

SEPARATE OPINION OF JUDGE ELARABY

The nature and scope of United Nations responsibility — The international legal status of the Occupied Palestinian Territory — Historical survey — The law of belligerent occupation, including current situation of prolonged occupation, principle of military necessity, breaches of international humanitarian law and the erga omnes right to self-determination of the Palestinian people.

I would like to express, at the outset, my complete and unqualified support for the findings and conclusions of the Court. I consider it necessary, however, to exercise my entitlement under Article 57 of the Statute, to append this separate opinion to elaborate on some of the historical and legal aspects contained in the Advisory Opinion.

I feel obliged, with considerable reluctance, to start by referring to paragraph 8 of the Advisory Opinion. In my view, as Judge Lachs wrote in his separate opinion in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Judgment*, “A judge — as needs no emphasis — is bound to be impartial, objective, detached, disinterested and unbiased.” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 158.) Throughout the consideration of this Advisory Opinion, I exerted every effort to be guided by this wise maxim which has a wider scope than the solemn declaration every judge makes in conformity with Article 20 of the Statute of the International Court of Justice.

In this separate opinion, I will address three interrelated points:

- (i) the nature and scope of the United Nations responsibility;
- (ii) the international legal status of the Occupied Palestinian Territory;
- (iii) the law of belligerent occupation.

I. THE NATURE AND SCOPE OF THE UNITED NATIONS RESPONSIBILITY

1. The first point to be emphasized is the need to spell out the nature and the wide-ranging scope of the United Nations historical and legal responsibility towards Palestine. Indeed, the Court has referred to this special responsibility when it held that:

“The responsibility of the United Nations in this matter also has

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE ELARABY

[Traduction]

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

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

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

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

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

I. NATURE ET PORTÉE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

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

«La responsabilité de l'Organisation [des Nations Unies] à cet

its origin in the Mandate and the Partition Resolution concerning Palestine . . . this responsibility has been manifested by the adoption of many Security Council and General Assembly resolutions, and by the creation of several subsidiary bodies specifically established to assist in the realization of the inalienable rights of the Palestinian people.” (Advisory Opinion, para. 49.)

What I consider relevant to emphasize is that this special responsibility was discharged for five decades without proper regard for the rule of law. The question of Palestine has dominated the work of the United Nations since its inception, yet no organ has ever requested the International Court of Justice to clarify the complex legal aspects of the matters under its purview. Decisions with far-reaching consequences were taken on the basis of political expediency, without due regard for the legal requirements. Even when decisions were adopted, the will to follow through to implementation soon evaporated. Competent United Nations organs, including the General Assembly and the Security Council, have adopted streams of resolutions that remain wholly or partially unfulfilled. The United Nations special responsibility has its origin in General Assembly resolution 118 (II) of 29 November 1947 (hereafter, the Partition Resolution).

Proposals to seek advisory opinions prior to the adoption of the Partition Resolution were considered on many occasions in the competent subsidiary bodies but no request was ever adopted. This fact by itself confers considerable importance on the request for an advisory opinion embodied in General Assembly resolution ES-10/14 (A/ES-10/L.16), adopted on 8 December 2003, at the 23rd meeting of the resumed Tenth Emergency Special Session. The request is indeed a landmark in the United Nations consideration of the question of Palestine. The historical record of some previous attempts to seek the views of the International Court of Justice deserves to be recalled, albeit briefly.

The report of the Sub-Committee 2 in 1947 to the *Ad Hoc* Committee on the Palestinian Question recognized the necessity to clarify the legal issues. In paragraph 38, it was stated:

“The Sub-Committee examined in detail the legal issues raised by the delegations of Syria and Egypt, and its considered views are recorded in this report. There is, however, no doubt that it would be advantageous and more satisfactory from all points of view if an advisory opinion on these difficult and complex legal and constitutional issues were obtained from the highest international judicial tribunal.” (Document A/AC.14/32 and Add.1, 11 November 1947, para. 38.)

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

Il y a lieu, selon moi, de souligner que cette responsabilité spéciale est assumée depuis cinq décennies sans que la question de la primauté du droit ait reçu l'attention voulue. Si la question de la Palestine domine les travaux de l'Organisation des Nations Unies depuis sa création, aucun organe de celle-ci n'a jamais demandé à la Cour internationale de Justice de clarifier les aspects juridiques complexes de questions dont il était chargé de s'occuper. Des décisions lourdes de conséquences ont été prises pour des raisons d'opportunité politique, sans que suffisamment d'attention ait été accordée aux exigences d'ordre juridique. Par ailleurs, lorsque des décisions ont été prises, la volonté de les mettre en application s'est vite dissipée. Les organes compétents des Nations Unies, dont l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, ont adopté quantité de résolutions, qui demeurent entièrement ou partiellement inappliquées. La responsabilité spéciale de l'Organisation trouve son origine dans la résolution 181 (II) de l'Assemblée générale en date du 29 novembre 1947 (ci-après dénommée la «résolution relative au plan de partage»).

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

Dans son rapport adressé en 1947 à la commission spéciale pour la Palestine, la sous-commission 2 soulignait la nécessité de clarifier les questions d'ordre juridique. Elle déclarait ainsi, au paragraphe 38 du rapport :

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

The “difficult and complex legal and constitutional issues” revolved around:

“whether the General Assembly is competent to recommend either of the solutions proposed by the majority and by the minority respectively of the Special Committee, and whether it lies within the power of any Member or group of Members of the United Nations to implement any of the proposed solutions without the consent of the people of Palestine” (document A/AC.14/32 and Add.1, 11 November 1947, para. 37).

Several such proposals were considered. None was adopted. The Sub-Committee in its report, some two weeks before the vote on the Partition Resolution, recognized that:

“A refusal to submit this question for the opinion of the International Court of Justice would amount to a confession that the General Assembly is determined to make recommendations in a certain direction, not because those recommendations are in accord with the principles of international justice and fairness, but because the majority of the representatives desire to settle the problem in a certain manner, irrespective of what the merits of the question or the legal obligations of the parties might be. Such an attitude will not serve to enhance the prestige of the United Nations. . . .” (*Ibid.*, para. 40.)

The clear and well-reasoned arguments calling for clarification and elucidation of the legal issues fell on deaf ears. The rush to vote proceeded without clarifying the legal aspects. In this context, it is relevant to recall that the Partition Resolution fully endorsed referral of “any dispute relating to the application or interpretation”¹ of its provisions to the International Court of Justice. The referral “shall be . . . at the request of either party”². Needless to say, this avenue was also never followed.

Thus, the request by the General Assembly for an advisory opinion, as contained in resolution 10/14, represents the first time ever that the International Court of Justice has been consulted by a United Nations organ with respect to any aspect regarding Palestine. The Advisory Opinion has great historical significance as a landmark which will definitely add to its legal value.

¹ No. 181 (II), resolution adopted on the report of the *Ad Hoc* Committee on the Palestinian Question (29 November 1947), Chap. 4, para. 2.

² *Ibid.*

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

«si l'Assemblée générale est qualifiée pour recommander l'une ou l'autre des deux solutions proposées par la majorité ou par la minorité de la commission spéciale, et si un Membre ou un groupe de Membres de l'Organisation des Nations Unies a le droit de mettre à effet l'une ou l'autre des solutions proposées sans le consentement du peuple de Palestine» (doc. A/AC.14/32 et Add.1, 11 novembre 1947, par. 37).

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

«Un refus de présenter cette question à la Cour internationale de Justice en vue d'obtenir un avis équivaldrait à avouer que l'Assemblée générale est déterminée à faire des recommandations dans un certain sens, non point parce que ces recommandations sont conformes aux principes de la justice et de l'équité internationales, mais parce que la majorité des délégués désire régler le problème d'une certaine façon, sans tenir compte du fond du problème ou des obligations juridiques qui peuvent exister pour les parties. Une telle attitude n'aura point pour effet de rehausser le prestige de l'Organisation des Nations Unies...» (*Ibid.*, par. 40.)

Les arguments, solides et précis, qui militaient en faveur d'une clarification de toutes les questions juridiques ne furent pas entendus. L'on s'empressa de passer au vote, sans procéder à la clarification voulue. Dans ce contexte, il convient de rappeler que la résolution relative au plan de partage approuvait pleinement le renvoi de «[t]out différend portant sur l'application ou l'interprétation»¹ de ses dispositions à la Cour internationale de Justice, renvoi devant se faire «à la requête de l'une ou l'autre partie»². Nul besoin de préciser que cette voie n'a pas non plus été suivie.

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

¹ N° 181 (II), résolution adoptée sur la base du rapport de la Commission spéciale des Nations Unies pour la Palestine (29 novembre 1947), chap. 4, par. 2.

² *Ibid.*

II. THE INTERNATIONAL LEGAL STATUS OF THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY

2.1. The international legal status of the Palestinian Territory (paras. 70-71 of the Advisory Opinion), in my view, merits more comprehensive treatment. An historical survey is relevant to the question posed by the General Assembly, for it serves as the background to understanding the legal status of the Palestinian Territory on the one hand and underlines the special and continuing responsibility of the General Assembly on the other. This may appear as academic, without relevance to the present events. The present is however determined by the accumulation of past events and no reasonable and fair concern for the future can possibly disregard a firm grasp of past events. In particular, when on more than one occasion the rule of law was consistently side-stepped.

The point of departure, or one can say in legal jargon, the critical date, is the League of Nations Mandate which was entrusted to Great Britain. As stated in the Preamble of the Mandate for Palestine, the United Kingdom undertook "to exercise it on behalf of the League of Nations"³. The Mandate must be considered in the light of the Covenant of the League of Nations. One of the primary responsibilities of the Mandatory Power was to assist the peoples of the territory to achieve full self-government and independence at the earliest possible date. Article 22, paragraph 1, of the Covenant stipulated that the "well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilisation". The only limitation imposed by the League's Covenant upon the sovereignty and full independence of the people of Palestine was the temporary tutelage entrusted to the Mandatory Power. Palestine fell within the scope of Class A Mandates under Article 22, paragraph 4, of the Covenant, which provided that:

"Certain communities formerly belonging to the Turkish Empire have reached a stage of development where their existence as independent nations can be provisionally recognized subject to the rendering of administrative advice and assistance by a Mandatory until such time as they are able to stand alone."

The conventional wisdom and the general expectation were such that when the stage of rendering administrative advice and assistance had been concluded and the Mandate had come to an end, Palestine would be independent as of that date, since its provisional independence as a nation was already legally acknowledged by the Covenant. Moreover, the Covenant clearly differentiated between the communities which formerly belonged to the Turkish Empire, and other territories. Regarding the latter, the Mandatory Power was held responsible for the complete

³ Preamble, CMD No. 1785 (1923), reprinted in report of the United Nations Special Committee on Palestine (UNSCOP report).

II. STATUT JURIDIQUE INTERNATIONAL DU TERRITOIRE PALESTINIEN OCCUPÉ

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

Le point de départ, ou, en jargon juridique, la date critique, est constitué par le mandat que la Société des Nations avait confié à la Grande-Bretagne. Conformément à ce que disposait le préambule du mandat sur la Palestine, le Royaume-Uni «entrepri[t] de l'exercer au nom de la Société des Nations»³. Il convient d'examiner le mandat à la lumière du Pacte de la Société des Nations. L'une des responsabilités premières de la puissance mandataire consistait à aider les peuples du territoire concerné à parvenir à la pleine autonomie et à l'indépendance le plus tôt possible. Le paragraphe 1 de l'article 22 du Pacte stipulait que «[l]e bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation». La seule limitation posée par le Pacte à la souveraineté et à l'indépendance pleine et entière du peuple palestinien était la tutelle temporaire confiée à la puissance mandataire. La Palestine était classée parmi les territoires sous mandat de la catégorie A, en vertu du paragraphe 4 de l'article 22 du Pacte, qui disposait que :

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

Dans l'esprit de tous, il allait de soi que, à compter du jour où les conseils et l'aide du mandataire n'auraient plus de raison d'être, mettant ainsi fin à la période du mandat, la Palestine deviendrait indépendante, puisque son indépendance provisoire en tant que nation avait déjà été juridiquement reconnue par le Pacte. En outre, le Pacte établissait une distinction nette entre les territoires qui avaient appartenu à l'empire ottoman et les autres territoires. S'agissant de ces derniers, la responsabilité incombait à la puissance mandataire d'assurer l'administration inté-

³ Préambule, CMD n° 1785 (1923), reproduit dans le rapport de la Commission spéciale des Nations Unies pour la Palestine.

administration of the territory and was not confined to administrative advice and assistance⁴. These distinct arrangements can be interpreted as further recognition by the Covenant of the special status of the former Turkish territories which included Palestine.

In point of fact, the report submitted by Sub-Committee 2 to the *Ad Hoc* Committee on the Palestinian Question in 1947 shed more light on the status of Palestine. The report gave the conclusion that

“the people of Palestine are ripe for self-government and that it has been agreed on all hands that they should be made independent at the earliest possible date. It also follows, from what has been said above, that the General Assembly is not competent to recommend, still less to enforce, any solution other than the recognition of the independence of Palestine.” (A/AC.14/32, and Add.1, 11 November 1947, para. 18.)

The Sub-Committee further submitted the following views:

“It will be recalled that the object of the establishment of Class A Mandates, such as that for Palestine, under Article 22 of the Covenant, was to provide for a temporary tutelage under the Mandatory Power, and one of the primary responsibilities of the Mandatory was to assist the peoples of the mandated territories to achieve full self-government and independence at the earliest opportunity. It is generally agreed that that stage has now been reached in Palestine, and not only the United Nations Special Committee on Palestine but the Mandatory Power itself agree that the Mandate should be terminated and the independence of Palestine recognized.” (*Ibid.*, para. 15.)

2.2. The Court has considered the legal nature of mandated territories in both 1950 (*International Status of South West Africa, Advisory Opinion*) and 1971 (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*), and laid down both the conceptual philosophy and the legal parameters for defining the legal status of former mandated territories. The dicta of the Court emphasized the special responsibility of the international community. It is to be noted that, in the setting up of the mandates system, the Court held that

“two principles were considered to be of paramount importance: the principle of *non-annexation* and the principle that the well-being and development of such peoples form ‘*a sacred trust of civilization*’” (*I.C.J. Reports 1950*, p. 131; emphasis added).

⁴ Covenant of the League of Nations, Art. 22.

grale du territoire, et non seulement de fournir conseils et assistance en matière administrative⁴. Ces arrangements distincts peuvent être interprétés comme une reconnaissance supplémentaire, par le Pacte, du statut spécifique des anciens territoires ottomans dont faisait partie la Palestine.

De fait, le rapport soumis en 1947 à la commission spéciale pour la Palestine par la sous-commission 2 décrivait plus clairement le statut de la Palestine. Le rapport concluait :

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

La sous-commission déclarait également :

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

2.2. La Cour a examiné la nature juridique des territoires sous mandat, une première fois en 1950 (*Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif*), et une deuxième fois en 1971 (*Conséquences juridiques pour les 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*), énonçant à la fois les principes philosophiques qui devaient présider à la définition du statut juridique de territoires anciennement placés sous mandat et les paramètres juridiques à mettre en œuvre pour ce faire. Dans ses *dicta*, la Cour a mis l'accent sur la responsabilité de la communauté internationale. Il importe de noter que, décrivant le système des mandats, la Cour devait déclarer ce qui suit :

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

⁴ Article 22 du Pacte de la Société des Nations.

The two fundamental principles enunciated by the Court in 1950 apply to all former mandated territories which have not gained independence. They remain valid today for the Occupied Palestinian Territory. The territory cannot be subject to annexation by force and the future of the Palestinian people, as “a sacred trust of civilization”, is the direct responsibility and concern of the United Nations.

2.3. It should be borne in mind that General Assembly resolution 181 (II) of 29 November 1947, which partitioned the territory of mandated Palestine, called for, *inter alia*, the following steps to be undertaken:

- (i) the termination of the Mandate not later than 1 August 1948;
- (ii) the establishment of two independent States, one Arab and one Jewish;
- (iii) the period between the adoption of the Partition Resolution and “the establishment of the independence of the Arab and Jewish States shall be a transitional period”.

On 14 May 1948, the independence of the Jewish State was declared. The Israeli declaration was “by virtue of [Israel’s] natural and historic right” and based “on the strength of the resolution of the United Nations General Assembly”⁵. The independence of the Palestinian Arab State has not yet materialized.

That there “shall be a transitional period” pending the establishment of the two States is a determination by the General Assembly within its sphere of competence and should be binding on all Member States as having legal force and legal consequences⁶. This conclusion finds support in the jurisprudence of the Court.

The Court has held in the *Namibia* case that when the General Assembly declared the Mandate to be terminated,

“‘South Africa has no other right to administer the Territory’. This is not a finding on facts, but the formulation of a legal situation. For it would not be correct to assume that, because the General Assembly is in principle vested with recommendatory powers, it is debarred from adopting, in specific cases within the framework of its competence, resolutions which make determinations or have operative design.” (*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. 50, para. 105.)

⁵ *Laws of the State of Israel*, Vol. I, p. 3.

⁶ Moreover, Judge Weeramantry, in his dissenting opinion in the *East Timor* case, considered that “a resolution containing a decision within its proper sphere of competence may well be *productive of legal consequences*” (*East Timor (Portugal v. Australia)*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 186; emphasis added).

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

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

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

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

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

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

«l'Afrique du Sud n'a[vait] aucun autre droit d'administrer le Territoire». Elle n'a[vait] pas ainsi tranché des faits mais décrit une situation juridique. Il serait en effet inexact de supposer que, parce qu'elle possède en principe le pouvoir de faire des recommandations, l'Assemblée générale est empêchée d'adopter, dans des cas déterminés relevant de sa compétence, des résolutions ayant le caractère de décisions ou procédant d'une intention d'exécution.» (*Conséquences juridiques pour les 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. 50, par. 105.*)

⁵ *Laws of the State of Israel*, vol. I, p. 3.

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

The Court, moreover, has previously held, in the *Certain Expenses* case, that the decisions of the General Assembly on “important questions” under Article 18, “have dispositive force and effect” (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 163).

The legal force and effect of a General Assembly resolution adopted by the General Assembly “within the framework of its competence” is therefore well established in the Court’s jurisprudence. On that basis, it is submitted that two conclusions appear imperative:

- (a) the United Nations is under an obligation to pursue the establishment of an independent Palestine, a fact which necessitates that the General Assembly’s special legal responsibility not lapse until the achievement of this objective;
- (b) the transitional period referred to in the Partition Resolution serves as a legal nexus with the Mandate. The notion of a transitional period carrying the responsibilities emanating from the Mandate to the present is a political reality, not a legal fiction, and finds support in the dicta of the Court, in particular, that former mandated territories are the “sacred trust of civilization” and “cannot be annexed”. The stream of General Assembly and Security Council resolutions on various aspects of the question of Palestine provides cogent proof that this notion of a transitional period is generally, albeit implicitly, accepted.

2.4. The legal status of the Occupied Palestinian Territories cannot be fully appreciated without an examination of *Israel’s contractual undertakings* to respect the territorial integrity of the territory, and to withdraw from the occupied territories. The withdrawal and the territorial integrity injunctions are based on Security Council resolution 242 (1967) which is universally considered as the basis for a just, viable and comprehensive settlement. Resolution 242 (1967) is a multidimensional resolution which addresses various aspects of the Arab-Israeli dispute. I will focus only on the territorial dimension of resolution 242 (1967): the resolution contained two basic principles which defined the scope and the status of the territories occupied in 1967 and confirmed that occupied territories have to be “de-occupied”: resolution 242 (1967) emphasized the inadmissibility of acquisition of territory by war, thus prohibiting the annexation of the territories occupied in the 1967 conquest. It called for the withdrawal of Israeli armed forces from the territories occupied in the conflict. On 22 October 1973, the Security Council adopted resolution 338 (1973) which reiterated the necessity to implement resolution 242 (1967) “in all of its parts” (S/RES/338 of 22 October 1973, para. 2).

Following resolution 242 (1967), several undertakings to end the Israeli military occupation, while reserving the territorial integrity of the West Bank and Gaza, were made by Israel:

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

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

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

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

A la suite de l'adoption de la résolution 242 (1967), Israël a pris plusieurs initiatives visant à mettre fin à son occupation militaire, tout en réservant la question de l'intégrité territoriale de la Cisjordanie et de Gaza :

- (a) The Camp David Accords of 17 September 1978, in which Israel agreed that the basis for a peaceful settlement of the conflict with its neighbours is United Nations Security Council resolution 242 (1967) in all its parts.
- (b) The Oslo Accord, signed in Washington, D.C. on 13 September 1993, which was a bilateral agreement between Israel and Palestine. Article IV of the Oslo Accord provides that “the two sides view the West Bank and the Gaza Strip as a single territorial unit whose integrity will be preserved during the interim period”.
- (c) The Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip, signed in Washington, D.C. on 28 September 1995, reiterated the commitment to respect the integrity and status of the Territory during the interim period. In addition, Article XXXI (7) provided that “[n]either side shall initiate or take any step that will change the status of the West Bank and the Gaza Strip pending the outcome of the permanent status negotiations”.

Thus Israel undertook to carry out the following obligations:

- (i) to withdraw in conformity with resolution 242 (1967);
- (ii) to respect the territorial integrity of the West Bank and the Gaza Strip; and
- (iii) to refrain from taking any step that would change the status of the West Bank and Gaza.

These undertakings were contractual and are legally binding on Israel.

2.5. Yet, notwithstanding the general prohibition against annexing occupied territories, the dicta of the Court on the legal nature of former mandatory territories, and in clear contravention of binding bilateral undertakings, on 14 April 2004, the Prime Minister of Israel addressed a letter to the President of the United States. Attached to the letter is a Disengagement Plan which one has to interpret as authoritatively reflecting Israel’s intention to annex Palestinian territories. The Disengagement Plan provides that

“it is clear that in the West Bank, there are areas which will be part of the State of Israel, including cities, towns and villages, security areas and installations, and other places of special interest to Israel”.

The clear undertakings to withdraw and to respect the integrity and status of the West Bank and Gaza legally debar Israel from infringing upon or altering the international legal status of the Palestinian territory. The construction of the wall, with its chosen route and associated régime, has to be read in the light of the Disengagement Plan. It is safe to assume that the construction was conceived with a view to annexing Palestinian territories, “cities, towns and villages” in the West Bank which “will be part of the State of Israel”. The letter of the Prime Minister of Israel was

- a) les accords de Camp David du 17 septembre 1978, dans lesquels Israël est convenu que la base d'un règlement pacifique du conflit avec ses voisins était l'application de la résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité, dans toutes ses parties;
- b) l'accord d'Oslo, signé à Washington le 13 septembre 1993, qui est un accord bilatéral entre Israël et la Palestine, dont l'article IV dispose que «[I]es deux parties considèrent la Cisjordanie et la bande de Gaza comme une unité territoriale unique, dont l'intégrité sera préservée au cours de la période intérimaire»;
- c) l'accord intérimaire israélo-palestinien sur la rive occidentale et la bande de Gaza, signé à Washington le 28 septembre 1995, qui réaffirme l'engagement à respecter l'intégrité et le statut du territoire durant la période intérimaire. Son article XXXI (7) dispose en outre qu'«[a]ucune des deux parties n'entreprind[ra] ni ne prend[ra] de mesure à même de modifier le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza avant que les négociations sur le statut permanent n'aboutissent».

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

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

De nature contractuelle, ces engagements lient juridiquement Israël.

2.5. Néanmoins, en dépit de l'interdiction générale d'annexer des territoires occupés, des *dicta* de la Cour sur le statut juridique des territoires anciennement sous mandat, et en violation flagrante d'engagements bilatéraux juridiquement contraignants, le premier ministre d'Israël a, le 14 avril 2004, adressé au président des Etats-Unis d'Amérique une lettre comportant en annexe un plan de désengagement devant être interprété comme traduisant officiellement l'intention d'Israël d'annexer des territoires palestiniens. Le plan de désengagement dispose notamment ce qui suit:

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

Par ses engagements sans équivoque à se retirer et à respecter l'intégrité et le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, Israël s'est interdit de violer ou de modifier le statut juridique international du territoire palestinien. L'édification du mur, son tracé et le régime qui lui est associé doivent être considérés à la lumière du plan de désengagement. On peut raisonnablement supposer que l'édification du mur a été conçue dans le but d'annexer des territoires, «des villes et des villages» palestiniens de la Cisjordanie, qui «feront partie de l'Etat d'Israël». La lettre du premier

dated 14 April 2004, over two months before the delivery of the Advisory Opinion.

The Court reached the correct conclusion regarding the characterization of the wall when it held that:

“the construction of the wall and its associated régime create a ‘fait accompli’ on the ground that could well become permanent, in which case, and notwithstanding the formal characterization of the wall by Israel, it would be tantamount to *de facto* annexation” (Advisory Opinion, para. 121).

It is submitted that this finding should have been reflected in the *dispositif* with an affirmation that the Occupied Palestinian Territory cannot be annexed. It would also have been appropriate, in my view, to refer to the implications of the letter of the Prime Minister of Israel and its attachments and to underline that what it purports to declare is a breach of Israel’s obligations and contrary to international law.

III. THE LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION

The Court was requested by the General Assembly to urgently render an advisory opinion on “the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory” (A/RES/ES-10/14-A/ES-10/L.16). The focus of the request evolves around the law of belligerent occupation. As already stated, I do concur with the reasoning and conclusions in the Advisory Opinion. I feel constrained, however, to emphasize and elaborate on some points:

- (a) the prolonged occupation;
- (b) the scope and limitations of the principle of military necessity;
- (c) the grave breaches of international humanitarian law; and
- (d) the right to self-determination.

3.1. The prohibition of the use of force, as enshrined in Article 2, paragraph 4, of the Charter, is no doubt the most important principle that emerged in the twentieth century. It is universally recognized as a *jus cogens* principle, a peremptory norm from which no derogation is permitted. The Court recalls in paragraph 87, the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States (resolution 2625 (XXV)), which provides an agreed interpretation of Article 2 (4). The Declaration “emphasized that ‘No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal’” (Advisory Opinion, para. 87). The general principle that an illegal act cannot produce legal rights — *ex injuria jus non oritur* — is well recognized in international law.

ministre d'Israël était datée du 14 avril 2004, soit plus de deux mois avant le prononcé de l'avis consultatif.

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

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

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

III. DROIT RELATIF À L'OCCUPATION BELLIGÉRANTE

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

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

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

The Israeli occupation has lasted for almost four decades. Occupation, regardless of its duration, gives rise to a myriad of human, legal and political problems. In dealing with prolonged belligerent occupation, international law seeks to “perform a holding operation pending the termination of the conflict”⁷. No one underestimates the inherent difficulties that arise during situations of prolonged occupation. A prolonged occupation strains and stretches the applicable rules, however, the law of belligerent occupation must be fully respected regardless of the duration of the occupation.

Professor Christopher Greenwood provided a correct legal analysis which I share. He wrote:

“Nevertheless, there is no indication that international law permits an occupying power to disregard provisions of the Regulations or the Convention merely because it has been in occupation for a long period, not least because there is no body of law which might plausibly take their place and no indication that the international community is willing to trust the occupant with *carte blanche*.”⁸

Both Israelis and Palestinians are subjected to untold sufferings. Both Israelis and Palestinians have a right to live in peace and security. Security Council resolution 242 (1967) affirmed the right “of every State in the area . . . to live in peace within secure and recognized boundaries free from threats or acts of force” (S/RES/242 (1967), para. 1 (ii)). These are solemn reciprocal rights which give rise to solemn legal obligations. The right to ensure and enjoy security applies to the Palestinians as well as to the Israelis. Security cannot be attained by one party at the expense of the other. By the same token of corresponding rights and obligations, the two sides have a reciprocal obligation to scrupulously respect and comply with the rules of international humanitarian law by respecting the rights, dignity and property of the civilians. Both sides are under a legal obligation to measure their actions by the identical yardstick of international humanitarian law which provides protection for the civilian population.

The Court has very clearly held, in the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* case, that

“The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must con-

⁷ C. Greenwood, “The Administration of Occupied Territory in International Law”, *International Law and the Administration of Occupied Territories*, E. Playfair, ed., 1992, pp. 262-263.

⁸ *Ibid.*

L'occupation israélienne dure depuis près de quatre décennies. Quelle qu'en soit sa durée, une occupation provoque des problèmes humains, juridiques et politiques sans nombre. En se penchant sur l'occupation belligérante prolongée, le droit international cherche à « parvenir à une solution provisoire dans l'attente de la fin du conflit »⁷. Personne ne sous-estime les difficultés inhérentes à une situation d'occupation prolongée. Même si une telle occupation, en mettant à l'épreuve les règles applicables, tend à les affaiblir, le droit relatif à l'occupation doit être pleinement respecté, quelle que soit la durée de l'occupation.

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

« Toutefois, rien n'indique que le droit international autorise une puissance occupante à méconnaître les dispositions du règlement ou de la convention pour la seule raison que l'occupation dure depuis longtemps, notamment parce qu'aucun ensemble de dispositions ne saurait réellement les remplacer et que rien ne laisse à penser que la communauté internationale soit disposée à laisser carte blanche à l'occupant. »⁸

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

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

« Les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire sont les suivants. Le premier principe est destiné à protéger la population civile et les biens de caractère civil, et établit la distinction entre combattants et non-combattants; les Etats ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence

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

⁸ *Ibid.*

sequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets. According to the second principle, it is prohibited to cause unnecessary suffering to combatants: it is accordingly prohibited to use weapons causing them such harm or uselessly aggravating their suffering. In application of that second principle, States do not have unlimited freedom of choice of means in the weapons they use.” (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 257, para. 78.)

The fact that occupation is met by armed resistance cannot be used as a pretext to disregard fundamental human rights in the occupied territory. Throughout the annals of history, occupation has always been met with armed resistance. Violence breeds violence. This vicious circle weighs heavily on every action and every reaction by the occupier and the occupied alike.

The dilemma was pertinently captured by Professors Richard Falk and Burns Weston when they wrote

“the occupier is confronted by threats to its security that arise . . . primarily, and especially in the most recent period, from a pronounced and sustained failure to restrict the character and terminate its occupation so as to restore the sovereign rights of the inhabitants. Israeli occupation, by its substantial violation of Palestinian rights, has itself operated as an inflaming agent that threatens the security of its administration of the territory, inducing reliance on more and more brutal practices to restore stability which in turn provokes the Palestinians even more. In effect, the illegality of the Israeli occupation regime itself set off an escalatory spiral of resistance and repression, and under these conditions all considerations of morality and reason establish a right of resistance inherent in the population. This right of resistance is an implicit legal corollary of the fundamental legal rights associated with the primacy of sovereign identity and assuring the humane protection of the inhabitants.”⁹

I wholeheartedly subscribe to the view expressed by Professors Falk and Weston, that the breaches by both sides of the fundamental rules of humanitarian law reside in “the illegality of the Israeli occupation regime itself”. Occupation, as an illegal and temporary situation, is at the heart of the whole problem. The only viable prescription to end the grave violations of international humanitarian law is to end occupation.

The Security Council has more than once called for ending the occu-

⁹ Falk and Weston, “The Relevance of International Law to Israeli and Palestinian Rights in the West Bank and Gaza”, *International Law and the Administration of Occupied Territories*, E. Playfair, ed., 1992, Chap. 3, pp. 146-147.

utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Selon le second principe, il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants: il est donc interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrances; en application de ce second principe, les États n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient.» (*Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, par. 78.)

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

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

«L'occupant est l'objet de menaces contre sa sécurité qui découlent ... principalement, et tout particulièrement dans la période la plus récente, de son incapacité marquée et constante à restreindre le champ de son occupation et à mettre fin à celle-ci de manière à restaurer les droits souverains des habitants. L'occupation israélienne, de par les violations considérables des droits des Palestiniens à laquelle elle a donné lieu, a elle-même agi comme un facteur d'embrasement menaçant la sécurité de l'administration israélienne du territoire, l'amenant à recourir à des pratiques de plus en plus brutales en vue de rétablir la stabilité, pratiques qui attisent plus encore la colère des Palestiniens. Dans les faits, l'illicéité du régime d'occupation israélien a elle-même déclenché une spirale de résistance et de répression, et, dans ces conditions, la morale et la raison confèrent à la population un droit naturel de résistance. Ce droit de résistance est un corollaire juridique implicite des droits juridiques fondamentaux associés à la primauté de l'identité souveraine et à la nécessité de garantir la protection des habitants.»⁹

Je souscris entièrement à l'opinion exprimée par MM. Falk et Weston, selon laquelle les violations, par les deux parties, des règles fondamentales du droit humanitaire tiennent à «l'illicéité du régime d'occupation israélien ... elle-même». L'occupation, en tant que situation illégale et temporaire, est l'élément central du problème. Le seul moyen viable de mettre un terme aux graves violations du droit international humanitaire consiste à en finir avec l'occupation.

A plusieurs reprises, le Conseil de sécurité a demandé à ce qu'il soit mis

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

pation. On 30 June 1980, the Security Council reaffirmed “the overriding necessity for ending the prolonged occupation of Arab territories occupied by Israel since 1967, including Jerusalem” (S/RES/476 (1980)). Notwithstanding this clarion call, the Palestinians are still languishing under a heavy-handed, prolonged occupation.

3.2. The Court, in paragraph 135, rejected the contention that the principle of military necessity can be invoked to justify the construction of the wall. The Court held that:

“However, on the material before it, the Court is not convinced that the destructions carried out contrary to the prohibition in Article 53 of the Fourth Geneva Convention were rendered absolutely necessary by military operations.” (Advisory Opinion, para. 135.)

I fully share this finding. Military necessities and military exigencies could arguably be advanced as justification for building the wall had Israel proven that it could perceive no other alternative for safeguarding its security. This, as the Court notes, Israel failed to demonstrate. A distinction must be drawn between building the wall as a security measure, as Israel contends, and accepting that the principle of military necessity could be invoked to justify the unwarranted destruction and demolition that accompanied the construction process. Military necessity, if applicable, extends to the former and not the latter. The magnitude of the damage and injury inflicted upon the civilian inhabitants in the course of building the wall and its associated régime is clearly prohibited under international humanitarian law. The destruction of homes, the demolition of the infrastructure, and the despoilment of land, orchards and olive groves that has accompanied the construction of the wall cannot be justified under any pretext whatsoever. Over 100,000 civilian non-combatants have been rendered homeless and hapless.

It is a fact that the law of belligerent occupation contains clauses which confer on the occupying Power a limited leeway for military necessities and security. As in every exception to a general rule, it has to be interpreted in a strict manner with a view to preserving the basic humanitarian considerations. The Secretary-General reported to the General Assembly on 24 November 2003 that he recognizes “Israel’s right and duty to protect its people against terrorist attacks. However, that duty should not be carried out in a way that is in contradiction to international law . . .” (A/ES-10/248, para. 30.)

The jurisprudence of the Court has been consistent. In the 1949 *Corfu Channel* case, the Court referred to the core and fabric of the rules of humanitarian law as “elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war” (*Corfu Channel, Merits, Judgment, 1949, I.C.J. Reports 1949*, p. 22). In the case concerning *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, the Court held that

un terme à l'occupation. Le 30 juin 1980, il a réaffirmé «la nécessité impérieuse de mettre fin à l'occupation prolongée des territoires arabes occupés par Israël depuis 1967, y compris Jérusalem» (S/RES/476 (1980)). Malgré cet appel ferme et sans équivoque, les Palestiniens continuent de dépérir sous une occupation brutale et prolongée.

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

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

Je souscris entièrement à cette constatation. Les nécessités et les exigences militaires pourraient éventuellement être invoquées pour justifier l'édification du mur si Israël avait démontré qu'il ne voyait pas d'autre solution pour préserver sa sécurité. Ainsi que la Cour le relève, Israël n'en apporte pas la preuve. Il convient d'établir une distinction entre édifier un mur pour assurer la sécurité d'Israël, comme celui-ci le prétend, et accepter que le principe de la nécessité militaire puisse être invoqué pour justifier les destructions qui ont accompagné la construction de cet ouvrage. S'il était applicable, le critère de la nécessité militaire concernerait le premier cas et non le second. Par leur ampleur, les pertes et les préjudices causés aux populations civiles par l'édification du mur et le régime qui lui est associé sont manifestement contraires au droit international humanitaire. La destruction d'habitations et d'infrastructures, la confiscation de terres, vergers et oliveraies qui ont accompagné l'édification du mur ne peuvent se justifier sous aucun prétexte. Plus de cent mille civils non combattants ont perdu leur logement et se trouvent maintenant en situation de détresse.

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

La jurisprudence de la Cour en la matière est constante. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou* de 1948, la Cour s'est référée à ce qui constitue le noyau et la structure des règles du droit humanitaire, à savoir «des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre» (*Détroit de Corfou, fond, arrêt, 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 22*). Dans l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a estimé que

“these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 257, para. 79).

In the final analysis, I have reached the same conclusion as Professor Michael Schmitt, that

“Military necessity operates within this paradigm to prohibit acts that are not militarily necessary; it is a principle of limitation, not authorization. In its legal sense, military necessity justifies nothing.”¹⁰

The Court reached the same conclusion. The Court held that

“In the light of the material before it, the Court is not convinced that the construction of the wall along the route chosen was the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction.” (Advisory Opinion, para. 140.)

3.3. It is relevant to recall, moreover, that the reading of the reports by the two Special Rapporteurs, John Dugard and Jean Ziegler, leaves no doubt that as an occupying Power, Israel has committed grave breaches. The pattern and the magnitude of the violations committed against the non-combatant civilian population in the ancillary measures associated with constructing the wall, are, in my view, “extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly” (Fourth Geneva Convention, Art. 147). In the area of extending protection to civilians, the rules of international humanitarian law have progressively developed since the conclusion of the Geneva Conventions and Additional Protocols. It is submitted that the Court should have contributed to the development of the rules of *jus in bello* by characterizing the destruction committed in the course of building the wall as grave breaches.

3.4. The Court underlined the paramount importance of the right to self-determination in our contemporary world and held in paragraph 88: “The Court indeed made it clear that the right of peoples to self-determination is today a right *erga omnes* (see *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 102, para. 29).” Moreover, the Court notes that the route chosen for the wall and the measures taken “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” (Advisory Opinion, para. 122). This legally authoritative dictum, which has my full support, was confined to the reasoning.

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

«[c]es règles fondamentales s'imposent ... à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 257, par. 79).

En définitive, je suis parvenu à la même conclusion que M. Michael Schmitt, lorsqu'il écrit :

«La nécessité militaire repose sur un principe interdisant les actes qui, d'un point de vue militaire, ne sont pas nécessaires ; il s'agit d'un principe de limitation et non pas d'autorisation. Dans son acception juridique, la nécessité militaire ne justifie rien.»¹⁰

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

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

3.3. Il convient de rappeler, en outre, que la lecture des rapports établis par les deux rapporteurs spéciaux, MM. John Dugard et Jean Ziegler, ne laisse aucun doute quant aux graves violations commises par Israël, puissance occupante. La forme et l'ampleur des violations commises à l'encontre de la population civile non combattante et les mesures annexes qui ont été associées à l'édification du mur constituent, à mon sens, une «destruction et [une] appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire» (art. 147 de la quatrième convention de Genève). En matière de protection des populations civiles, les règles du droit international humanitaire ont progressivement évolué depuis la conclusion des conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels. La Cour aurait dû contribuer au développement des règles du *jus in bello* en qualifiant les destructions commises lors de l'édification du mur de graves violations.

3.4. La Cour a souligné l'importance fondamentale que revêt le droit à l'autodétermination dans le monde contemporain, en déclarant au paragraphe 88 : «La Cour a même précisé qu'aujourd'hui le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable *erga omnes* (voir *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29).» Par ailleurs, la Cour note que le tracé du mur tel qu'il a été fixé et les mesures prises «dresse[nt] ... 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» (avis consultatif, par. 122). Or, cette observation déterminante d'un point de vue juri-

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

The legal consequences that flow for all States from measures which severely impede the exercise by the Palestinians of an *erga omnes* right, should, in my view, have been included in the *dispositif*.

CONCLUSION

I now approach my final comment. It is a reflection on the future. The Court, in paragraph 162, observes that in its view

“this tragic situation can be brought to an end only through implementation in good faith of all relevant Security Council resolutions, in particular resolutions 242 (1967) and 338 (1973)” (Advisory Opinion, para. 162).

This finding by the Court reflects a lofty objective that has eluded the international community for a very long time. Since 22 November 1967, all efforts have been aimed at ensuring the implementation of Security Council resolution 242 (1967) which was adopted unanimously. In the course of its 37-year lifespan, Security Council resolution 242 (1967) has been both praised and vilified. Yet detractors and supporters alike agree that the balance in its provisions represent the only acceptable basis for establishing a viable and just peace. The Security Council, in the aftermath of the 1973 armed conflict, adopted resolution 338 (1973), which called upon the parties concerned “to start immediately after the ceasefire *the implementation of Security Council resolution 242 (1967) in all of its parts*” (emphasis added). The obligations emanating from these resolutions are obligations of result of paramount importance. They are synalagmatic obligations in which the obligation of each party constitutes the *raison d'être* of the obligation of the other. It is legally wrong and politically unsound to transform this obligation of result into a mere obligation of means, confining it to a negotiating process. Any attempt to tamper with such solemn obligation would not contribute to an outcome based on a solid foundation of law and justice.

The establishment of “a just and lasting peace”, as called for in Security Council resolution 242 (1967), necessitates the full implementation of the corresponding obligations by the two parties. The Advisory Opinion should herald a new era as the first concrete manifestation of a meaningful administration of justice related to Palestine. It is hoped that it will provide the impetus to steer and direct the long-dormant quest for a just peace.

(Signed) Nabil ELARABY.

dique, et à laquelle je souscris pleinement, ne figure que dans le raisonnement. Les conséquences juridiques découlant, pour tous les Etats, de mesures qui dressent un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien d'un droit opposable *erga omnes* auraient dû, à mon sens, être mentionnées dans le dispositif.

CONCLUSION

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

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

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

L'instauration d'une paix «juste et durable», telle qu'envisagée dans la résolution 242 (1967), exige des deux parties qu'elles s'acquittent pleinement de leurs obligations respectives. En tant que première manifestation concrète d'une véritable administration de la justice concernant la Palestine, l'avis consultatif devrait marquer le début d'une ère nouvelle. Je veux croire qu'il permettra de créer une dynamique susceptible de guider et d'inspirer la recherche, longtemps paralysée, d'une paix juste.

(Signé) Nabil ELARABY.