

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

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 Pacte¹.

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 contentieuse². 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

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

² *Ibid.*, p. 14.

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*

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.³)

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

³ 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.»

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-*

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. 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 procédure⁴. 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

⁴ Michla Pomerance, *op. cit.*, p. 281.

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^{os} 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

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-

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

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

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.