

## SEPARATE OPINION OF JUDGE OWADA

*The issue of judicial propriety in exercising jurisdiction in advisory proceedings is a factor to be examined by the Court proprio motu, if necessary — Relevance of the existence of a bilateral dispute in the subject-matter of the request as such is not to be a bar for the Court in exercising jurisdiction, but nonetheless a factor to be considered in determining how the Court should deal with the subject-matter of the request without impinging upon the problem of regulating the very dispute between the parties — The Court should have approached the issue of exercising judicial propriety, not simply in relation to the question as to whether it should comply with the request for an advisory opinion, but also in relation to the question as to how it should exercise jurisdiction with a view to ensuring fairness in the administration of justice in a case which clearly is related to a bilateral dispute, including the issue of appointing a judge ad hoc — Consideration of fairness in the administration of justice requires equitable treatment of the positions of both sides involved in the subject-matter in terms of the assessment both of facts and of law involved — Condemnation of the tragic circle of indiscriminate mutual violence perpetrated by both sides against innocent civilian population should be an important segment of the Opinion of the Court.*

1. I concur with the conclusions of the Opinion of the Court both on the preliminary issues (jurisdiction and judicial propriety) and on most of the points belonging to the merits of the substantive issues involved. Nevertheless, not only have I some disagreements on certain specific points in the Opinion, but I have some serious reservations about the way the Court has proceeded in this case. While I acknowledge that the way in which the Court has proceeded with the present case has to a large extent been made inevitable under the somewhat extraordinary and unique circumstances of the case that are not always attributable to the responsibility of the Court, I feel it incumbent upon me to make my position clear, by pointing to some of the problematic aspects of the way in which the Court has proceeded in the present case.

2. The Court has reached its conclusions on the preliminary issues on jurisdiction and on judicial propriety of exercising this jurisdiction primarily on the basis of the statements put forward by the participants in the course of its written and oral proceedings. The reasons for the Court to arrive at these conclusions are set out in paragraphs 24-67. These, as such, raise no major disagreement on my part. However, I believe that the issue of jurisdiction and especially the issue of judicial propriety is a matter that the Court should examine, *proprio motu* if necessary, in order to ensure that it is not only *right* as a matter of law but also *proper* as a matter of judicial policy for the Court as a judicial body to exercise juris-

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

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

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

2. Pour formuler ses conclusions sur les questions préliminaires de la compétence et de l'opportunité judiciaire de l'exercice de celle-ci, la Cour s'est essentiellement fondée sur les exposés des participants à la procédure écrite et à la procédure orale. Elle dit quelles raisons l'avaient amenée à ces conclusions aux paragraphes 24 à 67 de l'avis. En tant que telles, ces raisons ne m'inspirent aucune objection majeure. J'estime toutefois que la Cour doit examiner la question de la compétence et, en particulier celle de l'opportunité judiciaire, *proprio motu* au besoin, pour apprécier non seulement si elle est fondée en droit à exercer sa compétence en tant qu'organe judiciaire dans le contexte précis de l'espèce, mais aussi en quoi

diction in the concrete context of the case. This means, at least to my mind, that the Court would be required to engage in an in-depth scrutiny of all aspects of the particular circumstances of the present case relevant to the consideration of the case, if necessary going beyond what has been argued by the participants. One of such aspects of the present case is the implication of the existence of a bilateral dispute in the subject-matter of the request for an advisory opinion.

3. The original Statute of the Permanent Court of International Justice contained no express provisions relating to advisory jurisdiction. Only the Covenant of the League of Nations, in its Article 14, stipulated that “[t]he Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly”. It was this provision that came to form the legal basis for the exercise of advisory function by the Permanent Court of International Justice.

4. While the purport of this provision according to the intention of the founding fathers of the League does not appear to have been entirely clear nor unified, one of the points that clearly emerge from the legislative history of the Covenant is that the purpose of the advisory function of the Permanent Court consisted from the beginning in aiding the League in the peaceful settlement of a concrete dispute before the Council of the League, in particular in the context of the procedures provided for in Articles 12 to 16 of the Covenant<sup>1</sup>.

5. When the Rules of Court were drafted in 1922 following the establishment of the Permanent Court, four articles (71-74) were consecrated to advisory procedure. They affirmed the “judicial character” of the advisory function of the new Court and paved the way for the later fuller assimilation of advisory to contentious procedure<sup>2</sup>. Indeed, the Report of the Committee [of the Permanent Court of International Justice], appointed on 2 September 1927, stated as follows:

“The Statute does not mention advisory opinions, but leaves to the Court the entire regulation of its procedure in the matter. The Court, in the exercise of this power, deliberately and advisedly assimilated its advisory procedure to its contentious procedure; and the results have abundantly justified its action. Such prestige as the Court to-day enjoys as a judicial tribunal is largely due to the amount of its advisory business and the judicial way in which it has dealt with such business. In reality, where there are . . . contending parties, the difference between contentious cases and advisory cases is only nominal. The main difference is the way in which the case comes before the Court, and even this difference may virtually dis-

---

<sup>1</sup> See, in particular, Michla Pomerance, *The Advisory Function of the International Court in the League and U.N. Eras*, 1973, p. 9.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 14.

il est opportun pour elle de le faire du point de vue de la politique judiciaire. C'est dire, au moins de mon point de vue, qu'elle sera amenée à s'arrêter longuement sur tous les aspects propres aux circonstances particulières de la cause, en allant au besoin au-delà des arguments avancés par les participants. En l'espèce, l'un de ces aspects à examiner de près correspond aux incidences de l'existence d'un différend bilatéral à l'arrière-plan de la demande d'avis consultatif.

3. Le Statut originel de la Cour permanente de Justice internationale ne comportait aucune disposition expressément consacrée à la compétence consultative. Seul le Pacte de la Société des Nations, en son article 14, stipulait que «[la Cour] donnera[it] aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point, dont la saisira[it] le Conseil ou l'Assemblée». Ce fut cette disposition qui constitua finalement le fondement juridique de l'exercice d'une fonction consultative par la Cour permanente de Justice internationale.

4. Si, dans l'intention des pères fondateurs de la Société des Nations, l'objet de cette disposition ne semble pas avoir été tout à fait clair ni homogène, l'un des points qui ressort clairement de l'histoire législative du Pacte est que la finalité de la fonction consultative de la Cour permanente a consisté dès le début à faciliter à la Société des Nations le règlement pacifique de différends concrets portés devant son Conseil, en particulier dans le contexte des procédures visées aux articles 12 à 16 du Pacte<sup>1</sup>.

5. Lorsque, en 1922, peu après la création de la Cour permanente, fut élaboré le règlement de cette dernière, quatre articles (les articles 71 à 74) furent dévolus à la procédure consultative. Ceux-ci consacraient le «caractère judiciaire» de cette fonction de la Cour et laissaient prévoir que serait ultérieurement poussée plus loin l'assimilation de la procédure consultative à la procédure contentieuse<sup>2</sup>. En effet, le Comité de la Cour permanente de Justice internationale, constitué le 2 septembre 1927, déclarait dans son rapport:

«Le Statut ne mentionne pas les avis consultatifs, mais laisse à la Cour le soin de régler entièrement sa procédure en cette matière. La Cour, dans l'exercice de ses pouvoirs, a délibérément et intentionnellement assimilé la procédure consultative à la procédure contentieuse; et les résultats obtenus ont abondamment justifié cette attitude. Le prestige dont peut jouir la Cour actuellement en tant que tribunal judiciaire est dans une large mesure dû à l'importance de son activité consultative et à la façon judiciaire dont elle a réglé cette activité. En réalité, lorsqu'en fait il se trouve des parties en présence, il n'y a qu'une différence purement nominale entre les affaires contentieuses et les affaires consultatives. La différence principale réside

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

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 14.

appear, as it did in the Tunisian case. So the view that advisory opinions are not binding is more theoretical than real.” (*P.C.I.J., Series E, No. 4*, p. 76.)

6. In fact, when the Permanent Court declined to exercise jurisdiction to give a requested advisory opinion in the *Status of Eastern Carelia* case (*P.C.I.J., Series B, No. 5*), the main rationale of this decision lay precisely on this point. The specific issue referred to the Court was whether

“Articles 10 and 11 of the Treaty of Peace between Finland and Russia [of 1920] and the annexed Declaration of the Russian Delegation regarding the autonomy of Eastern Carelia, constitute engagements of an international character which place Russia under an obligation to Finland as to the carrying out of the provisions contained therein” (*ibid.*, p. 6).

In other words, it arose in the context of a dispute between Finland and Russia involving this issue — a matter which Finland asked the League of Nations to take up. The Council in its resolution expressed its “will[ingness] to consider the question with a view to arriving at a satisfactory solution if the two parties concerned agree” (*ibid.*, p. 23). It was, however, due to the circumstances where the Russian Government declined the request from the Estonian Government for it to “consent to submit the question to the Council in conformity with Article 17 of the Covenant” (*ibid.*, p. 24) and where the Finnish Government again brought the matter before the Council, that the Council decided to request the advisory opinion in question.

7. Against this background, the Permanent Court stated as follows to clarify its position:

“There has been some discussion as to whether questions for an advisory opinion, if they relate to matters which form the subject of a pending dispute between nations, should be put to the Court without the consent of the parties. *It is unnecessary in the present case to deal with this topic.*” (*P.C.I.J., Series B, No. 5*, p. 27; emphasis added.)

After making this point clear, the Permanent Court continued as follows:

“It follows from the above that the opinion which the Court has been requested to give bears on an actual dispute between Finland and Russia. *As Russia is not Member of the League of Nations, the case is one under Article 17 of the Covenant . . . the Members of the League . . . having accepted the Covenant, are under the obligation resulting from the provisions of this part dealing with the pacific*

dans la façon dont l'affaire est introduite devant la Cour, et même cette différence peut virtuellement disparaître, comme ce fut le cas dans l'affaire des décrets de naturalisation en Tunisie. De la sorte, l'opinion selon laquelle les avis consultatifs n'ont pas force obligatoire est plutôt théorique que réelle.» (C.P.J.I. série E n° 4, p. 72.)

6. Dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* (C.P.J.I. série B n° 5), tel fut précisément le motif principal invoqué par la Cour permanente lorsqu'elle refusa d'exercer sa compétence et de donner l'avis consultatif qui lui était demandé. La question précise soumise à la Cour était alors de savoir si

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

En d'autres termes, la requête s'inscrivait dans le cadre d'un différend entre la Finlande et la Russie sur ce point et c'était la question que la Finlande avait demandé à la Société des Nations d'examiner. Le Conseil, dans sa résolution, se déclara «disposé, s'il y [avait] à ce sujet accord entre les deux parties intéressées, à examiner la question en vue de trouver une solution satisfaisante» (*ibid.*, p. 23). C'est toutefois en raison des circonstances dans lesquelles le Gouvernement russe avait rejeté l'invitation du Gouvernement estonien à consentir «à soumettre la question à l'examen du Conseil sur la base de l'article 17 du Pacte» (*ibid.*, p. 24), et après que le Gouvernement finlandais eut de nouveau porté l'affaire devant le Conseil, que celui-ci décida de demander l'avis consultatif en question.

7. Dans ce contexte, la Cour permanente devait ainsi préciser sa position:

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

Ayant éclairci ce point, la Cour permanente poursuivit:

«Il résulte de ce qui précède que l'avis demandé à la Cour porte sur un différend actuellement né entre la Finlande et la Russie. *La Russie n'étant pas Membre de la Société des Nations, il s'agit d'un cas prévu à l'article 17 du Pacte ... les Membres de la Société des Nations ... ayant accepté le Pacte ... se trouvent sous l'obligation qui résulte des dispositions du Pacte concernant le règlement pacifique*

settlement of international disputes. As concerns States not members of the League, the situation is quite different; they are not bound by the Covenant. *The submission, therefore, of a dispute between them and a Member of the League for solution according to the methods provided for in the Covenant, could take place only by virtue of their consent.* Such consent, however, has never been given by Russia.” (*P.C.I.J., Series B, No. 5, pp. 27-28; emphasis added.*)<sup>3</sup>.

It is clear from this passage that the main rationale of the Permanent Court in declining the exercise of jurisdiction in the *Eastern Carelia* case was not the existence of a dispute relating to the subject-matter of the request between the parties, but rather the fact that one of the parties to the dispute did not give its consent to a “solution according to the methods provided for in the Covenant”.

8. When the International Court of Justice was reconstituted as the institutional successor to the Permanent Court of International Justice, and incorporated into the United Nations system as its principal judicial organ, no drastic change was introduced in the new Statute of the International Court of Justice relating to its functions or to its constitution in this respect. Since then, the advisory function of the Court, as the secondary but important function of the Court, has been exercised by the Court in line with the course laid down by its predecessor, the Permanent Court of International Justice, in the days of the League as described above.

9. Given this background, and in light of the case law accumulated in the course of years since the establishment of the International Court of Justice on the questions of jurisdiction of the Court in advisory proceedings and of propriety of its exercise, it is my view that the Court is right in its conclusion in the present case that the existence of a dispute on a bilateral basis should not be a bar to the Court in giving the advisory opinion requested.

10. While the existence of a bilateral dispute thus should not exclude the Court from exercising jurisdiction in advisory proceedings as a matter of judicial propriety, however, it is my view that the existence of a bilateral dispute should be a factor to be taken into account by the Court in determining the extent to which, and the manner in which, the Court should exercise jurisdiction in such advisory proceedings. In this respect, I am of the view that the Court has drawn too facile an analogy between the present case and the past cases of advisory opinion and especially the

---

<sup>3</sup> Article 17 of the Covenant provides:

“In the event of a dispute between a Member of the League and a State which is not a Member of the League, or between States not Members of the League, the State or States not Members of the League shall be invited to accept the obligations of membership in the League for the purposes of such dispute, upon such conditions as the Council may deem just. If such invitation is accepted, the provisions of Articles 12 to 16 inclusive shall be applied with such modifications as may be deemed necessary by the Council.”

des différends internationaux. Il en est autrement pour les Etats non Membres : ils ne sont pas liés par le Pacte. *La soumission d'un différend, qu'ils auraient avec un Etat Membre de la Société des Nations, aux méthodes de règlement prévues par le Pacte, ne saurait résulter que de leur consentement.* Or, le consentement de la Russie n'a jamais été donné.» (C.P.J.I. série B n° 5, p. 27-28; les italiques sont de moi.<sup>3</sup>)

Il ressort de ce passage que la principale raison pour laquelle la Cour permanente refusa d'exercer sa compétence dans l'affaire de la *Carélie orientale* ne résidait pas tant dans l'existence d'un différend entre les parties au sujet de l'objet de la requête, mais plutôt dans le fait que l'une des parties au différend avait refusé de donner son consentement à ce que ce différend fût soumis «aux méthodes de règlement prévues par le Pacte».

8. Lorsque la Cour internationale de Justice fut instituée en tant que continuatrice de la Cour permanente de Justice internationale et qu'elle fut intégrée au système des Nations Unies pour constituer l'organe judiciaire principal de l'Organisation, aucun changement radical concernant ses fonctions ou sa constitution à cet égard ne fut apporté au nouveau Statut de la Cour. Depuis, la Cour s'acquitte de sa fonction consultative — fonction secondaire, certes, mais importante — selon la ligne tracée par sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, à l'époque de la Société des Nations.

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

10. Si l'existence d'un différend bilatéral ne doit donc pas lui interdire d'exercer sa compétence dans les procédures consultatives au nom de l'opportunité judiciaire, j'estime toutefois que la Cour doit tenir compte de l'existence éventuelle d'un différend bilatéral pour apprécier jusqu'à quel point elle doit exercer sa compétence dans ces procédures consultatives et de quelle manière elle doit le faire. A cet égard, je considère que la Cour a établi trop facilement une analogie entre la présente demande d'avis et les précédents en la matière, tout particulièrement le précédent

<sup>3</sup> Le Pacte dispose à l'article 17 ce qui suit :

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



case concerning *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*. Given the intricacies of the present case, I submit that this approach of applying the principles drawn from the past precedents automatically to the present situation is not quite warranted.

11. Especially in the *Namibia* case, the point in issue that formed the basis for the request for an advisory opinion was the “legal consequences . . . of the continued presence of South Africa in Namibia . . . notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)”. In spite of the similarity in language in the formulation of the request, the basis for this request was very different from the present one. In the *Namibia* case, the Court was asked to give an opinion on the legal significance of the action taken by the United Nations in terminating the South African Mandate over South West Africa and its legal impact upon the status of South Africa in that territory. If there was a legal controversy or a dispute, it was precisely the one between the United Nations and the State concerned. By contrast, what is in issue in the present situation centres on a situation created by the action of Israel vis-à-vis Palestine in relation to the Occupied Palestinian Territory. It is undeniable that there is in this case an underlying legal controversy or a dispute between the parties directly involved in this situation, while at the same time, as the Court correctly points out, it concerns a matter between the United Nations and Israel since the legal interest of the United Nations is legitimately involved.

12. This of course is not to say that the Court should decline for this reason the exercise of jurisdiction in the present case. It does mean, however, that the question of judicial propriety should be examined taking into account this reality, and on the basis of the jurisprudence in more pertinent cases. I believe the closest to the present case probably is the *Western Sahara, Advisory Opinion*, case, in the sense that there was in that case clearly an underlying legal controversy or a dispute between the parties involved. However, even that case does not offer a completely analogous precedent, from which the Court can draw its conclusion. In the *Western Sahara* case, the Court stated:

“The object of the General Assembly has *not* been to bring before the Court, by way of a request for advisory opinion, a dispute or legal controversy, in order that it may later, on the basis of the Court’s opinion, exercise its powers and functions for the peaceful settlement of that dispute or controversy. The object of the request is an entirely different one: to obtain from the Court *an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions concerning the decolonization of the terri-*

concernant les *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*. Etant donné la complexité de la présente espèce, il n'est pas totalement justifié à mon sens d'appliquer automatiquement à la situation actuelle les principes tirés de précédents.

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

12. Cela ne veut naturellement pas dire que la Cour doive pour cette raison refuser d'exercer sa compétence en l'espèce. Cela signifie en revanche que l'on doit examiner la question de l'opportunité judiciaire en tenant compte de cette réalité et eu égard à la jurisprudence issue d'affaires plus pertinentes. Le cas qui me semble se rapprocher le plus de la présente espèce est celui de la demande d'avis consultatif concernant le Sahara occidental, en ce sens qu'il y avait manifestement là, à l'état sous-jacent, une controverse juridique ou un différend entre les parties concernées. Toutefois, la Cour n'a pas même là un précédent totalement analogue dont elle puisse s'inspirer pour se prononcer en l'espèce. Dans l'avis relatif au *Sahara occidental*, la Cour avait déclaré :

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

tory.” (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 26-27, para. 39; emphasis added.)

In the present case, the presumed objective of the General Assembly in requesting an advisory opinion would not seem to be the latter so much as the former in the two examples given in this passage.

13. Thus, acknowledging the fact that in the present case there is this undeniable aspect of an underlying legal controversy or a dispute between the parties involved, and keeping this aspect clearly in mind, I wish to state that the critical test for judicial propriety in exercising jurisdiction of the Court, which it undoubtedly has, should lie, not in whether the request is related to a concrete legal controversy or dispute in existence, but in whether “to give a reply would have *the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to allow its disputes to be submitted to judicial settlement without its consent*” (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 25, para. 33; emphasis added). To put it differently, the critical criterion for judicial propriety in the final analysis should lie in the Court seeing to it that giving a reply in the form of an advisory opinion on the subject-matter of the request should not be tantamount to adjudicating on the very subject-matter of the underlying concrete bilateral dispute that currently undoubtedly exists between Israel and Palestine.

14. The reasoning that I have offered above leads me to the following two conclusions. First, the fact that the present case contains an aspect of addressing a bilateral dispute should not prevent the Court from exercising its competence. Second, however, this fact should have certain important bearing on the whole proceedings that the Court is to conduct in the present case, in the sense that the Court in the present advisory proceedings should focus its task on offering its objective findings of law to the extent necessary and useful to the requesting organ, the General Assembly, in carrying out its functions relating to this question, rather than adjudicating on the subject-matter of the dispute between the parties concerned.

15. It should be recalled that, even when deciding to exercise its advisory function, this Court has consistently maintained the position that it should remain faithful to “the requirements of its judicial character”. Thus in the *Western Sahara* case the Court declared:

“Article 65, paragraph 1, of the Statute, which establishes the power of the Court to give an advisory opinion, is permissive and, under it, that power is of a discretionary character. *In exercising this discretion, the International Court of Justice, like the Permanent Court of International Justice, has always been guided by the principle that, as a judicial body, it is bound to remain faithful to the requirements of its judicial character even in giving advisory opinions.*” (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 21, para. 23; emphasis added.)

*ritoire.*» (*Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 26 et 27, par. 39; les italiques sont de moi.*)

En la présente espèce, l'Assemblée générale semble plutôt s'être placée dans le premier de ces cas de figure.

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

14. Le raisonnement que je viens de suivre m'amène aux deux conclusions suivantes. Premièrement, le fait que l'espèce portée devant elle se rattache aussi à un différend bilatéral ne doit pas empêcher la Cour d'exercer sa compétence. Deuxièmement, ce fait n'en doit pas moins infléchir l'ensemble de la procédure suivie par la Cour en l'espèce; en d'autres termes, dans cette procédure consultative, la Cour doit avant tout s'attacher à présenter, certes, les conclusions en droit qu'elle aura objectivement tirées, mais dans la stricte mesure du nécessaire et d'une manière qui soit utile à l'organe qui l'a saisie, à savoir l'Assemblée générale, permettant à celui-ci de s'acquitter de ses fonctions relativement à la situation qui est à l'origine de la demande, et s'abstenir de statuer sur l'objet du différend entre les parties concernées.

15. Il convient de rappeler que, même lorsqu'elle a par le passé décidé d'exercer sa fonction consultative, la Cour internationale de Justice a régulièrement estimé devoir rester fidèle «aux exigences de son caractère judiciaire». Ainsi, dans l'affaire du *Sahara occidental*, a-t-elle déclaré:

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

16. One of such *requirements* for the Court as a judicial body is the maintenance of fairness in its administration of justice in the advisory procedure in the midst of divergent positions and interests among the interested parties. To put it differently, it must be underlined that the Court's discretion in advisory matters is not limited to the question of whether to comply with a request. It also embraces questions of advisory procedure<sup>4</sup> This requirement acquires a special importance in the present case, as we accept the undeniable fact as developed above that the present case does relate to an underlying concrete legal controversy or a dispute, despite my own conclusion that it is proper for the Court to exercise its jurisdiction in the present case.

17. Article 68 of the Statute of the Court prescribes that “[i]n the exercise of its advisory functions the Court shall further be guided by the provisions of the present Statute which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable”. The Rules of Court in Part IV (Arts. 102-109) elaborates this provision of the Statute. Particularly relevant in this context is Article 102, paragraph 3 of which provides that

“When an advisory opinion is requested upon a legal question actually pending between two or more States, Article 31 of the Statute shall apply, as also the provision of these Rules concerning the application of that Article.”

18. In the *Namibia* case, South Africa made an application for the appointment of a judge *ad hoc* to sit in the proceedings in accordance with this provision. Although the Court in its Order of 29 January 1971 decided to reject this application (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 12), it was met with well-argued dissenting views on this point (*ibid.*, p. 308; p. 324). By contrast, in the *Western Sahara* case the Court took a different position. In response to a request by Morocco for the appointment of a judge *ad hoc* in accordance with Article 89 (i.e., present Article 102) of the Rules of Court, the Court found that Morocco was entitled to choose a judge *ad hoc* in the proceedings (a similar request by Mauritania on the other hand was rejected) (*I.C.J. Reports 1975*, p. 6).

19. The procedure for the appointment of a judge *ad hoc* is set in motion by the application of a State which claims that “the request for the advisory opinion relates to a legal question actually pending between two or more States” (Rules of Court, Art. 102). It is my view that in light of the precedents noted above, Israel in its special position in the present case would have been justified in making an application to choose a judge

---

<sup>4</sup> Michla Pomerance, *op. cit.*, p. 281.

16. L'une des *exigences* qui incombe ainsi à la Cour en tant qu'organe judiciaire est qu'elle doit, lors de la procédure consultative, se montrer constamment équitable dans l'administration de la justice, face aux positions et intérêts divergents des parties intéressées. En d'autres termes, il m'apparaît devoir être souligné que le pouvoir discrétionnaire de la Cour en matière consultative ne se limite pas à la question de savoir si elle doit ou non répondre à une demande d'avis, mais doit aussi s'exercer à l'égard de questions de procédure<sup>4</sup>. Cette exigence revêt ici une importance particulière, même si j'ai conclu pour ma part qu'il était opportun pour la Cour d'exercer sa compétence en l'espèce, puisque nous avons plus haut retenu comme incontestable l'existence d'une controverse juridique ou d'un différend concret sous-jacent.

17. L'article 68 du Statut de la Cour dispose que, «dans l'exercice de ses attributions consultatives, la Cour s'inspirera en outre des dispositions du présent Statut qui s'appliquent en matière contentieuse, dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables». Le Règlement de la Cour, dans sa quatrième partie (aux articles 102 à 109), précise cette disposition du Statut. Particulièrement pertinent dans le présent contexte est le paragraphe 3 de l'article 102, selon lequel

«[s]i l'avis consultatif est demandé au sujet d'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats, l'article 31 du Statut est applicable, ainsi que les dispositions du présent Règlement qui pourvoient à l'application de cet article».

18. Dans l'affaire de la *Namibie*, l'Afrique du Sud avait demandé que fût désigné un juge *ad hoc* qui siègerait en l'espèce conformément à cette disposition. Bien que la Cour eût décidé de rejeter cette demande dans son ordonnance du 29 janvier 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, C.I.J. Recueil 1971*, p. 12), des opinions dissidentes bien argumentées furent présentées sur ce point (*ibid.*, p. 308; p. 324). Dans l'affaire du *Sahara occidental*, en revanche, la Cour adopta une autre position. En réponse au Maroc qui demandait la désignation d'un juge *ad hoc* en application de l'article 89 du Règlement (soit l'actuel article 102), la Cour décida que le Maroc avait effectivement le droit de désigner un juge *ad hoc* (mais rejeta la requête symétrique émanant de la Mauritanie) (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 6).

19. La procédure de désignation d'un juge *ad hoc* est enclenchée par la demande d'un Etat déclarant que «la demande d'avis consultatif a trait ... à une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs Etats» (Règlement de la Cour, art. 102). A mon sens, à la lumière des précédents cités plus haut, Israël, compte tenu de sa position particulière dans la présente espèce, aurait été fondé à demander la désignation d'un

<sup>4</sup> Michla Pomerance, *op. cit.*, p. 281.

*ad hoc*. For whatever reason, Israel did not choose this course of action. If it had done so, the task of the Court in maintaining the essential requirement for fairness in the administration of justice would have been greatly enhanced. It goes without saying that such a course of action would have complicated the situation, due to the fact that the other party to this dispute, Palestine, is an entity which is not recognized as a State for the purpose of the Statute of the Court. What would happen then if one of the parties directly interested is in a position of appointing a judge *ad hoc*, while the other is not. Fairness in the administration of justice could be questioned from this angle. While I do not propose to offer my own conclusion to this intractable but hypothetical problem, what I wish to point out is that this factor is one of the important aspects of the present case that could have been considered by the Court in deciding on the question of judicial propriety of whether, and if so how far, the Court should exercise its jurisdiction in the unique circumstances of this case.

20. Be that as it may, it is established that even in contentious proceedings the absence of one of the parties in itself does not deprive the Court of its jurisdiction to proceed (Statute of the Court, Art. 53), but that the Court has to maintain its fairness in the administration of justice as a court of justice. Thus, in relation to the question of the law to be proved and applied, the Court stated in the cases concerning *Fisheries Jurisdiction* as follows:

“The Court . . . , as an international judicial organ, is deemed to take judicial notice of international law and is therefore required in a case falling under Article 53 of the Statute, as in any other case, to consider on its own initiative all rules of international law which may be relevant to the settlement of the dispute. It being the duty of the Court itself to ascertain and apply the relevant law in the given circumstances of the case, the burden of establishing or proving rules of international law cannot be imposed upon any of the Parties, for the law lies within the judicial knowledge of the Court.” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 181, para. 18.)

In relation to the question of the facts to be clarified, the Court in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*) stated that:

“in principle [it] is not bound to confine its consideration to the material formally submitted to it by the parties (cf. *Brazilian Loans, P.C.I.J., Series A, No. 20/21*, p. 124; *Nuclear Tests, I.C.J. Reports 1974*, pp. 263-264, paras. 31, 32)” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 25, para. 30).

It went on to state as follows:

“The Court has thus to strike a balance. On the one hand, it is valuable for the Court to know the views of both parties in whatever

juge *ad hoc*. Pour une raison qui lui est propre, Israël n'a pas choisi de procéder ainsi. L'eût-il fait, l'obligation fondamentale faite à la Cour d'assurer l'équité dans l'administration de la justice aurait constitué pour elle une tâche infiniment plus lourde. Il va sans dire en effet qu'une telle démarche aurait compliqué la situation, l'autre partie au différend, la Palestine, n'étant pas une entité reconnue comme un Etat aux fins du Statut de la Cour. Qu'advient-il lorsque l'une des parties directement intéressées est habilitée à choisir un juge *ad hoc* alors que l'autre ne l'est pas? On peut se demander si l'administration de la justice est alors parfaitement équitable. Certes, mon propos n'est pas d'apporter ma propre conclusion à ce problème qui pour être insoluble est aussi hypothétique; je tiens néanmoins à faire observer que cet élément constitue l'un des aspects importants de l'espèce, qui aurait pu être pris en compte par la Cour pour apprécier s'il était opportun, sur le plan judiciaire, d'exercer sa compétence et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point, vu les circonstances exceptionnelles de la cause.

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

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

Touchant la question des faits à établir, dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* la Cour a déclaré :

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

pour ensuite préciser :

«La Cour doit donc rechercher un certain équilibre. D'un côté elle a avantage à connaître les vues des deux parties, quelle que soit la



form those views may have been expressed. Further, as the Court noted in 1974, where one party is not appearing 'it is especially incumbent upon the Court to satisfy itself that it is in possession of all the available facts' (*Nuclear Tests, I.C.J. Reports 1974*, p. 263, para. 31; p. 468, para. 32.). On the other hand, the Court has to emphasize that the equality of the parties to the dispute must remain the basic principle for the Court." (*I.C.J. Reports 1986*, pp. 25-26, para. 31.)

21. This principle governing the basic position of the Court should be applicable to advisory proceedings as it is applicable to contentious proceedings. Indeed, it may even be arguable that this principle is applicable *a fortiori* to advisory proceedings, in the sense that in advisory proceedings as distinct from contentious proceedings it cannot be said, at any rate in the legal sense, that "[t]he absent party . . . forfeits the opportunity to counter the factual allegations of its opponent" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 25, para. 30). In advisory proceedings no State, however interested a party it may be, is under the obligation to appear before the Court to present its case.

22. On this point of facts and information relating to the present case, it is undoubtedly true, as the present Opinion states, that

"the Court has at its disposal the report of the Secretary-General, as well as a voluminous dossier submitted by him to the Court, comprising not only detailed information on the route of the wall but also on its humanitarian and socio-economic impact on the Palestinian population" (Advisory Opinion, para. 57).

Indeed, there is ample material, in particular, about the humanitarian and socio-economic impacts of the construction of the wall. Their authenticity and reliability are not in doubt. What seems to be wanting, however, is the material explaining the Israeli side of the picture, especially in the context of why and how the construction of the wall as it is actually planned and implemented is necessary and appropriate.

23. This, to my mind, would seem to be the case, in spite of the Court's assertion that

"Israel's Written Statement, although limited to issues of jurisdiction and propriety, contained observations on other matters, including Israel's concerns in terms of security, and was accompanied by corresponding annexes" (Advisory Opinion, para. 57).

In fact my point would seem to be corroborated by what the present Opinion itself acknowledges in relation to the argument of Israel on this issue. Israel has argued that the wall's sole purpose is to enable it effec-

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

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

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

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

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

23. A mon avis, il y a bien défaut d'information de ce côté-là, même si la Cour affirme que

«l'exposé écrit d'Israël, bien que se limitant aux questions de compétence et d'opportunité judiciaire, comporte des observations concernant d'autres sujets, y compris les préoccupations d'Israël en matière de sécurité, et est accompagné d'annexes correspondantes» (avis consultatif, par. 57).

En fait, mon observation semble corroborée par ce qui est dit dans l'avis lui-même de l'argument présenté par Israël à ce sujet. Israël a fait valoir que le seul objectif de l'édification du mur était de lui permettre de com-

tively to combat terrorist attacks launched from the West Bank, or as the report of the Secretary-General puts it, "to halt infiltration into Israel from the central and northern West Bank" (Advisory Opinion, para. 80). However, the Court, in paragraph 137 of the Opinion, simply states that "*from the material available to it, [it] is not convinced that the specific course Israel has chosen for the wall was necessary to attain its security objectives*" (emphasis added). It seems clear to me that here the Court is in effect admitting the fact that elaborate material on this point from the Israeli side is not available, rather than engaging in a rebuttal of the arguments of Israel on the basis of the material that might have been made available by Israel on this point. Again in paragraph 140 of the Opinion, the Court bases itself simply on "the material before it" to express *its lack of conviction* 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".

24. In raising this point, it is not my purpose to dispute the factual accuracy of these assertions, or to question the conclusions arrived at on the basis of the documents and the material available to the Court. In fact it would seem reasonable to conclude on balance that the political, social, economic and humanitarian impacts of the construction of the wall, as substantiated by ample evidence supplied and documented in the course of the present proceedings, is such that the construction of the wall would constitute a violation of international obligations under various international instruments to which Israel is a party. Furthermore, these impacts are so overwhelming that I am ready to accept that no justification based on the "military exigencies", even if fortified by substantiated facts, could conceivably constitute a valid basis for precluding the wrongfulness of the act on the basis of the stringent conditions of proportionality.

25. However, that is not the point. What is crucial is that the above samples of quotations from the present Opinion testify to my point that the Court, once deciding to exercise jurisdiction in this case, should be extremely careful not only in ensuring the objective fairness in the result, but in seeing to it that the Court is seen to maintain fairness throughout the proceedings, whatever the final conclusion that we come to may be in the end.

26. The question put to the Court for its advisory opinion is the specific question of "the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel" (General Assembly resolution A/ES-10/L.16). It concerns only that specific act of Israel. Needless to say, however, the Israeli construction of the wall has not come about in a vacuum; it is a part, albeit an extremely important part, of the whole picture of the situation surrounding the peace in the Middle East with its long history.

27. Naturally, this does not alter the fact that the request for an advisory opinion is focused on a specific question and that the Court should treat this question, and this question only, without expanding the scope

battre efficacement les attaques terroristes lancées depuis la Cisjordanie ou, pour reprendre les termes utilisés dans le rapport du Secrétaire général, d'«enrayer les infiltrations en Israël à partir du centre et du nord de la Cisjordanie» (avis consultatif, par. 80). Toutefois, la Cour, au paragraphe 137 de l'avis, déclare simplement que, «*au vu du dossier, [elle] n'est pas convaincue* que la poursuite des objectifs de sécurité avancés par Israël nécessitait l'adoption du tracé choisi pour le mur» (les italiques sont de moi). Il me semble clair qu'ici la Cour admet en fait qu'Israël n'a pas présenté d'éléments très détaillés sur ce point et qu'elle s'abstient de procéder à une réfutation des arguments d'Israël à partir des informations que celui-ci aurait présentées sur le même point. Au paragraphe 140 de l'avis, la Cour se fonde simplement sur le «dossier» pour dire qu'elle n'est pas convaincue que «la construction du mur selon le tracé retenu était le seul moyen de protéger les intérêts d'Israël contre le péril dont il s'est prévalu pour justifier cette construction».

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

25. Toutefois, telle n'est pas la question. Ce qui est essentiel ici, c'est que les extraits de l'avis que j'ai cités ci-dessus étayaient mon argument selon lequel la Cour, une fois prise sa décision d'exercer sa compétence en l'espèce, devait veiller avec le plus grand soin non seulement à garantir l'équité et l'impartialité du résultat, mais aussi à rendre cet effort visible tout au long de la procédure, quelle que soit finalement l'issue de la cause.

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

27. Bien entendu, cela ne change rien au fait que la demande d'avis consultatif porte sur une question déterminée et que la Cour doit traiter cette question et cette question uniquement, sans étendre son examen à

of its enquiry into the bigger question relating to the peace in the Middle East, including issues relating to the “permanent status” of the territories involved. Nevertheless, from the viewpoint of getting to an objective truth concerning the specific question of the construction of the wall in its complete picture and of ensuring fairness in the administration of justice in this case which involves the element of a dispute between parties directly involved, it seems of cardinal importance that the Court examine this specific question assigned to the Court, keeping in balance the overall picture which has formed the entire background of the construction of the wall.

28. It has always been an undisputed premise of the peace in the Middle East that the twin principles of “[w]ithdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the [1967] conflict” and

“[t]ermination of all claims or states of belligerency and respect for and acknowledgement of the sovereignty, territorial integrity and political independence of every State in the area and their right to live in peace within secure and recognized boundaries free from threats or acts of force”

have to form the basis of the peace. Security Council resolution 242 (1967) has consecrated these principles in so many words. The “Roadmap”, endorsed by Security Council resolution 1515 (2003), is a blueprint for proceeding on the basis of these principles.

29. If the Court found that the construction of the wall would go counter to this principle by impeding and prejudicing the realization of the principles, especially in the context of the customary rule of “the inadmissibility of the acquisition of territory by war” (Advisory Opinion, para. 117), it should state this. At the same time, the Court should remind the General Assembly that this was a principle couched in the context of the twin set of principles, both of which would have to be realized, at any rate in the context of a peace in the Middle East, side by side with each other.

30. As observed above, Israel has argued that the wall’s sole purpose is to enable it effectively to combat terrorist attacks launched from the West Bank. In response to this, the Court has confined itself to stating 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.)

It is certainly understood that the material available has not included an elaboration on this point, and that in the absence of such material the Court has found no other way for responding to this situation. It may

celle, plus large, de la paix au Moyen-Orient, notamment à ce qui touche au «statut permanent» des territoires dont il s'agit. Néanmoins, si l'on veut établir une vérité objective au sujet de la question particulière de l'édification du mur dans son contexte général et faire en sorte que justice soit rendue de façon équitable — puisqu'il existe à l'arrière-plan un différend entre les parties directement intéressées —, il est, me semble-t-il, d'une importance capitale que la Cour examine la question précise qui lui a été posée, sans jamais oublier la situation d'ensemble qui forme la toile de fond de l'édification du mur.

28. Une prémisses non contestée de la paix au Moyen-Orient a toujours été que celle-ci devait reposer sur le double principe d'un «[r]etrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du conflit [de 1967]» et d'une

«[c]essation de toutes assertions de belligérance ou de tous états de belligérance [ainsi que du] respect et [de la] reconnaissance de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de chaque Etat de la région et de leur droit de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'actes de force».

La résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité a expressément consacré ces deux principes. La «feuille de route» adoptée par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1515 (2003) constitue un schéma directeur qui indique la marche à suivre sur la base des deux principes en question.

29. Si la Cour a conclu que la construction du mur était contraire à cette marche à suivre parce qu'elle ferait obstacle à ces deux principes, particulièrement en raison de la règle coutumière de «l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre» (avis consultatif, par. 117), elle doit le dire. En même temps, elle doit rappeler à l'Assemblée générale que cette marche à suivre a été définie dans le contexte des deux principes jumeaux qui, si l'on veut qu'une paix s'instaure au Moyen-Orient, doivent être mis en œuvre parallèlement.

30. Comme rappelé plus haut, Israël a fait valoir que le mur avait pour seul objet de lui permettre de lutter efficacement contre des attaques terroristes menées depuis la Cisjordanie. En réponse, la Cour s'est bornée à déclarer que,

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

Il est parfaitement compréhensible que, l'argument n'ayant pas été développé dans le dossier et l'information faisant défaut à ce sujet, la Cour n'ait pas trouvé d'autre façon de réagir face à cette situation. L'on peut

also be accepted that this argument of Israel, even if acknowledged as true as far as the Israeli motives were concerned, would not be a sufficient ground for justifying the construction of the wall as it has actually been drawn up and implemented. As the Court has demonstrated with a high degree of persuasiveness, the construction of the wall would still constitute a breach of Israel's obligations, *inter alia*, under the Hague Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, unless cogent justifications are advanced for precluding the wrongfulness of this act. But the important point is that an in-depth effort could have been made by the Court, *proprio motu*, to ascertain the validity of this argument on the basis of facts and law, and to present an objective picture surrounding the construction of the wall in its entirety, on the basis of which to assess the merits of the contention of Israel.

31. It is to my mind important in this context that the issue of mutual resort to indiscriminate violence against civilian population should be looked at. Without going into the question of what is the causal relationship between the tragic acts of mutual violence resorted to by each of the parties and the question of whether the so-called terrorist attacks by Palestinian suicide bombers against the Israeli civilian population should be blamed as constituting a good enough ground for justifying the construction of the wall, I believe it is beyond dispute that this tragic circle of indiscriminate violence perpetrated by both sides against innocent civilian population of each other is to be condemned and rejected as totally unacceptable. While it is true that this is not an issue expressly referred to as part of the specific question put to the Court, I believe it should only be natural that this factor be underlined as an important segment of the Opinion of the Court in dealing with the issue of the construction of the wall. This point to my mind is of particular relevance from the viewpoint that the Court should approach the subject-matter in a balanced way.

(Signed) Hisashi OWADA.

également accepter que l'argument d'Israël, même si sa véracité était établie du point de vue des motifs auxquels ce dernier obéit, ne suffise pas à justifier la construction du mur telle que celle-ci a été conçue et menée à bien dans la pratique. Comme la Cour l'a montré de façon très convaincante, la construction du mur n'en constituerait pas moins une violation des obligations incombant à Israël, notamment au titre du règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et de la quatrième convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, sauf à ce que des arguments suffisamment puissants excluent l'illicéité de l'acte. Mais l'important est que la Cour aurait pu, *proprio motu*, tenter une recherche approfondie pour déterminer la validité de cet argument en fait comme en droit, et présenter une image objective de la construction du mur dans son intégralité, sur la base de laquelle il eût été possible d'apprécier le bien-fondé de la thèse d'Israël.

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

(Signé) Hisashi OWADA.

---