SEPARATE OPINION OF JUDGE KOOIJMANS

Reasons for negative vote on operative subparagraph (3) (D) — Background and context of request for advisory opinion — Need for balanced treatment — Jurisdictional issues — Article 12, paragraph 2, of the Charter and General Assembly resolution 377 A (V) — Question of judicial propriety — Purpose of request — Merits — Self-determination — Proportionality — Self-defence — Legal consequences — Obligations for other States — Article 41 of the International Law Commission Articles on State Responsibility — Duty of non-recognition — Duty of abstention — Duty to ensure respect for humanitarian law — Common Article 1 of the Geneva Conventions.

I. Introductory Remarks

1. I have voted in favour of all paragraphs of the operative part of the Advisory Opinion with one exception, viz. subparagraph (3) (D) dealing with the legal consequences for States.

I had a number of reasons for casting that negative vote which I will only briefly indicate at this stage, since I will come back to them when commenting on the various parts of the Opinion.

My motives can be summarized as follows.

First, the request as formulated by the General Assembly did not make it necessary for the Court to determine the obligations for States which ensue from the Court's findings. In this respect an analogy with the structure of the Opinion in the *Namibia* case is not appropriate. In that case the question about the legal consequences for States was at the heart of the request and logically so since it was premised on a decision of the Security Council. That resolution, and in particular its operative paragraph 5 which was addressed to "all States", was considered by the Court to be "essential for the purposes of the present advisory opinion" (*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. 51, para. 108).

A similar situation does not exist in the present case, where the Court's view is not asked on the legal consequences of a decision taken by a political organ of the United Nations but of an act committed by a Member State. That does not prevent the Court from considering the issue of consequences for third States once that act has been found to be illegal but then the Court's conclusion is wholly dependent upon its reasoning and not upon the necessary logic of the request.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KOOIJMANS

[Traduction]

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 Etats — Article 41 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat — 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 Etats.

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 Etats découlant de ses conclusions. A 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 Etats 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 Etats», avait été considérée par la Cour comme «essentielle aux fins du présent avis consultatif» (*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. 51, 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 Etat Membre. Cela n'empêche pas la Cour d'examiner la question des conséquences pour les Etats 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.

It is, however, this reasoning that in my view is not persuasive (see paras. 39-49, below) and this was my second motive for casting a negative vote.

And, third, I find the Court's conclusions as laid down in subparagraph (3) (D) of the *dispositif* rather weak; apart from the Court's finding that States are under an obligation "not to render aid or assistance in maintaining the situation created by [the] construction [of the wall]" (a finding I subscribe to) I find it difficult to envisage what States are expected to do or not to do in actual practice. In my opinion a judicial body's findings should have a direct bearing on the addressee's behaviour; neither the first nor the last part of operative subparagraph (3) (D) meets this requirement.

2. Although I am in general agreement with the Court's Opinion, on some issues I have reservations with regard to its reasoning. I will, in giving my comments, follow the logical order of the Opinion:

(a) jurisdictional issues;
(b) the question of judicial propriety;
(c) the merits;
(d) the legal consequences.

Before doing so I wish, however, to make some remarks about the background and context of the request.

II. Background and Context of the Request for the Advisory Opinion

3. In paragraph 54 of the Opinion the Court observes (in the context of judicial propriety) that it is aware that the question of the wall is part of a greater whole but that that cannot be a reason for it to decline to reply to the question asked. It adds that this wider context will be carefully taken into account. I fully share the Court's view as laid down in that paragraph including the Court's observation that it can nevertheless only examine other issues to the extent that is necessary for the consideration of the question put to it.

4. In my opinion the Court could and should have given more explicit attention to the general context of the request in its Opinion. The situation in and around Palestine has been for a number of decades not only a virtually continuous threat to international peace and security but also a human tragedy which in many respects is mind-boggling. How can a society like the Palestinian one get used to and live with a situation where the victims of violence are often innocent men, women and children? How can a society like the Israeli society get used to and live with a situation where attacks against a political opponent are targeted at innocent civilians, men, women and children, in an indiscriminate way?

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 Etats 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 Etats sont censés faire ou ne pas faire dans la pratique. A 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 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. A 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. The construction of the wall is explained by Israel as a necessary protection against the latter category of acts which are generally considered to be international crimes. Deliberate and indiscriminate attacks against civilians with the intention to kill are the core element of terrorism which has been unconditionally condemned by the international community regardless of the motives which have inspired them.

Every State, including Israel, has the right and even the duty (as the Court says in paragraph 141) to respond to such acts in order to protect the life of its citizens, albeit the choice of means in doing so is limited by the norms and rules of international law. In the present case, Israel has not respected those limits, and the Court convincingly demonstrates that these norms and rules of international law have not been respected by it. I find no fault with this conclusion nor with the finding that the construction of the wall along the chosen route has greatly added to the suffering of the Palestinians living in the Occupied Territory.

6. In paragraph 122 the Court finds that the construction of the wall, along with measures taken earlier, severely impedes the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination, and therefore constitutes a breach of Israel's obligation to respect that right. I have doubts whether the last part of that finding is correct (see paragraph 32, below), but it is beyond doubt that the mere existence of a structure that separates the Palestinians from each other makes the realization of their right to self-determination far more difficult, even if it has to be admitted that the realization of this right is more dependent upon political agreement than on the situation *in loco*.

But it is also true that the terrorist acts themselves have caused "great harm to the legitimate aspirations of the Palestinian people for a better future", as was stated in the Middle East Quartet Statement of 16 July 2002. And the Statement continues: "Terrorists must not be allowed to kill the hope of an entire region, and a united international community, for genuine peace and security for both Palestinians and Israelis." (Written Statement of Israel, Annex 10.)

7. The fact that the Court has limited itself to report merely on a number of the historical facts which have led to the present human tragedy may be correct from the viewpoint of what is really needed to answer the request of the General Assembly: the result, however, is that the historical résumé, as presented in paragraphs 70 to 78, is rather two-dimensional. I will illustrate this by giving one example which is hardly relevant for the case itself.

8. Before giving its historical résumé, the Court says that it will first make a brief analysis of the status of the territory and it starts by mentioning the establishment of the Mandate after the First World War. Nothing is said, however, about the status of the West Bank between the conclusion of the General Armistice Agreement in 1949 and the occupation by Israel in 1967, in spite of the fact that it is a generally known fact

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 Etat, 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

that it was placed by Jordan under its sovereignty but that this claim to sovereignty, which was relinquished only in 1988, was recognized by three States only.

9. I fail to understand the reason for this omission of an objective historical fact since in my view the fact that Jordan claimed sovereignty over the West Bank only strengthens the argument in favour of the applicability of the Fourth Geneva Convention right from the moment of its occupation by Israel in June 1967.

If it is correct that the Government of Israel claims that the Fourth Geneva Convention is not applicable *de jure* in the West Bank since that territory had not previously to the 1967 war been under Jordanian sovereignty, that argument already fails since a territory, which by one of the parties to an armed conflict is claimed as its own and is under its control, is — once occupied by the other party — by definition occupied territory of a *High Contracting Party* in the sense of the Fourth Geneva Convention (emphasis added). And both Israel and Jordan were parties to the Convention.

That this at the time also was recognized by the Israeli authorities is borne out by the Order issued after the occupation and referred to in paragraph 93 of the Opinion.

10. The strange result of the Court's reticence about the status of the West Bank between 1949 and 1967 is that it is only by implication that the reader is able to understand that it was under Jordanian control (paragraphs 73 and 129 refer to the demarcation line between Israel and Jordan (the Green Line)) without ever being explicitly informed that the West Bank had been placed under Jordanian authority. This is all the more puzzling as the Court would in no way have been compelled to comment on the legality or legitimacy of that authority if it had made mention of it.

11. In a letter of 29 January from the Deputy Director General and Legal Adviser of the Israeli Ministry of Foreign Affairs to the Registrar of the Court it is stated that "Israel trusts and expects that the Court will look beyond the request to the wider issues relevant to this matter" (Written Statement of Israel, covering letter). In this respect it was said that resolution ES-10/14 is "absolutely silent" on the terrorist attacks against Israeli citizens and thus "reflects the gravest prejudice and imbalance with the requesting organ". Israel, therefore, requested the Court not to render the opinion.

12. I am of the view that the Court, in deciding whether it is appropriate to respond to a request for an advisory opinion, can involve itself with the political debate which has preceded the request only to the extent necessary to understand the question put. It is no exception that such debate is heated but, as the Court said in the case of the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*

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 Etats.

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 au motif 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*,

> "once the Assembly has asked, by adopting a resolution, for an advisory opinion on a legal question, the Court, in determining whether there are any compelling reasons for it to refuse to give such an opinion, will not have regard to the origins or to the political history of the request, or to the distribution of votes in respect of the adopted resolution" (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 237, para. 16).

The Court, however, does not function in a void. It is the principal judicial organ of the United Nations and has to carry out its function and responsibility within the wider political context. It cannot be expected to present a legal opinion on the request of a political organ without taking full account of the context in which the request was made.

13. Although the Court certainly has taken into account the arguments put forward by Israel and has dealt with them in a considerate manner, I am of the view that the present Opinion could have reflected in a more satisfactory way the interests at stake for all those living in the region. The rather oblique references to terrorist acts which can be found at several places in the Opinion are in my view not sufficient for this purpose. An advisory opinion is brought to the attention of a political organ of the United Nations and is destined to have an effect on a political process. It should therefore throughout its reasoning and up till the operative part reflect the legitimate interests and responsibilities of *all* those involved and not merely refer to them in a concluding paragraph (para. 162).

III. Jurisdictional Issues

14. I fully share the view of the Court that the adoption of resolution ES-10/14 was not *ultra vires* since it did not contravene the provision of Article 12, paragraph 1, of the Charter; nor did it fail to fulfil the essential conditions set by the Uniting for Peace resolution (resolution 377 A (V)) for the convening of an Emergency Special Session.

15. I doubt, however, whether it is possible to describe the practice of the political organs of the United Nations with respect to the interpretation of Article 12, paragraph 1, of the Charter without taking into account the effect of the Uniting for Peace resolution on this interpretation. In the Opinion, the Court deals with resolution 377 A (V) as a separate item and merely in relation to its procedural requirements. In my opinion this resolution also had a more substantive effect, namely with regard to the interpretation of the relationship between the competences of the Security Council and the General Assembly respectively, in the field of international peace and security and has certainly expedited

> «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» (résolution 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. A 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

the development of the interpretation of the condition, contained in Article 12, paragraph 1, namely that the Assembly shall not make a recommendation with regard to a dispute or situation *while* the Security Council is exercising its functions in respect of such dispute or situation (emphasis added).

16. This effect is also recognized in doctrine. "The adoption of the 'Uniting for Peace' resolution . . . could not fail to have an effect on the weight to be given to the restriction in Article 12, paragraph 1." (Philippe Manin, in J.-P. Cot, *La Charte des Nations Unies*, 2nd ed., 1981, p. 298 *[translation by the Registry]*; see also E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, p. 46.) In actual practice the adoption of the Uniting for Peace resolution has contributed to the interpretation that, if a veto cast by a permanent member prevents the Security Council from taking a decision, the latter is no longer considered to be exercising its functions within the meaning of Article 12, paragraph 1. And the fact that a veto had been cast when the Security Council voted on a resolution dealing with the construction of the wall is determinative for the conclusion that the Security Council was no longer exercising its functions under the Charter with respect to the construction of the wall. In the present case, therefore, the conclusion that resolution ES-10/14 did not contravene Article 12, paragraph 1, of the Charter cannot be dissociated from the effect resolution 377 A (V) has had on the interpretation of that provision.

17. That such practice is accepted by both Assembly and Security Council also with regard to the procedural requirements of resolution 377 A (V) is borne out by the fact that none of the Council's members considered that the reconvening of the Assembly in Emergency Special Session on 20 October 2003 was unconstitutional and that the adoption of the resolution demanding that Israel stop and reverse the construction of the wall was therefore *ultra vires*. In this respect it is telling that this resolution (resolution ES-10/13) was tabled as a compromise by the Presidency of the European Union, among whose members were two permanent and two non-permanent members of the Security Council, less than a week after a draft resolution on the same subject had been vetoed in the Council.

18. Let me add that I agree with the Court that there has developed a practice enabling the General Assembly and the Security Council to deal in parallel with the same matter concerning the maintenance of international peace and security. I doubt, however, whether a resolution of the character of resolution ES-10/13 (which beyond any doubt is a recommendation in the sense of Article 12, paragraph 1) could have been lawfully adopted by the Assembly, whether in a regular session or in an Emergency Special Session, if the Security Council had been considering the specific issue of the construction of the wall without yet having taken a decision.

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 «Union pour le maintien de la paix» ... ne pouvait 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*, 2e 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 Etat Membre a exercé 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. A 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. The Question of Judicial Propriety

19. I must confess that I have felt considerable hesitation as to whether it would be judicially proper to comply with the request of the Assembly.

20. This hesitation had first of all to do with the question whether the Court would not be unduly politicized by giving the requested advisory opinion, thereby undermining its ability to contribute to global security and to respect for the rule of law. It must be admitted that such an opinion, whatever its content, will inevitably become part of an already heated political debate. The question is in particular pertinent as three members of the Quartet (the United States, the Russian Federation and the European Union) abstained on resolution ES-10/14 and do not seem too eager to see the Court complying with the request out of fear that the opinion may interfere with the political peace process. Such fears cannot be taken lightly since the situation concerned is a continuous danger for international peace and security and a source of immense human suffering.

21. While recognizing that the risk of a possible politicization is real, I nevertheless concluded that this risk would not be neutralized by a refusal to give an opinion. The risk should have been a consideration for the General Assembly when it envisaged making the request. Once the decision to do so had been taken, the Court was made an actor on the political stage regardless of whether it would or would not give an opinion. A refusal would just as much have politicized the Court as the rendering of an opinion. Only by limiting itself strictly to its judicial function is the Court able to minimize the risk that its credibility in upholding the respect for the rule of law is affected.

22. My hesitation was also related to the question of the object of the Assembly's request. What was the Assembly's purpose in making the request? Resolution ES-10/14 seems to give some further information in this respect in its last preambular paragraph which reads as follows:

> "*Bearing in mind* that the passage of time further compounds the difficulties on the ground, as Israel, the occupying Power, continues to refuse to comply with international law vis-à-vis its construction of the above-mentioned wall, with all its detrimental implications and consequences . . ."

Evidently the Assembly finds it necessary to take speedy action to bring to an end these detrimental implications and consequences and for this purpose it needs the views of the Court.

But the question remains: Views on what? And why the views of a judicial body on an act which has already been determined not to be in conformity with international law and the perpetrator of which has already been called upon to terminate and reverse its wrongful conduct (resolution ES-10/13)?

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 Etats-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 puisse suffire 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. The present request recalls the dilemma as seen by Judge Petrén in the *Namibia* case. He felt that the purpose of the request for an advisory opinion was in that case "above all to obtain from the Court a reply such that States would find themselves under obligation to bring to bear on South Africa pressure . . .". He called this a reversal of the natural distribution of roles as between the principal judicial organ and the political organ of the United Nations since, instead of asking the Court its opinion on a legal question in order to deduce the political consequences following from it, the opposite was done (*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. 128).

24. In the present Opinion the Court responds to the argument that the Assembly has not made clear what use it would make of an advisory opinion on the wall, with a reference to the *Nuclear Weapons* case where it said that

> "it is not for the Court itself to purport to decide whether or not an advisory opinion is needed by the Assembly for the performance of its functions. The General Assembly has the right to decide for itself on the usefulness of an opinion in the light of its own needs." (Para. 61.)

And the Court continues that it "cannot substitute its assessment of the usefulness of the opinion requested for that of the organ that seeks such opinion, namely the General Assembly" (para. 62).

25. I do not consider this answer fully satisfactory. There is quite a difference between substituting the Court's assessment of the usefulness of the opinion for that of the organ requesting it and analysing from a judicial viewpoint what the purpose of the request is. The latter is a simple necessity in order to find out what the Court as a judicial body is in a position to say. And from that point of view the request is phrased in a way which can be called odd, to put it mildly. And in actual fact the Court makes this analysis when in paragraph 39 of the Opinion it says that the use of the terms "legal consequences" arising from the construction of the wall "necessarily encompasses an assessment of whether that construction is or is not in breach of certain rules and principles of international law". I agree with that statement but not because the word "necessarily" is related to the terms of the request but because it is related to the judicial responsibility of the Court. To quote the words of Judge Dillard in the *Namibia* case:

> "when these [political] organs do see fit to ask for an advisory opinion, they must expect the Court to act in strict accordance with its judicial function. This function *precludes* it from accepting, without any enquiry whatever, a legal conclusion which itself conditions the nature and scope of the legal consequences flowing from it. It would be otherwise if the resolutions requesting an opinion were legally neutral . . ." (*I.C.J. Reports 1971*, p. 151; emphasis added.)

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 Etats 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 l'organe judiciaire principal 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 (*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. 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 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 lorsque, au paragraphe 39 de l'avis, elle déclare que l'emploi des termes «[q]uelles 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. In the present case the request is far from being "legally neutral". In order not to be precluded, from the viewpoint of judicial propriety, from rendering the opinion, the Court therefore is duty bound to reconsider the content of the request in order to uphold its judicial dignity. The Court has done so but in my view it should have done so *proprio motu* and not by assuming what the Assembly "necessarily" must have assumed, something it evidently did not.

27. Let me add that in other respects I share the views the Court has expressed with regard to the issue of judicial propriety. In particular the Court's finding that the subject-matter of the General Assembly cannot be regarded as being "only a bilateral matter between Israel and Palestine" (para. 49) is in my view worded in a felicitous way since, in regard to the issue of the existence of a bilateral dispute, it avoids the dilemma of "either/or". A situation which is of legitimate concern to the organized international community and a bilateral dispute with regard to that same situation may exist simultaneously. The existence of the latter cannot deprive the organs of the organized community of the competence which has been assigned to them by the constitutive instruments. In the present case the involvement of the United Nations in the question of Palestine is a long-standing one and, as the Court says, the subject-matter of the request is of acute concern to the United Nations (para. 50). By giving an opinion the Court therefore in no way circumvents the principle of consent to the judicial settlement of a bilateral dispute which exists simultaneously. The bilateral dispute cannot be dissociated from the subject-matter of the request, but only in very particular circumstances which cannot be spelled out in general can its existence be seen as an argument for the Court to decline to reply to the request. In this respect, I find the quotation from the *Western Sahara* Opinion in paragraph 47 of the Opinion, which contains pure circular reasoning, less than helpful.

28. If the request has been legitimately made in view of the United Nations long-standing involvement with the question of Palestine, Israel's argument that the Court does not have at its disposal the necessary evidentiary material, as this is to an important degree in the hands of Israel as a party to the dispute, does not hold water. The Court has to respect Israel's choice not to address the merits, but it is the Court's own responsibility to assess whether the available information is sufficient to enable it to give the requested opinion. And, although it is a matter for sincere regret that Israel has decided not to address the merits, the Court is right when it concludes that the available material allows it to give the opinion.

V. Merits

29. I share the Court's view that the 1907 Hague Regulations, the Fourth Geneva Convention of 1949, the 1966 Covenants on Civil and

26. Dans la présente procédure, la demande est loin d'être «juridiquement neutre». Pour ne pas être empêchée, 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 une hypothèse quant à ce que l'Assemblée aurait «nécessairement» pu présumer, ce 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 la 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. A cet égard, la citation tirée de l'avis rendu en l'affaire du *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 la 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, est 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, la quatrième convention de Genève de 1949, les pactes

Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights and the 1989 Convention on the Rights of the Child are applicable to the Occupied Palestinian Territory and that Israel by constructing the wall and establishing the associated régime has breached its obligation under certain provisions of each of these conventions.

I find no fault with the Court's reasoning in this respect although I regret that the summary of the Court's findings in paragraph 137 does not contain a list of treaty provisions which have been breached.

30. The Court has refrained from taking a position with regard to territorial rights and the question of permanent status. It has taken note of statements, made by Israeli authorities on various occasions, that the "fence" is a temporary measure, that it is not a border and that it does not change the legal status of the territory. I welcome these assurances which may be seen as the recognition of legal commitments on the side of Israel but share the Court's concern that the construction of the wall creates a fait accompli. It is therefore all the more important to expedite the political process which has to settle all territorial and permanent status issues.

31. *Self-determination* — In my view, it would have been better if the Court had also left issues of self-determination to this political process. I fully recognize that the right of self-determination is one of the basic principles of modern international law and that the realization of this right for the people of Palestine is one of the most burning issues for the solution of the Israeli-Palestinian conflict. The overriding aim of the political process, as it is embodied *inter alia* in the Roadmap, is "the emergence of an independent, democratic and viable Palestinian State living side by side in peace and security with Israel and its other neighbours" (dossier of the Secretary-General, No. 70). This goal is subscribed to by both Israel and Palestine; both are, therefore, in good faith bound to desist from acts which may jeopardize this common interest.

32. The right of self-determination of the Palestinian people is therefore imbedded in a much wider context than the construction of the wall and has to find its realization in this wider context. I readily agree with the Court that the wall and its associated régime impede the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination be it only for the reason that the wall establishes a physical separation of the people entitled to enjoy this right. But not every impediment to the exercise of a right is by definition a breach of that right or of the obligation to respect it, as the Court seems to conclude in paragraph 122. As was said by the Quartet in its statement of 16 July 2002, the terrorist attacks (and the failure of the Palestinian Authority to prevent them) cause also great harm to the legitimate aspirations of the Palestinian people and thus

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 Etat 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

seriously impede the realization of the right of self-determination. Is that also a breach of that right? And if so, by whom? In my view the Court could not have concluded that Israel had committed a breach of its obligation to respect the Palestinians' right to self-determination without further legal analysis.

33. In this respect I do not find the references to earlier statements of the Court in paragraph 88 of the Opinion very enlightening. In the *Namibia* case the Court referred in specific terms to the relations between the inhabitants of a mandate and the mandatory as reflected in the constitutive instruments of the mandate system. In the *East Timor* case the Court called the rights of peoples to self-determination in a colonial situation a right *erga omnes*, therefore a right opposable to all. But it said nothing about the way in which this "right" must be translated into obligations for States which are not the colonial Power. And I repeat the question: Is every impediment to the exercise of the right to self-determination a breach of an obligation to respect it? Is it so only when it is serious? Would the discontinuance of the impeding act restore the right or merely bring the breach to an end?

34. *Proportionality* — The Court finds that the conditions set out in the qualifying clauses in the applicable humanitarian law and human rights conventions have not been met and that the measures taken by Israel cannot be justified by military exigencies or by requirements of national security or public order (paras. 135-137). I agree with that finding but in my opinion the construction of the wall should also have been put to the proportionality test, in particular since the concepts of military necessity and proportionality have always been intimately linked in international humanitarian law. And in my view it is of decisive importance that, even if the construction of the wall and its associated régime could be justified as measures necessary to protect the legitimate rights of Israeli citizens, these measures would not pass the proportionality test. The route chosen for the construction of the wall and the ensuing disturbing consequences for the inhabitants of the Occupied Palestinian Territory are manifestly disproportionate to interests which Israel seeks to protect, as seems to be recognized also in recent decisions of the Israeli Supreme Court.

35. *Self-defence* — Israel based the construction of the wall on its inherent right of self-defence as contained in Article 51 of the Charter. In this respect it relied on Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), adopted after the terrorist attacks of 11 September 2001 against targets located in the United States.

The Court starts its response to this argument by stating that

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? A 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. A 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 Etats 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. 135-137). 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 Etats-Unis.

Dans sa réponse à cet argument, la Cour note tout d'abord que l'ar-

Article 51 recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of an armed attack by one State against another State (para. 139). Although this statement is undoubtedly correct, as a reply to Israel's argument it is, with all due respect, beside the point. Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) recognize the inherent right of individual or collective self-defence without making any reference to an armed attack by a State. The Security Council called acts of international terrorism, without any further qualification, a threat to international peace and security which authorizes it to act under Chapter VII of the Charter. And it actually did so in resolution 1373 (2001) without ascribing these acts of terrorism to a particular State. This is the completely new element in these resolutions. This new element is not excluded by the terms of Article 51 since this conditions the exercise of the inherent right of self-defence on a previous armed attack without saying that this armed attack must come from another State even if this has been the generally accepted interpretation for more than 50 years. The Court has regrettably by-passed this new element, the legal implications of which cannot as yet be assessed but which marks undeniably a new approach to the concept of self-defence.

36. The argument which in my view is decisive for the dismissal of Israel's claim that it is merely exercising its right of self-defence can be found in the second part of paragraph 139. The right of self-defence as contained in the Charter is a rule of international law and thus relates to international phenomena. Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) refer to acts of *international* terrorism as constituting a threat to *international* peace and security; they therefore have no immediate bearing on terrorist acts originating within a territory which is under control of the State which is also the victim of these acts. And Israel does not claim that these acts have their origin elsewhere. The Court therefore rightly concludes that the situation is different from that contemplated by resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) and that consequently Article 51 of the Charter cannot be invoked by Israel.

VI. Legal Consequences

37. I have voted in favour of subparagraph (3) (B), (C) and (E) of the operative part. I agree with the Court's finding with regard to the consequences of the breaches by Israel of its obligations under international law for Israel itself and for the United Nations (paras. 149-153 and 160). Since I have voted, however, against operative subparagraph (3) (D), the remainder of my opinion will explain the reasons for my dissent in a more detailed way than I did in my introductory remarks.

38. The General Assembly requests the Court to specify what are the

ticle 51 reconnaît l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat (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 (2001) et 1373 (2001) reconnaissent le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, sans faire aucunement référence à une agression armée par un Etat. 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 (2001) sans attribuer ces actes de terrorisme à un Etat 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 Etat, même si telle est l'interprétation qui est généralement acceptée depuis plus de cinquante 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 il ne fait qu'exercer son droit de légitime défense se trouve dans la seconde partie du paragraphe 139. Le droit de légitime défense tel qu'il est énoncé dans la Charte est une règle du droit international et se rapporte donc à des phénomènes internationaux. Les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) se réfèrent à des actes de terrorisme *international* en tant que ceux-ci constituent une menace à la paix et à la sécurité *internationales*; elles n'ont donc pas d'effet immédiat s'agissant des actes terroristes qui trouvent leur origine à l'intérieur d'un territoire placé sous le contrôle de l'Etat qui est aussi la victime de ces actes. Or, Israël ne prétend pas que ces actes ont leur origine en un autre lieu. C'est donc à juste titre que la Cour conclut que la situation est différente de celle qui est envisagée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) et qu'en conséquence Israël ne saurait invoquer l'article 51 de la Charte.

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. 149-153 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 consé-

legal consequences arising from the construction of the wall. If the object of the request is to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions (para. 50) it is only logical that a specific paragraph of the *dispositif* is addressed to the General Assembly. That the paragraph is also addressed to the Security Council is logical as well in view of the shared or parallel responsibilities of the two organs.

Since the Court has found that the construction of the wall and the associated régime constitute breaches of Israel's obligations under international law, it is also logical that the Court spells out what are the legal consequences for Israel.

39. Although the Court beyond any doubt is entitled to do so, the request itself does not necessitate (not even by implication) the determination of the legal consequences for other States, even if a great number of participants urged the Court to do so (para. 146). In this respect the situation is completely different from that in the *Namibia* case where the question was exclusively focused on the legal consequences for States, and logically so since the subject-matter of the request was a decision by the Security Council.

In the present case there must therefore be a special reason for determining the legal consequences for other States since the clear analogy in wording with the request in the *Namibia* case is insufficient.

40. That reason as indicated in paragraphs 155 to 158 of the Opinion is that the obligations violated by Israel include certain obligations *erga omnes*. I must admit that I have considerable difficulty in understanding why a violation of an obligation *erga omnes* by one State should necessarily lead to an obligation for third States. The nearest I can come to such an explanation is the text of Article 41 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility. That Article reads:

> "1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40. [Article 40 deals with serious breaches of obligations arising under a peremptory norm of general international law.]
>
> 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation."

Paragraph 3 of Article 41 is a saving clause and of no relevance for the present case.

41. I will not deal with the tricky question whether obligations *erga omnes* can be equated with obligations arising under a peremptory norm of general international law. In this respect I refer to the useful commentary of the ILC under the heading of Chapter III of its Articles. For argument's sake I start from the assumption that the consequences of the violation of such obligations are identical.

quences 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 Etats, même si un grand nombre de participants l'y ont invité (par. 146). A 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 Etats, 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 Etats 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 Etat entraînerait-elle nécessairement une obligation pour des Etats 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'Etat, qui se lit comme suit:

> «1. Les Etats 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 Etat 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'Etat. Je partirai de l'hypothèse que les conséquences de la violation de telles obligations sont identiques.

42. Paragraph 1 of Article 41 explicitly refers to a duty to co-operate. As paragraph 3 of the commentary states, "What is called for in the face of serious breaches is a joint and coordinated effort by all States to counteract the effects of these breaches." And paragraph 2 refers to "[c]ooperation . . . in the framework of a competent international organization, in particular the United Nations". Article 41, paragraph 1, therefore does not refer to individual obligations of third States as a result of a serious breach. What is said there is encompassed in the Court's finding in operative subparagraph (3) (E) and not in subparagraph (3) (D).

43. Article 41, paragraph 2, however, explicitly mentions the duty not to recognize as lawful a situation created by a serious breach just as operative subparagraph (3) (D) does. In its commentary the ILC refers to unlawful situations which — virtually without exception — take the form of a legal claim, usually to territory. It gives as examples "an attempted acquisition of sovereignty over territory through denial of the right of self-determination", the annexation of Manchuria by Japan and of Kuwait by Iraq, South Africa's claim to Namibia, the Unilateral Declaration of Independence in Rhodesia and the creation of Bantustans in South Africa. In other words, all examples mentioned refer to situations arising from formal or quasi-formal promulgations intended to have an *erga omnes* effect. I have no problem with accepting a duty of non-recognition in such cases.

44. I have great difficulty, however, in understanding what the duty not to recognize an illegal fact involves. What are the individual addressees of this part of operative subparagraph (3) (D) supposed to do in order to comply with this obligation? That question is even more cogent considering that 144 States unequivocally have condemned the construction of the wall as unlawful (resolution ES-10/13), whereas those States which abstained or voted against (with the exception of Israel) did not do so because they considered the construction of the wall as legal. The duty not to recognize amounts, therefore, in my view to an obligation without real substance.

45. That argument does not apply to the second obligation mentioned in Article 41, paragraph 2, namely the obligation not to render aid or assistance in maintaining the situation created by the serious breach. I therefore fully support that part of operative subparagraph (3) (D). Moreover, I would have been in favour of adding in the reasoning or even in the operative part a sentence reminding States of the importance of rendering humanitarian assistance to the victims of the construction of the wall. (The Court included a similar sentence, be it with a different scope, in its Opinion in the *Namibia* case, *I.C.J. Reports 1971*, p. 56, para. 125.)

46. Finally, I have difficulty in accepting the Court's finding that the States parties to the Fourth Geneva Convention are under an obligation

42. Le paragraphe 1 de l'article 41 vise expressément le devoir de coopérer. Etant donné que le paragraphe 3 du commentaire stipule que «[f]ace à des violations graves, un effort concerté et coordonné de tous les Etats 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'Etats 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 Commission du droit international 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. Qu'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 cent quarante-quatre Etats ont condamné sans équivoque l'édification du mur et l'ont déclarée illégale (résolution ES-10/13), tandis que les Etats 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, dès 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 Etats 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 Etats parties à la quatrième convention de Genève ont l'obligation de

to ensure compliance by Israel with humanitarian law as embodied in that Convention (paragraph 159, operative subparagraph (3) (D), last part).

In this respect the Court bases itself on common Article 1 of the Geneva Convention which reads: "The High Contracting Parties undertake to respect and *to ensure respect* for the present Convention in all circumstances." (Emphasis added.)

47. The Court does not say on what ground it concludes that this Article imposes obligations on third States not party to a conflict. The *travaux préparatoires* do not support that conclusion. According to Professor Kalshoven, who investigated thoroughly the genesis and further development of common Article 1, it was mainly intended to ensure respect of the conventions by the population as a whole and as such was closely linked to common Article 3 dealing with internal conflicts (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, pp. 3-61). His conclusion from the *travaux préparatoires* is:

> "I have not found in the records of the Diplomatic Conference even the slightest awareness on the part of government delegates that one might ever wish to read into the phrase 'to ensure respect' any undertaking by a contracting State other than an obligation to ensure respect for the Conventions by its people 'in all circumstances'." (*Ibid.*, p. 28.)

48. Now it is true that already from an early moment the International Committee of the Red Cross in its (non-authoritative) commentaries on the 1949 Convention has taken the position that common Article 1 contains an obligation for all States parties to ensure respect by other States parties. It is equally true that the Diplomatic Conference which adopted the 1977 Additional Protocols incorporated common Article 1 in the First Protocol. But at no moment did the Conference deal with its presumed implications for third States.

49. Hardly less helpful is the Court's reference to common Article 1 in the *Nicaragua* case. The Court, without interpreting its terms, observed that "such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression". The Court continued that "The United States [was] thus under an obligation not to encourage persons or groups engaged in the conflict in Nicaragua" to act in violation of common Article 3 (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 114, para. 220).

But this duty of abstention is completely different from a positive duty to ensure compliance with the law.

50. Although I certainly am not in favour of a restricted interpretation

faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention (paragraphe 159, alinéa D) du point 3 du dispositif, dernière partie).

A 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 Etats tiers qui ne sont par parties à un conflit. Les travaux préparatoires n'étayent 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. 3-61). 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 Etat 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 Comité international de la Croix-Rouge, 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 Etats parties de faire respecter les conventions par les autres Etats 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. A aucun moment, la conférence n'a cependant traité de ses conséquences possibles pour les Etats 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 Etats-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 (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-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

of common Article 1, such as may have been envisaged in 1949, I simply do not know whether the scope given by the Court to this Article in the present Opinion is correct as a statement of positive law. Since the Court does not give any argument in its reasoning, I do not feel able to support its finding. Moreover, I fail to see what kind of positive action, resulting from this obligation, may be expected from individual States, apart from diplomatic démarches.

51. For all these reasons I felt compelled to vote against operative sub-paragraph (3) (D).

(Signed) Pieter H. KOOIJMANS.

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. Etant 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 Etats, 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.