

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KOOLJMAN

[Traduction]

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

I. OBSERVATIONS LIMINAIRES

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

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

Les motifs de mon vote peuvent se résumer comme suit.

Premièrement, la demande telle que formulée par l'Assemblée générale ne rendait pas nécessaire pour la Cour de déterminer les obligations incombant aux Etats découlant de ses conclusions. A ce sujet, l'analogie avec la structure de l'avis rendu en l'affaire de la *Namibie* n'est pas pertinente. Dans ladite affaire, les conséquences juridiques pour les Etats étaient au cœur même de la demande et de manière tout à fait logique, puisque l'affaire avait pour prémisse une décision du Conseil de sécurité. Cette résolution, et plus particulièrement le paragraphe 5 du dispositif adressé à «tous les Etats», avait été considérée par la Cour comme «essentielle aux fins du présent avis consultatif» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 51, par. 108*).

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

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

Troisièmement, je trouve que les conclusions de la Cour, telles qu'exposées à l'alinéa D) du point 3 du dispositif, manquent de solidité; hormis la conclusion de la Cour selon laquelle les Etats sont dans l'obligation «de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction» (conclusion à laquelle je souscris), j'ai du mal à concevoir ce que les Etats sont censés faire ou ne pas faire dans la pratique. A mon avis, les conclusions d'un organe judiciaire devraient avoir une incidence directe sur le comportement de leur destinataire; or ni la première ni la seconde partie de l'alinéa D) du point 3 du dispositif ne répondent à ce critère.

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

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

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

II. HISTORIQUE ET CONTEXTE DE LA DEMANDE POUR AVIS CONSULTATIF

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

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

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

Tout Etat, y compris Israël, a le droit et même le devoir (comme la Cour le dit au paragraphe 141) de répondre à de tels actes en vue de protéger la vie de ses citoyens, mais le choix des moyens utilisés doit tenir compte des limites que posent les normes et règles du droit international. Dans la présente espèce, Israël n'a pas respecté ces limites, et la Cour démontre de manière convaincante que ces normes et règles du droit n'ont pas été respectés par ce pays. Je ne trouve rien à redire à cette conclusion, pas plus qu'à celle selon laquelle la construction du mur suivant le tracé choisi a fortement aggravé les souffrances des Palestiniens vivant dans le territoire occupé.

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

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

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

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

placée par la Jordanie sous sa souveraineté, mais que cette revendication de souveraineté, qui n'a été abandonnée qu'en 1988, n'avait été reconnue que par trois États.

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Bien que la Cour ait certainement pris en considération les arguments avancés par Israël, et les ait examinés avec soin, j'estime que l'avis rendu aurait pu traduire de manière plus satisfaisante les intérêts en cause pour tous ceux qui vivent dans la région. Je ne trouve pas suffisantes à cet égard les allusions indirectes aux actes de terrorisme que l'on peut trouver dans plusieurs passages de l'avis. Un avis consultatif est porté à l'attention d'un organe politique des Nations Unies dans le but de produire un effet sur un processus politique. Il devrait donc, tout au long du raisonnement, et jusque dans le dispositif, traduire les intérêts légitimes et les responsabilités de *tous* ceux qu'il intéresse, et non pas les mentionner simplement dans un paragraphe de conclusion (par. 162).

III. QUESTIONS DE COMPÉTENCE

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

15. Je ne suis toutefois pas certain qu'il soit possible de décrire la pratique suivie par les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne l'interprétation du paragraphe 1 de l'article 12 de la Charte sans tenir compte de l'effet de la résolution sur l'«union pour le maintien de la paix» sur cette interprétation. Dans son avis, la Cour traite de la résolution 377 A (V) en tant qu'élément distinct et uniquement pour les besoins de la procédure. A mon avis, cette résolution a eu un effet plus important, notamment sur l'interprétation de la relation entre la compétence du Conseil de sécurité et celle de l'Assemblée générale dans le domaine de la paix et de la sécurité internationales et a sans

aucun doute contribué grandement au développement de l'interprétation de la condition posée au paragraphe 1 de l'article 12, à savoir que l'Assemblée générale ne doit faire aucune recommandation sur un différend ou une situation, *tant que* le Conseil de sécurité remplit ses fonctions à l'égard de ce différend ou de cette situation (les italiques sont de moi).

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

17. L'acceptation d'une telle pratique tant par l'Assemblée générale que par le Conseil de sécurité quant aux conditions requises en matière de procédure par la résolution 377 A (V) est attestée par le fait qu'aucun des membres du Conseil n'a jugé anticonstitutionnelle la nouvelle convocation de la session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale, le 20 octobre 2003, ni estimé que l'Assemblée générale avait outrepassé ses pouvoirs en adoptant la résolution qui exige qu'Israël arrête la construction du mur et revienne sur ce projet. A cet égard, il convient de relever que cette résolution (ES-10/13) a été présentée comme un compromis par la présidence de l'Union européenne, qui comprend deux membres permanents et deux membres non permanents du Conseil de sécurité, moins d'une semaine après le rejet par celui-ci d'un projet de résolution sur la même question.

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

IV. QUESTION DE L'OPPORTUNITÉ JUDICIAIRE

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

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

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

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

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

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

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

23. La présente demande rappelle le dilemme auquel a dû faire face le juge Petrén dans l'affaire de la *Namibie*. Il a estimé que dans ladite affaire la demande d'avis consultatif «avait surtout pour but d'obtenir une réponse de la Cour telle que les Etats se voient dans l'obligation d'exercer sur l'Afrique du Sud une pression...». Il s'agissait là pour lui d'une inversion des rôles entre l'organe judiciaire principal et l'organe politique des Nations Unies, étant donné que, plutôt que de demander à la Cour de rendre un avis sur une question juridique pour en déduire les conséquences politiques, c'est le contraire qui était fait (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 128*).

24. Dans le présent avis, la Cour répond à l'argument selon lequel l'Assemblée générale n'a jamais fait clairement savoir ce qu'elle entendait faire de l'avis demandé, en évoquant l'affaire des *Armes nucléaires*, dans laquelle elle a déclaré :

«[I] n'appartient pas à la Cour de prétendre décider si l'Assemblée a ou non besoin d'un avis consultatif pour s'acquitter de ses fonctions. L'Assemblée générale est habilitée à décider elle-même de l'utilité d'un avis au regard de ses besoins propres.» (Par. 61.)

Et la Cour poursuit en déclarant qu'elle «ne peut substituer sa propre appréciation de l'utilité de l'avis demandé à celle de l'organe qui le sollicite, en l'occurrence l'Assemblée générale» (par. 62).

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

«Mais quand ces organes [politiques] jugent bon de demander un avis consultatif, ils doivent s'attendre à ce que la Cour agisse strictement en conformité de sa fonction judiciaire. Celle-ci lui *interdit* de faire sienne, sans autre examen, une conclusion juridique qui conditionne par elle-même la nature et la portée des conséquences juridiques qui en procèdent. La situation serait différente si les résolutions invitant la Cour à donner son avis étaient juridiquement neutres...» (*C.I.J. Recueil 1971, p. 151*; les italiques sont de moi.)

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

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

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

V. FOND

29. Je partage l'avis de la Cour lorsqu'elle dit que le règlement de La Haye de 1907, la quatrième convention de Genève de 1949, les pactes

relatifs aux droits civils et politiques, et aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, et la convention relative aux droits de l'enfant de 1989 sont applicables dans le territoire palestinien occupé, et qu'Israël, en construisant le mur et en établissant le régime qui lui est associé, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de certaines dispositions de chacune de ces conventions.

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

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

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

32. Le droit du peuple palestinien à l'autodétermination s'inscrit donc dans un contexte beaucoup plus large que la construction du mur et il doit trouver sa réalisation dans ce contexte plus large. Je partage volontiers l'opinion de la Cour selon laquelle le mur et le régime qui lui est associé constituent un obstacle à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination, ne serait-ce que parce que le mur a pour effet de séparer physiquement les personnes pouvant légitimement prétendre à exercer ce droit. Cependant, tout obstacle à l'exercice d'un droit n'est pas par définition une violation de ce droit ni de l'obligation de le respecter, comme la Cour semble le conclure au paragraphe 122. Comme l'a dit le Quatuor dans sa déclaration du 16 juillet 2002, les attentats terroristes (et l'incapacité de l'Autorité palestinienne de les prévenir) causent

aussi un dommage considérable aux aspirations légitimes du peuple palestinien et font ainsi gravement obstacle à la réalisation de son droit à l'autodétermination. Constituent-ils aussi une violation de ce droit? Et, dans l'affirmative, de qui pareille violation est-elle le fait? A mon sens, la Cour ne pouvait pas conclure qu'Israël avait manqué à son obligation de respecter le droit des Palestiniens à l'autodétermination sans une analyse juridique plus poussée.

33. A cet égard, les renvois à des déclarations antérieures de la Cour qui figurent au paragraphe 88 de l'avis consultatif ne me paraissent pas très éclairants. Dans l'affaire de la *Namibie*, la Cour s'est expressément référée aux relations entre les habitants d'un territoire sous mandat et la puissance mandataire, telles que définies dans les instruments constitutifs du système du mandat. Dans l'affaire du *Timor oriental*, elle a qualifié le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans un contexte colonial de droit *erga omnes*, c'est-à-dire opposable à tous. Mais elle n'a rien dit de la manière dont ce «droit» doit se traduire par des obligations incombant aux Etats autres que la puissance coloniale. Aussi, je pose de nouveau la question: tout obstacle à l'exercice du droit à l'autodétermination constitue-t-il un manquement à l'obligation de le respecter? En est-il ainsi seulement en cas de manquement grave? La cessation de l'acte faisant obstacle à l'exercice du droit restaurerait-elle celui-ci ou ne ferait-elle que mettre un terme au manquement?

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

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

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

ticle 51 reconnaît l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat (par. 139). Même si cette affirmation est indubitablement exacte, avec tout le respect que je dois à la Cour, je me dois de dire qu'elle ne répond pas à l'argument d'Israël. Les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) reconnaissent le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, sans faire aucune référence à une agression armée par un Etat. Le Conseil de sécurité a qualifié, sans autre précision restrictive, les actes de terrorisme international de menace à la paix et à la sécurité internationales l'autorisant à agir en vertu du chapitre VII de la Charte. Et, en vérité, c'est ce qu'il a fait dans la résolution 1373 (2001) sans attribuer ces actes de terrorisme à un Etat particulier. C'est là l'élément tout à fait nouveau que contiennent ces résolutions. Cet élément nouveau n'est pas exclu par les termes de l'article 51 puisque celui-ci subordonne l'exercice du droit naturel de légitime défense à l'existence d'une agression armée préalable sans indiquer que cette agression armée doit être le fait d'un autre Etat, même si telle est l'interprétation qui est généralement acceptée depuis plus de cinquante ans. Il est regrettable que la Cour ait négligé cet élément nouveau, dont les conséquences en droit ne peuvent encore être mesurées, mais qui inaugure indéniablement une approche nouvelle du concept de légitime défense.

36. L'argument qui, selon moi, justifie de manière décisive le rejet de l'allégation d'Israël selon laquelle il ne fait qu'exercer son droit de légitime défense se trouve dans la seconde partie du paragraphe 139. Le droit de légitime défense tel qu'il est énoncé dans la Charte est une règle du droit international et se rapporte donc à des phénomènes internationaux. Les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) se réfèrent à des actes de terrorisme *international* en tant que ceux-ci constituent une menace à la paix et à la sécurité *internationales*; elles n'ont donc pas d'effet immédiat s'agissant des actes terroristes qui trouvent leur origine à l'intérieur d'un territoire placé sous le contrôle de l'Etat qui est aussi la victime de ces actes. Or, Israël ne prétend pas que ces actes ont leur origine en un autre lieu. C'est donc à juste titre que la Cour conclut que la situation est différente de celle qui est envisagée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) et qu'en conséquence Israël ne saurait invoquer l'article 51 de la Charte.

VI. CONSÉQUENCES JURIDIQUES

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

38. L'Assemblée générale demande à la Cour de déterminer les consé-

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

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

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

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

40. Comme il ressort des paragraphes 155 à 158 de l'avis, la raison est qu'au nombre des obligations violées par Israël figurent des obligations *erga omnes*. Je dois admettre que j'ai grand mal à comprendre pourquoi la violation d'une obligation *erga omnes* par un Etat entraînerait-elle nécessairement une obligation pour des Etats tiers. La meilleure explication que je puisse en donner est tirée du libellé de l'article 41 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat, qui se lit comme suit :

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

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

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

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

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

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

44. En revanche, je vois mal ce qu'implique l'obligation de ne pas reconnaître un fait illicite. Qu'est-ce que les différents destinataires de l'alinéa D) du point 3 sont-ils censés faire pour remplir cette obligation? Cette question est d'autant plus pertinente que cent quarante-quatre Etats ont condamné sans équivoque l'édification du mur et l'ont déclarée illégale (résolution ES-10/13), tandis que les Etats qui se sont abstenus ou qui ont voté contre (à l'exception d'Israël) n'ont pas agi de la sorte parce qu'ils considéraient que la construction du mur était légale. Le devoir de non-reconnaissance est, dès lors, à mon sens, une obligation sans fondement réel.

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

46. Enfin, j'ai du mal à accepter la conclusion de la Cour selon laquelle les Etats parties à la quatrième convention de Genève ont l'obligation de

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

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

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

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

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

49. La mention par la Cour de l'article premier commun en l'affaire *Nicaragua* n'est, elle non plus, d'aucune pertinence. Sans en interpréter les termes, la Cour a fait observer qu'«une telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que les expressions concrètes» avant d'ajouter : «En particulier les États-Unis ont l'obligation de ne pas encourager des personnes ou des groupes prenant part au conflit au Nicaragua» à agir en violation de dispositions comme celles de l'article 3 commun (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 114, par. 220).

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

50. Bien que je ne sois certainement pas favorable à une interprétation

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

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

(Signé) Pieter H. KOOLJMANS.