

DECLARATION OF JUDGE TOMKA

[Original English text]

1. Having co-signed with Judges Abraham and Aurescu our joint opinion, I wish to add a few additional observations.

2. The request of the General Assembly of the United Nations for an advisory opinion concerns issues which have been on its agenda from the very beginning of its activities, following the notification by the United Kingdom of its intention to transfer the Mandate of Palestine to the Organization. Based on the recommendation of the Special Committee on Palestine, established in May 1947, the General Assembly adopted on 29 November 1947 resolution 181 (II), which set out a Plan of Partition envisaging the creation of two independent States, one Arab, the other Jewish, and calling upon the inhabitants of Palestine to take the steps as may be necessary on their part to put this plan into effect. While the Jewish people welcomed the Plan and declared the independence of their State, the State of Israel, on 14 May 1948, the Arab population of Palestine and the Arab States rejected it. Instead, five Arab States launched an armed attack against the nascent State of Israel.

3. The Arab leaders claimed the whole territory of Palestine for an Arab State, rejecting the Partition. Had they accepted it and declared an independent Arab State in the territories as envisaged in the Plan, the tragedy since afflicting the region could have been averted, as the Arab population of Palestine would have been able to exercise its right to self-determination and establish a State of its own.

4. It now rather appears that it is Israel, or at least the important political circles within that State, which would like to claim, if not the whole territory of Palestine, at least its major part, as its own territory. This is demonstrated by various statements of Israeli leaders, including the Prime Minister, and by Israel's continued policy of settlements in the West Bank, including East Jerusalem. That policy has been pursued since shortly after the 1967 armed conflict (the "Six-Day War"), despite Israel being aware that establishing settlements in the occupied territory and transferring its population therein would be contrary to Article 49, paragraph 6, of the Fourth Geneva Convention¹. Since then, Israel has entrenched its policy to expand the settle-

¹ This warning was clearly stated in the opinion of the Legal Adviser of Israel's Ministry of Foreign Affairs submitted on 18 September 1967 as a "Top Secret" document to the Political Secretary to the Prime Minister and Head of his office, who transmitted it to the Minister of Justice. Excerpts from the opinion may be found in G. Gorenberg, *The Accidental Empire: Israel and the Birth of the Settlements, 1967-1977* (New York, 2006), p. 9.

DÉCLARATION DE M. LE JUGE TOMKA

[Texte original en français]

1. Ayant cosigné une opinion commune avec les juges Abraham et Aurescu, je souhaite faire quelques observations supplémentaires.

2. La requête pour avis consultatif de l'Assemblée générale des Nations Unies porte sur des questions qui ont été inscrites à son ordre du jour dès le tout début de ses activités, après que le Royaume-Uni eut fait connaître son intention de transférer le mandat pour la Palestine à l'Organisation. Sur la base de la recommandation du Comité spécial des Nations Unies sur la Palestine, établi en mai 1947, l'Assemblée générale a adopté le 29 novembre 1947 la résolution 181 (II) contenant un plan de partage visant la création de deux États indépendants, l'un arabe, l'autre juif, et invitant les habitants de la Palestine à prendre toutes les mesures qui pourraient être nécessaires de leur part, en vue d'assurer l'application de ce plan. Alors que le peuple juif accueillit ce plan et que l'État d'Israël proclama son indépendance le 14 mai 1948, la population arabe de Palestine et les États arabes le rejetèrent. Au lieu de cela, cinq États arabes lancèrent une attaque armée contre l'État naissant d'Israël.

3. Certains dirigeants arabes ont revendiqué l'ensemble du territoire de la Palestine pour un État arabe, rejetant ainsi le partage. S'ils avaient accepté le plan et déclaré un État arabe indépendant dans les territoires comme envisagé dans le plan, la tragédie qui afflige la région depuis lors aurait pu être évitée ; la population arabe de Palestine aurait pu alors exercer son droit à l'autodétermination et établir un État qui lui soit propre.

4. Il apparaît aujourd'hui que c'est Israël, ou du moins les milieux politiques importants au sein de cet État, qui voudrait revendiquer, sinon l'ensemble du territoire de la Palestine, du moins sa plus grande partie, comme son propre territoire. C'est ce que démontrent diverses déclarations de dirigeants israéliens, dont le premier ministre, et la poursuite de la politique de colonisation d'Israël en Cisjordanie, y compris à Jérusalem-Est. Cette politique a été entamée peu après le conflit armé de 1967 (la « guerre des Six Jours »), bien qu'Israël ait été conscient que l'établissement de colonies dans le territoire occupé et le transfert de sa population seraient contraires au sixième alinéa de l'article 49 de la quatrième convention de Genève¹. Depuis

¹ Cet avertissement a été clairement formulé dans l'avis du conseiller juridique du ministère israélien des affaires étrangères soumis le 18 septembre 1967 en tant que document « Top Secret » au secrétaire politique du premier ministre et chef de son bureau, qui l'a transmis au ministre de la justice. Des extraits de cet avis figurent dans G. Gorenberg, *The Accidental Empire: Israel and the Birth of the Settlements, 1967-1977*, New York, 2006, p. 9.

ments in the West Bank, despite its commitment to refrain from such activities in the Oslo II Accord. I fully agree with the Court's view that such settlements are illegal and are to be viewed as an effort at annexing parts of the West Bank, following the *de jure* annexation of East Jerusalem in 1980.

5. The Security Council, in its resolution 478 (1980), rightly determined that all legislative and administrative measures and actions taken by Israel which had altered or purported to alter the character and status of Jerusalem, and in particular the "basic law" on Jerusalem, were null and void and had to be rescinded forthwith.

6. In my view, the Court does not clearly distinguish between the nullity, which affects the act in question, depriving it of its validity in international law, and the responsibility that affects the State author of the act which is null².

The act in question does not affect the legal régime of the occupation and Israel remains bound by its obligations under international law as an occupying Power.

7. The Court goes too far, however, when it opines that Israel's continued presence in the Occupied Palestinian Territory (in other words, Israel's occupation) is unlawful as such.

The unlawfulness depends on the manner in which occupation has been established. This has to be determined under the rules governing the use of force. The term "occupation" describes a factual situation to which international law attaches certain legal consequences. Under customary international law, as reflected in Article 42 of the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land annexed to the Fourth Hague Convention of 1907³, a territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The Court was not asked, nor was it in a position, to determine whether the recourse to force by Israel in 1967, which resulted in the occupation of the West Bank (including East Jerusalem) and the Gaza Strip, was unlawful or not. Despite that, the Court opines that certain subsequent actions by Israel "*render[ed]*" Israel's presence in the Occupied Palestinian Territory unlawful (Advisory Opinion, para. 261; emphasis added), a formula which would seem to imply that the occupation resulted from an act that was not unlawful.

8. Although I do not share the Court's view that Israel's continued presence in the Occupied Palestinian Territory is unlawful, I agree that all States are under an obligation to not recognize the situation arising from its

² On this point, see J. Verhoeven, "Les nullités du droit des gens", in P. Weil (ed.), *Droit International I* (Paris: Pedone, 1981), pp. 102-105.

³ The same provision was already contained in the Regulations annexed to the Hague Convention II with Respect to the Laws and Customs of War on Land of 1899, adopted at the Hague Peace Conference.

lors, Israël n'a eu de cesse d'étendre ses colonies de peuplement en Cisjordanie, bien qu'il se soit engagé à s'abstenir de telles activités au titre de l'accord d'Oslo II. Je suis en plein accord avec l'opinion de la Cour selon laquelle ces colonies sont illégales et doivent être considérées comme une tentative d'annexion de certaines parties de la Cisjordanie, après l'annexion *de jure* de Jérusalem-Est en 1980.

5. Le Conseil de sécurité, par sa résolution 478 (1980), a décidé à juste titre que toutes les mesures et dispositions législatives et administratives prises par Israël qui ont modifié ou visaient à modifier le caractère et le statut de Jérusalem, et en particulier la « loi fondamentale » sur Jérusalem, étaient nulles et non avenues et devaient être abrogées immédiatement.

6. À mon avis, la Cour ne fait pas clairement la distinction entre la nullité, qui affecte l'acte en question, le privant de sa validité en droit international, et la responsabilité qui affecte l'État auteur de l'acte frappé de nullité².

L'acte en question n'affecte pas le régime juridique de l'occupation et Israël demeure lié par ses obligations en vertu du droit international en tant que puissance occupante.

7. La Cour va cependant trop loin lorsqu'elle estime que la présence continue d'Israël dans le Territoire palestinien occupé (en d'autres termes, l'occupation israélienne) est illicite en tant que telle.

L'illicéité dépend de la manière dont l'occupation a été établie. Celle-ci doit être déterminée à l'aune des règles régissant le recours à la force. Le terme « occupation » décrit une situation de fait à laquelle le droit international attache certaines conséquences juridiques. Selon le droit international coutumier tel que reflété à l'article 42 du règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la quatrième convention de La Haye de 1907³, un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. Il n'a pas été demandé à la Cour de déterminer si le recours à la force par Israël en 1967, qui a abouti à l'occupation de la Cisjordanie (y compris Jérusalem-Est) et de la bande de Gaza, était illicite ou non, et elle n'aurait pas été en mesure de répondre à une telle demande. Malgré tout, la Cour observe que certaines actions ultérieures d'Israël ont « *rend[u]* » illicite la présence d'Israël dans le Territoire palestinien occupé (avis consultatif, par. 261 ; les italiques sont de moi), adoptant là une formule qui semblerait plutôt indiquer que l'occupation résulte d'un acte qui n'était pas illicite.

8. Bien que je ne partage pas le point de vue de la Cour selon lequel la présence continue d'Israël dans le Territoire palestinien occupé est illicite, je conviens que tous les États ont l'obligation de ne pas reconnaître

² Voir sur ce point J. Verhoeven, « Les nullités du droit des gens », dans P. Weil (sous la dir. de), *Droit international I*, Paris, Pedone, 1981, p. 102-105.

³ La même disposition figurait déjà dans le règlement annexé à la deuxième convention de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, adoptée lors de la conférence de la paix de La Haye.

presence in that territory and to refrain from rendering aid or assistance to Israel in maintaining that situation. The main reason for my position is that I believe that States should not assist Israel in its aim to annex a major part of the Occupied Palestinian Territory and to treat it as its own territory. On the contrary, States should, within their power, lend their assistance to reach the overall goal of achieving peace in the Middle East, that is to say, the goal of achieving a situation in which the State of Israel and the State of Palestine live side by side, in peace and security within their internationally recognized boundaries.

For the same reasons, I also support the view that the United Nations, and especially the Security Council and General Assembly, should consider the modalities for bringing to an end as rapidly as possible the presence of the State of Israel in the Occupied Palestinian Territory. This can be done only when security is guaranteed for both States. I believe that achieving the above goal is long overdue and that all relevant actors should redouble their efforts to that effect. This remains the unfulfilled historical responsibility of the United Nations.

(Signed) Peter TOMKA.

la situation découlant de sa présence dans ce territoire et de s'abstenir d'apporter aide ou assistance à Israël dans le maintien de cette situation. Le motif principal expliquant ma position tient de ce que je pense que les États ne devraient pas assister Israël dans son objectif d'annexer une grande partie du Territoire palestinien occupé et de traiter celle-ci comme son propre territoire. Au contraire, les États devraient faire tout ce qui est en leur pouvoir afin de prêter leur concours à la réalisation de l'objectif global de paix au Moyen-Orient, c'est-à-dire celui de parvenir à une situation dans laquelle l'État d'Israël et l'État de Palestine vivent côte à côte, dans la paix et la sécurité, à l'intérieur de leurs frontières internationalement reconnues.

Pour les mêmes raisons, je souscris également au point de vue selon lequel les Nations Unies, et en particulier le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, devraient examiner les modalités permettant de mettre fin le plus rapidement possible à la présence de l'État d'Israël dans le Territoire palestinien occupé. Cela ne pourra se faire que lorsque la sécurité sera garantie aux deux États. Je suis convaincu que l'atteinte de cet objectif n'a que trop tardé et que tous les acteurs concernés devraient redoubler d'efforts à cet effet. Il s'agit là d'une responsabilité historique que les Nations Unies doivent encore parachever.

(Signé) Peter TOMKA.
