

SEPARATE OPINION OF JUDGE HIGGINS

Issues relevant for discretion not addressed by the Court — Elements lacking for a balanced Opinion — Violations of Articles 46 and 52 of the Hague Regulations and Articles 49 and 53 of the Fourth Geneva Convention — Disagreement with passages in the Opinion on self-determination, self-defence and the erga omnes principle — limitations of the factual materials relied on.

1. I agree with the Opinion of the Court as regards its jurisdiction in the present case and believe that paragraphs 14-42 correctly answer the various contrary arguments that have been raised on this point.

2. The question of discretion and propriety is very much harder. Although ultimately I have voted in favour of the decision to give the Opinion, I do think matters are not as straightforward as the Court suggests. It is apparent (not least from the wording of the request to the Court) that an attempt has been made by those seeking the Opinion to assimilate the Opinion on the wall to that obtained from the Court regarding Namibia (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 12). I believe this to be incorrect for several reasons. First and foremost, there was already, at the time of the request for an opinion in 1971 on the legal consequences of certain acts, a series of Court Opinions on South West Africa which made clear what were South Africa's legal obligations (*International Status of South West Africa*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1950*, p. 128; *Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1955*, p. 67; *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1956*, p. 23). Further, all the legal obligations as mandatory Power lay with South West Africa. There were no legal obligations, still less unfulfilled obligations, which in 1971 lay also upon South-West Africa People's Organization (SWAPO), as the representative of the Namibian people.

3. In the present case, it is the General Assembly, and not the Court, which has made any prior pronouncements in respect of legality. Further, in contrast to how matters stood as regards Namibia in 1971, the larger intractable problem (of which the wall may be seen as an element) cannot be regarded as one in which one party alone has been already classified

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{ME} LE JUGE HIGGINS

[Traduction]

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 Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, ordonnance du 29 janvier 1971, 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; Admissibilité de l'audition 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 recon-

by a court as the legal wrongdoer; where it is for it alone to act to restore a situation of legality; and where from the perspective of legal obligation there is nothing remaining for the other “party” to do. That is evident from the long history of the matter, and is attested to by Security Council resolutions 242 (1967) and 1515 (2003) alike.

4. In support of the misconceived analogy — which serves both to assist so far as legal issues of discretion are concerned, as well as wider purposes — counsel have informed the Court that “The problem . . . is a problem between one State — Israel — and the United Nations.” (See for example, CR 2004/3, p. 62, para. 31.) Of course, assimilation to the *Namibia* case, and a denial of any dispute save as between Israel and the United Nations, would also avoid the necessity to meet the criteria enunciated by the Court when considering whether it should give an opinion where a dispute exists between two States. But, as will be elaborated below, this cannot be avoided.

5. Moreover, in the *Namibia* Opinion the Assembly sought legal advice on the consequences of its own necessary decisions on the matter in hand. The General Assembly was the organ in which now the power to terminate a League of Nations mandate was located. The Mandate was duly terminated. But Assembly resolutions are in most cases only recommendations. The Security Council, which in certain circumstances can pass binding resolutions under Chapter VII of the Charter, was not the organ with responsibility over mandates. This conundrum was at the heart of the opinion sought of the Court. Here, too, there is no real analogy with the present case.

6. We are thus in different legal terrain — in the familiar terrain where there is a dispute between parties, which fact does not of itself mean that the Court should not exercise its competence, provided certain conditions are met.

7. Since 1948 Israel has been in dispute, first with its Arab neighbours (and other Arab States) and, in more recent years, with the Palestinian Authority. Both Israel’s written observations on this aspect (7.4-7.7) and the report of the Secretary-General, with its reference to the “Summary Legal Position” of “each side”, attest to this reality. The Court has regarded the special status of Palestine, though not yet an independent State, as allowing it to be invited to participate in these proceedings. There is thus a dispute between two international actors, and the advisory opinion request bears upon one element of it.

8. That of itself does not suggest that the Court should decline to exercise jurisdiction on grounds of propriety. It is but a starting point for the Court’s examination of the issue of discretion. A series of advisory opinion cases have explained how the *Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923 (P.C.I.J., Series B, No. 5)* principle should properly be read. Through the *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion (I.C.J. Reports 1962, p. 151)*; the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of*

nue 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 (2003) du Conseil de sécurité.

4. A 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 Etat — 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, visent 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 Etats. 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 Etats 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 légale» 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 Etat 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), avis consultatif (C.I.J. Recueil 1962, p. 151); les *Conséquences*

South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), *Advisory Opinion (I.C.J. Reports 1971*, p. 12); and, most clearly, the *Western Sahara, Advisory Opinion (I.C.J. Reports 1975*, p. 12), the *ratio decidendi* of *Status of Eastern Carelia* has been explained. Of these the *Western Sahara* case provides by far the most pertinent guidance, as it involved a dispute between international actors, in which the Court had not itself already given several advisory opinions (cf. the *Namibia* Opinion, which was given against the background of three earlier ones on issues of legality).

9. The Court did not in the *Western Sahara* case suggest that the consent principle to the settlement of disputes in advisory opinions had now lost all relevance for all who are United Nations Members. It was saying no more than the particular factors underlying the *ratio decidendi* of *Status of Eastern Carelia* were not present. But other factors had to be considered to see if propriety is met in giving an advisory opinion when the legal interests of a United Nations Member are the subject of that advice.

10. Indeed, in the *Western Sahara* case the Court, after citing the oft-quoted dictum from *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, that an opinion given to a United Nations organ “represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused” (*I.C.J. Reports 1950*, p. 71), went on to affirm that nonetheless:

“lack of consent might constitute a ground for declining to give the opinion requested if, in the circumstances of a given case, considerations of judicial propriety should oblige the Court to refuse an opinion. In short, the consent of an interested State continues to be relevant, not for the Court’s competence, but for the appreciation of the propriety of giving an opinion.

In certain circumstances, therefore, the lack of consent of an interested State may render the giving of an advisory opinion incompatible with the Court’s judicial character.” (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 25, paras. 32-33.)

11. What then are the conditions that in the *Western Sahara* case were found to make it appropriate for the Court to give an opinion even where a dispute involving a United Nations Member existed? One such was that a United Nations Member:

“could not validly object, to the General Assembly’s exercise of its powers to deal with the decolonization of a non-self-governing territory and to seek an opinion on questions relevant to the exercise of those powers” (*ibid.*, p. 24, para. 30).

juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif (C.I.J. Recueil 1971, p. 12); et, surtout, dans celui concernant le Sahara occidental, avis consultatif (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 Etats 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 refusé» (*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 Etat intéressé conserve son importance non pas du point de vue de la compétence de la Cour mais pour apprécier s'il est opportun de rendre un avis consultatif.

Ainsi le défaut de consentement d'un Etat 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 Etat 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).

Although the Assembly is not exercising either the powers of a mandate supervisory body (as in *Namibia*) or a body decolonizing a non-self-governing territory (as in *Western Sahara*), the Court correctly recounts at paragraphs 48-50 the long-standing special institutional interest of the United Nations in the dispute, of which the building of the wall now represents an element.

12. There remains, however, a further condition to be fulfilled, which the Court enunciated in the *Western Sahara* case. It states that it was satisfied that:

“The object of the General Assembly has not been to bring before the Court, by way of a request for advisory opinion, a dispute or legal controversy, in order that it may later, on the basis of the Court’s opinion, exercise its powers and functions for the peaceful settlement of that dispute or controversy. The object of the request is an entirely different one: to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions concerning the decolonization of the territory.” (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 26-27, para. 39.)

In the present case it is the reverse circumstance that obtains. The request is not in order to secure advice on the Assembly’s decolonization duties, but later, on the basis of our Opinion, to exercise powers over the dispute or controversy. Many participants in the oral phase of this case frankly emphasized this objective.

13. The Court has not dealt with this point at all in that part of its Opinion on propriety. Indeed, it is strikingly silent on the matter, avoiding mention of the lines cited above and any response as to their application to the present case. To that extent, this Opinion by its very silence essentially revises, rather than applies, the existing case law.

14. There is a further aspect that has been of concern to me so far as the issue of propriety is concerned. The law, history and politics of the Israel-Palestine dispute is immensely complex. It is inherently awkward for a court of law to be asked to pronounce upon one element within a multifaceted dispute, the other elements being excluded from its view. Context is usually important in legal determinations. So far as the request of the Assembly envisages an opinion on humanitarian law, however, the obligations thereby imposed are (save for their own qualifying provisions) absolute. That is the bedrock of humanitarian law, and those engaged in conflict have always known that it is the price of our hopes for the future that they must, whatever the provocation, fight “with one hand behind their back” and act in accordance with international law. While that factor diminishes relevance of context so far as the obligations of humanitarian law are concerned, it remains true, nonetheless, that

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 reviser, 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 humani-

context is important for other aspects of international law that the Court chooses to address. Yet the formulation of the question precludes consideration of that context.

15. Addressing the reality that “the question of the construction of the wall was only one aspect of the Israeli-Palestinian conflict”, the Court states that it “is indeed aware that the question of the wall is part of a greater whole, and it would take this circumstance carefully into account in any opinion it might give” (para. 54).

16. In fact, it never does so. There is nothing in the remainder of the Opinion that can be said to cover this point. Further, I find the “history” as recounted by the Court in paragraphs 71-76 neither balanced nor satisfactory.

17. What should a court do when asked to deliver an opinion on one element in a larger problem? Clearly, it should not purport to “answer” these larger legal issues. The Court, wisely and correctly, avoids what we may term “permanent status” issues, as well as pronouncing on the rights and wrongs in myriad past controversies in the Israel-Palestine problem. What a court faced with this quandary must do is to provide a balanced opinion, made so by recalling the obligations incumbent upon all concerned.

18. I regret that I do not think this has been achieved in the present Opinion. It is true that in paragraph 162 the Court recalls that “[i]llegal actions and unilateral decisions have been taken on all sides” and that it emphasizes that “both Israel and Palestine are under an obligation scrupulously to observe the rules of international humanitarian law”. But in my view much, much more was required to avoid the huge imbalance that necessarily flows from being invited to look at only “part of a greater whole”, and then to take that circumstance “carefully into account”. The call upon both parties to act in accordance with international humanitarian law should have been placed within the *dispositif*. The failure to do so stands in marked contrast with the path that the Court chose to follow in operative clause F of the *dispositif* of the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (I.C.J. Reports 1996 (I), p. 266)*. Further, the Court should have spelled out what is required of both parties in this “greater whole”. This is not difficult — from Security Council resolution 242 (1967) through to Security Council resolution 1515 (2003), the key underlying requirements have remained the same — that Israel is entitled to exist, to be recognized, and to security, and that the Palestinian people are entitled to their territory, to exercise self-determination, and to have their own State. Security Council resolution 1515 (2003) envisages that these long-standing obligations are to be secured, both generally and as to their detail, by negotiation. The perceptible tragedy is that neither side will act to achieve these ends prior to the other so doing. The Court, having decided that it was appropriate to exercise its jurisdiction, should have used the latitude available to it in an advisory opinion case, and reminded both parties not only of their substantive obligations

taire, 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'[était] qu'un aspect du conflit israélo-palestinien», la Cour indique qu'elle «est certes 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 «aussi bien Israël que la Palestine ont l'obligation de respecter de manière scrupuleuse le droit international humanitaire». 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 (1967) du Conseil de sécurité à sa résolution 1515 (2003), 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 Etat propre et le droit de disposer de lui-même. La résolution 1515 (2003) 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 compé-

under international law, but also of the procedural obligation to move forward simultaneously. Further, I believe that, in order to achieve a balanced opinion, this latter element should also have appeared in the *dispositif* itself.

19. I think the Court should also have taken the opportunity to say, in the clearest terms, what regrettably today apparently needs constant reaffirmation even among international lawyers, namely, that the protection of civilians remains an intransgressible obligation of humanitarian law, not only for the occupier but equally for those seeking to liberate themselves from occupation.

20. My vote in favour of subparagraph (2) of the *dispositif* has thus been made with considerable hesitation. I have voted affirmatively in the end because I agree with almost all of what the Court has written in paragraphs 44-64. My regrets are rather about what it has chosen not to write.

* *

21. The way subparagraph (3) (A) of the *dispositif* is formulated does not separate out the various grounds that the Court relied on in reaching its conclusions. I have voted in favour of this subparagraph because I agree that the wall, being built in occupied territory, and its associated régime, entail certain violations of humanitarian law. But I do not agree with several of the other stepping stones used by the Court in reaching this generalized finding, nor with its handling of the source materials.

22. The question put by the General Assembly asks the Court to respond by “considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions” (General Assembly resolution ES-10/14). It might have been anticipated that once the Court finds the Fourth Geneva Convention applicable humanitarian law would be at the heart of this Opinion.

23. The General Assembly has in resolution ES-10/13 determined that the wall contravenes humanitarian law, without specifying which provisions and why. Palestine has informed the Court that it regards Articles 33, 53, 55 and 64 of the Fourth Geneva Convention and Article 52 of the Hague Regulations as violated. Other participants invoked Articles 23 (*g*), 46, 50 and 52 of the Hague Regulations, and Articles 27, 47, 50, 55, 56 and 59 of the Fourth Convention. For the Special Rapporteur, the wall constitutes a violation of Articles 23 (*g*) and 46 of the Hague Regulations and Articles 47, 49, 50, 53 and 55 of the Fourth Geneva Convention. It might have been expected that an advisory opinion would have contained a detailed analysis, by reference to the texts, the

tence, 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 que, 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

voluminous academic literature and the facts at the Court's disposal, as to *which* of these propositions is correct. Such an approach would have followed the tradition of using advisory opinions as an opportunity to elaborate and develop international law.

24. It would also, as a matter of balance, have shown not only which provisions Israel has violated, but also which it has not. But the Court, once it has decided which of these provisions are in fact applicable, thereafter refers only to those which Israel has violated. Further, the structure of the Opinion, in which humanitarian law and human rights law are not dealt with separately, makes it in my view extremely difficult to see what exactly has been decided by the Court. Notwithstanding the very general language of subparagraph (3) (A) of the *dispositif*, it should not escape attention that the Court has in the event found violations only of Article 49 of the Fourth Geneva Convention (para. 120), and of Articles 46 and 52 of the Hague Regulations and Article 53 of the Fourth Geneva Convention (para. 132). I agree with these findings.

25. After its somewhat light treatment of international humanitarian law, the Court turns to human rights law. I agree with the Court's finding about the continued relevance of human rights law in the occupied territories. I also concur in the findings made at paragraph 134 as regards Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

26. At the same time, it has to be noted that there are established treaty bodies whose function it is to examine in detail the conduct of States parties to each of the Covenants. Indeed, the Court's response as regards the International Covenant on Civil and Political Rights notes both the pertinent jurisprudence of the Human Rights Committee and also the concluding observations of the Committee on Israel's duties in the occupied territories.

27. So far as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights is concerned, the situation is even stranger, given the programmatic requirements for the fulfilment of this category of rights. The Court has been able to do no more than observe, in a single phrase, that the wall and its associated régime

“impede the exercise by the persons concerned of the right to work, to health, to education and to an adequate standard of living as proclaimed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights . . .” (para. 134).

For both Covenants, one may wonder about the appropriateness of asking for advisory opinions from the Court on compliance by States parties with such obligations, which are monitored, in much greater detail, by a treaty body established for that purpose. It could hardly be an answer that the General Assembly is not setting any more general precedent, because while many, many States are not in compliance with their obligations under the two Covenants, the Court is being asked to look only at the conduct of Israel in this regard.

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 Etats 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 Etats 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 Etats 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. The Court has also relied, for the general determination in subparagraph (3) (A) of the *dispositif*, on a finding that Israel is in violation of the law on self-determination. It follows observations on the legally problematic route of the wall and associated demographic risks with the statement: “That construction, along with measures taken previously, thus severely impedes the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination, and is therefore a breach of Israel’s obligation to respect that right.” (Para. 122.) This appears to me to be a non sequitur.

29. There is a substantial body of doctrine and practice on “self-determination beyond colonialism”. The United Nations Declaration on Friendly Relations, 1970 (General Assembly resolution 2625 (XXV)) speaks also of self-determination being applicable in circumstances where peoples are subject to “alien subjugation, domination, and exploitation”. The General Assembly has passed many resolutions referring to the latter circumstance, having Afghanistan and the Occupied Arab Territories in mind (for example, General Assembly resolution 3236 (XXIX) of 1974 (Palestine); General Assembly resolution 2144 (XXV) of 1987 (Afghanistan)). The Committee on Human Rights has consistently supported this post-colonial view of self-determination.

30. The Court has for the very first time, without any particular legal analysis, implicitly also adopted this second perspective. I approve of the principle invoked, but am puzzled as to its application in the present case. Self-determination is the right of “All peoples . . . freely [to] determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development” (Art. 1 (1), International Covenant on Civil and Political Rights and also International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). As this Opinion observes (para. 118), it is now accepted that the Palestinian people are a “peoples” for purposes of self-determination. But it seems to me quite detached from reality for the Court to find that it is the wall that presents a “serious impediment” to the exercise of this right. The real impediment is the apparent inability and/or unwillingness of both Israel and Palestine to move in parallel to secure the necessary conditions — that is, at one and the same time, for Israel to withdraw from Arab occupied territory and for Palestine to provide the conditions to allow Israel to feel secure in so doing. The simple point is underscored by the fact that if the wall had never been built, the Palestinians would still not yet have exercised their right to self-determination. It seems to me both unrealistic and unbalanced for the Court to find that the wall (rather than “the larger problem”, which is beyond the question put to the Court for an opinion) is a serious obstacle to self-determination.

31. Nor is this finding any more persuasive when looked at from a territorial perspective. As the Court states in paragraph 121, the wall does not at the present time constitute, *per se*, a *de facto* annexation.

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 subjugation, à une domination et à 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 que, 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

“Peoples” necessarily exercise their right to self-determination within their own territory. Whatever may be the detail of any finally negotiated boundary, there can be no doubt, as is said in paragraph 78 of the Opinion, that Israel is in occupation of Palestinian territory. That territory is no more, or less, under occupation because a wall has been built that runs through it. And to bring to an end that circumstance, it is necessary that both sides, simultaneously, accept their responsibilities under international law.

32. After the Court deals with the applicable law, and then applies it, it looks at possible qualifications, exceptions and defences to potential violations.

33. I do not agree with all that the Court has to say on the question of the law of self-defence. In paragraph 139 the Court quotes Article 51 of the Charter and then continues “Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State.” There is, with respect, nothing in the text of Article 51 that *thus* stipulates that self-defence is available only when an armed attack is made by a State. *That* qualification is rather a result of the Court so determining in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14). It there held that military action by irregulars could constitute an armed attack if these were sent by or on behalf of the State and if the activity “because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack . . . had it been carried out by regular armed forces” (*ibid.*, p. 103, para. 195). While accepting, as I must, that this is to be regarded as a statement of the law as it now stands, I maintain all the reservations as to this proposition that I have expressed elsewhere (R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, pp. 250-251).

34. I also find unpersuasive the Court’s contention that, as the uses of force emanate from occupied territory, it is not an armed attack “by one State against another”. I fail to understand the Court’s view that an occupying Power loses the right to defend its own civilian citizens at home if the attacks emanate from the occupied territory — a territory which it has found not to have been annexed and is certainly “other than” Israel. Further, Palestine cannot be sufficiently an international entity to be invited to these proceedings, and to benefit from humanitarian law, but not sufficiently an international entity for the prohibition of armed attack on others to be applicable. This is formalism of an unevenhanded sort. The question is surely where responsibility lies for the sending of groups and persons who act against Israeli civilians and the cumulative severity of such action.

35. In the event, however, these reservations have not caused me to vote against subparagraph (3) (A) of the *dispositif*, for two reasons. First, I remain unconvinced that non-forcible measures (such as the building of

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 Etat contre un autre Etat.» 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 Etat. Cette restriction résulte plutôt de la décision prise en ce sens par la Cour dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (fond, 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'Etat 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. 104, 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 Etat contre un autre». Je ne comprends pas le point de vue de la Cour selon lequel une puissance occupante perd le droit de défendre ses propres citoyens civils à domicile si les attaques émanent du territoire occupé — un territoire qui, pour la Cour, n'a pas été annexé et est certainement «autre» qu'Israël. En outre, la Palestine ne peut pas être suffisamment une entité internationale pour être invitée à cette procédure, et bénéficier du droit humanitaire, mais pas suffisamment une entité internationale pour que lui soit opposée l'interdiction de livrer des attaques armées contre d'autres. C'est là un formalisme peu équitable. La question est assurément d'établir la responsabilité de l'envoi de groupes et de personnes qui 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

a wall) fall within self-defence under Article 51 of the Charter as that provision is normally understood. Second, even if it were an act of self-defence, properly so called, it would need to be justified as necessary and proportionate. While the wall does seem to have resulted in a diminution on attacks on Israeli civilians, the necessity and proportionality for the particular route selected, with its attendant hardships for Palestinians uninvolved in these attacks, has not been explained.

36. The latter part of the *dispositif* deals with the legal consequences of the findings made by the Court.

37. I have voted in favour of subparagraph (3) (D) of the *dispositif* but, unlike the Court, I do not think that the specified consequence of the identified violations of international law have anything to do with the concept of *erga omnes* (cf. paras. 154-159 of this Opinion). The Court's celebrated dictum in *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase (Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33)* is frequently invoked for more than it can bear. Regrettably, this is now done also in this Opinion, at paragraph 155. That dictum was directed to a very specific issue of jurisdictional *locus standi*. As the International Law Commission has correctly put it in the Commentaries to the draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (A/56/10 at p. 278), there are certain rights in which, by reason of their importance "all states have a legal interest in their protection". It has nothing to do with imposing substantive obligations on third parties to a case.

38. That an illegal situation is not to be recognized or assisted by third parties is self-evident, requiring no invocation of the uncertain concept of "*erga omnes*". It follows from a finding of an unlawful situation by the Security Council, in accordance with Articles 24 and 25 of the Charter entails "decisions [that] are consequently binding on all States Members of the United Nations, which are thus under obligation to accept and carry them out" (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 53, para. 115*). The obligation upon United Nations Members not to recognize South Africa's illegal presence in Namibia, and not to lend support or assistance, relied in no way whatever on "*erga omnes*". Rather, the Court emphasized that "A binding determination made by a competent organ of the United Nations to the effect that a situation is illegal cannot remain without consequence." (*Ibid.*, para. 117.) The Court had already found in a contentious case that its determination of an illegal act "entails a legal consequence, namely that of putting an end to an illegal situation" (*Haya de la Torre, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 82*). Although in the present case it is the Court, rather than a United Nations organ acting under Articles 24 and 25, that has found the illegality; and although it is found in the context of an advisory opinion rather than in a contentious case, the Court's position as the principal

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 paragraphes 154 à 159 de l'avis). La célèbre sentence de la Cour dans l'affaire de la *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'Etat pour fait internationalement illicite (A/56/10, p. 299), il est certains droits que, vu leur importance, «chaque Etat 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 Etats Membres des Nations Unies, qui sont ainsi tenus de les accepter et de les appliquer» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, 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 «[q]uand 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

judicial organ of the United Nations suggests that the legal consequence for a finding that an act or situation is illegal is the same. The obligation upon United Nations Members of non-recognition and non-assistance does not rest on the notion of *erga omnes*.

39. Finally, the invocation (para. 157) of “the *erga omnes*” nature of violations of humanitarian law seems equally irrelevant. These intransgressible principles are generally binding because they are customary international law, no more and no less. And the first Article to the Fourth Geneva Convention, under which “The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances” while apparently viewed by the Court as something to do with “the *erga omnes* principle”, is simply a provision in an almost universally ratified multilateral Convention. The Final Record of the diplomatic conference of Geneva of 1949 offers no useful explanation of that provision; the commentary thereto interprets the phrase “ensure respect” as going beyond legislative and other action within a State’s own territory. It observes that

“in the event of a Power failing to fulfil its obligations, the other Contracting Parties (neutral, allied or enemy) may, and should, endeavour to bring it back to an attitude of respect for the Convention. The proper working of the system of protection provided by the Convention demands in fact that the Contracting Parties should not be content merely to apply its provisions themselves, but should do everything in their power to ensure that the humanitarian principles underlying the Conventions are applied universally.” (*The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, Pictet, ed., p. 16.)

It will be noted that the Court has, in subparagraph (3) (D) of the *dispositif*, carefully indicated that any such action should be in conformity with the Charter and international law.

40. In conclusion, I would add that, although there has indeed been much information provided to the Court in this case, that provided directly by Israel has only been very partial. The Court has based itself largely on the Secretary-General’s report from 14 April 2002 to 20 November 2003 and on the later Written Statement of the United Nations (see para. 79). It is not clear whether it has availed itself of other data in the public domain. Useful information is in fact contained in such documents as the Third Report of the current Special Rapporteur and Israel’s Reply thereto (E/CN.4/2004/6/Add.1), as well as in “The Impact of Israel’s Separation Barrier on Affected West Bank Communities: An Update to the Humanitarian and Emergency Policy Group (HEPG), Construction

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 Etat. 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 Emer-

of the Barrier, Access, and Its Humanitarian Impact, March 2004". In any event, the Court's findings of law are notably general in character, saying remarkably little as concerns the application of specific provisions of the Hague Rules or the Fourth Geneva Convention along particular sections of the route of the wall. I have nonetheless voted in favour of subparagraph (3) (A) of the *dispositif* because there is undoubtedly a significant negative impact upon portions of the population of the West Bank that cannot be excused on the grounds of military necessity allowed by those Conventions; and nor has Israel explained to the United Nations or to this Court why its legitimate security needs can be met only by the route selected.

(Signed) Rosalyn HIGGINS.

gency 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.