

SEPARATE OPINION OF JUDGE IWASAWA

The Advisory Opinion does not address conduct by Israel in the Gaza Strip in response to the attack carried out against it by Hamas and other armed groups on 7 October 2023 — The Court adopts the “functional approach” regarding the application of the law of occupation to Gaza after 2005.

The Court should have paid more attention to the discriminatory aspect of the dual legal system introduced by Israel in the West Bank — The Court concludes that the “separation” implemented by Israel in the West Bank between the Palestinian population and settlers constitutes a breach of Article 3 of CERD, without qualifying it as apartheid.

The Court concludes that Israel’s continued presence in the Occupied Palestinian Territory is illegal because its policies and practices violate the prohibition of the acquisition of territory by force and impede the right to self-determination — The illegality of Israel’s continued presence relates to the entirety of the Occupied Palestinian Territory, including Gaza — Israel has an obligation to bring to an end its continued presence in the Occupied Palestinian Territory “as rapidly as possible” — Israel is not under an obligation to withdraw all its armed forces from the Occupied Palestinian Territory immediately and unconditionally.

1. To answer the questions posed by the General Assembly, the Court first examines their scope and meaning (Advisory Opinion, paras. 72-83). With regard to their temporal scope, the Court notes that

“the request for an advisory opinion was adopted by the General Assembly on 30 December 2022, and asked the Court to address Israel’s ‘ongoing’ or ‘continuing’ policies and practices . . . [T]he policies and practices contemplated by the request of the General Assembly do not include conduct by Israel in the Gaza Strip in response to the attack carried out against it by Hamas and other armed groups on 7 October 2023.” (*Ibid.*, para. 81.)

This is an important temporal limitation of the Opinion.

2. Regarding their territorial scope, the questions posed by the General Assembly refer to Israel’s policies and practices in “the Palestinian territory occupied since 1967”. It is reasonable to consider that this phrase refers to “the Occupied Palestinian Territory” as used by United Nations organs since 1967 and by the Court in the *Wall* Advisory Opinion. There is no question

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE IWASAWA

[Traduction]

Avis consultatif ne traitant pas de la question du comportement adopté par Israël dans la bande de Gaza en réaction à l'attaque menée contre lui par le Hamas et d'autres groupes armés le 7 octobre 2023 — Cour ayant adopté l'« approche fonctionnelle » en ce qui concerne l'application du droit de l'occupation à Gaza après 2005.

Cour n'ayant pas attaché assez d'importance à l'aspect discriminatoire du double système juridique mis en place par Israël en Cisjordanie — Cour ayant conclu que la « séparation » opérée par Israël en Cisjordanie entre la population palestinienne et les colons emportait violation de l'article 3 de la CIEDR, sans la qualifier d'apartheid.

Cour ayant conclu que la présence continue d'Israël dans le Territoire palestinien occupé était illicite car les politiques et pratiques mises en œuvre par cet État constituaient une violation de l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force et entravaient le droit à l'autodétermination — Illicéité de la présence continue d'Israël s'appliquant à l'intégralité du Territoire palestinien occupé, y compris Gaza — Israël ayant l'obligation de mettre fin à sa présence dans le Territoire palestinien occupé « dans les plus brefs délais » — Israël n'étant pas tenu de retirer ses forces armées du Territoire palestinien occupé de manière immédiate et inconditionnelle.

1. Pour répondre aux questions posées par l'Assemblée générale, la Cour commence par en examiner la portée et le sens (avis consultatif, par. 72-83). En ce qui concerne leur portée temporelle, elle relève que

« la demande d'avis consultatif a été adoptée par l'Assemblée générale le 30 décembre 2022 et ... [l']invitait ... à traiter des politiques et pratiques d'Israël “persistantes” ou qui “continu[eraient]” d’être “mise[s] en œuvre”... [L]es politiques et pratiques visées dans la demande de l'Assemblée générale n'incluent pas le comportement adopté par Israël dans la bande de Gaza en réaction à l'attaque menée contre lui par le Hamas et d'autres groupes armés le 7 octobre 2023. » (*Ibid.*, par. 81.)

Il s'agit là d'une limite temporelle importante de l'avis.

2. S'agissant de leur portée territoriale, les questions posées par l'Assemblée générale font référence aux politiques et pratiques d'Israël dans le « territoire palestinien occupé depuis 1967 ». Il est raisonnablement permis de penser que ce membre de phrase renvoie à l'expression « Territoire palestinien occupé » telle qu'utilisée par les organes des Nations Unies depuis

that “the Palestinian territory occupied since 1967” or “the Occupied Palestinian Territory” includes not only the West Bank and East Jerusalem, but also the Gaza Strip. The Security Council has confirmed that “the Gaza Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967” (resolution 1860 (2009), preamble). In the present Opinion, the Court affirms that “the Palestinian territory occupied since 1967” . . . encompasses the West Bank, East Jerusalem and the Gaza Strip” (Advisory Opinion, para. 78).

3. Nevertheless, the situation of Gaza is distinct. In 2004, Israel decided to “disengage” from Gaza with the intention of no longer occupying the territory¹, while continuing to “guard and monitor the external land perimeter of the Gaza Strip, . . . maintain exclusive authority in Gaza air space, and . . . exercise security activity in the sea off the coast of the Gaza Strip”². Although Israel withdrew all its land forces and evacuated its settlements in Gaza in 2005, it continued to exercise key elements of authority with respect to Gaza (Advisory Opinion, paras. 89 and 93). In these circumstances, views are divided as to whether, after 2005, Gaza remained “occupied” within the meaning of the law of occupation and whether the law of occupation continued to apply to Gaza.

4. Article 42 of the Hague Regulations defines occupation as follows: “Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.” Based on this provision, as well as on Article 6 of the Fourth Geneva Convention, effective control has generally been accepted as the test for determining the existence of an occupation.

5. One view is that Gaza remained occupied and that the law of occupation continued to apply to Gaza after 2005. This view is shared by the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict³, the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967⁴, the European Union⁵, and several NGOs. The General Assembly has repeatedly affirmed that the Fourth Geneva Convention is

¹ “Upon completion of this process, there shall no longer be any permanent presence of Israeli security forces or Israeli civilians in the areas of Gaza Strip territory which have been evacuated. As a result, there will be no basis for claiming that the Gaza Strip is occupied territory.” Israel Ministry of Foreign Affairs, “The Disengagement Plan — General Outline”, 18 April 2004, Sec. 2, i.

² *Ibid.*, Sec. 3, i.

³ “Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories: Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict”, UN doc. A/HRC/12/48 (2009), para. 276.

⁴ “Human Rights Situation in Palestine and Other Occupied Arab Territories: Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, John Dugard”, UN doc. A/HRC/7/17 (2008), paras. 9-11.

⁵ European Coordination of Committees and Associations for Palestine, “EU Heads of Missions’ Report on Gaza”, 2013.

1967, et par la Cour dans son avis consultatif sur le *Mur*. Il ne fait aucun doute que «le territoire palestinien occupé depuis 1967» ou «le Territoire palestinien occupé» englobe non seulement la Cisjordanie et Jérusalem-Est, mais aussi la bande de Gaza. Le Conseil de sécurité a d'ailleurs confirmé que «la bande de Gaza fai[sai]t partie intégrante du territoire palestinien occupé depuis 1967» (résolution 1860 (2009), préambule). Dans le présent avis, la Cour affirme que «“le territoire palestinien occupé depuis 1967” ... comprend la Cisjordanie, Jérusalem-Est et la bande de Gaza» (avis consultatif, par. 78).

3. La situation à Gaza est toutefois différente. En 2004, Israël a décidé de «se désengager» de ce territoire, avec l'intention de mettre fin à son occupation de celui-ci¹, tout en continuant à «contrôler et surveiller le périmètre terrestre extérieur de la bande de Gaza, ... [à] exercer son autorité exclusive sur l'espace aérien de Gaza ... et [à] mener des opérations de sécurité au large»². Bien qu'il ait retiré l'ensemble de ses forces terrestres et procédé à l'évacuation de ses colonies implantées sur ce territoire en 2005, Israël a continué à exercer des prérogatives essentielles relativement à celui-ci (avis consultatif, par. 89 et 93). Dans ce contexte, les avis sont partagés sur le point de savoir si, après 2005, Gaza est restée «occupée» au sens du droit de l'occupation, et si ce droit a continué de s'y appliquer.

4. L'article 42 du règlement de La Haye définit l'occupation comme suit : «Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer.» Au vu de cette disposition, ainsi que de l'article 6 de la quatrième convention de Genève, le contrôle effectif est généralement considéré comme le critère permettant de déterminer l'existence d'une occupation.

5. D'aucuns considèrent que Gaza est demeurée occupée et que le droit de l'occupation a continué de s'y appliquer après 2005. Tel est l'avis de la mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza³, du rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967⁴, de l'Union européenne⁵, et de plusieurs ONG. L'Assemblée générale a en outre estimé à

¹ «Quand le processus sera achevé, il ne demeurera dans les zones terrestres évacuées de la bande de Gaza aucune présence permanente des forces de sécurité israéliennes. En conséquence, rien ne permettra plus de dire que la bande de Gaza est un territoire occupé.» Ministère israélien des affaires étrangères, «The Disengagement Plan — General Outline», 18 avril 2004, point 2, i.

² *Ibid.*, point 3, i.

³ «La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés : rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza», Nations Unies, doc. A/HRC/12/48 (2009), par. 276.

⁴ «La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés : rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, John Dugard», Nations Unies, doc. A/HRC/7/17 (2008), par. 9-11.

⁵ European Coordination of Committees and Associations for Palestine, «EU Heads of Missions' Report on Gaza», 2013.

applicable to “the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and other Arab territories occupied by Israel since 1967”, which includes Gaza (e.g. resolution 73/97 (2018), para. 1).

6. An alternative view is that, after 2005, Gaza was no longer occupied within the meaning of the law of occupation. This view relies on, *inter alia*, the Court’s decision in *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. In that case, the Court explained the criteria for determining the existence of an occupation as follows:

“under customary international law, . . . territory is considered to be occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army, and the occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised . . .

In order to reach a conclusion as to whether a State . . . is an ‘occupying Power’ in the meaning of the term as understood in the *jus in bello*, the Court must examine whether there is sufficient evidence to demonstrate that the said authority was in fact established and exercised by the intervening State in the areas in question.” (*Judgment, I.C.J. Reports 2005*, pp. 229-230, paras. 172-173.)

Applying these criteria, the Court concluded that Uganda had established and exercised authority in Ituri as an occupying Power, but not in any other areas (*ibid.*, pp. 230-231, paras. 176-177).

7. The International Committee of the Red Cross (“ICRC”) has put forward another approach regarding the application of the law of occupation. According to the ICRC,

“Israel still exercises key elements of authority over the [Gaza] strip, including over its borders (airspace, sea and land — [with] the exception of the border with Egypt). Even though Israel no longer maintains a permanent presence inside the Gaza Strip, *it continues to be bound by certain obligations under the law of occupation that are commensurate with the degree to which it exercises control over it.*”⁶

This approach, referred to as the “functional approach”, is not concerned with the status of the territory as such. Its focus is rather on whether a State continues to be bound by certain obligations under the law of occupation.

⁶ ICRC, “What does the law say about the responsibilities of the Occupying Power in the occupied Palestinian territory?”, 28 March 2023, p. 4 (emphasis added). See also ICRC, “International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts: Report”, document prepared by the ICRC, Geneva, October 2015, p. 12; ICRC, “Article 2”, in *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, pp. 110-112, paras. 307-313; T. Ferraro (Legal Adviser, ICRC), “Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, Spring 2012, p. 157.

maintes reprises que la quatrième convention de Genève était applicable «au Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et aux autres territoires arabes occupés par Israël depuis 1967», ce qui inclut Gaza (par exemple, résolution 73/97 (2018), par. 1).

6. Selon une autre thèse, Gaza n'est plus occupée, au sens du droit de l'occupation, depuis 2005. Ce point de vue repose notamment sur la décision rendue par la Cour en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*. Dans cette affaire, la Cour a défini comme suit les critères à appliquer pour déterminer l'existence d'une occupation :

«[S]elon le droit international coutumier ... un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et que l'occupation ne s'étend qu'au territoire où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer...

En vue de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si un État ... est une "puissance occupante" au sens où l'entend le *jus in bello*, la Cour examinera tout d'abord s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'État auteur de l'intervention.» (*Arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 229-230, par. 172-173.)

Appliquant ces critères, la Cour a conclu que l'Ouganda avait établi et exercé son autorité en Ituri en tant que puissance occupante, mais pas dans d'autres régions (*ibid.*, p. 230-231, par. 176-177).

7. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a exposé une autre approche concernant l'application du droit de l'occupation. Selon le CICR,

«Israël continue d'exercer des éléments essentiels de son autorité sur la bande de Gaza, notamment sur ses frontières (espace aérien, maritime et terrestre — à l'exception de la frontière avec l'Égypte). Même si Israël ne maintient plus une présence permanente à l'intérieur de la bande de Gaza, *il reste lié en vertu du droit de l'occupation par certaines obligations qui sont proportionnelles au degré de contrôle qu'il y exerce.*»⁶

Cette approche, connue sous le nom de «approche fonctionnelle», s'attache non pas au statut du territoire en tant que tel mais au point de savoir si l'État demeure lié par certaines obligations au regard du droit de l'occupation.

⁶ CICR, «Que dit le droit des responsabilités de la Puissance occupante dans le territoire palestinien occupé?», 28 mars 2023, p. 4 (les italiques sont de moi). Voir aussi CICR, «Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains: rapport», document préparé par le CICR, Genève, octobre 2015, p. 12; CICR, «Article 2», dans *Commentaire de la première convention de Genève*, 2016, p. 110-112, par. 307-313; T. Ferraro (conseiller juridique, CICR), «Comment déterminer le début et la fin d'une occupation au sens du droit international humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, n° 885, printemps 2012, p. 99.

This approach also finds support in the decision of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission⁷.

8. In the present Advisory Opinion, the Court subscribes to this approach. The Court declares that,

“[w]here an occupying Power, having previously established its authority in the occupied territory, later withdraws its physical presence in part or in whole, it may still bear obligations under the law of occupation to the extent that it remains capable of exercising, and continues to exercise, elements of its authority in place of the local government” (Advisory Opinion, para. 92).

Applying this approach to Gaza, the Court concludes:

“Israel remained capable of exercising, and continued to exercise, certain key elements of authority over the Gaza Strip . . . despite the withdrawal of its military presence in 2005 . . .

In light of the above, the Court is of the view that Israel’s withdrawal from the Gaza Strip has not entirely released it of its obligations under the law of occupation. Israel’s obligations have remained commensurate with the degree of its effective control over the Gaza Strip.” (*Ibid.*, paras. 93-94.)

Thus, while the Court makes clear that Israel continues to be bound by certain obligations under the law of occupation, it does not take a position as to whether Gaza remained “occupied” within the meaning of the law of occupation after 2005.

The situation in Gaza has drastically changed since 7 October 2023. However, events taking place after that date are beyond the temporal scope of the Court’s inquiry (see paragraph 1 above).

*

9. I agree with the Court’s analysis on Israel’s adoption of “discriminatory legislation and measures” for the most part, but, in my view, the discriminatory aspect of the dual legal system introduced by Israel in the West Bank deserved more attention. The Court addresses the dual legal system in the section on Israel’s “settlement policy”, concluding that Israel has exercised its regulatory authority as an occupying Power in a manner inconsistent with the rule reflected in Article 43 of the Hague Regulations and Article 64 of the Fourth Geneva Convention (Advisory Opinion, paras. 134-141). It does not give full attention to the discriminatory aspect of the dual system. In the section on Israel’s “discriminatory legislation and measures”, the Court only cursorily touches on this issue, merely stating in the context of Art-

⁷ Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea’s Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 and 26*, Decision of 19 December 2005, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XXVI, Part VIII, pp. 307-308, para. 27.

Cette approche est également étayée par la décision rendue par la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie⁷.

8. Dans le présent avis, la Cour souscrit à cette approche. Elle indique que,

«[L]orsqu'une puissance occupante ayant établi son autorité dans le territoire occupé met partiellement ou totalement fin à sa présence physique, elle peut demeurer liée par les obligations découlant du droit de l'occupation dans la mesure où elle conserve la faculté d'exercer, et continue d'exercer, des prérogatives à la place du gouvernement local» (avis consultatif, par. 92).

Appliquant cette approche à Gaza, la Cour conclut comme suit :

«Israël avait conservé la faculté d'exercer, et continuait d'exercer, certaines prérogatives essentielles sur la bande de Gaza ... et ce, en dépit du fait que cet État a mis fin à sa présence militaire en 2005...

Compte tenu de ce qui précède, la Cour est d'avis que le retrait d'Israël de la bande de Gaza n'a pas totalement libéré cet État des obligations que lui impose le droit de l'occupation. Les obligations d'Israël sont demeurées proportionnées au degré de son contrôle effectif sur la bande de Gaza.» (*Ibid.*, par. 93-94.)

Ainsi, bien qu'elle indique clairement qu'Israël demeure lié par certaines obligations au regard du droit de l'occupation, la Cour ne prend pas position sur le point de savoir si Gaza est restée «occupée», au sens du droit de l'occupation, après 2005.

La situation à Gaza a radicalement changé depuis le 7 octobre 2023. Les événements qui ont eu lieu après cette date échappent cependant à la portée temporelle de l'examen de la Cour (voir le paragraphe 1 ci-dessus).

*

9. Je souscris pour l'essentiel à l'analyse de la Cour concernant l'adoption par Israël de «lois et mesures discriminatoires», mais l'aspect discriminatoire du double système juridique instauré par cet État en Cisjordanie aurait, selon moi, mérité d'être approfondi. La Cour examine le double système juridique dans la partie consacrée à la «politique de colonisation» d'Israël, concluant que celui-ci a exercé son autorité réglementaire en tant que puissance occupante d'une manière qui n'est pas conforme à la règle reflétée à l'article 43 du règlement de La Haye et à l'article 64 de la quatrième convention de Genève (avis consultatif, par. 134-141). Elle n'accorde pas à cet aspect toute l'attention voulue. Dans la partie portant sur les «lois et mesures discriminatoires», la Cour ne fait qu'aborder brièvement la question, se contentant

⁷ Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, *Partial Award, Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 and 26*, décision du 19 décembre 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, chapitre VIII, p. 307-308, par. 27.

icle 3 of CERD that settlers and Palestinians are subject to distinct legal systems (*ibid.*, para. 228).

10. The extraterritorial application of Israeli domestic law to the West Bank has created two different legal systems. While settlers are subject to Israeli criminal law, Palestinians living in the West Bank are governed by military law⁸ and prosecuted in military courts⁹. Differential treatment between Palestinians and settlers is also found in the national health insurance law, taxation law, election law, and in the enforcement of traffic laws. There exists an institutional and legislative separation in the planning and building régime as well¹⁰. The dual legal system is supported by the 2018 Basic Law, which stipulates that “[t]he State views the development of Jewish settlement as a national value, and shall act to encourage and promote its establishment and consolidation” (para. 7).

11. The dual legal system introduced by Israel in the West Bank treats Palestinians and settlers differently based on, *inter alia*, race, religion, or ethnic origin, and amounts to discrimination. The United Nations High Commissioner for Human Rights has affirmed that “[t]he extraterritorial application of Israeli domestic law to settlers creates two different legal systems in the same territory, on the sole basis of nationality or origin. Such differentiated application is discriminatory”¹¹. Similarly, the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory concluded that “[t]his dual legal system provides greater enjoyment of human rights for Israelis than for Palestinians and is therefore discriminatory”¹².

*

12. Applying the concept of apartheid to Israeli policies and practices in the Occupied Palestinian Territory is no easy task, particularly because there is no universally accepted definition of apartheid. Apartheid is both

⁸ “Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel”, UN doc. A/77/328 (2022), p. 15, para. 46.

⁹ “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, UN doc. A/HRC/43/67 (2020), para. 29.

¹⁰ “Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel”, UN doc. A/77/328 (2022), p. 15, para. 46.

¹¹ E.g. “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, UN doc. A/HRC/34/39 (2017), para. 9.

¹² “Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel”, UN doc. A/77/328 (2022), p. 15, para. 47.

d'indiquer, dans le contexte de l'article 3 de la CIEDR, que les colons et les Palestiniens sont soumis à des systèmes juridiques distincts (*ibid.*, par. 228).

10. L'application extraterritoriale du droit interne israélien en Cisjordanie a engendré deux systèmes juridiques distincts. Tandis que les colons relèvent du droit pénal israélien, les Palestiniens vivant en Cisjordanie sont pour leur part soumis au droit militaire⁸ et poursuivis devant des tribunaux militaires⁹. S'applique également aux Palestiniens et aux colons un traitement différencié au regard de la législation nationale relative à l'assurance maladie, du droit fiscal, des lois électorales et dans l'application du code de la route. De la même manière, il existe un dédoublement institutionnel et législatif du régime de l'aménagement et de la construction¹⁰. Ce double système juridique est renforcé par la loi fondamentale de 2018, qui précise que « [l]'État considère la mise en place de colonies de peuplement juives comme une valeur nationale et ... prend des mesures pour encourager et faciliter leur création et leur consolidation » (par. 7).

11. Le double système juridique instauré par Israël en Cisjordanie traite les Palestiniens et les colons de manière différente sur la base, entre autres choses, de la race, de la religion ou de l'origine ethnique, et constitue une discrimination. Le haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a ainsi affirmé que « [l]'application extraterritoriale du droit israélien aux colons engendr[ait] la coexistence de deux systèmes juridiques différents sur un même territoire, sur la seule base de la nationalité ou de l'origine. Cette application différenciée est discriminatoire »¹¹. De même, la Commission internationale indépendante chargée d'enquêter dans le Territoire palestinien occupé a conclu que « [c]e double système juridique a[vait] pour résultat que les Israéliens jouiss[ai]ent davantage des droits humains que les Palestiniens ; par conséquent, il est discriminatoire »¹².

*

12. L'application de la notion d'apartheid aux politiques et pratiques israéliennes dans le Territoire palestinien occupé n'est pas chose aisée, notamment parce qu'il n'existe pas de définition universellement reconnue de

⁸ « Rapport de la Commission internationale indépendante chargée d'enquêter dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et en Israël », Nations Unies, doc. A/77/328 (2022), p. 15, par. 46.

⁹ « Colonies de peuplement israéliennes dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et le Golan syrien occupé : rapport de la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme », Nations Unies, doc. A/HRC/43/67 (2020), par. 29.

¹⁰ « Rapport de la Commission internationale indépendante chargée d'enquêter dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et en Israël », Nations Unies, doc. A/77/328 (2022), p. 15, par. 46.

¹¹ Par exemple, « Colonies de peuplement israéliennes dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et le Golan syrien occupé », Nations Unies, doc. A/HRC/34/39 (2017), par. 9.

¹² « Rapport de la Commission internationale indépendante chargée d'enquêter dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et en Israël », Nations Unies, doc. A/77/328 (2022), p. 15, par. 47.

a violation of international human rights law and an international crime, and thus may entail State responsibility and individual criminal responsibility. With respect to apartheid as a violation of international human rights law, Article 3 of CERD stipulates that “States Parties particularly condemn racial segregation and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature in territories under their jurisdiction”. CERD, however, does not define apartheid. On the other hand, apartheid as an international crime is regulated by the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court and the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions. Like genocide, the international crime of apartheid requires the presence of *dolus specialis* towards a particular group. The 1973 Apartheid Convention has a dual character. While it declares that apartheid is an international crime, it also contains certain inter-State obligations for the suppression of apartheid. There are significant differences in the definition of apartheid in Article 7 (2) (h) of the Rome Statute and Article 2 of the Apartheid Convention. For example, under the Rome Statute, there must be an institutionalized régime of systematic oppression and domination by one racial group over another to meet the elements of the crime of apartheid.

13. The questions of the General Assembly concern Israel’s “discriminatory legislation and measures” under international human rights law and not apartheid as an international crime. The Court explains that Article 3 of CERD refers to “two particularly severe forms of racial discrimination: racial segregation and apartheid” (Advisory Opinion, para. 225) and concludes that “Israel’s legislation and measures constitute a breach of Article 3 of CERD” (*ibid.*, para. 229). In its reasoning, the Court emphasizes the “separation” implemented by Israel in the West Bank between the Palestinian population and settlers (*ibid.*, paras. 226-229), without qualifying it as apartheid.

*

14. The first part of question (b), which calls on the Court to ascertain how Israel’s policies and practices affect the legal status of the occupation, seeks an assessment by the Court of the effect of Israel’s policies and practices on the legality of its continued presence in the Occupied Palestinian Territory. The Court analyses this question in light of two fundamental rules of international law, namely the prohibition of the acquisition of territory by force and the right to self-determination. These rules are found in the Charter of the United Nations and customary international law. On the other hand, the law of occupation does not regulate the legality of a State’s military presence in a foreign territory, but sets out the occupying Power’s rights and duties, which continue to apply even if its presence in the territory is illegal (see Advisory Opinion, para. 251).

l'apartheid. Il est à la fois une violation du droit international des droits de l'homme et un crime international, et peut donc engager la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle. S'agissant de l'apartheid en tant que violation du droit international des droits de l'homme, l'article 3 de la CIEDR indique que «[l]es États parties condamnent spécialement la ségrégation raciale et l'apartheid et s'engagent à prévenir, à interdire et à éliminer sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature». La CIEDR ne définit cependant pas le terme. L'apartheid en tant que crime international, quant à lui, est régi par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, de 1998, et par le protocole additionnel I aux conventions de Genève, de 1977. Tout comme le génocide, le crime international d'apartheid requiert l'existence d'un *dolus specialis* envers un groupe particulier. La convention contre l'apartheid de 1973 présente un double caractère. Tout en faisant de l'apartheid un crime international, elle énonce certaines obligations interétatiques aux fins de l'élimination de celui-ci. Or, il y a des différences notables entre la définition de l'apartheid donnée à l'alinéa *h*) du paragraphe 2 de l'article 7 du Statut de Rome et celle figurant à l'article 2 de la convention contre l'apartheid. Par exemple, selon le Statut de Rome, il doit exister, pour que les éléments constitutifs du crime d'apartheid soient réunis, un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur un autre.

13. Les questions posées par l'Assemblée générale portent sur les «lois et mesures discriminatoires adoptées par Israël» au regard du droit international des droits de l'homme, et non sur l'apartheid en tant que crime international. La Cour indique que l'article 3 de la CIEDR renvoie à «deux formes particulièrement graves de discrimination raciale, la ségrégation raciale et l'apartheid» (avis consultatif, par. 225) et conclut que «les lois et mesures d'Israël emportent violation de l'article 3 de la CIEDR» (*ibid.*, par. 229). Dans son raisonnement, elle met l'accent sur la «séparation» opérée par Israël en Cisjordanie entre la population palestinienne et les colons (*ibid.*, par. 226-229), sans la qualifier d'apartheid.

*

14. La première partie de la question *b*), dans laquelle la Cour est priée de dire quelle est l'incidence des politiques et pratiques d'Israël sur le statut juridique de l'occupation, appelle une évaluation de l'effet de ces politiques et pratiques sur la licéité de la présence continue de ce dernier dans le Territoire palestinien occupé. La Cour analyse cette question à la lumière de deux règles de droit international fondamentales, à savoir l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force et le droit à l'autodétermination. Ces règles sont établies dans la Charte des Nations Unies et en droit international coutumier. Le droit de l'occupation, quant à lui, ne régit pas la licéité de la présence militaire d'un État dans un territoire étranger, mais définit les droits et devoirs de la puissance occupante, qui restent applicables même lorsque sa présence sur le territoire en cause est illicite (voir avis consultatif, par. 251).

15. The prohibition of forcible acquisition of territory is a principle of customary international law. The Friendly Relations Declaration adopted by the General Assembly in 1970 provides that “[n]o territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal” (resolution 2625 (XXV), Annex, first principle). The Security Council also has repeatedly emphasized “the inadmissibility of the acquisition of territory by [force]” (e.g. resolution 242 (1967)) (see Advisory Opinion, paras. 175-176). The prohibition of the acquisition of territory by force precludes any forcible acquisition of territory, regardless of whether that force is unlawful or otherwise permitted under international law. Israel’s policies and practices amount to the annexation of large parts of the Occupied Palestinian Territory and thus violate the prohibition of the acquisition of territory by force (*ibid.*, para. 179).

16. The determination of whether the obligation to respect the right to self-determination has been violated is complex in situations of occupation. Occupation in all its forms, by its very nature, affects the exercise of the right to self-determination of the people living in the occupied territory. Thus, occupation itself cannot constitute a violation of the obligation to respect the right to self-determination. In the present Opinion, the Court analyses whether Israel’s policies and practices impede the right of the Palestinian people to self-determination in light of four elements that compose this right (Advisory Opinion, paras. 236-242) and concludes that Israel’s policies and practices are in breach of Israel’s obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination (*ibid.*, para. 243).

17. Based on the finding that Israel’s policies and practices violate the prohibition of the acquisition of territory by force and impede the right to self-determination, the Court concludes that Israel’s continued presence in the Occupied Palestinian Territory is illegal (Advisory Opinion, paras. 261-262 and point 3 of the operative clause). In some parts of its reasoning, the Court curiously states that it is the effects of Israel’s policies and practices which constitute a breach of international law (*ibid.*, paras. 256-257). The Court should have avoided such construction and stated straightforwardly that it is Israel’s policies and practices which violate the two aforementioned fundamental rules of international law, and that consequently Israel’s continued presence in the Occupied Palestinian Territory is illegal. In any case, the conclusion that Israel’s continued presence in the Occupied Palestinian Territory is illegal is not predicated on a finding that Israel violated its obligations under the law of occupation.

18. Although Israel has sought to exercise sovereignty over East Jerusalem and large parts of the West Bank, and not over the entire Occupied Palestinian Territory, I agree with the Court that the illegality of Israel’s continued presence relates to the entirety of the Occupied Palestinian Territory, including Gaza, subject to the temporal limitation of the Opinion (paragraph 1 above). The Occupied Palestinian Territory constitutes a single territorial unit, the unity, contiguity and integrity of which must be respected. The

15. L'interdiction de l'acquisition de territoire par la force est un principe de droit international coutumier. La déclaration sur les relations amicales, adoptée par l'Assemblée générale en 1970, prévoit que «[n]ulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale» (résolution 2625 (XXV), annexe, premier principe). Le Conseil de sécurité a lui aussi souligné à maintes reprises «l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre» (par exemple, résolution 242 (1967)) (voir avis consultatif, par. 175-176). L'interdiction de l'acquisition de territoire par la force exclut toute acquisition de ce type, que l'emploi de la force soit illicite ou autorisé au regard du droit international. Les politiques et pratiques d'Israël constituent une annexion de vastes parties du Territoire palestinien occupé, et emportent donc violation de l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force (*ibid.*, par. 179).

16. Dans les situations d'occupation, il est difficile de déterminer si l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination a été violée. L'occupation sous toutes ses formes, de par sa nature même, a une incidence sur l'exercice du droit à l'autodétermination des personnes vivant dans le territoire occupé. Aussi l'occupation ne peut-elle en soi emporter manquement à l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination. Dans le présent avis, la Cour recherche si les politiques et pratiques d'Israël entravent le droit du peuple palestinien à l'autodétermination à la lumière de quatre aspects de ce droit (avis consultatif, par. 236-242) et conclut qu'elles emportent manquement à l'obligation incombant à cet État de respecter ledit droit (*ibid.*, par. 243).

17. Ayant constaté que les politiques et pratiques d'Israël constituaient une violation de l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force et entravaient le droit à l'autodétermination, la Cour conclut que la présence continue d'Israël dans le Territoire palestinien occupé est illicite (avis consultatif, par. 261-262 et point 3 du dispositif). Dans certaines parties de son raisonnement, elle affirme, curieusement, que ce sont les effets des politiques et pratiques d'Israël qui constituent une violation du droit international (*ibid.*, par. 256-257). La Cour aurait dû éviter ce type de formulation, et dire sans détour que ce sont les politiques et pratiques d'Israël qui emportent violation des deux règles de droit international fondamentales précitées, et que, partant, la présence continue d'Israël dans le Territoire palestinien occupé est illicite. En tout état de cause, cette dernière conclusion n'est pas fondée sur quelque constatation selon laquelle Israël aurait manqué aux obligations qui lui incombent au regard du droit de l'occupation.

18. Bien qu'Israël cherche à exercer sa souveraineté sur Jérusalem-Est et sur de vastes pans de la Cisjordanie, et non sur l'intégralité du Territoire palestinien occupé, je suis d'accord avec la Cour pour considérer que l'illégalité de la présence continue d'Israël concerne l'intégralité de ce territoire, y compris Gaza, sous réserve de la limite temporelle précisée dans l'avis (paragraphe 1 ci-dessus). Ledit territoire constitue une seule et même entité territoriale, dont l'unité, la continuité et l'intégrité doivent être respectées.

Palestinian people must be able to exercise its right to self-determination over the entirety of the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion, paras. 78 and 262).

19. Since Israel's continued presence in the Occupied Palestinian Territory is an internationally wrongful act of a continuing character, Israel is under an obligation to cease that act. This conclusion is consistent with the resolutions of the Security Council and the General Assembly. For example, the Security Council has emphasized the need for the "[w]ithdrawal of Israel armed forces from territories occupied" (resolution 242 (1967), para. 1 (*i*)) and the "necessity for ending the prolonged occupation" (resolution 476 (1980), para. 1). The General Assembly has repeatedly called for "[t]he withdrawal of Israel from the Palestinian territory occupied since 1967, including East Jerusalem" (e.g. resolution 77/25 (2022), para. 12 (*a*)).

20. Israel has an obligation to bring to an end its continued presence in the Occupied Palestinian Territory "as rapidly as possible" (Advisory Opinion, para. 267 and point 4 of the operative clause). Given its legitimate security concerns, Israel is not under an obligation to withdraw all its armed forces from the Occupied Palestinian Territory immediately and unconditionally, particularly from the Gaza Strip in view of the ongoing hostilities since 7 October 2023. The Security Council and the General Assembly have reiterated the importance of the principle of land for peace and the two-State solution. For example, Security Council resolution 242 (1967) linked the end of Israel's illegal presence in the Occupied Palestinian Territory and the full realization of the Palestinian people's right to self-determination with Israel's right to live in peace within secure and recognized borders free from threats or acts of force (*ibid.*, para. 283). The precise modalities for ending Israel's illegal presence should follow from arrangements arrived at based on these principles under the supervision of the General Assembly and the Security Council (see *ibid.*, para. 281 and point 9 of the operative clause).

(Signed) IWASAWA Yuji.

Le peuple palestinien doit pouvoir exercer son droit à l'autodétermination sur l'intégralité du Territoire palestinien occupé (avis consultatif, par. 78 et 262).

19. Étant donné que sa présence continue dans le Territoire palestinien occupé est un fait internationalement illicite à caractère continu, Israël est dans l'obligation d'y mettre fin. Cette conclusion est conforme aux résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale. Le Conseil de sécurité a par exemple insisté sur la nécessité de procéder au « [r]etraissement des forces armées israéliennes des territoires occupés » (résolution 242 (1967), par. 1, al. *i*) et sur « la nécessité ... de mettre fin à l'occupation prolongée » (résolution 476 (1980), par. 1). Quant à l'Assemblée générale, elle a demandé à maintes reprises qu'« Israël se retire du territoire palestinien occupé depuis 1967, y compris Jérusalem-Est » (par exemple, résolution 77/25 (2022), par. 12, al. *a*).

20. Israël est dans l'obligation de mettre fin à sa présence continue dans le Territoire palestinien occupé « dans les plus brefs délais » (avis consultatif, par. 267 et point 4 du dispositif). Étant donné ses préoccupations légitimes en matière de sécurité, il n'est cependant pas tenu de retirer l'ensemble de ses forces armées du Territoire palestinien occupé de manière immédiate et inconditionnelle, et notamment pas de la bande de Gaza, compte tenu des hostilités en cours depuis le 7 octobre 2023. Le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale ont rappelé l'importance du principe de l'échange de territoires contre la paix et de la solution à deux États. Ainsi, dans sa résolution 242 (1967), le Conseil de sécurité a établi un lien entre la fin de la présence illicite d'Israël dans le Territoire palestinien occupé et la pleine réalisation du droit du peuple palestinien à l'autodétermination, et le droit d'Israël de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'actes de force (*ibid.*, par. 283). Les modalités précises pour qu'il soit mis fin à la présence illicite d'Israël découleront des dispositions qui seront prises à la lumière de ces principes, sous le contrôle de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité (voir *ibid.*, par. 281 et point 9 du dispositif).

(Signé) IWASAWA Yuji.
