (comme la Cour le dit au paragraphe 141) de répondre à de tels actes en vue de protéger la vie de ses citoyens, mais le choix des moyens utilisés doit tenir compte des limites que posent les normes et règles du droit international. Dans la présente espèce, Israël n'a pas respecté ces limites, et la Cour démontre de manière convaincante que ces normes et

règles du droit n'ont pas été respectés par ce pays. Je ne trouve rien à redire à cette conclusion, pas plus qu'à celle selon laquelle la construction du mur suivant le tracé choisi a fortement aggravé les souffrances des Palestiniens vivant dans le territoire occupé.

6. Au paragraphe 122, la Cour conclut que cette construction, s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit. Je ne suis pas certain que la dernière partie de cette conclusion soit exacte (voir paragraphe 32 ci-dessous), mais il est hors de doute que la simple existence d'un ouvrage séparant les Palestiniens les uns des autres rend l'exercice de leur droit à l'autodétermination beaucoup plus difficile, même s'il faut admettre que l'exercice de ce droit est plus largement tributaire d'un accord politique que de la situation prévalant sur le terrain.

Mais il est vrai aussi que les actes de terrorisme eux-mêmes « ont causé un dommage considérable aux aspirations légitimes du peuple palestinien à un avenir meilleur », comme il était dit dans la déclaration du Quatuor sur le Moyen-Orient du 16 juillet 2002. Il y était dit aussi qu'il ne fallait pas « permettre aux terroristes d'anéantir l'espoir de toute une région, et de la communauté internationale unie, de voir s'instaurer une paix et une sécurité authentiques aussi bien pour les Palestiniens que pour les Israéliens » (exposé écrit d'Israël, annexe 10).

7. Le fait que la Cour se soit limitée à ne rappeler que quelques-uns des faits historiques qui ont abouti à la tragédie actuelle peut être justifié, s'agissant des éléments réellement nécessaires pour répondre à la demande de l'Assemblée générale; mais le résultat en est que ce résumé historique, tel qu'exposé dans les paragraphes 78 à 80, se trouve quelque peu amputé d'une de ses dimensions. J'illustrerai mon propos par un exemple, qui n'a guère de rapport direct avec la procédure proprement dite.

8. Avant de faire son résumé historique, la Cour dit vouloir effectuer tout d'abord une brève analyse du statut du territoire en cause, et cite en premier lieu l'institution du mandat après la première guerre mondiale. Rien n'est dit toutefois du statut de la Cisjordanie entre la conclusion de la convention générale d'armistice de 1949 et l'occupation par Israël en 1967, bien qu'il soit de notoriété publique que la Cisjordanie avait été placée par la Jordanie sous sa souveraineté, mais que cette revendication de souveraineté, qui n'a été abandonnée qu'en 1988, n'avait été reconnue que par trois États.

9. Je n'arrive pas à comprendre la raison de cette omission d'un fait historique objectif, le fait que la Jordanie a revendiqué la souveraineté sur la Cisjordanie ne faisant à mon avis que renforcer l'argument en faveur de l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève dès le moment de l'occupation de la Cisjordanie par Israël en 1967.

S'il est exact que le Gouvernement israélien prétend que la quatrième Convention de Genève n'est pas applicable *de jure* en Cisjordanie parce que ce territoire n'avait pas été avant la guerre de 1967 sous souveraineté jordanienne, cet argument se trouverait dénué de pertinence du seul fait déjà qu'un territoire revendiqué comme lui appartenant par une des parties à un conflit, et se trouvant sous son contrôle, est par définition, une fois qu'il est occupé par l'autre partie, un territoire occupé d'une des *hautes parties contractantes* au sens de la quatrième

Convention de Genève (les italiques sont de moi). Or Israël comme la Jordanie étaient parties à la convention.

Les autorités israéliennes le reconnaissaient à l'époque, ce qui est attesté par l'ordonnance promulguée après l'occupation et mentionnée au paragraphe 93 de l'avis.

10. La réticence de la Cour à traiter du statut de la Cisjordanie entre 1949 et 1967 a eu pour étrange résultat que ce n'est qu'implicitement que le lecteur peut comprendre que la Cisjordanie se trouvait alors sous souveraineté jordanienne (mention de la ligne de démarcation entre Israël et la Jordanie (la Ligne verte) aux paragraphes 73 et 129), sans qu'il ait jamais été expressément informé que la Cisjordanie avait été placée sous l'autorité de la Jordanie. Or, cela laisse d'autant plus perplexe que la Cour n'aurait en aucune manière eu à dire quoi que ce soit sur la licéité ou la légitimité de cette autorité si elle en avait parlé.

11. Dans une lettre du 29 janvier adressée au greffier de la Cour par le directeur général adjoint et conseiller juridique du ministère israélien des affaires étrangères, il est dit qu'Israël veut croire et compte que la Cour se penchera, au-delà de la demande, sur les problèmes plus larges qui présentent une pertinence pour la question (exposé écrit d'Israël, lettre d'accompagnement). Il était mentionné à ce propos que la résolution ES-10/14 ne disait rien des attentats terroristes contre des ressortissants israéliens, et traduisait ainsi les très graves préjugés et le manque d'impartialité de l'organe dont émanait la demande. Israël demandait de ce fait à la Cour de ne pas rendre l'avis.

12. J'estime pour ma part que la Cour, en statuant sur le point de savoir s'il est approprié ou non de donner suite à une demande d'avis consultatif, peut prendre part au débat politique qui a précédé la demande, uniquement dans la mesure nécessaire toutefois pour la compréhension de la question posée. Que ce débat soit passionné ne fait pas exception à ce qui se passe habituellement, mais, comme la Cour l'a dit en l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*,

« dès lors que l'Assemblée a demandé un avis consultatif sur une question juridique par la voie d'une résolution qu'elle a adoptée, la Cour ne prendra pas en considération, pour déterminer s'il existe des raisons décisives de refuser de donner cet avis, les origines ou l'histoire politique de la demande, ou la répartition des voix lors de l'adoption de la résolution » (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 237, par. 16).

La Cour ne fonctionne toutefois pas dans le vide. Principal organe judiciaire des Nations Unies, elle est appelée à s'acquitter de ses fonctions et de ses responsabilités dans un contexte politique plus large. On ne peut s'attendre à ce qu'elle présente un avis juridique à la demande d'un organe politique sans prendre pleinement en considération le contexte dans lequel cette demande a été faite.

13. Bien que la Cour ait certainement pris en considération les arguments avancés par Israël, et les ait examinés avec soin, j'estime que l'avis rendu aurait pu traduire de manière plus satisfaisante les intérêts en cause pour tous ceux qui vivent dans la région. Je ne trouve pas suffisantes à cet égard les allusions indirectes aux actes de terrorisme que l'on peut trouver dans plusieurs passages de l'avis. Un avis consultatif est porté à l'attention d'un organe politique des Nations Unies dans le but de produire un effet sur un processus politique. Il devrait donc, tout au long du

raisonnement, et jusque dans le dispositif, traduire les intérêts légitimes et les responsabilités de *tous* ceux qu'il intéresse, et non pas les mentionner simplement dans un paragraphe de conclusion (par. 162).

III. Questions de compétence

14. Je souscris pleinement à l'avis de la Cour qui estime d'une part que l'Assemblée générale n'a pas outrepassé ses compétences en adoptant la résolution ES-10/14 car elle n'a pas enfreint les dispositions du paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte; que d'autre part elle n'a pas méconnu les conditions essentielles prévues par la résolution sur l'« union pour le maintien de la paix » (rés. 377 A (V)) pour la convocation d'une session extraordinaire d'urgence.

15. Je ne suis toutefois pas certain qu'il soit possible de décrire la pratique suivie par les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne l'interprétation du paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte sans tenir compte de l'effet de la résolution sur l'« union pour le maintien de la paix » sur cette interprétation. Dans son avis, la Cour traite de la résolution 377 A (V) en tant qu'élément distinct et uniquement pour les besoins de la procédure. À mon avis, cette résolution a eu un effet plus important, notamment sur l'interprétation de la relation entre la compétence du Conseil de sécurité et celle de l'Assemblée générale dans le domaine de la paix et de la sécurité internationales et a sans aucun doute contribué grandement au développement de l'interprétation de la condition posée au paragraphe 1 de l'article 12, à savoir que l'Assemblée générale ne doit faire aucune recommandation sur un différend ou une situation, *tant que* le Conseil de sécurité remplit ses fonctions à l'égard de ce différend ou de cette situation (les italiques sont de moi).

16. La doctrine reconnaît également cet effet : « Le vote de la résolution “L'union pour le maintien de la paix” ... ne pourrait manquer d'avoir des effets sur la portée à donner à la restriction de l'Article 12, paragraphe 1. » (Philippe Manin *in* J. P. Cot, *La Charte des Nations Unies*, 2^e éd., 1981, p. 298; voir également E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, p. 46.) Dans la pratique, l'adoption de la résolution sur l'« union pour le maintien de la paix » a contribué à l'interprétation selon laquelle si le vote d'un membre permanent empêche toute prise de décision par le Conseil de sécurité, celui-ci n'est plus considéré comme exerçant ses fonctions au sens du paragraphe 1 de l'article 12. Le fait qu'un État Membre exerce son droit de veto lors du vote par le Conseil de sécurité de la résolution sur l'édification du mur a constitué un élément suffisant pour conclure que le Conseil de sécurité n'exerçait plus ses fonctions aux termes de la Charte pour ce qui est de la construction du mur. Par conséquent, dans la présente procédure, la conclusion que la résolution ES-10/14 n'enfreint pas le paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte est indissociable de l'effet que cette résolution 377 A (V) a eu sur l'interprétation de ladite disposition.

17. L'acceptation d'une telle pratique tant par l'Assemblée générale que par le Conseil de sécurité quant aux conditions requises en matière de procédure par la résolution 377 A (V) est attestée par le fait qu'aucun des membres du Conseil n'a jugé anticonstitutionnelle la nouvelle convocation de la session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale, le 20 octobre 2003, ni estimé que l'Assemblée générale avait outrepassé ses pouvoirs en adoptant la résolution qui exige qu'Israël arrête la construction du mur et revienne sur ce projet. À cet égard, il convient de

relever que cette résolution (ES-10/13) a été présentée comme un compromis par la présidence de l'Union européenne, qui comprend deux membres permanents et deux membres non permanents du Conseil de sécurité, moins d'une semaine après le rejet par celui-ci d'un projet de résolution sur la même question.

18. J'ajouterai que la Cour a raison de dire que la pratique en la matière a évolué et qu'il existe une tendance croissante à voir l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité examiner parallèlement une même question relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cependant, je ne suis pas certain qu'une résolution telle que la résolution ES-10/13 (qui constitue bien une recommandation au sens du paragraphe 1 de l'article 12) aurait pu être adoptée par l'Assemblée, à l'occasion d'une session ordinaire ou d'une session extraordinaire d'urgence, si le Conseil de sécurité avait toujours à l'examen la question particulière de la construction du mur et n'avait pas encore pris de décision.

IV. Question de l'opportunité judiciaire

19. Je dois avouer que j'ai longuement hésité quant à la question de savoir s'il était judiciairement opportun pour la Cour d'accéder à la demande de l'Assemblée générale.

20. Mon hésitation concernait en premier lieu le point de savoir si la Cour ne se politiserait pas indûment en donnant l'avis consultatif, sapant ainsi sa capacité à contribuer à la sécurité internationale et au respect de la primauté du droit. Il faut bien admettre qu'un tel avis, quelle qu'en soit la teneur, se situerait inévitablement dans le cadre d'un débat politique déjà très passionné. Ce point est d'autant plus pertinent que trois membres du Quatuor (Les États-Unis, la Fédération de Russie et l'Union européenne) se sont abstenus lors du vote sur la résolution ES-10/14 et ne semblent guère désireux de voir la Cour accéder à la demande, de crainte que l'avis n'interfère avec le processus de paix en cours. De telles craintes ne peuvent être prises à la légère, car on se trouve face à une situation qui représente une menace constante pour la paix et la sécurité internationales et qui est source d'immenses souffrances humaines.

21. Même si on ne peut nier l'existence d'un risque de politisation, je ne pense pas que le refus de rendre un avis suffira à éliminer ce risque. C'est l'Assemblée générale qui aurait dû tenir compte de ce risque lorsqu'elle a envisagé de soumettre la demande à la Cour. Une fois que l'Assemblée a pris sa décision, la Cour s'est retrouvée propulsée sur la scène politique, qu'elle ait décidé ensuite de rendre ou non l'avis. Un refus de rendre l'avis aurait tout autant risqué de politiser la Cour que l'acceptation de donner suite à la demande. Ce n'est qu'en se limitant strictement à l'exercice de sa fonction judiciaire qu'elle pourra réduire au minimum le risque que sa crédibilité en tant qu'organe chargé de faire respecter la primauté du droit ne soit ébranlée.

22. Je me suis également posé la question de savoir quel était l'objet de la requête de l'Assemblée générale. La résolution ES-10/14 semble fournir quelques éléments d'information complémentaires à cet égard au dernier alinéa de son préambule, dont le libellé est le suivant :

« Ayant à l'esprit que les difficultés sur le terrain ne font que s'aggraver avec le temps, Israël, puissance occupante, continuant à refuser de respecter le droit international pour ce qui est de l'édification du mur susmentionné, avec toutes les répercussions et conséquences néfastes qu'elle entraîne... »

Il est manifeste que l'Assemblée a jugé nécessaire de prendre d'urgence des mesures pour mettre un terme à ces répercussions et conséquences préjudiciables et qu'à cet effet elle a besoin des vues de la Cour.

Mais des interrogations subsistent : des vues sur quoi? Et pourquoi celles d'un organe judiciaire à l'égard d'un acte déjà considéré comme non conforme au droit international et dont on a exigé que l'auteur y mette fin et modifie son comportement illicite (résolution ES-10/13)?

23. La présente demande rappelle le dilemme auquel a dû faire face le juge Petrén dans l'affaire de la Namibie. Il a estimé que dans ladite affaire la demande d'avis consultatif « avait surtout pour but d'obtenir une réponse de la Cour telle que les États se voient dans l'obligation d'exercer sur l'Afrique du Sud une pression... ». Il s'agissait là pour lui d'une inversion des rôles entre le principal organe judiciaire et l'organe politique des Nations Unies, étant donné que, plutôt que de demander à la Cour de rendre un avis sur une question juridique pour en déduire les conséquences politiques, c'est le contraire qui était fait (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 128).

24. Dans le présent avis, la Cour répond à l'argument selon lequel l'Assemblée générale n'a jamais fait clairement savoir ce qu'elle entendait faire de l'avis demandé, en évoquant l'affaire des Armes nucléaires, dans laquelle elle a déclaré : « [I]l n'appartient pas à la Cour de prétendre décider si l'Assemblée générale a ou non besoin d'un avis consultatif pour s'acquitter de ses fonctions. L'Assemblée générale est habilitée à décider elle-même de l'utilité d'un avis au regard de ses besoins propres. » (Par. 61.) Et la Cour poursuit en déclarant qu'elle « ne peut substituer sa propre appréciation de l'utilité de l'avis demandé à celle de l'organe qui le sollicite, en l'occurrence l'Assemblée générale » (par. 62).

25. Cette réponse ne me paraît pas pleinement satisfaisante. Il existe une grande différence entre substituer l'appréciation de la Cour quant à l'utilité de l'avis à celle de l'organe qui le sollicite et analyser d'un point de vue juridique l'objet de la requête. Cette analyse est tout simplement nécessaire pour permettre de savoir ce que la Cour en tant qu'organe judiciaire est en mesure de dire, et de ce point de vue la requête est, pour le moins, formulée de manière étrange. La Cour procède en réalité à cette analyse lorsqu'au paragraphe 39 de l'avis elle déclare que l'emploi des termes « quelles sont en droit les conséquences » de l'édification du mur « implique nécessairement de déterminer si cette construction viole ou non certaines règles et certains principes de droit international ». Je souscris à cette déclaration non pas parce que le terme « nécessairement » a un lien quelconque avec le libellé de la demande mais parce qu'il est en rapport avec la responsabilité judiciaire de la Cour. Pour reprendre les termes du juge Dillard dans l'affaire de la Namibie :

« Mais quand ces organes [politiques] jugent bon de demander un avis consultatif, ils doivent s'attendre à ce que la Cour agisse strictement en conformité de sa fonction judiciaire. Celle-ci lui *interdit* de faire sienne, sans autre examen, une conclusion juridique qui conditionne par elle-même la nature et la portée des conséquences juridiques qui en procèdent. La situation serait différente si les résolutions invitant la Cour à donner son avis étaient

juridiquement neutres... » (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 151; les italiques sont de moi.)

26. Dans la présente procédure, la demande est loin d'être « juridiquement neutre ». Pour ne pas être empêché, du point de vue de l'opportunité judiciaire, de rendre un avis, la Cour est dès lors tenue de réexaminer la teneur de la demande pour préserver sa dignité en tant qu'organe judiciaire. C'est ce qu'elle a fait, mais à mon avis elle aurait dû le faire d'office et non pas en se fondant sur l'hypothèse de ce que l'Assemblée aurait « nécessairement » dû présumer, et que de toute évidence celle-ci n'a pas fait.

27. J'ajouterai que je partage par ailleurs les vues exprimées par la Cour en ce qui concerne la question de l'opportunité judiciaire. Je suis d'avis en particulier que la Cour a su trouver une formulation heureuse lorsqu'elle conclut que la question qui fait l'objet de la requête de l'Assemblée générale ne saurait être considérée seulement comme une question bilatérale entre Israël et la Palestine (par. 49), car, sur la question de l'existence d'un différend bilatéral, cette formulation permet d'éviter le dilemme « soit/ou ». Une situation qui présente un intérêt légitime pour la communauté internationale organisée et un différend bilatéral relatif à cette même situation peuvent exister en même temps. L'existence du différend ne peut priver les organes de la communauté organisée de la compétence qui leur a été conférée par leurs actes constitutifs. Dans le cas présent, la question de Palestine est inscrite depuis longtemps à l'ordre du jour de l'Organisation des Nations Unies et, comme le souligne la Cour, l'objet de la requête intéresse tout particulièrement l'Organisation (par. 50). Rendre un avis n'aurait par conséquent pas pour effet, de la part de la Cour, de tourner le principe du consentement au règlement judiciaire d'un différend bilatéral qui existe simultanément. Le différend est indissociable de l'objet de la requête, et il ne peut être invoqué par la Cour pour refuser de donner suite à celle-ci que dans des circonstances très particulières qui ne peuvent être énoncées en termes généraux. À cet égard, la citation tirée de l'avis dans le *Sahara occidental*, au paragraphe 47 de l'avis, et qui ne contient qu'un raisonnement circulaire, me semble tout à fait dénuée de pertinence.

28. Si la requête a été légitimement formulée compte tenu de la longue responsabilité de l'Organisation des Nations Unies concernant la question de Palestine, l'argument d'Israël selon lequel la Cour ne dispose pas d'éléments de preuve suffisants, car ceux-ci se trouvent dans une large mesure entre les mains d'Israël en tant que partie au différend, sans pertinence. La Cour est tenue de respecter la décision prise par Israël de ne pas traiter du fond, mais c'est à la Cour qu'incombe la responsabilité d'évaluer si elle dispose d'informations suffisantes pour pouvoir rendre l'avis demandé. Bien qu'il soit regrettable qu'Israël ait décidé de ne pas traiter du fond, la Cour a raison lorsqu'elle conclut qu'elle dispose de suffisamment d'éléments d'information pour pouvoir donner l'avis sollicité.

V. Fond

29. Je partage l'avis de la Cour lorsqu'elle dit que le règlement de la Haye de 1907, les pactes relatifs aux droits civils et politiques, et aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, et la convention relative aux droits de l'enfant de 1989 sont applicables dans le territoire palestinien occupé, et qu'Israël, en construisant le mur et en établissant le régime qui lui est associé, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de certaines dispositions de chacune de ces conventions.

Je ne vois aucune faille dans le raisonnement de la Cour à cet égard, même si je regrette que la récapitulation des conclusions de la Cour figurant au paragraphe 137 ne contienne pas une liste des dispositions conventionnelles qui ont été violées.

30. La Cour s'est abstenue de se prononcer au sujet des droits territoriaux et de la question du statut définitif. Elle a pris note des déclarations faites par les autorités israéliennes à diverses occasions à l'effet que la « clôture » est une mesure temporaire, qu'elle ne constitue pas une frontière et qu'elle ne modifie pas le statut juridique du territoire. Je me félicite de ces assurances, en lesquelles il est permis de voir la reconnaissance de la part d'Israël de ses engagements juridiques, mais je partage les préoccupations de la Cour quant au fait que la construction du mur crée un fait accompli. Il est donc d'autant plus important d'accélérer le processus politique qui doit permettre de régler toutes les questions relatives au territoire et au statut définitif.

31. *Autodétermination* – Il eût été à mes yeux préférable que la Cour situe le règlement des questions relatives à l'autodétermination dans le cadre de ce processus politique. Je reconnais pleinement que le droit à l'autodétermination constitue l'un des principes fondamentaux du droit international moderne et que la réalisation de ce droit au bénéfice du peuple de la Palestine constitue une des questions les plus brûlantes en ce qui concerne la solution du conflit israélo-palestinien. L'objectif fondamental du processus politique, tel qu'il est énoncé notamment dans la « Feuille de route », est « la création d'un État palestinien indépendant, démocratique et viable vivant côte à côte avec Israël et ses autres voisins dans la paix et la sécurité » (pièce n° 70 du dossier présenté par le Secrétaire général). Israël et la Palestine souscrivent tous deux à cet objectif; tous deux sont donc résolus de bonne foi à renoncer aux actes qui risquent de compromettre cet intérêt commun.

32. Le droit du peuple palestinien à l'autodétermination s'inscrit donc dans un contexte beaucoup plus large que la construction du mur et il doit trouver sa réalisation dans ce contexte plus large. Je partage volontiers l'opinion de la Cour selon laquelle le mur et le régime qui lui est associé constituent un obstacle à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination, ne serait-ce que parce que le mur a pour effet de séparer physiquement les personnes pouvant légitimement prétendre à exercer ce droit. Cependant, tout obstacle à l'exercice d'un droit n'est pas par définition une violation de ce droit ni de l'obligation de le respecter, comme la Cour semble le conclure au paragraphe 122. Comme l'a dit le Quatuor dans sa déclaration du 16 juillet 2002, les attentats terroristes (et l'incapacité de l'Autorité palestinienne de les prévenir) causent aussi un dommage considérable aux aspirations légitimes du peuple palestinien et font ainsi gravement obstacle à la réalisation de son droit à l'autodétermination. Constituent-ils aussi une violation de ce droit? Et, dans l'affirmative, de qui pareille violation est-elle le fait? À mon sens, la Cour ne pouvait pas conclure qu'Israël avait manqué à son obligation de respecter le droit des Palestiniens à l'autodétermination sans une analyse juridique plus poussée.

33. À cet égard, les renvois à des déclarations antérieures de la Cour qui figurent au paragraphe 88 de l'avis consultatif ne me paraissent pas très éclairants. Dans l'affaire de la Namibie, la Cour s'est expressément référée aux relations entre les habitants d'un territoire sous mandat et la puissance mandataire telles que définies dans les instruments constitutifs du système du mandat. Dans l'affaire du Timor

oriental, elle a qualifié le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans un contexte colonial de droit *erga omnes*, c'est-à-dire opposable à tous. Mais elle n'a rien dit de la manière dont ce « droit » doit se traduire par des obligations incombant aux États autres que la puissance coloniale. Aussi, je pose de nouveau la question : tout obstacle à l'exercice du droit à l'autodétermination constitue-t-il un manquement à l'obligation de le respecter? En est-il ainsi seulement en cas de manquement grave? La cessation de l'acte faisant obstacle à l'exercice du droit restaurerait-elle celui-ci ou ne ferait-elle que mettre un terme au manquement?

34. *Proportionnalité* – La Cour estime que les conditions énoncées dans les clauses de limitation du droit humanitaire et des conventions relatives aux droits de l'homme applicables n'ont pas été satisfaites et que les mesures prises par Israël ne peuvent se justifier par des impératifs militaires ou par les besoins de la sécurité nationale ou de l'ordre public (par. 135 à 137). Je souscris à cette conclusion, mais il aurait fallu également, à mon sens, examiner la construction du mur au regard du critère de proportionnalité, compte tenu en particulier de ce que les concepts de nécessité militaire et de proportionnalité ont toujours été intimement liés dans le droit international humanitaire. Et c'est, à mes yeux, un point qui a une portée si déterminante que, même si la construction du mur et le régime qui lui est associé pouvaient être justifiés comme constituant des mesures nécessaires pour protéger les droits légitimes des citoyens israéliens, ces mesures ne satisferaient pas pour autant au critère de proportionnalité. Le tracé choisi pour la construction du mur et les perturbations qui en résultent pour les habitants du territoire palestinien occupé sont manifestement disproportionnés par rapport aux intérêts qu'Israël cherche à protéger, comme la Cour suprême d'Israël semble elle aussi le reconnaître dans des décisions récentes.

35. *Légitime défense* – Israël a fondé sa décision de construire le mur sur son droit naturel de légitime défense, au sens de l'Article 51 de la Charte. Il a invoqué, à cet égard, les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) adoptées par le Conseil de sécurité après les attentats terroristes du 11 septembre 2001 contre des cibles situées aux États-Unis.

Dans sa réponse à cet argument, la Cour note tout d'abord que l'article 51 reconnaît l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un État contre un autre État (par. 139). Même si cette affirmation est indubitablement exacte, avec tout le respect que je dois à la Cour, je me dois de dire qu'elle ne répond pas à l'argument d'Israël. Les résolutions 1368 et 1373 reconnaissent le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, sans faire aucunement référence à une agression armée par un État. Le Conseil de sécurité a qualifié, sans autre précision restrictive, les actes de terrorisme international de menace à la paix et à la sécurité internationales l'autorisant à agir en vertu du Chapitre VII de la Charte. Et, en vérité, c'est ce qu'il a fait dans la résolution 1373 sans attribuer ces actes de terrorisme à un État particulier. C'est là l'élément tout à fait nouveau que contiennent ces résolutions. Cet élément nouveau n'est pas exclu par les termes de l'Article 51 puisque celui-ci subordonne l'exercice du droit naturel de légitime défense à l'existence d'une agression armée préalable sans indiquer que cette agression armée doit être le fait d'un autre État, même si telle est l'interprétation qui est généralement acceptée depuis plus de 50 ans. Il est regrettable que la Cour ait négligé cet élément nouveau, dont les conséquences en droit ne peuvent encore être mesurées, mais qui inaugure indéniablement une approche nouvelle du concept de légitime défense.

36. L'argument qui, selon moi, justifie de manière décisive le rejet de l'allégation d'Israël selon laquelle celui-ci ne fait qu'exercer son droit de légitime défense se trouve dans la seconde partie du paragraphe 139. Le droit de légitime défense tel qu'il est énoncé dans la Charte est une règle du droit international et se rapporte donc à des phénomènes internationaux. Les résolutions 1368 et 1373 se réfèrent à des actes de terrorisme *international* en tant que ceux-ci constituent une menace à la paix et à la sécurité *internationales*; elles n'ont donc pas d'effet immédiat s'agissant des actes terroristes qui trouvent leur origine à l'intérieur d'un territoire placé sous le contrôle de l'État qui est aussi la victime de ces actes. Or, Israël ne prétend pas que ces actes ont leur origine en un autre lieu. C'est donc à juste titre que la Cour conclut que la situation est différente de celle qui est envisagée par les résolutions 1368 et 1373 et qu'en conséquence Israël ne saurait invoquer l'Article 51 de la Charte.

VI. Conséquences juridiques

37. J'ai voté pour les alinéas B), C) et E) du point 3 du dispositif. Je partage la conclusion de la Cour en ce qui concerne les conséquences pour Israël et pour les Nations Unies des violations par ce pays des obligations que lui impose le droit international (par. 149 à 153 et 160). Ayant cependant voté contre l'alinéa D) du point 3 du dispositif, je consacrerai le reste de mon opinion à expliciter les raisons de mon désaccord davantage que je ne l'ai fait dans mes observations liminaires.

38. L'Assemblée générale demande à la Cour de déterminer les conséquences juridiques découlant de la construction du mur. Si l'objet de cette requête est d'obtenir de la Cour un avis que l'Assemblée générale estime utile pour exercer comme il convient ses fonctions (par. 50), il n'est que logique qu'un point précis du dispositif soit adressé à l'Assemblée générale. Il est tout aussi logique d'adresser ce prononcé au Conseil de sécurité compte tenu des responsabilités communes ou parallèles dont les deux organes sont investis.

La Cour ayant jugé que l'édification du mur et le régime qui lui est associé constituent une violation par Israël des obligations mises à sa charge par le droit international, il est également logique qu'elle détermine les conséquences juridiques qui découlent de cela pour Israël.

39. S'il ne fait aucun doute que la Cour est habilitée à agir de la sorte, la requête proprement dite n'exige pas (même de façon implicite) de la Cour qu'elle détermine les conséquences juridiques pour d'autres États, même si un grand nombre de participants l'y ont invité (par. 146). À cet égard, la situation est tout à fait différente de celle de l'affaire de la Namibie, dans laquelle la question était exclusivement centrée sur les conséquences juridiques pour les États, ce qui était logique puisque l'objet de la requête était une décision du Conseil de sécurité.

En l'espèce, il doit donc y avoir une raison particulière de déterminer les conséquences juridiques pour les autres États puisque, manifestement, l'analogie entre le libellé de la demande et celui de la demande en l'affaire de la Namibie est insuffisante.

40. Comme il ressort des paragraphes 155 à 158 de l'avis, la raison en est qu'au nombre des obligations violées par Israël figurent des obligations *erga omnes*. Je dois admettre que j'ai grand mal à comprendre pourquoi la violation d'une obligation *erga omnes* par un État entraînerait-elle nécessairement une obligation

pour des États tiers. La meilleure explication que je puisse en donner est tirée du libellé de l'article 41 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État, qui se lit comme suit :

« 1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40. (L'article 40 concerne la violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.)

2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation. »

Le paragraphe 3 de l'article 41 est une clause de sauvegarde qui est sans rapport avec la présente espèce.

41. Je ne traiterai pas de la question délicate de savoir si des obligations *erga omnes* peuvent être assimilées à des obligations découlant d'une norme impérative du droit international général. Sur ce point, je renvoie au commentaire utile fait par la Commission du droit international au titre du chapitre III sur la responsabilité de l'État. Je partirai de l'hypothèse que les conséquences de la violation de telles obligations sont identiques.

42. Le paragraphe 1 de l'article 41 vise expressément le devoir de coopérer. Étant donné que le paragraphe 3 du commentaire stipule que « [f]ace à des violations graves, un effort concerté et coordonné de tous les États s'impose pour en contrecarrer les effets » et que le paragraphe 2 parle de la « coopération ... dans le cadre d'une organisation internationale compétente, notamment l'Organisation des Nations Unies », le paragraphe 1 de l'article 41 ne parle donc pas d'obligations individuelles d'États tiers découlant d'une violation grave. Les dispositions de cet article sont prises en compte dans la conclusion de la Cour figurant à l'alinéa E) du point 3 du dispositif et non à l'alinéa D) du point 3.

43. Cependant, comme à l'alinéa D) du point 3, le paragraphe 2 de l'article 41 mentionne expressément le devoir de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave. Dans son commentaire, la CDI évoque des situations illicites qui – quasiment sans exception – prennent la forme d'une revendication de caractère juridique, habituellement concernant un territoire. Elle donne pour exemples toute tentative d'acquisition de souveraineté « obtenue » par « le déni du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », l'annexion de la Mandchourie par le Japon et du Koweït par l'Iraq, la demande de l'Afrique du Sud concernant la Namibie, la déclaration unilatérale d'indépendance de la Rhodésie et la création de bantoustans en Afrique du Sud. Ainsi, tous les exemples cités se rapportent à des situations découlant de proclamations formelles ou quasi formelles censées produire un effet *erga omnes*. Dans de tels cas, je n'ai aucun mal à accepter une obligation de non-reconnaissance.

44. En revanche, je vois mal ce qu'implique l'obligation de ne pas reconnaître un fait illicite. Q'est-ce que les différents destinataires de l'alinéa D) du point 3 sont-ils censés faire pour remplir cette obligation? Cette question est d'autant plus pertinente que 144 États ont condamné sans équivoque l'édification du mur et l'ont déclarée illégale (résolution ES-10/13), tandis que les États qui se sont abstenus ou qui ont voté contre (à l'exception d'Israël) n'ont pas agi de la sorte parce qu'ils

considéraient que la construction du mur était légale. Le devoir de non-reconnaissance est, des lors, à mon sens, une obligation sans fondement réel.

45. Cet argument ne vaut pas pour la deuxième obligation visée au paragraphe 2 de l'article 41, à savoir l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par la violation grave. En conséquence, je souscris pleinement à cette partie de l'alinéa D) du point 3 du dispositif. De plus, j'aurais souscrit à l'insertion dans l'exposé des motifs ou même dans le dispositif d'une phrase pour rappeler aux États l'importance qui doit être attachée à une aide humanitaire aux victimes de la construction du mur. (La Cour avait ajouté une phrase similaire, dans un cadre certes différent, dans son avis en l'affaire de la Namibie (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 56, par. 125).)

46. Enfin, j'ai du mal à accepter la conclusion de la Cour selon laquelle les États parties à la quatrième Convention de Genève ont l'obligation de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention (par. 159, alinéa D) du point 3 du dispositif, dernière partie).

À ce sujet, la Cour s'appuie sur l'article premier de la Convention de Genève qui stipule que « [l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à *faire respecter* la présente convention en toutes circonstances » (les italiques sont de moi).

47. La Cour ne dit pas pour quel motif elle conclut que cet article impose des obligations aux États tiers qui ne sont pas parties à un conflit. Les travaux préparatoires n'étaient pas cette conclusion. Selon M. Kalshoven, qui a fait des recherches approfondies sur la genèse et l'évolution de l'article premier commun, celui-ci était essentiellement conçu pour veiller au respect des conventions par la population dans son ensemble et, de ce fait, était étroitement lié à l'article 3 commun relatif aux conflits internes (F. Kalshoven, « The Undertaking to Respect and Ensure Respect in all Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit » in *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2 (1999), p. 3 à 61). Il tire des travaux préparatoires la conclusion suivante :

« Je n'ai trouvé nulle part dans les archives de la conférence diplomatique que les représentants des gouvernements avaient la moindre idée que l'on pourrait jamais donner à l'expression "faire respecter" le sens d'un engagement de la part d'un État contractant autre que celui d'une obligation de faire respecter les conventions par sa population "en toutes circonstances". » (ibid., p. 28)

48. Certes, il est vrai que très tôt, le CICR, dans ses commentaires (qui ne font pas autorité) sur la convention de 1949, avait souligné que l'article premier commun emportait obligation pour tous les États parties de faire respecter les conventions par les autres États parties. Il est tout aussi vrai que la conférence diplomatique qui a adopté les protocoles additionnels de 1977 a inséré l'article premier commun dans le protocole I. À aucun moment, la conférence n'a cependant traité de ses conséquences possibles pour les États tiers.

49. La mention par la Cour de l'article premier commun en l'affaire *Nicaragua* n'est, elle non plus, d'aucune pertinence. Sans en interpréter les termes, la Cour a fait observer qu'« une telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que les expressions concrètes » avant d'ajouter : « En particulier les

États-Unis ont l'obligation de ne pas encourager des personnes ou des groupes prenant part au conflit au Nicaragua » à agir en violation de dispositions comme celles de l'article 3 commun aux quatre conventions de 1949 (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 114, par. 220).

Ce devoir d'abstention diffère cependant totalement d'une obligation positive de veiller au respect du droit.

50. Bien que je ne sois certainement pas favorable à une interprétation restrictive de l'article premier commun, comme on a pu l'envisager en 1949, j'ignore tout simplement si la portée donnée à cet article par la Cour dans son présent avis est exacte en tant que détermination de droit positif. Étant donné que la Cour n'avance aucun argument à ce sujet, je ne puis faire mienne sa conclusion. De plus, je ne vois pas quelles mesures positives découlant de cette obligation peuvent être attendues des États, hormis des démarches diplomatiques.

51. Pour tous ces motifs, je me suis senti dans l'obligation de voter contre l'alinéa D) du point 3 du dispositif.

(Signé) Pieter H. Kooijmans

Opinion individuelle de M. le juge Al-Khasawneh

Souscrit à l'avis consultatif – Est en général d'accord avec le raisonnement – La présente opinion individuelle vise seulement à éclairer quelques points saillants – Constance de l'opinio juris qui reconnaît aux territoires le statut de territoires occupés – Résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale – Opinion des Hautes Parties contractantes à la quatrième Convention de Genève – Position du Comité international de la Croix-Rouge – Position des États – Reconnaissance par Israël de l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève – Récent arrêt de la Cour suprême d'Israël – La Cour internationale de Justice ne se contente pas de simplement répéter ces conclusions – Elle tire en toute indépendance des conclusions similaires sur la base du texte de la quatrième Convention de Genève – La Cour n'a pas jugé utile de chercher à établir le statut juridique antérieur des territoires occupés – Sagesse de cette décision, puisqu'une telle détermination du statut antérieur n'était pas nécessaire et qu'elle aurait été sans effet sur le statut actuel – Sauf le cas où les territoires auraient été terra nullius – Or cela ne saurait être le cas – La notion de terra nullius est discréditée et inapplicable au monde contemporain – Elle est incompatible avec l'idée de territoire sous mandat – Les principes de non-annexion et de bien-être des peuples continuent de s'appliquer même après la fin du mandat – Jusqu'à ce que le droit des peuples concernés à disposer d'eux-mêmes soit réalisé – La prolongation de l'occupation israélienne fait aujourd'hui obstacle à la réalisation de ce droit – La Ligne verte est à l'origine une ligne d'armistice – Les juristes israéliens essayaient de lui attribuer une plus grande importance avant la guerre de 1967 – Quel que soit son statut actuel, elle représente la ligne à partir de laquelle se mesure l'étendue de l'occupation israélienne – Les doutes exprimés sur son statut sont à double tranchant – La Cour a raison d'évoquer la question des négociations – Les négociations sont un moyen et non une fin – Elles doivent être ancrées dans le droit – L'impératif de bonne foi suppose que l'on s'abstienne de créer des faits accomplis qui préjugent de l'issue des négociations

1. Je souscris aux conclusions de la Cour et suis en général d'accord avec son raisonnement. Certains points saillants de l'avis consultatif méritent cependant d'être éclairés, et c'est précisément à l'égard de ces points que je formule la présente opinion.

Le statut juridique international des territoires actuellement sous occupation israélienne

2. Il est peu de propositions du droit international dont on puisse dire qu'elles sont quasi universellement reçues et qu'elles s'appuient sur une longue, constante et cohérente *opinio juris*, comme c'est le cas pour la proposition selon laquelle la présence d'Israël dans le territoire palestinien de Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est, et à Gaza constitue une occupation militaire soumise au régime juridique international applicable à une occupation militaire.

3. À l'appui de cette proposition, on peut citer le très grand nombre de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, souvent à l'unanimité ou à une majorité écrasante, notamment des décisions contraignantes du Conseil et d'autres résolutions qui, sans être contraignantes, n'en produisent pas moins des effets juridiques et attestent de la constance de l'*opinio juris* de la communauté internationale. Dans toutes ces résolutions, le territoire en question est

immanquablement qualifié de territoire occupé; la présence d'Israël dans ce territoire y est qualifiée d'occupation militaire; et le respect ou le non-respect par Israël des obligations qui lui incombent envers ce territoire et ses habitants y sont mesurés à l'aune objective des normes de protection instituées par le droit humanitaire.

4. De même, les Hautes Parties contractantes à la quatrième Convention de Genève et le Comité international de la Croix-Rouge « continuent de soutenir que la convention », c'est-à-dire la quatrième Convention de Genève du 12 août 1949, « s'applique bel et bien *de jure* aux territoires occupés¹ ».

5. Telle est également la position d'États qui se sont exprimés à titre individuel ou collectif, y compris d'États amis d'Israël. Un examen des antécédents révélerait en fait que, comme le fait observer la France dans son exposé écrit :

« Israël a, dans un premier temps, reconnu l'applicabilité de la convention IV : aux termes de l'article 35 de l'ordre n° 1 édicté par les autorités d'occupation le 7 juin 1967, "[t]he Military Court ... must apply the provisions of the Geneva Convention dated 12 August 1949, Relative to the Protection of Civilians in Time of War, with respect to judicial procedures. In case of conflict between this Order and said Convention, the Convention shall prevail." ("Le tribunal militaire ... doit appliquer les dispositions de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre en ce qui concerne les procédures judiciaires. En cas d'incompatibilité entre la présente ordonnance et ladite convention, cette dernière prévaudra" » [traduction du Greffe]) (p. 7).

6. Plus récemment, la Cour suprême d'Israël a confirmé l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève à ces territoires.

7. Certes « cette *opinio juris* constante de la communauté internationale ne peut pas être simplement balayée et laissée de côté² », mais la Cour ne s'est pas contentée de la répéter. En fait, et bien qu'elle ait passé en revue l'*opinio juris*, c'est en s'appuyant principalement sur le texte de la convention elle-même que la Cour est parvenue à des conclusions similaires en ce qui concerne l'applicabilité *de jure* de la quatrième Convention de Genève (par. 86 à 101). Le paragraphe 101 de l'avis consultatif est ainsi libellé :

« Au vu de ce qui précède, la Cour estime que la quatrième Convention de Genève est applicable dans tout territoire occupé en cas de conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs parties contractantes. Israël et la Jordanie étaient parties à cette convention lorsqu'éclata le conflit armé de 1967. Dès lors ladite convention est applicable dans les territoires palestiniens qui étaient avant le conflit à l'est de la Ligne verte, et qui ont à l'occasion de ce conflit été occupés par Israël, sans qu'il y ait lieu de rechercher quel était auparavant le statut exact de ces territoires. »

8. La Cour a choisi la voie de la sagesse en s'abstenant de rechercher quel était le statut antérieur exact de ces territoires, non seulement parce qu'il n'est besoin d'une telle recherche ni pour confirmer leur statut actuel de territoires occupés ni pour

¹ Rapport du Secrétaire général présenté en application de la résolution ES-10/2 de l'Assemblée générale en date du 25 avril 1997 (A/165-10/6, S/1997/494, par. 21).

² Sir Arthur Watts, CR 2004/3, p. 64.

affirmer que la quatrième Convention de Genève leur est applicable *de jure*, mais aussi parce que le statut antérieur des territoires n'entraînerait aucune différence en ce qui concerne leur statut actuel, sauf le cas où ils auraient été *terra nullius* lorsqu'ils ont été occupés par Israël, ce que nul n'oserait soutenir sérieusement étant donné que cette notion discréditée n'est pas d'application contemporaine, outre qu'elle est incompatible avec le statut des territoires en tant qu'ancien territoire sous mandat, puisque la Cour a déjà eu l'occasion de déclarer, à l'égard des mandats, que « deux principes furent considérés comme étant d'importance primordiale : celui de la non-annexion et celui qui proclamait que le bien-être et le développement de ces peuples [qui n'étaient pas encore capables de se gouverner eux-mêmes] formaient "une mission sacrée de civilisation" » (*Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*).

9. Quels qu'aient pu être les mérites et les démérites du titre jordanien sur la Cisjordanie – et la Jordanie, selon toute probabilité, soutiendrait que son titre était parfaitement valide et internationalement reconnu et ferait observer qu'elle avait rompu ses liens juridiques avec ces territoires en faveur du droit des Palestiniens à disposer d'eux-mêmes –, le fait est que c'est la prolongation de l'occupation militaire israélienne et la politique d'Israël consistant à créer des faits accomplis sur le terrain qui empêchent les Palestiniens de réaliser leur droit à disposer d'eux-mêmes. À cet égard, il convient de rappeler que le principe de non-annexion ne s'éteint pas avec la fin du mandat, mais reste en vigueur jusqu'à ce qu'il soit réalisé.

Importance à donner à la Ligne verte

10. Il ne fait aucun doute qu'à l'origine la Ligne verte n'était rien de plus que la ligne de démarcation de l'armistice dans une convention dont le texte disait expressément que ses dispositions ne devaient pas être « interprétées comme préjugant en aucune façon un règlement politique définitif entre les parties » et où il était précisé que « la ligne de démarcation de l'armistice définie aux articles V et VI de la ... convention [était] acceptée par les parties sans préjudice de règlements territoriaux ultérieurs, du tracé des frontières ou des revendications de chacune des parties à ce sujet » (avis consultatif, par. 72).

11. Il n'est pas sans ironie qu'avant la guerre de 1967, d'éminents juristes israéliens soutenaient que les conventions générales d'armistice étaient *sui generis*, qu'elles étaient en réalité plus que de simples conventions d'armistice, qu'elles ne pouvaient être modifiées qu'avec l'accord du Conseil de sécurité. Quelle que soit la portée réelle de ces arguments aujourd'hui, deux faits sont incontestables :

1) La Ligne verte, pour citer Sir Arthur Watts, « est la ligne à partir de laquelle se mesure l'étendue de l'occupation par Israël de territoire non israélien » (CR 2004/3, p. 64). Cela n'implique nullement que la Ligne verte doive être une frontière permanente.

2) Vouloir diminuer l'importance de la Ligne verte est une arme à double tranchant. Israël ne peut pas mettre en question le titre d'autrui sans s'attendre à ce que son propre titre – et l'étendue du territoire couvert par ce titre au-delà de la résolution sur le partage – ne soient eux aussi mis en question. En dernier ressort, c'est en régularisant ses relations juridiques avec les Palestiniens et non pas en construisant des murs qu'Israël assurera sa sécurité.

Le rôle des négociations

12. La Cour a évoqué, dans son avis, la situation tragique de la Terre sainte, une situation à laquelle « seule la mise en œuvre de bonne foi de toutes les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, en particulier les résolutions 242 (1967) et 338 (1973), est susceptible de mettre un terme ... La "Feuille de route" approuvée par la résolution 1515 (2003) du Conseil de sécurité constitue l'effort le plus récent en vue de provoquer des négociations à cette fin » (avis consultatif, par. 162).

13. Certes, il n'y a pas de mal à engager les protagonistes à négocier de bonne foi en vue de mettre en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité, et il est arrivé que des négociations aboutissent à des accords de paix dont le dispositif est défendable et qui ont résisté à l'épreuve du temps; on ne doit cependant pas oublier que les négociations sont un moyen au service d'une fin et qu'elles ne sauraient se substituer à cette fin. Le respect d'obligations internationales, y compris d'obligations *erga omnes*, ne peut pas être subordonné à des négociations. De surcroît, s'agissant de la « Feuille de route », quand on considère les conditions qui ont entouré l'acceptation de cette initiative, on peut douter qu'existe l'accord des volontés qui est indispensable pour créer des obligations mutuelles et réciproques. Quoi qu'il en soit, si l'on veut éviter que ces négociations ne débouchent sur des solutions contraires aux principes, il importe au plus haut point de les ancrer profondément dans le droit et de respecter concrètement l'impératif de bonne foi en s'abstenant de créer sur le terrain des faits accomplis tels que la construction d'un mur qui ne peut que préjuger de l'issue des négociations.

(Signé) Awn **Al-Khasawneh**

Déclaration de M. le juge Buergenthal

1. Étant donné que, à mon sens, la Cour aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de donner suite à la demande d'avis consultatif, je me dissocie de sa décision d'examiner l'affaire. Mes votes négatifs sur les autres points du dispositif ne doivent pas être interprétés comme signifiant que je considère que la construction du mur par Israël sur le territoire palestinien occupé ne soulève pas de graves questions de droit international – au contraire. Je me rallie d'ailleurs à l'avis sur bien des points. Toutefois, je me vois contraint de voter contre les conclusions sur le fond, parce que la Cour ne disposait pas des éléments de fait indispensables pour fonder les conclusions par trop générales qu'elle a tirées et que, de ce fait, elle aurait dû refuser d'examiner l'affaire. Je suis parvenu à cette conclusion en me fondant sur ce que la Cour elle-même a dit en l'affaire du Sahara occidental, lorsqu'elle a souligné que la question essentielle pour déterminer, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si elle devait donner suite à une demande d'avis consultatif est de savoir « si [elle] dispose de renseignements et d'éléments de preuve suffisants pour être à même de porter un jugement sur toute question de fait contestée et qu'il lui faudrait établir pour se prononcer d'une manière conforme à son caractère judiciaire » (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 28 et 29, par. 46). Je considère que l'absence en l'espèce des informations et éléments de preuve nécessaires vicie les conclusions de la Cour sur le fond.

2. Je partage la conclusion de la Cour selon laquelle le droit international humanitaire, y compris la quatrième Convention de Genève, et le droit international relatif aux droits de l'homme s'appliquent au territoire palestinien occupé et doivent en conséquence être fidèlement observés par Israël. Je reconnais qu'à cause du mur, de nombreux Palestiniens qui vivent dans ce territoire endurent de terribles souffrances. À cet égard, je conviens que les mesures de défense prises contre le terrorisme doivent respecter l'ensemble des règles applicables du droit international, et qu'un État victime du terrorisme ne peut se défendre contre ce fléau en recourant à des mesures prohibées par le droit international.

3. Il se peut fort bien, et je suis prêt à le reconnaître, qu'à l'issue d'une analyse approfondie de tous les éléments de fait pertinents, la conclusion se dégage que le mur actuellement en construction par Israël dans le territoire palestinien occupé constitue, en tout ou en partie, une violation du droit international (voir par. 10 ci-après). Mais parvenir à une telle conclusion pour la totalité du mur sans disposer de l'ensemble des éléments de fait pertinents qui – compte tenu des attaques terroristes répétées menées contre Israël proprement dit et sur son territoire à partir du territoire palestinien occupé, lesquelles ont fait de nombreux morts et dont il continue d'être victime – touchent directement au droit de légitime défense d'Israël, à ses impératifs militaires et à ses besoins en matière de sécurité, ni sans avoir cherché à établir tous ces faits pertinents, ne saurait être justifié sur le plan juridique. La nature de ces attaques lancées depuis l'autre côté de la Ligne verte et leur impact sur Israël et sa population ne sont jamais véritablement examinés par la Cour et, dans le dossier fourni par l'Organisation des Nations Unies, sur lequel la Cour fonde dans une large mesure ses conclusions, cette question est à peine abordée. Je veux dire par là non pas qu'un tel examen lèverait l'accusation portée contre Israël selon laquelle le mur en construction constitue, en tout ou en partie, une violation du droit international, mais simplement que, en l'absence d'un tel examen, les conclusions auxquelles est parvenue la Cour ne sont pas véritablement

fondées sur le plan du droit. J'estime que les besoins humanitaires du peuple palestinien auraient été mieux servis si la Cour avait tenu compte de ces éléments, car cela aurait donné à l'avis qu'elle a rendu une crédibilité qui, à mon sens, lui fait défaut.

4. Cela vaut pour la conclusion très générale à laquelle la Cour est parvenue, selon laquelle l'ensemble du mur, dans la mesure où il est construit sur le territoire palestinien occupé, constitue une violation du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme. Cela vaut également pour la conclusion selon laquelle la construction du mur « dresse ... un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination, et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit » (par. 122). Je conviens que le peuple palestinien peut prétendre au droit à l'autodétermination, et à ce que ce droit soit pleinement protégé. Mais en supposant, sans nécessairement en convenir pour autant, que ce droit soit applicable en l'espèce et qu'il soit violé, le droit de légitime défense d'Israël, à condition qu'il soit applicable et invoqué à juste titre, n'en exclurait pas moins toute illicéité à cet égard – voir à cet égard l'article 21 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui prévoit que « [l']illicéité du fait de l'État est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies ».

5. Pour savoir si le droit de légitime défense d'Israël s'applique en l'espèce, je pense qu'il faut examiner la nature et la portée des attaques terroristes meurtrières menées contre Israël proprement dit depuis l'autre côté de la Ligne verte et s'interroger sur la mesure dans laquelle la construction de tout ou partie du mur constitue une riposte nécessaire et proportionnée à ces agressions. Du point de vue du droit, il ne me paraît pas inconcevable que certaines parties du mur en construction sur le territoire palestinien puissent satisfaire à ces critères et d'autres pas. Mais pour parvenir à une conclusion dans un sens ou dans l'autre, il faut examiner les éléments de fait pertinents concernant certaines parties précises du mur, les impératifs de défense auxquels elles répondent et les considérations topographiques connexes.

La Cour ne disposant pas de ces éléments de fait, elle s'est vue contrainte de parvenir à la conclusion – douteuse sur le plan juridique selon moi – que le droit naturel de légitime défense n'est pas applicable en l'espèce. Selon ses propres termes :

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

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

En conséquence, la Cour conclut que l'Article 51 de la Charte est sans pertinence au cas particulier. » (par. 139.)

6. Cette conclusion pose essentiellement deux problèmes. Premièrement, la Charte des Nations Unies, lorsqu'elle énonce le droit naturel de légitime défense, ne subordonne pas l'exercice de ce droit à l'existence d'une agression armée par un autre État – et nous laisserons pour l'instant de côté la question de savoir si la Cour n'aurait pas dû, aux fins de la présente affaire, assimiler la Palestine à un État et si ce n'est pas ce qu'elle a fait en réalité. L'Article 51 de la Charte prévoit qu'« aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée... » En outre, dans les résolutions citées par la Cour, le Conseil de sécurité a clairement affirmé que « tout acte de terrorisme international ... [constitue] une menace à la paix et à la sécurité internationales » et réaffirmé le « droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, que consacre la Charte des Nations Unies et qui est réaffirmé dans la résolution 1368 (2001) » (résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité). Dans sa résolution 1368 (2001), adoptée dès le lendemain des attaques menées le 11 septembre 2001 contre les États-Unis, le Conseil de sécurité, lorsqu'il a appelé la communauté internationale à lutter contre le terrorisme, a invoqué le droit de légitime défense. Dans aucune de ces deux résolutions le Conseil n'en limite l'application aux seules attaques terroristes menées par des acteurs étatiques, pas plus qu'il ne laisse supposer implicitement quoi que ce soit en ce sens. En fait, il semble que ce soit le contraire (voir Thomas Franck, « Terrorism and the Right of Self-Defense », *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, p. 839 et 840).

Deuxièmement, Israël prétend qu'il a le droit de se défendre contre les attaques terroristes menées contre son territoire depuis l'autre côté de la Ligne verte et que, ce faisant, il exerce son droit naturel de légitime défense. Pour déterminer si cet argument est fondé, peu importe qu'Israël soit considéré comme exerçant le contrôle sur le territoire palestinien occupé – quel que soit le sens de la notion de « contrôle » si l'on tient compte du fait qu'Israël est victime d'attaques lancées à partir de ce territoire – ou que les attaques proviennent de l'extérieur du territoire. En effet, dans la mesure où la Cour considère que la Ligne verte constitue la ligne de délimitation entre Israël et le territoire palestinien occupé, le territoire à partir duquel sont menées les attaques ne fait pas à proprement parler partie d'Israël. En riposte à ces attaques lancées depuis l'autre côté de cette ligne, il faut donc qu'Israël puisse exercer son droit de légitime défense pourvu que les mesures prises par lui soient conformes à l'exercice légitime de ce droit. Pour se prononcer à cet égard, c'est-à-dire pour déterminer si la construction de tout ou partie du mur par Israël satisfait à ce critère, il est indispensable d'analyser tous les faits pertinents ayant trait à la nécessité et à la proportionnalité. Or, l'approche formaliste suivie par la Cour à l'égard du droit de légitime défense lui permet d'éviter d'aborder les questions qui sont en fait au cœur de l'affaire.

7. La Cour a ainsi résumé la conclusion selon laquelle le mur constitue une violation du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme :

« Au total, la Cour, au vu du dossier, n'est pas convaincue que la poursuite des objectifs de sécurité avancés par Israël nécessitait l'adoption du tracé choisi pour le mur. Le mur tel que tracé et le régime qui lui est associé

portent atteinte de manière grave à de nombreux droits des Palestiniens habitant dans le territoire occupé par Israël sans que les atteintes résultant de ce tracé puissent être justifiées par des impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public. La construction d'un tel mur constitue dès lors une violation par Israël de diverses obligations qui lui incombent en vertu des instruments applicables de droit international humanitaire et des droits de l'homme. » (par. 137.)

La Cour étaye cette conclusion par de très nombreuses citations tirées des dispositions juridiques applicables et par des éléments attestant les souffrances causées par le mur le long de certains tronçons. Mais avant de parvenir à cette conclusion, la Cour n'examine aucun des éléments de fait ou de preuve réfutant spécifiquement les arguments d'Israël fondés sur ses impératifs militaires ou ses nécessités de sécurité nationale. Il est vrai que, lorsqu'elle traite ce sujet, la Cour dit s'appuyer sur les résumés factuels fournis par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que sur un certain nombre d'autres rapports de l'ONU. Il est vrai aussi, toutefois, que la Cour fait à peine mention des résumés de la position d'Israël sur ce point qui sont joints au rapport du Secrétaire général et qui contredisent ou mettent en doute les éléments sur lesquels elle déclare s'appuyer. En fait, tout ce que nous offre la Cour, c'est une description des souffrances causées par le mur et un examen de diverses dispositions du droit international humanitaire et d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, et la conclusion que ces dispositions et instruments n'ont pas été respectés. Il nous manque un examen des éléments de fait, qui permettrait de démontrer pourquoi les justifications fondées sur les impératifs militaires ou les nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public invoquées par Israël ne sont pas applicables au mur, dans sa totalité ou pour certains segments du tracé retenu. La Cour dit qu'elle « n'est pas convaincue », mais sans démontrer pourquoi, et c'est la raison pour laquelle ces conclusions ne sont pas convaincantes.

8. Il est vrai que certaines des dispositions du droit international humanitaire citées par la Cour n'admettent aucune exception fondée sur des impératifs militaires. Ainsi, l'article 46 du Règlement de La Haye prévoit que la propriété privée doit être respectée et ne peut être confisquée. Dans le résumé de la position juridique du Gouvernement israélien, qui constitue l'annexe I au rapport du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (A/ES-10/248, p. 10), le Secrétaire général décrit notamment la position d'Israël à ce sujet de la façon suivante : « Le Gouvernement israélien fait valoir les arguments ci-après : la propriété des terres ne change pas de mains; une indemnisation est octroyée en dédommagement de l'utilisation de la terre, de la production vivrière ou des dégâts causés à la terre; les résidents peuvent s'adresser à la Cour suprême pour obtenir qu'il soit mis fin aux travaux de construction ou que des modifications y soient apportées et il n'y a pas de changement dans le statut de résident ». La Cour n'a pas examiné ces arguments avancés par Israël. Bien qu'ils ne soient pas forcément déterminants, la Cour aurait dû les prendre en compte et les rapprocher de la déclaration d'Israël précisant que le mur est une structure temporaire, ce dont la Cour prend note en déclarant qu'il s'agit d'une « assurance donnée par Israël » (par. 121).

9. Le paragraphe 6 de l'article 49 de la quatrième Convention de Genève n'admet pas non plus d'exceptions fondées sur des impératifs militaires ou de sécurité. Il prévoit que « la puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par

elle ». J'estime que cette disposition s'applique aux colonies de peuplement israéliennes en Cisjordanie et que leur existence en constitue une violation. De ce fait, les tronçons du mur construits par Israël pour protéger ces colonies constituent *ipso facto* une violation du droit international humanitaire. En outre, compte tenu des graves souffrances manifestement subies par la population palestinienne vivant à l'intérieur et aux alentours des enclaves créées par ces tronçons du mur, je doute fort que la condition de proportionnalité soit ici remplie pour que le mur puisse être qualifié de mesure de légitime défense.

10. Pour finir, il me faut dire un mot sur ma position selon laquelle la Cour, exerçant son pouvoir discrétionnaire, aurait dû refuser de connaître de l'affaire. Il pourrait être avancé à cet égard que, s'il a manqué à la Cour un grand nombre d'éléments de faits pertinents concernant la construction du mur par Israël, c'est parce que celui-ci ne les avait pas présentés, et que la Cour était donc fondée à s'appuyer presque exclusivement sur les rapports de l'ONU qui lui avaient été soumis. Cet argument serait valable si, au lieu d'avoir été saisie pour avis, la Cour avait été appelée à se prononcer sur une affaire contentieuse, dans le cadre de laquelle chaque partie a la charge de prouver ce qu'elle avance. Telle n'est toutefois pas la règle applicable dans une procédure consultative, où il n'y a pas de parties. Dès lors que la Cour a admis que le consentement d'Israël à la procédure n'était pas nécessaire, étant donné que l'affaire n'était pas portée contre lui et qu'il n'était pas partie à celle-ci, Israël n'était pas juridiquement tenu de participer à la procédure, ni de produire des éléments de preuve à l'appui de sa thèse concernant la légalité du mur. Bien que j'aie ma propre opinion sur la question de savoir s'il était judicieux pour Israël de ne pas fournir les informations nécessaires, il ne me revient pas de me prononcer à cet égard. Le fait demeure qu'Israël n'y était pas tenu. La Cour ne saurait par conséquent tirer du fait qu'Israël n'a pas produit ces éléments de conclusions défavorables en termes d'administration de la preuve, ni tenir pour acquis, sans s'être penchée de façon approfondie sur cette question, que les informations et les éléments de preuve dont elle dispose suffisent à fonder chacune des conclusions juridiques par trop générales auxquelles elle est parvenue.

(Signé) Thomas **Buergenthal**

Opinion individuelle de M. le juge Elaraby

Nature et portée de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies – Statut juridique international du territoire palestinien occupé – Rappel historique – Droit relatif à l'occupation belligérante, y compris la situation actuelle d'occupation prolongée, le principe de la nécessité militaire, les violations du droit international humanitaire et le droit erga omnes à l'autodétermination du peuple palestinien

Je voudrais indiquer d'emblée que je souscris entièrement et sans réserve aux constatations et conclusions de la Cour. J'ai cependant jugé nécessaire d'y joindre, comme m'y autorise l'article 57 du Statut, la présente opinion individuelle afin d'expliciter certains des aspects historiques et juridiques abordés dans l'avis consultatif.

Je dois, non sans une vive réticence, revenir tout d'abord sur le paragraphe 8 de l'avis consultatif. J'estime, comme le juge Lachs dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, qu'« [u]n juge – est-il besoin de le souligner? – se doit d'être impartial, objectif, neutre, désintéressé et sans parti pris » (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 158). Tout au long de l'élaboration du présent avis consultatif, j'ai veillé à me laisser guider par cette sage maxime dont la portée dépasse la déclaration solennelle que prononce chaque juge conformément à l'article 20 du Statut de la Cour internationale de Justice.

Dans la présente opinion individuelle, j'aborderai trois questions intimement liées :

- i) La nature et la portée de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies;
- ii) Le statut juridique international du territoire palestinien occupé;
- iii) Le droit relatif à l'occupation belligérante.

I. Nature et portée de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies

1. Le premier aspect qu'il convient, à mon sens, de préciser est celui de la nature et de la portée, particulièrement étendue, de la responsabilité historique et juridique qui est celle de l'Organisation des Nations Unies à l'égard de la Palestine. La Cour s'est d'ailleurs référée à cette responsabilité spéciale lorsqu'elle a déclaré que :

« La responsabilité de l'Organisation des Nations Unies à cet égard trouve également son origine dans le mandat et dans la résolution relative au plan de partage de la Palestine ... cette responsabilité s'est concrétisée par l'adoption de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, ainsi que par la création de plusieurs organes subsidiaires spécifiquement établis pour œuvrer à la réalisation des droits inaliénables du peuple palestinien. » (par. 49 de l'avis consultatif)

Il y a lieu, selon moi, de souligner que cette responsabilité spéciale est assumée depuis cinq décennies sans que la question de la primauté du droit ait reçu l'attention voulue. Si la question de la Palestine domine les travaux de l'Organisation des Nations Unies depuis sa création, aucun organe de celle-ci n'a jamais demandé à la Cour internationale de Justice de clarifier les aspects juridiques

complexes des questions dont il était chargé de s'occuper. Des décisions lourdes de conséquences ont été prises pour des raisons d'opportunité politique, sans que l'on ait accordé suffisamment d'attention aux exigences d'ordre juridique. Par ailleurs, lorsque des décisions ont été prises, la volonté de les mettre en application s'est vite dissipée. Les organes compétents des Nations Unies, dont l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, ont adopté quantité de résolutions, qui demeurent entièrement ou partiellement inappliquées. La responsabilité spéciale de l'Organisation trouve son origine dans la résolution 181 (II) de l'Assemblée générale en date du 29 novembre 1947 (ci-après dénommée « la résolution relative au plan de partage »).

À de nombreuses reprises, les organes subsidiaires compétents de l'Organisation examinèrent des propositions visant à obtenir un avis consultatif avant l'adoption de la résolution relative au plan de partage, mais aucune requête ne fut jamais adoptée. En soi, ce fait confère une importance considérable à la requête pour avis consultatif qui figure dans la résolution ES-10/14 (A/ES-10/L.16), adoptée par l'Assemblée générale le 8 décembre 2003, lors de la vingt-troisième séance tenue dans le cadre de la dixième session extraordinaire d'urgence. La requête constitue véritablement un événement marquant dans l'examen de la question de Palestine par l'Organisation des Nations Unies. Il convient de rappeler, ne serait-ce que brièvement, quelques-unes des tentatives précédentes visant à solliciter l'avis de la Cour internationale de Justice.

Dans son rapport adressé en 1947 à la Commission *ad hoc* chargée de la question palestinienne, la Sous-Commission 2 soulignait la nécessité de clarifier les questions d'ordre juridique. Elle déclarait ainsi, au paragraphe 38 du rapport :

« La Sous-Commission a déjà examiné en détail les questions juridiques soulevées par les délégations de la Syrie et de l'Égypte, et elle a consigné ses opinions motivées. Toutefois, il n'est pas douteux qu'il serait plus avantageux et plus satisfaisant à tous égards d'obtenir du plus haut tribunal international un avis consultatif sur ces questions d'ordre juridique et constitutionnel, qui sont difficiles et complexes. » (document A/AC.14/32 et Add.1, 11 novembre 1947, par. 38).

Les « questions d'ordre juridique et constitutionnel complexes » consistaient essentiellement à déterminer :

« si ... l'Assemblée générale est qualifiée pour recommander l'une ou l'autre des deux solutions proposées par la majorité ou par la minorité de la Commission spéciale pour la Palestine, et si un Membre ou un groupe de Membres de l'Organisation des Nations Unies a le droit de mettre à effet l'une ou l'autre des solutions proposées sans le consentement du peuple de Palestine » (ibid., par. 37).

Plusieurs propositions de ce type furent examinées. Aucune ne fut adoptée. Quelque deux semaines avant le vote sur la résolution relative au plan de partage, la Sous-Commission reconnaissait dans son rapport que :

« Un refus de présenter cette question à la Cour internationale de Justice en vue d'obtenir un avis équivaldrait à avouer que l'Organisation des Nations Unies est déterminée à faire des recommandations dans un certain sens, non point parce que ses recommandations sont conformes aux principes de la justice et de l'équité internationales, mais parce que la majorité des délégués

désire régler le problème d'une certaine façon, sans tenir compte du fond du problème ou des obligations juridiques qui peuvent exister pour les parties. Une telle attitude n'aura point pour effet de rehausser le prestige de l'Organisation des Nations Unies... » (ibid., par. 40).

Les arguments clairs et solides militant en faveur d'une clarification de toutes les questions juridiques ne furent pas entendus. L'on s'empessa de passer au vote, sans procéder à la clarification voulue. Dans ce contexte, il convient de rappeler que la résolution relative au plan de partage approuvait pleinement le renvoi de « [t]out différend portant sur l'application ou l'interprétation¹ » de ses dispositions à la Cour internationale de Justice, renvoi devant se faire « à la requête de l'une ou l'autre partie »². Nul besoin de préciser que cette voie n'a pas non plus été suivie.

Avec la requête pour avis consultatif figurant dans la résolution 10/14 de l'Assemblée générale, c'est donc la première fois qu'un organe de l'ONU consulte la Cour internationale de Justice sur un aspect de la question palestinienne. L'avis consultatif revêt une grande importance en tant qu'événement historique, ce qui ajoutera certainement à sa valeur juridique.

II. Statut juridique international du territoire palestinien occupé

2.1 Le statut juridique international du territoire palestinien (par. 70 et 71 de l'avis consultatif) appelle, à mon sens, un traitement plus exhaustif. La question posée par l'Assemblée générale mérite un rappel historique, car celui-ci permettra, d'une part, de comprendre le statut juridique du territoire palestinien et, d'autre part, de souligner la responsabilité spéciale qui continue d'incomber à l'Assemblée générale. Ces considérations peuvent paraître théoriques et sans rapport avec les événements actuels. Le présent est cependant la résultante des faits passés et l'on ne peut raisonnablement et objectivement envisager l'avenir sans bien connaître le passé. Cela vaut d'autant plus lorsque, à plus d'une occasion, les principes du droit ont été systématiquement méconnus.

Le point de départ ou, en jargon juridique, la date critique, est constitué par le mandat que la Société des Nations avait confié à la Grande-Bretagne. Conformément à ce que disposait le préambule du Mandat sur la Palestine, le Royaume-Uni « entrepri[t] de l'exercer au nom de la Société des Nations³ ». Il convient d'examiner le mandat à la lumière du Pacte de la Société des Nations. L'une des responsabilités premières de la puissance mandataire consistait à aider les peuples du territoire concerné à parvenir à la pleine autonomie et à l'indépendance le plus tôt possible. Le paragraphe 1 de l'article 22 du Pacte stipulait que « le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation ». La seule limitation imposée par le Pacte à la souveraineté et à l'indépendance totale du peuple palestinien était la tutelle temporaire confiée au Mandataire. La Palestine était classée parmi les territoires sous mandat de la catégorie A, en vertu du paragraphe 4 de l'article 22 du Pacte, qui disposait que :

¹ N° 181 (II), résolution adoptée sur la base du rapport de la Commission ad hoc chargée de la question palestinienne (29 novembre 1947), chap. 4, par. 2.

² Ibid.

³ Préambule, CMD n° 1785 (1923), reproduit dans le rapport du Comité spécial des Nations Unies sur la Palestine.

« Certaines communautés qui appartenaient autrefois à l'empire ottoman ont atteint un degré de développement tel que leur existence comme États indépendants peut être reconnue provisoirement à la condition que les conseils et l'aide d'un mandataire guident leur administration jusqu'au moment où ils seront capables de se conduire seuls. »

Dans l'esprit de tous, il allait de soi que, à compter du jour où les conseils et l'aide du Mandataire n'auraient plus de raison d'être, mettant ainsi fin à la période du mandat, la Palestine deviendrait indépendante, puisque son indépendance provisoire en tant que nation avait déjà été juridiquement reconnue par le Pacte. En outre, le Pacte établissait une distinction nette entre les communautés qui avaient appartenu à l'empire ottoman et les autres territoires. S'agissant de ces derniers, le Mandataire était tenu pour responsable de l'administration intégrale du territoire et n'était pas seulement chargé de fournir des conseils et une assistance en matière administrative⁴. Ces arrangements distincts peuvent être interprétés comme une reconnaissance supplémentaire, par le Pacte, du statut spécifique des anciens territoires ottomans dont faisait partie la Palestine.

De fait, le rapport soumis en 1947 à la Commission *ad hoc* chargée de la question palestinienne par la Sous-Commission 2 décrivait plus clairement le statut de la Palestine. Le rapport concluait :

« le peuple de Palestine est mûr pour l'autonomie et ... tout le monde admet qu'il y a lieu de lui accorder l'indépendance dans le plus bref délai possible. Il découle également de ce qui a été dit ci-dessus que l'Assemblée générale n'a pas compétence pour recommander une solution autre que la reconnaissance de l'indépendance de la Palestine. » (A/AC.14/32, et Add.1, 11 novembre 1947, par. 18)

La Sous-Commission déclarait également :

« On se rappellera que le but de la création des mandats de la catégorie A, comme celui de la Palestine, était, aux termes de l'article 22 du Pacte, de constituer un régime temporaire de tutelle exercé par la puissance mandataire, dont l'une des responsabilités fondamentales était d'aider les peuples des territoires sous mandat à accéder aussi rapidement que possible à l'autonomie complète et à l'indépendance. On s'accorde généralement à reconnaître que la Palestine en est parvenue à ce stade et non seulement la Commission spéciale des Nations Unies pour la Palestine mais encore la puissance mandataire elle-même reconnaissent que le mandat doit prendre fin et qu'il convient de reconnaître l'indépendance de la Palestine. » (ibid., par. 15).

2.2 La Cour a examiné la nature juridique des territoires sous mandat, une première fois en 1950 (*Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif*) et une deuxième fois en 1971 (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*), énonçant à la fois les principes philosophiques qui devaient présider à la définition du statut juridique de territoires anciennement placés sous mandat et les paramètres juridiques à mettre en œuvre pour ce faire. Dans ses *dicta*, la Cour a mis l'accent sur la responsabilité

⁴ Article 22 du Pacte de la Société des Nations.

de la communauté internationale. Il importe de noter que, décrivant le système des mandats, la Cour devait déclarer ce qui suit :

« deux principes furent considérés comme étant d'importance primordiale : celui de la *non-annexion* et celui qui proclamait que le bien-être et le développement de ces peuples formaient “une mission sacrée de civilisation” » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 131; les italiques sont de moi).

Ces deux principes fondamentaux énoncés par la Cour en 1950 s'appliquent à tous les territoires anciennement sous mandat qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance. Ils demeurent valables aujourd'hui pour le territoire palestinien occupé. Ce territoire ne saurait être annexé par la force et l'avenir du peuple palestinien, en tant qu'il relève d'une « mission sacrée de civilisation », ressortit directement de la responsabilité et des compétences de l'Organisation des Nations Unies.

2.3 Il ne faut pas oublier que la résolution 181 (II) de l'Assemblée générale en date du 29 novembre 1947, qui opérait le partage du territoire palestinien sous mandat, prévoyait notamment que :

- i) le mandat prendrait fin au plus tard le 1^{er} août 1948;
- ii) deux États indépendants seraient créés, l'un arabe, l'autre juif;
- iii) la période transitoire entre l'adoption de la résolution relative au plan de partage de la Palestine et « la création des États arabe et juif [constituerait] une période de transition ».

Le 14 mai 1948, l'indépendance de l'État juif était proclamée. La déclaration israélienne invoquait « le droit naturel et historique [d'Israël] » et s'appuyait sur la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies⁵. L'indépendance de l'État arabe de Palestine ne s'est pas encore concrétisée.

Décider de prévoir une « période de transition » en attendant la création des deux États relève bien de la compétence de l'Assemblée générale, et cette décision aurait dû s'imposer à tous les États Membres en tant que mesure ayant force de loi et comportant des conséquences juridiques⁶. Cette conclusion est confortée par la jurisprudence de la Cour.

Dans l'affaire de la Namibie, la Cour a estimé que l'Assemblée générale ayant prononcé la fin du mandat,

« “l’Afrique du Sud n’a aucun autre droit d’administrer le Territoire”. Elle n’a pas ainsi tranché des faits mais décrit une situation juridique. Il serait en effet inexact de supposer que, parce qu’elle possède en principe le pouvoir de faire des recommandations, l’Assemblée générale est empêchée d’adopter, dans des cas déterminés relevant de sa compétence, des résolutions ayant le caractère de décisions ou procédant d’une intention d’exécution. » (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en*

⁵ *Lois de l'État d'Israël*, vol. I, p. 3.

⁶ Le juge Weeramantry, dans son opinion dissidente concernant l'affaire du Timor oriental, a en outre estimé qu'« une résolution contenant une décision relevant effectivement de son domaine de compétence peut très bien *produire des effets juridiques* » (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 186; les italiques sont de l'auteur).

Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 50, par. 105.)

La Cour avait déjà eu l'occasion de conclure, dans la procédure concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, que les décisions de l'Assemblée générale sur les « questions importantes » visées à l'article 18 « [avaient] une valeur et un effet de caractère impératif » (*Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, p. 163*).

La force et l'effet juridiques d'une résolution adoptée par l'Assemblée générale dans des « cas ... relevant de sa compétence » sont donc bien établis dans la jurisprudence de la Cour. Sur cette base, deux conclusions apparaissent inévitables :

a) L'Organisation des Nations Unies se trouve dans l'obligation d'œuvrer à la création d'un État palestinien indépendant, ce qui suppose que la responsabilité juridique spéciale de l'Assemblée générale doit subsister jusqu'à la réalisation de cet objectif;

b) la période de transition évoquée dans la résolution relative au plan de partage établit un lien juridique avec le mandat. Le principe d'une période de transition qui verrait la transmission des responsabilités liées au mandat à la période actuelle n'est pas une fiction juridique mais une réalité politique; il est conforté par les *dicta* de la Cour, qui font notamment du bien-être et du développement des territoires anciennement sous mandat une « mission sacrée de civilisation » et affirment le principe de la non-annexion. La longue série de résolutions adoptées par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité sur divers aspects de la question de Palestine démontrent avec force que la notion d'une période de transition est généralement acceptée, fût-ce tacitement.

2.4 Le statut juridique des territoires palestiniens occupés ne peut être apprécié à sa juste valeur sans un examen de l'*engagement contractuel d'Israël* à en respecter l'intégrité et à se retirer des territoires occupés. Les injonctions relatives au retrait et à l'intégrité territoriale se fondent sur la résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité, universellement considérée comme la pierre angulaire d'un règlement juste, viable et complet. La résolution 242 est un texte à caractère multidimensionnel, qui porte sur divers volets du conflit arabo-israélien. Je m'en tiendrai à sa dimension territoriale : la résolution consacre deux principes fondamentaux qui définissent les limites et le statut des territoires occupés en 1967 et réaffirme que l'occupation de ces derniers doit prendre fin. Elle souligne l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la guerre, interdisant par conséquent l'annexion des territoires occupés lors de la conquête de 1967, et demande le retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du conflit. Dans sa résolution 338 (1973) adoptée le 22 octobre 1973, le Conseil de sécurité a réaffirmé la nécessité d'appliquer la résolution 242 « dans toutes ses parties » (S/RES/338 du 22 octobre 1973, par. 2).

À la suite de l'adoption de la résolution 242, Israël a pris plusieurs initiatives visant à mettre fin à son occupation militaire, tout en réservant la question de l'intégrité territoriale de la Cisjordanie et de Gaza :

a) Les Accords de Camp David du 17 septembre 1978, dans lesquels Israël est convenu que la base d'un règlement pacifique du conflit avec ses voisins était l'application de la résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité, dans toutes ses parties;

b) L'Accord d'Oslo, signé à Washington le 13 septembre 1993, qui est un accord bilatéral entre Israël et la Palestine, dont l'article IV dispose que « les deux parties considèrent la Cisjordanie et la bande de Gaza comme une unité territoriale unique dont l'intégrité et le statut seront préservés au cours de la période intérimaire »;

c) L'Accord intérimaire israélo-palestinien sur la Rive occidentale et la bande de Gaza, signé à Washington le 28 septembre 1995, qui réaffirme l'engagement à respecter l'intégrité et le statut du territoire durant la période intérimaire. Son article XXXI (7) dispose en outre qu'« aucune des deux Parties n'entreprend[ra] ni ne prend[ra] de mesure à même de modifier le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza avant que les négociations sur le statut permanent n'aboutissent ».

Israël s'est donc engagé à s'acquitter des obligations suivantes :

- i) se retirer conformément à la résolution 242 (1967);
- ii) respecter l'intégrité territoriale de la Cisjordanie et de la bande de Gaza; et
- iii) s'abstenir de toute mesure susceptible de modifier le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza.

De nature contractuelle, ces engagements lient juridiquement Israël.

2.5 Néanmoins, en dépit de l'interdiction générale d'annexer des territoires occupés, des *dicta* de la Cour sur le statut juridique des territoires anciennement sous mandat, et en violation flagrante d'engagements bilatéraux juridiquement contraignants, le Premier Ministre d'Israël a, le 14 avril 2004, adressé au Président des États-Unis d'Amérique une lettre comportant en annexe un Plan de désengagement qu'il fallait interpréter comme traduisant officiellement l'intention d'Israël d'annexer des territoires palestiniens. Le Plan de désengagement dispose notamment ce qui suit :

« il est clair qu'en Cisjordanie, certaines zones feront partie de l'État d'Israël, à savoir notamment des villes et des villages, des zones et installations de sécurité et d'autres lieux revêtant un intérêt particulier pour Israël ».

Par ses engagements sans équivoque à se retirer et à respecter l'intégrité et le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, Israël s'est interdit de violer ou de modifier le statut juridique international du territoire palestinien. L'édification du mur, son tracé et le régime qui lui est associé doivent être considérés à la lumière du Plan de désengagement. Il n'y a pas grand risque à supposer que l'édification du mur a été conçue dans le but d'annexer des territoires, « des villes et des villages » palestiniens de la Cisjordanie, qui « feront partie de l'État d'Israël ». La lettre du Premier Ministre d'Israël était datée du 14 avril 2004, soit plus de deux mois avant le prononcé de l'avis consultatif.

S'agissant de la qualification du mur, la Cour est parvenue à la bonne conclusion en estimant que

« la construction du mur et le régime qui lui est associé créent sur le terrain un “fait accompli” qui pourrait fort bien devenir permanent, auquel cas, et nonobstant la description officielle qu’Israël donne du mur, la construction de celui-ci équivaudrait à une annexion de facto » (par. 121 de l’avis consultatif).

Cette conclusion devait selon moi figurer dans le dispositif, où la Cour aurait dû affirmer que le territoire palestinien occupé ne peut être annexé. Par ailleurs, il aurait été judicieux, à mon sens, d’évoquer les implications de la lettre du Premier Ministre d’Israël et de ses annexes et de souligner que ce dont elle entend faire part constitue une violation des obligations d’Israël contraire au droit international.

III. Droit relatif à l’occupation belligérante

La Cour a été priée par l’Assemblée générale de rendre d’urgence un avis consultatif sur « les conséquences [en droit] de l’édification du mur qu’Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé » (A/RES/ES-10/14-A/ES-10/L.16). La requête porte essentiellement sur la question du droit relatif à l’occupation belligérante. Comme indiqué plus haut, je souscris au raisonnement et aux conclusions énoncés dans l’avis consultatif. Je me sens toutefois dans l’obligation de souligner et d’explicitier quelques points :

- a) l’occupation prolongée;
- b) la portée et les limites du principe de la nécessité militaire;
- c) les graves violations du droit international humanitaire; et
- d) le droit à l’autodétermination.

3.1 L’interdiction du recours à la force, qui est énoncée au paragraphe 4 de l’Article 2 de la Charte des Nations Unies, est sans doute le principe le plus important qui ait vu le jour au cours du XX^e siècle. Elle est universellement reconnue comme un principe de *jus cogens*, à savoir une norme impérative qui ne souffre pas de dérogation. La Cour rappelle, au paragraphe 87, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre États [résolution 2625 (XXV)], qui donne une interprétation admise par tous du paragraphe 4 de l’Article 2 de la Charte. Dans cette déclaration, l’Assemblée souligne que « nulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l’emploi de la force ne sera reconnue comme légale » (par. 87 de l’avis consultatif). Le principe général selon lequel un acte illicite ne peut créer de droits – *ex injuria jus non oritur* – est reconnu dans le droit international.

L’occupation israélienne dure depuis près de quatre décennies. Quelle que soit sa durée, l’occupation provoque nombre de problèmes humains, juridiques et politiques. En traitant de l’occupation belligérante qui dure, le droit international s’efforce d’« assurer un régime de *statu quo* provisoire jusqu’à la fin du conflit⁷ ». Personne ne sous-estime les difficultés inhérentes à une situation d’occupation prolongée. Même si une occupation prolongée, en mettant à l’épreuve les règles applicables, tend à les affaiblir, le droit relatif à l’occupation doit être pleinement respecté, quelle que soit la durée de l’occupation.

⁷ C. Greenwood, « The Administration of Occupied Territory in International Law », *International Law on the Administration of Occupied Territories* (E. Playfair, dir. de publ., Clarendon Press, Oxford, 1992), p. 262-263.

M. Christopher Greenwood en a fait une analyse juridique exacte, et je partage son point de vue :

« Néanmoins, rien n'indique que le droit international permette à une puissance occupante de ne pas tenir compte des dispositions du Règlement ou de la Convention pour la simple raison que l'occupation dure depuis longtemps, encore moins parce qu'il n'existe aucun régime juridique qui soit susceptible de remplacer ces textes, et rien n'indique que la communauté internationale soit disposée à donner carte blanche à l'occupant⁸. »

Tant les Israéliens que les Palestiniens sont soumis à d'indiscutables souffrances. Tant les Israéliens que les Palestiniens ont le droit de vivre en paix et dans la sécurité. La résolution 242 du Conseil de sécurité a réaffirmé « le droit de chaque État de la région ... de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'actes de force » [S/RES/242 (1967), par. 1 ii)]. Il s'agit là de droits solennels et réciproques qui donnent naissance à des obligations juridiques tout aussi solennelles. Le droit d'assurer la sécurité et d'en tirer parti s'applique aussi bien aux Palestiniens qu'aux Israéliens. Aucune partie ne peut jouir de la sécurité aux dépens de l'autre. Selon le même principe de droits et d'obligations qui se correspondent, les deux parties doivent, de manière réciproque, se conformer scrupuleusement aux règles du droit international humanitaire en respectant les droits, la dignité et les biens des civils. Les deux parties sont, en droit, tenues d'évaluer leurs actes à l'aune du droit international humanitaire qui garantit la protection des populations civiles.

La Cour a très clairement déclaré, dans l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, que

« Les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire sont les suivants : le premier principe est destiné à protéger la population civile et les biens de caractère civil, et établit la distinction entre combattants et non-combattants; les États ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Selon le second principe, il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants : il est donc interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrances; en application de ce second principe, les États n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient. » (*Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, par. 78.)

Le fait que l'occupation se heurte à une résistance armée ne peut servir de prétexte au non-respect des droits fondamentaux de l'homme dans le territoire occupé. Dans les annales de l'histoire, l'occupation s'est toujours heurtée à la résistance armée. La violence engendre la violence. Toutes les actions et toutes les réactions de l'occupant comme de l'occupé s'inscrivent inéluctablement dans ce cercle vicieux.

Ce dilemme a été fort bien décrit par MM. Richard Falk et Burns Weston, selon qui :

⁸ Ibid.

« l'occupant doit faire face à des menaces dirigées contre sa sécurité qui naissent ... en premier lieu, notamment au cours de la période la plus récente, du fait que, de manière prononcée et continue, Israël ne parvient pas à limiter le caractère belligérant de l'occupation et à mettre fin à cette occupation de façon à rétablir les droits souverains des habitants. En violant gravement les droits des Palestiniens, l'occupation israélienne a elle-même créé une situation explosive qui menace la sécurité de l'administration qu'il exerce dans le territoire, ce qui entraîne le recours à des pratiques de plus en plus brutales destinées à restaurer la stabilité, lesquelles provoquent davantage encore les Palestiniens. De fait, l'illicéité du régime d'occupation israélien donne naissance à une spirale, qui va croissant, d'actes de résistance et de répression et, dans ces conditions, toutes les considérations liées à la morale et à la raison fondent un droit à la résistance au sein de la population. Ce droit à la résistance est un corollaire juridique implicite des droits fondamentaux qui sont associés à la primauté de l'identité souveraine et garantissent la protection des habitants⁹ ».

Je souscris entièrement à l'opinion exprimée par MM. Falk et Weston, selon laquelle les violations, par les deux parties, des règles fondamentales du droit humanitaire tiennent à « l'illégalité du régime d'occupation israélien lui-même ». L'occupation, en tant que situation illégale et temporaire, se situe au cœur de tous les éléments du problème. La seule recette viable permettant de mettre un terme aux graves violations du droit international humanitaire consiste à en finir avec l'occupation.

À plusieurs reprises, le Conseil de sécurité a demandé à ce qu'il soit mis fin à l'occupation. Le 30 juin 1980, il a réaffirmé « la nécessité primordiale de mettre un terme à l'occupation prolongée des territoires arabes occupés par Israël depuis 1967, y compris Jérusalem » [S/RES/476 (1980)]. Malgré cet appel lancé avec éclat, les Palestiniens continuent de subir les conséquences d'une occupation brutale et prolongée.

3.2 Au paragraphe 135, la Cour a rejeté l'argument selon lequel le principe de la nécessité militaire pouvait être invoqué pour justifier la construction du mur. La Cour a estimé ce qui suit :

« Toutefois, au vu du dossier, la Cour n'est pas convaincue que les destructions opérées contrairement à l'interdiction édictée à l'article 53 de la quatrième Convention de Genève aient été rendues absolument nécessaires par des opérations militaires » (par. 135 de l'avis consultatif).

Je souscris entièrement à cette constatation. Les nécessités et les exigences militaires pourraient éventuellement être invoquées pour justifier l'édification du mur si Israël avait démontré qu'il ne voyait pas d'autre solution pour préserver sa sécurité. Ainsi que la Cour le relève, Israël n'en apporte pas la preuve. Il convient d'établir une distinction entre l'édification du mur en tant que mesure de sécurité, comme Israël le prétend, et le fait d'accepter que le principe de la nécessité militaire puisse être invoqué pour justifier les destructions qui ont accompagné le processus de construction. Si elle était applicable, la nécessité militaire concernerait le premier

⁹ Falk & Weston, « The Relevance of International Law to Israeli and Palestinian Rights in the West Bank and Gaza », *International Law on the Administration of Occupied Territories*, (E. Playfair, dir. de publ., Clarendon Press, Oxford, 1992), chap. 3, p. 146-147.

cas et non le deuxième. L'ampleur des dégâts et des préjudices causés aux populations civiles par l'édification du mur et le régime qui lui est associé est manifestement interdite par le droit international humanitaire. La destruction des maisons et des infrastructures, la confiscation des terres, des vergers et des oliveraies qui ont accompagné l'édification du mur ne peuvent se justifier sous aucun prétexte. Plus de 100 000 civils non combattants ont perdu leur logement et se sont retrouvés dans une situation de grande détresse.

Il est établi que le droit relatif à l'occupation belligérante comporte des dispositions qui laissent à la puissance occupante une étroite marge de manœuvre en matière de nécessités militaires et de sécurité. Comme pour toute exception à une règle générale, cette marge de manœuvre doit être interprétée strictement afin de veiller à ce qu'il soit tenu compte des considérations humanitaires les plus élémentaires. Le 24 novembre 2003, le Secrétaire général a informé l'Assemblée générale qu'il reconnaissait « le droit et le devoir qu'a Israël de protéger sa population contre les attaques terroristes. Toutefois, ce devoir ne doit pas être rempli d'une manière qui est contraire au droit international » (A/ES-10/248, par. 30).

La jurisprudence de la Cour a été uniforme. Dans l'affaire du Détroit de Corfou de 1948, la Cour s'est référée à ce qui constitue le noyau et la structure des règles du droit humanitaire, à savoir « des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre » (*Détroit de Corfou, exception préliminaire, arrêt, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*). Dans l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a estimé que

« ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996 (I), par. 79*).

En définitive, je suis parvenu à la même conclusion que M. Michael Schmitt, qui écrit ce qui suit :

« La nécessité militaire repose sur un principe qui interdit les actes qui, d'un point de vue militaire, ne sont pas nécessaires; il s'agit d'un principe de limitation et non pas d'autorisation. Dans son acception juridique, la nécessité militaire ne justifie rien¹⁰. »

La Cour est parvenue à la même conclusion en déclarant que :

« Au vu du dossier, la Cour n'est pas convaincue que la construction du mur selon le tracé retenu était le seul moyen de protéger les intérêts d'Israël contre le péril dont il s'est prévalu pour justifier cette construction. » (par. 140 de l'avis consultatif.)

3.3 Il convient de rappeler, en outre, que la lecture des rapports établis par les deux rapporteurs spéciaux, MM. John Dugard et Jean Ziegler, ne laisse aucun doute quant au fait qu'Israël, puissance occupante, a commis de graves violations. La forme et l'ampleur des violations commises à l'encontre de la population civile non

¹⁰ M. N. Schmitt, « *Bellum Americanum: The U.S. View of Twenty-First Century War and its Possible Implications for the Law of Armed Conflict* » (1998), 19 *Michigan Journal of International Law*, p. 1080.

combattante et les mesures annexes qui ont été associées à l'édification du mur constituent, à mon sens, « la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par les nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle, de façon illicite et arbitraire » (art. 147 de la quatrième Convention de Genève). Pour ce qui est de mieux assurer la protection des civils, les règles du droit international humanitaire ont progressivement évolué depuis la conclusion des conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels. La Cour aurait dû contribuer au développement des règles du *jus in bello* en qualifiant les destructions commises lors de l'édification du mur de graves violations.

3.4 La Cour a souligné l'importance fondamentale que revêt le droit à l'autodétermination dans le monde contemporain, en déclarant au paragraphe 88 : « La Cour rappelle sa jurisprudence antérieure, qui souligne que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable *erga omnes* (voir *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, par. 29). » Par ailleurs, la Cour note que le tracé du mur tel qu'il a été fixé et les mesures prises « dressent un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit » (par. 122 de l'avis consultatif). Cette observation qui, du point de vue juridique, fait autorité et à laquelle je souscris pleinement, ne figure que dans l'énoncé des motifs. Les conséquences juridiques découlant, pour tous les États, des mesures qui dressent un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit opposable *erga omnes* auraient dû, à mon sens, être mentionnées dans le *dispositif*.

Conclusion

Mon observation finale est une réflexion sur l'avenir. Au paragraphe 162, la Cour note qu'à son avis

« seule la mise en œuvre de bonne foi de toutes les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, en particulier les résolutions 242 (1967) et 338 (1973), est susceptible de mettre un terme à cette situation tragique » (par. 162 de l'avis consultatif).

Cette conclusion de la Cour traduit un noble objectif qui, depuis très longtemps, reste hors de portée de la communauté internationale. Depuis le 22 novembre 1967, tous les efforts ont été axés sur la question de la mise en application de la résolution 242 (1967), qui a été adoptée à l'unanimité. Au cours des trente-sept années qui se sont écoulées depuis son adoption, la résolution 242 du Conseil de sécurité a été à la fois couverte d'éloges et dénigrée. Or, tant les détracteurs que les partisans de la résolution conviennent que l'équilibre dont sont empreintes ses dispositions constitue la seule base acceptable pour l'instauration d'une paix viable et juste. Au lendemain du conflit armé de 1967, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 338 (1973), qui invitait les parties à commencer, après le cessez-le-feu, « l'application immédiate de la résolution 242 (1967) dans toutes ses parties » (les italiques sont de moi). Les obligations découlant de ces résolutions sont des obligations de résultat d'une importance primordiale. Ce sont des obligations synallagmatiques, les obligations d'une partie constituant la raison d'être des obligations de l'autre. Il est juridiquement erroné et politiquement peu viable de transformer ces obligations de résultat en obligations de moyen et de les confiner à un processus de négociation. Toute tentative d'altérer ces obligations

formelles ne permettrait guère d'atteindre un résultat qui soit solidement fondé sur le droit et la justice.

L'instauration d'une paix « juste et durable », telle qu'envisagée dans la résolution 242, exige des deux parties qu'elles s'acquittent pleinement de leurs obligations respectives. L'avis consultatif devrait marquer le début d'une nouvelle ère – celle d'une véritable administration de la justice concernant la Palestine. Il faut espérer que l'avis permettra de créer une dynamique susceptible de guider et d'orienter la recherche d'une paix juste, longtemps restée inaccessible.

(Signé) Nabil **Elaraby**

Opinion individuelle de M. le juge Owada

La Cour peut examiner, proprio motu si besoin est, la question de l'opportunité judiciaire de l'exercice de sa compétence dans une procédure consultative – Sans faire obstacle à l'exercice de sa compétence, l'existence d'un différend bilatéral à l'arrière-plan de l'objet de la requête est en soi un facteur pertinent que la Cour doit prendre en compte pour déterminer la réponse à donner à la requête sans aller jusqu'à statuer sur le règlement du différend proprement dit entre les parties – La Cour aurait dû aborder la question de l'opportunité judiciaire sous l'angle non seulement du point de savoir s'il faut ou non donner suite à la demande d'avis consultatif, mais aussi de la manière dont elle devra exercer sa compétence pour assurer une bonne administration de la justice dans une affaire manifestement liée à un différend bilatéral, ce qui soulève notamment la question de la désignation d'un juge ad hoc – Une bonne administration de la justice impose également de traiter équitablement les positions des deux parties concernées quant à l'appréciation des faits et des points de droit – La condamnation du cycle tragique de violences perpétrées sans discrimination de part et d'autre contre une population civile innocente doit tenir une large place dans l'avis de la Cour

1. Je souscris aux conclusions énoncées dans l'avis consultatif de la Cour, tant sur les questions préliminaires (compétence et opportunité judiciaire) que sur la plupart des points relevant du fond. Néanmoins, non seulement je n'adopte pas entièrement certains arguments développés dans l'avis mais j'émet de sérieuses réserves sur la manière dont la Cour a procédé en l'espèce. J'admets qu'il était dans une large mesure inévitable que la Cour procède comme elle l'a fait sous l'effet des circonstances assez extraordinaires et singulières de la cause, dont la Cour ne peut pas toujours être tenue pour responsable, mais j'estime devoir préciser ma position en faisant ressortir certains des aspects problématiques de la manière dont la Cour a procédé dans la présente espèce.

2. Pour formuler ses conclusions sur les questions préliminaires de la compétence et de l'opportunité judiciaire de l'exercice de cette compétence, la Cour s'est essentiellement fondée sur les exposés des participants à la procédure écrite et à la procédure orale. Elle dit quelles raisons l'ont amenée à ces conclusions aux paragraphes 24 à 67 de l'avis. En tant que telles, ces raisons ne m'inspirent aucune objection majeure. J'estime toutefois que la Cour doit examiner la question de la compétence et, en particulier celle de l'opportunité judiciaire, *proprio motu* au besoin, pour apprécier non seulement si elle est fondée en droit mais aussi s'il est opportun pour elle, du point de vue de la politique judiciaire, d'exercer sa compétence en tant qu'organe judiciaire dans le contexte précis de l'espèce. C'est dire, au moins de mon point de vue, qu'elle sera amenée à s'arrêter longuement sur tous les aspects propres aux circonstances particulières de la cause, en allant au besoin au-delà des arguments avancés par les participants. En l'espèce, l'un de ces aspects à examiner de près correspond aux incidences de l'existence d'un différend bilatéral qui occupe la toile de fond de la demande d'avis consultatif.

3. Le Statut originel de la Cour permanente de Justice internationale n'énonçait aucune disposition concernant expressément la compétence consultative. Seul le Pacte de la Société des Nations, en son article 14, stipulait que « la Cour donnera[it] aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point dont la saisira[it] le Conseil ou l'Assemblée ». Ce fut cette disposition qui constitua finalement le

fondement juridique de l'exercice d'une fonction consultative par la Cour permanente de Justice internationale.

4. Si, dans l'intention des pères fondateurs de la SDN, l'objet de cette disposition ne semble pas avoir été tout à fait clair ni homogène, un des points qui ressort clairement de l'histoire législative du Pacte est que la finalité de la fonction consultative de la Cour permanente a consisté dès le début à aider la SDN à assurer le règlement pacifique des différends concrets portés devant son Conseil, en particulier dans le contexte des procédures visées aux articles 12 à 16 du Pacte¹.

5. Lors de l'élaboration du Règlement de la Cour en 1922 à la suite de la création de la Cour permanente, quatre articles (les articles 71 à 74) ont été consacrés à la procédure consultative. Ces articles consacraient le « caractère judiciaire » de cette fonction de la nouvelle Cour et laissaient prévoir que l'on allait ultérieurement pousser plus loin l'assimilation de la procédure consultative à la procédure contentieuse². En effet, le Comité [de la Cour permanente de Justice internationale], constitué le 2 septembre 1927, déclare dans son rapport ce qui suit :

« Le Statut ne mentionne pas les avis consultatifs, mais laisse à la Cour le soin de régler entièrement sa procédure en cette matière. La Cour, dans l'exercice de ses pouvoirs, a délibérément et intentionnellement assimilé la procédure consultative à la procédure contentieuse; et les résultats obtenus ont abondamment justifié cette attitude. Le prestige dont peut jouir la Cour actuellement en tant que tribunal judiciaire est dans une large mesure dû à l'importance de son activité consultative et à la façon judiciaire dont elle a réglé cette activité. En réalité, lorsqu'en fait il se trouve des parties en présence, il n'y a qu'une différence purement nominale entre les affaires contentieuses et les affaires consultatives. La différence principale réside dans la façon dont l'affaire est introduite devant la Cour, et même cette différence peut virtuellement disparaître, comme ce fut le cas dans l'affaire des décrets de naturalisation en Tunisie. De la sorte, l'opinion selon laquelle les avis consultatifs n'ont pas force obligatoire est plutôt théorique que réelle. » (*C.P.J.I., série E, n° 4*, p. 72)

6. En fait, lorsque la Cour permanente a refusé d'exercer sa compétence et n'a pas donné l'avis consultatif qui lui avait été demandé dans l'affaire du Statut de la Carélie orientale (*C.P.J.I. série B, n° 5*), son motif principal était précisément celui-là. La question précise soumise à la Cour était alors de savoir si

« les articles 10 et 11 du Traité de paix entre la Finlande et la Russie [de 1920], ainsi que la Déclaration y annexée de la délégation russe concernant l'autonomie de la Carélie orientale, [constituaient] des engagements d'ordre international obligeant la Russie vis-à-vis de la Finlande à l'exécution des dispositions y contenues » (*ibid.*, p. 6).

En d'autres termes, la requête s'inscrivait dans le cadre d'un différend entre la Finlande et la Russie sur ce point et c'est la question que la Finlande avait demandé à la Société des Nations d'examiner. Le Conseil dans sa résolution s'est déclaré « disposé, s'il y a à ce sujet accord entre les deux parties intéressées, à examiner la question en vue de trouver une solution satisfaisante » (*ibid.*, p. 23). C'est toutefois

¹ Voir, en particulier, Michla Pomerance, *The Advisory Function of the International Court in the League and U.N. Eras* (1973), p. 9.

en raison des circonstances dans lesquelles le Gouvernement russe a rejeté l'invitation du Gouvernement estonien à consentir « à soumettre la question à l'examen du Conseil sur la base de l'article 17 du Pacte » (ibid., p. 24) et après que le Gouvernement finlandais eut de nouveau porté l'affaire devant le Conseil, que celui-ci décida de demander l'avis consultatif en question.

7. Dans ce contexte, la Cour permanente a, pour préciser sa position, dit ce qui suit :

« Il y a eu des divergences d'opinion sur le point de savoir si des questions pour avis consultatif, pour autant qu'elles se réfèrent à des points de fait actuellement en litige entre deux nations, devraient être soumises à la Cour sans le consentement des parties. *Il n'est pas besoin, dans le cas actuel, d'approfondir ce point.* » (C.P.J.I., série B, n° 5, p. 27; les italiques sont de moi).

Ayant éclairci ce point, la Cour permanente a poursuivi :

« Il résulte de ce qui précède que l'avis demandé à la Cour porte sur un différend actuellement né entre la Finlande et la Russie. *La Russie n'étant pas Membre de la Société des Nations, il s'agit d'un cas prévu à l'article 17 du Pacte* ... les Membres de la Société des Nations ... ayant accepté le Pacte ... se trouvent sous l'obligation qui résulte des dispositions du Pacte concernant le règlement pacifique des différends internationaux. Il en est autrement pour les États non Membres : ils ne sont pas liés par le Pacte. *La soumission d'un différend qu'ils auraient avec un État Membre de la Société des Nations aux méthodes de règlement prévues par le Pacte ne saurait résulter que de leur consentement.* Or, le consentement de la Russie n'a jamais été donné³. » (ibid., p. 28; les italiques sont de moi).

Il ressort de ce passage que la principale raison pour laquelle la Cour permanente a refusé d'exercer sa compétence dans l'affaire de la Carélie orientale n'était pas tant qu'il existait un différend entre les parties au sujet de l'objet de la requête mais était plutôt que l'une des parties au différend ne donnait pas son consentement à ce que ce différend soit soumis « aux méthodes de règlement prévues par le Pacte ».

8. Lorsque la Cour internationale de Justice fut instituée, prit la succession de la Cour permanente de Justice internationale et qu'elle fut intégrée au système des Nations Unies en tant que principal organe judiciaire de l'Organisation, aucun changement radical concernant ses fonctions ou sa constitution à cet égard n'a été apporté au nouveau Statut de la Cour. Depuis, la Cour s'acquitte de sa fonction consultative – laquelle est sa fonction secondaire mais est importante – selon la ligne tracée par sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, à l'époque de la Société des Nations, comme je viens de l'indiquer.

² Ibid., p. 14.

³ Le Pacte dispose à l'article 17 ce qui suit :

« En cas de différend entre deux États, dont un seulement est Membre de la Société ou dont aucun n'en fait partie, l'État ou les États étrangers à la Société sont invités à se soumettre aux obligations qui s'imposent à ses membres aux fins de règlement du différend, aux conditions estimées justes par le Conseil. Si cette invitation est acceptée, les dispositions des articles 12 à 16 s'appliquent sous réserve des modifications jugées nécessaires par le Conseil. »

9. Vu l'historique rappelé ci-dessus et eu égard à la jurisprudence qui s'est constituée depuis la création de la Cour internationale de Justice sur les questions relatives à la compétence de la Cour dans les procédures consultatives et à l'opportunité pour elle d'exercer cette compétence, j'estime que la Cour a raison de conclure en l'espèce que l'existence d'un différend d'ordre bilatéral ne doit pas l'empêcher de rendre l'avis consultatif demandé.

10. Si l'existence d'un différend bilatéral ne doit donc pas interdire à la Cour d'exercer sa compétence dans les procédures consultatives au nom de l'opportunité judiciaire, j'estime toutefois que la Cour doit tenir compte de l'existence éventuelle d'un différend bilatéral pour apprécier jusqu'à quel point elle doit exercer sa compétence dans ces procédures consultatives et de quelle manière elle doit le faire. À cet égard, je considère que la Cour a établi trop facilement une analogie entre la présente demande d'avis et les précédents en la matière, tout particulièrement le précédent concernant les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*. Étant donné la complexité de la présente espèce, il n'est pas totalement justifié à mon sens d'appliquer automatiquement à la situation actuelle les principes tirés des précédents.

11. S'agissant de l'affaire de la Namibie en particulier, l'élément litigieux sur lequel se fondait la demande d'avis consultatif était « les conséquences juridiques ... de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie ... nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité ». En dépit de similarités dans le libellé, la requête concernant la Namibie et celle qui est formulée aujourd'hui ne reposent pas du tout sur les mêmes bases. Dans le cas de la Namibie, la Cour était priée de donner un avis sur la signification juridique des mesures prises par l'Organisation des Nations Unies lorsqu'elle avait mis fin au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain et sur leur incidence juridique sur le statut de l'Afrique du Sud dans ce territoire. Si controverse juridique ou différend il y avait, c'était précisément celui qui opposait l'Organisation des Nations Unies et l'État concerné. En revanche, en l'espèce l'élément litigieux est une situation résultant de mesures prises par Israël vis-à-vis de la Palestine, mesures qui concernent le territoire palestinien occupé. Il est indéniable qu'il y a en l'espèce une controverse juridique sous-jacente ou un différend sous-jacent entre les parties directement concernées par cette situation, et que, parallèlement, comme la Cour le dit fort justement, le problème se situe aussi entre l'Organisation des Nations Unies et Israël puisque l'intérêt juridique de l'Organisation est légitimement en cause.

12. Cela ne veut naturellement pas dire que la Cour doit pour cette raison refuser d'exercer sa compétence en l'espèce. Cela signifie en revanche que l'on doit examiner la question de l'opportunité judiciaire en tenant compte de cette réalité et eu égard à la jurisprudence que proposent des affaires plus pertinentes. À mon avis, le cas qui se rapproche le plus de la présente espèce est sans doute celui de l'avis consultatif demandé au sujet du Sahara occidental, en ce sens que dans ce cas-là, il y avait manifestement controverse juridique sous-jacente ou différend sous-jacent entre les parties concernées. Toutefois, la Cour n'a pas même là un précédent totalement analogue dont elle puisse s'inspirer pour se prononcer en l'espèce. Dans l'avis relatif au Sahara occidental, la Cour déclare :

« L'Assemblée générale n'a *pas* eu pour but de porter devant la Cour, sous la forme d'une requête pour avis consultatif, un différend ou une controverse juridique, afin d'exercer plus tard, sur la base de l'avis rendu par la Cour, ses pouvoirs et ses fonctions en vue de régler pacifiquement ce différend ou cette controverse. L'objet de la requête est tout autre : il s'agit d'obtenir de la Cour *un avis consultatif que l'Assemblée générale estime utile pour pouvoir exercer comme il convient ses fonctions relatives à la décolonisation du territoire.* » (C.I.J. Recueil 1975, p. 26 et 27, par. 39; les italiques sont de moi.)

En l'espèce, l'Assemblée générale semble avoir eu pour objectif de se situer dans le premier cas de figure.

13. Je reconnais donc que l'on est en l'espèce incontestablement en présence d'une controverse juridique ou d'un différend entre les parties concernées et, veillant à ne jamais l'oublier, je tiens à dire que, dans ces conditions, le critère déterminant, quand la Cour doit établir si l'opportunité judiciaire l'incite à exercer sa compétence – compétence qu'elle a sans aucun doute – doit consister non pas à chercher si la requête est liée à l'existence concrète d'une controverse ou d'un différend mais à chercher si « accepter de répondre *aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un État n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant* » (C.I.J., Recueil 1975, p. 25, par. 33; les italiques sont de moi). Autrement dit, en dernière analyse, le critère déterminant de l'opportunité judiciaire doit être pour la Cour de s'assurer que répondre sous la forme d'un avis consultatif relatif à l'objet de la requête ne revient pas à statuer sur l'objet même du différend bilatéral qui existe incontestablement à l'heure actuelle entre Israël et la Palestine.

14. Le raisonnement que je viens de suivre m'amène aux deux conclusions suivantes. Premièrement, le fait que l'espèce portée devant elle se rattache aussi à un différend bilatéral ne doit pas empêcher la Cour d'exercer sa compétence. Deuxièmement, ce fait toutefois doit exercer une influence sensible sur toute la procédure que la Cour va suivre en l'espèce, c'est-à-dire que, dans cette procédure consultative, la Cour doit s'attacher avant tout à présenter ses conclusions objectives de droit de façon qu'elles soient nécessaires et utiles à l'organe qui l'a saisie, à savoir l'Assemblée générale, et permettent à celle-ci de s'acquitter de ses fonctions relativement à la question litigieuse et que la Cour doit aussi s'abstenir de statuer sur l'objet du différend entre les parties concernées.

15. Il convient de rappeler que, même lorsqu'elle décide d'exercer sa fonction consultative, la Cour internationale de Justice adopte régulièrement pour position qu'elle doit rester fidèle « aux exigences de son caractère judiciaire ». Ainsi, dans l'affaire du Sahara occidental, a-t-elle déclaré :

« L'article 65, paragraphe 1, du Statut qui confère à la Cour le pouvoir de donner des avis consultatifs est permissif et le pouvoir qu'il lui attribue ainsi a un caractère discrétionnaire. *Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, la Cour internationale de Justice, de même que la Cour permanente de Justice internationale, a toujours suivi le principe selon lequel, en tant que corps judiciaire, elle doit rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire, même lorsqu'elle rend des avis consultatifs.* » (Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 21, par. 23; les italiques sont de moi.)

16. L'une des *exigences* qui incombe ainsi à la Cour en tant qu'organe judiciaire est qu'elle doit se montrer constamment équitable dans l'administration de la justice lors de la procédure consultative, face aux positions et intérêts divergents des parties intéressées. En d'autres termes, je tiens à souligner que le pouvoir discrétionnaire de la Cour en matière consultative ne se limite pas à la question de savoir si elle doit ou non répondre à une demande d'avis. Il s'étend à des questions de procédure⁴. Et l'exigence d'équité revêt une importance particulière en l'espèce, puisque nous acceptons comme incontestable – on l'a vu plus haut – le fait que l'espèce se rapporte à une controverse juridique ou un différend concret et sous-jacent, même si j'ai conclu pour ma part qu'il est opportun pour la Cour d'exercer sa compétence en l'espèce.

17. L'article 68 du Statut de la Cour dispose que « dans l'exercice de ses attributions consultatives, la Cour s'inspirera en outre des dispositions du présent Statut qui s'appliquent en matière contentieuse, dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables ». Le Règlement de la Cour, dans sa quatrième partie (aux articles 102 à 109), précise cette disposition du Statut. Particulièrement pertinent dans le présent contexte est le paragraphe 3 de l'article 102, selon lequel « si l'avis consultatif est demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs États, l'article 31 du Statut est applicable, ainsi que les dispositions du présent Règlement qui pourvoient à l'application de cet article ».

18. Dans l'affaire de la Namibie, l'Afrique du Sud a demandé que soit désigné un juge ad hoc qui siègerait en l'espèce conformément à cette disposition. Bien que la Cour ait décidé de rejeter cette demande dans son ordonnance du 29 janvier 1971 (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 12), des opinions dissidentes bien argumentées ont été présentées sur ce point (*ibid.*, p. 308; p. 324). Dans l'affaire du Sahara occidental, en revanche, la Cour a adopté une autre position. En réponse à la demande du Maroc qui demandait la désignation d'un juge ad hoc en application de l'article 89 du Règlement (c'est-à-dire l'actuel article 102), la Cour a décidé que le Maroc avait effectivement le droit de désigner un juge ad hoc. (Par opposition, elle a rejeté la requête du même ordre qui émanait de la Mauritanie.) (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 6)

19. La procédure de désignation d'un juge ad hoc est mise en branle par la demande d'un État déclarant que « l'avis consultatif est demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs États » (Règlement de la Cour, art. 102). À mon sens, à la lumière des précédents cités plus haut, Israël, compte tenu de sa position particulière dans la présente espèce, aurait été fondé à demander la désignation d'un juge ad hoc. Pour une raison qui lui est propre, Israël n'a pas choisi de procéder ainsi. S'il l'avait fait, la Cour aurait eu une tâche beaucoup plus lourde pour respecter l'obligation fondamentale à laquelle elle est tenue et qui est d'assurer l'équité dans l'administration de la justice. Il va sans dire en effet qu'une telle démarche aurait compliqué la situation puisque l'autre partie au différend, la Palestine, n'est pas une entité reconnue comme un État aux fins du Statut de la Cour. Que se passe-t-il si l'une des parties directement intéressées est habilitée à choisir un juge ad hoc alors que l'autre ne l'est pas? On peut se demander si l'administration de la justice est alors parfaitement équitable. Certes, mon propos n'est pas d'apporter ma propre conclusion à ce problème qui est insoluble mais est aussi hypothétique; je tiens néanmoins à faire observer que cet élément est un des aspects importants de l'espèce qui aurait pu être pris en compte

⁴ Michla Pomerance, *op. cit.*, p. 281.

par la Cour pour apprécier s'il était opportun, sur le plan judiciaire, d'exercer sa compétence et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point, vu les circonstances exceptionnelles de la cause.

20. Quoi qu'il en soit, le principe est établi que, même dans une procédure contentieuse, l'absence de l'une des parties est en soi sans effet sur la compétence qu'a la Cour de statuer (Statut de la Cour, art. 53), mais que, en tant qu'organe judiciaire, la Cour doit demeurer équitable dans l'administration de la justice. Ainsi, au sujet de la question du droit à établir et à appliquer, dans les affaires relatives à la Compétence en matière de pêcheries, la Cour a dit ceci :

« La Cour, en tant qu'organe judiciaire international, [est] censée constater le droit international et, dans une affaire relevant de l'article 53 du Statut comme dans toute autre, est donc tenue de prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles de droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend. La Cour ayant pour fonction de déterminer et d'appliquer le droit dans les circonstances de chaque espèce, la charge d'établir ou de prouver les règles de droit international ne saurait être imposée à l'une ou l'autre Partie, car le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour » (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 181, par. 18)

Touchant la question des faits à élucider, dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Fond)*, la Cour a déclaré :

« en principe la Cour n'est pas tenue de se limiter aux éléments que lui soumettent formellement les parties (voir *Emprunts brésiliens*, *C.P.J.I., Série A*, n^{os} 20 et 21, p. 124; *Essais nucléaires*, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 263 et 264, par. 31 et 32 » (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 25, par. 30).

Et la Cour de dire ensuite :

« La Cour doit donc rechercher un certain équilibre. D'un côté elle a avantage à connaître les vues des deux parties, quelle que soit la manière dont ces vues s'expriment. De plus, ainsi qu'elle l'a souligné en 1974, en cas d'absence de l'une des parties, "il incombe tout particulièrement à la Cour de s'assurer qu'elle est bien en possession de tous les faits disponibles" (*Essais nucléaires*, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 263, par. 31; p. 468, par. 32). D'un autre côté, la Cour doit souligner que le principe de l'égalité des parties au différend reste pour elle fondamental. » (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 25 et 26, par. 31.)

21. Le principe régissant ainsi la position fondamentale de la Cour doit s'appliquer en matière consultative tout comme il s'applique en matière contentieuse. D'ailleurs, on pourrait même faire valoir qu'il est applicable *a fortiori* aux procédures consultatives, puisque, dans une procédure consultative, à la différence de ce qui se passe en matière contentieuse, l'on ne peut dire, en tout cas au sens juridique, que « l'absent perd la possibilité de combattre les allégations de fait de son adversaire » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 25 et 26, par. 30). Dans une procédure consultative, aucun État, pour intéressé qu'il soit, n'est dans l'obligation de comparaître devant la Cour pour défendre sa position.

22. En ce qui concerne cet élément, c'est-à-dire les faits et les informations se rapportant à la présente espèce, il n'est pas douteux, comme le dit la Cour dans l'avis que

« la Cour a à sa disposition le rapport du Secrétaire général, ainsi qu'un dossier volumineux soumis par celui-ci à la Cour, qui contient des informations détaillées non seulement quant au tracé du mur mais aussi quant aux conséquences humanitaires et socioéconomiques de celui-ci sur la population palestinienne » (avis consultatif, par. 57).

Effectivement, les informations sont abondantes, en particulier sur les incidences humanitaires et socio-économiques de l'édification du mur. L'authenticité et la fiabilité de ces informations ne font aucun doute. Semblent faire défaut toutefois des informations expliquant le point de vue israélien, en particulier la question de savoir pourquoi et comment l'édification du mur telle qu'elle est planifiée et exécutée dans la pratique est nécessaire et fondée.

23. À mon avis, il y a bien défaut d'information de ce côté-là, même si la Cour affirme que « l'exposé écrit d'Israël, bien que se limitant aux questions de compétence et d'opportunité judiciaire, comporte des observations concernant d'autres sujets, y compris les préoccupations d'Israël en matière de sécurité, et est accompagné d'annexes correspondantes » (avis consultatif, par. 57). En fait, mon observation semble corroborée par ce qu'il est dit dans l'avis lui-même de l'argument présenté par Israël à ce sujet. Israël a fait valoir que le seul objectif de l'édification du mur était de lui permettre de combattre efficacement les attaques terroristes lancées depuis la Cisjordanie ou, comme il est dit dans le rapport du Secrétaire général, d'« enrayer les infiltrations en Israël à partir du centre et du nord de la Cisjordanie » (avis consultatif, par. 80). Toutefois, la Cour, au paragraphe 137 de l'avis, déclare simplement qu'« *au vu du dossier, [elle] n'est pas convaincue* que la poursuite des objectifs de sécurité avancés par Israël nécessitait l'adoption du tracé choisi pour le mur » (les italiques sont de moi). Il me semble clair qu'ici la Cour admet en fait qu'Israël n'a pas présenté d'éléments très détaillés sur ce point et qu'elle s'abstient de réfuter méthodiquement, en s'appuyant sur des informations communiquées par Israël, les arguments qu'Israël aurait présentés sur le même point. Au paragraphe 140 de l'avis, la Cour se fonde simplement sur le « dossier » pour dire qu'elle n'est pas convaincue que « la construction du mur selon le tracé retenu était le seul moyen de protéger les intérêts d'Israël contre le péril dont il s'est prévalu pour justifier cette construction ».

24. Je ne cherche pas en soulevant cette question à contester l'exactitude factuelle de ces affirmations ni à remettre en cause les conclusions que la Cour formule en s'appuyant sur les documents et les pièces dont elle disposait. En fait, il semblerait raisonnable de conclure, à tout prendre, que les répercussions politiques, sociales, économiques et humanitaires de la construction du mur, telles que la preuve en a été abondamment rapportée au cours de la procédure, sont telles que cette construction constitue une violation des obligations internationales mises à la charge d'Israël par divers instruments internationaux auxquels Israël est partie. En outre, ces répercussions sont telles que je suis prêt à reconnaître qu'aucun motif tiré d'« impératifs militaires », même étayé par des faits démontrés, ne saurait effacer l'illicéité de cette action au nom du strict principe de proportionnalité.

25. Toutefois, là n'est pas la question. Ce qui est fondamental, c'est que les extraits de l'avis que j'ai cités ci-dessus étaient mon argument qui est que la Cour,

une fois qu'elle a décidé d'exercer sa compétence en l'espèce, doit veiller avec le plus grand soin non seulement à garantir l'équité et l'impartialité du résultat mais à maintenir l'équité tout au long de la procédure, quelle que soit finalement l'issue de la cause.

26. La question soumise à la Cour aux fins d'un avis consultatif est celle des « conséquences [en droit] de l'édification du mur qu'Israël ... est en train de construire » (résolution A/ES-10/L.16 de l'Assemblée générale). Cette question porte exclusivement sur cette action particulière d'Israël. Inutile de rappeler toutefois que l'édification de ce mur par Israël n'est pas un phénomène isolé de tout contexte; elle fait partie, une partie extrêmement importante, il faut le reconnaître, du contexte général dans lequel s'inscrit la longue histoire de la paix au Moyen-Orient.

27. Bien entendu, cela ne change rien au fait que la demande d'avis consultatif porte sur une question déterminée et que la Cour doit examiner cette question et cette question uniquement, sans étendre son enquête à la question plus large de la paix au Moyen-Orient, notamment à ce qui touche au « statut permanent » des territoires dont il s'agit. Néanmoins, si l'on veut établir une vérité objective au sujet de la question particulière de l'édification du mur dans son contexte général et si l'on veut garantir que justice sera rendue de façon équitable puisqu'il existe à l'arrière-plan un différend entre les parties directement intéressées, il est, semble-t-il, d'une importance capitale que la Cour examine la question précise qui lui a été posée sans jamais oublier la situation d'ensemble qui forme la toile de fond complète de l'édification du mur.

28. Une prémisse non contestée de la paix au Moyen-Orient a toujours été que la paix devait reposer sur le double principe du « retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés pendant le conflit [de 1967] » et de la « cessation de toutes assertions de belligérance ou de tous états de belligérance et [du] respect et [de la] reconnaissance de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de chaque État de la région et de leur droit de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'actes de force ». La résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité a expressément consacré ces deux principes. La « Feuille de route » adoptée par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1515 (2003) constitue un schéma directeur qui indique la marche à suivre sur la base des deux principes en question.

29. Si la Cour a conclu que la construction du mur serait contraire à cette marche à suivre parce qu'elle ferait obstacle à ces deux principes, particulièrement en raison de la règle coutumière de « l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre » (avis consultatif, par. 117), elle doit le dire. En même temps, elle doit rappeler à l'Assemblée générale que cette marche à suivre a été définie dans le contexte des deux principes jumeaux qu'il faut mettre en application l'un et l'autre, en parallèle, à tout le moins si l'on veut qu'une paix s'instaure au Moyen-Orient.

30. Comme je le rappelle plus haut, Israël a fait valoir que le mur avait pour seul objet de lui permettre de lutter efficacement contre des attaques terroristes menées depuis la Cisjordanie. En réponse, la Cour s'est bornée à déclarer qu'« au vu du dossier, [elle] n'[était] pas convaincue que la construction du mur selon le tracé retenu était le seul moyen de protéger les intérêts d'Israël contre le péril dont il [s'était] prévalu pour justifier cette construction » (avis consultatif, par. 140). On comprend parfaitement que, l'argument n'ayant pas été développé dans le dossier et

l'information faisant défaut à ce sujet, la Cour n'a pas trouvé d'autre façon de réagir face à cette situation. On peut également accepter que l'argument d'Israël, même si sa véracité était établie du point de vue des motifs auxquels Israël obéit, ne suffise pas à justifier la construction du mur telle que celle-ci fut conçue et exécutée dans la pratique. Comme la Cour l'a montré de façon très convaincante, la construction du mur constituerait quand même une violation des obligations incombant à Israël, notamment au titre du Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et de la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, à moins qu'il ne soit présenté des arguments assez puissants pour effacer l'illicéité de l'acte. Mais l'important est que la Cour aurait pu, *proprio motu*, tenté une recherche approfondie pour déterminer la validité de cet argument en fait comme en droit, et présenter une image objective de la construction du mur dans son intégralité, sur la base de laquelle il eut été possible d'apprécier le bien-fondé de la thèse d'Israël.

31. Il me paraît important que soit évoqué dans ce contexte le fait que, de part et d'autre, des actes de violence sont pratiqués sans discrimination contre la population civile. Sans chercher à savoir quelle est la relation de cause à effet entre les actes tragiques de violence réciproque commis par chacune des parties ni à savoir si les attaques qualifiées de terroristes qui sont lancées par les Palestiniens sous forme d'attentats-suicide dirigés contre la population civile israélienne doivent être incriminées et considérées comme suffisant à justifier la construction du mur, il est incontestable, à mon sens, que ce cycle tragique d'actes de violence perpétrés sans discrimination des deux côtés à l'encontre de la population civile innocente des deux parties doit être condamné et rejeté comme totalement inacceptable. Il est vrai que cet élément n'entre pas véritablement dans le cadre de la question précise qui est posée à la Cour, mais j'estime tout simplement normal que la Cour lui accorde une large place dans son avis quand elle s'interroge sur l'édification du mur. Le point est d'autant plus important à mes yeux que la Cour doit aborder le sujet à examiner en recherchant un certain équilibre.

(Signé) Hisashi Owada