

DECLARATION OF JUDGE TLADI

The situation in the Occupied Palestinian Territory is not a bilateral dispute — The policies and practices of Israel are in breach of peremptory norms of international law — The security concerns of Israel cannot override its international legal obligations — The policies and practices can be characterized as apartheid — The United Nations is under an obligation to consider further measures and modalities in the event of non-compliance.

I. INTRODUCTION AND CONTEXT

1. I have voted in favour of all the paragraphs of the operative clauses of the Court's Opinion and, overall, I am pleased with the outcome. Given the collective nature of the Court's decision-making process, the reasoning is not always going to be as clear as it could be, but this should not detract from the overall significance of the Opinion in the continuing search for peace in the Middle East. In this declaration, I wish to address certain salient points in the Advisory Opinion that merit some elucidation.

2. Some may question the main conclusion of the Opinion, namely that the continued presence of Israel in the Occupied Palestinian Territory (hereinafter "OPT") is unlawful and, as a consequence, that Israel must terminate its presence. In this context, it may be questioned whether the breaches of international law by Israel necessarily lead to the conclusion that Israel's presence is unlawful and that it must therefore withdraw from the OPT. It is true that the mere fact of violation of certain rules of international law would not always lead to the unlawfulness of the presence itself. What the Opinion illustrates however, is that the seriousness and magnitude of Israel's violations, as well as the nature of the rules breached, are such as to remove any pretences concerning the purpose of Israel's presence — transforming what *may have been* lawful presence based on occupation to unlawful presence because such presence clearly amounts to a manifest violation of fundamental rules of international law prohibiting the acquisition of territory by force and the denial of the right of self-determination.

3. It is not just the fundamental character of the rules breached, or the egregiousness of the breaches, but also the fact that the breaches have contin-

DÉCLARATION DE M. LE JUGE TLADI

[Traduction]

Situation dans le Territoire palestinien occupé n'étant pas un différend bilatéral — Politiques et pratiques d'Israël constituant une violation de normes impératives du droit international — Préoccupations d'Israël en matière de sécurité ne pouvant l'emporter sur ses obligations juridiques internationales — Politiques et pratiques pouvant être qualifiées d'apartheid — Organisation des Nations Unies étant dans l'obligation d'envisager des mesures et modalités supplémentaires en cas de non-respect.

I. INTRODUCTION ET CONTEXTE

1. J'ai voté en faveur de tous les points du dispositif de l'avis consultatif de la Cour et je suis globalement satisfait du résultat. Compte tenu du caractère collectif du processus de prise de décision de la Cour, l'exposé des motifs n'est pas toujours aussi clair qu'il pourrait l'être, mais cela ne devrait pas occulter l'importance générale que revêt cet avis dans la quête de la paix au Moyen-Orient. Dans la présente déclaration, j'ai tenu à revenir sur certains points saillants de l'avis consultatif, qui méritent d'être éclaircis.

2. D'aucuns contesteront peut-être la conclusion principale formulée dans l'avis, à savoir que la présence continue d'Israël dans le Territoire palestinien occupé est illicite et que, par conséquent, Israël doit y mettre fin. À cet égard, il est permis de se demander si les violations du droit international commises par Israël conduisent nécessairement à la conclusion que la présence de celui-ci est illicite et qu'il lui faut dès lors se retirer du Territoire palestinien occupé. En effet, le fait de violer certaines règles du droit international ne permet pas toujours, en soi, de conclure au caractère illicite de la présence elle-même. Ce que montre l'avis, cependant, c'est que la gravité et l'ampleur des violations commises par Israël, ainsi que la nature des règles qui ont été violées, sont telles qu'elles font voler en éclats tout argument fallacieux quant à l'objectif de la présence de celui-ci dans le territoire palestinien, transformant ce qui *aurait pu être* une présence licite fondée sur l'occupation en une présence illicite, puisque clairement constitutive d'une violation manifeste des règles fondamentales du droit international interdisant l'acquisition de territoire par la force et le déni du droit à l'auto-détermination.

3. La conclusion de la Cour repose non seulement sur le caractère fondamental des règles violées, ou la gravité de ces violations, mais aussi sur le

ued, and indeed worsened, notwithstanding repeated calls for their cessation from multiple organs and entities that leads to the Court's conclusion. The seriousness and magnitude of the violations, in effect, unrobe the emperor, leaving the truth bare; it reveals that there is nothing about the enterprise in question that justifies it as a temporary occupation. It is simply annexation, which breaches the right of self-determination of the Palestinian people and the prohibition of acquisition of territory by force. Put differently, from the facts presented to the Court, it is clear that Israel has used occupation as a front to cover up its breaches of some of the most fundamental principles of international law. This is what I understand by the Court's reference to "sustained abuse by Israel of its position as an occupying Power"¹. Under these circumstances, any lingering suggestion that Israel's unlawful conduct somehow does not affect the lawfulness of its presence would have the effect of shrouding Israel's presence in the OPT with a cloak of legality — something which I find simply incomprehensible.

4. Many, on the other hand, will praise the Opinion, rightfully so, for confirming the unlawfulness of Israeli presence on the Occupied Palestinian Territory, and the duty on Israel to withdraw from that territory. Yet, this conclusion should hardly come as a surprise given the 2004 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* Advisory Opinion (hereinafter the "Wall Advisory Opinion") and the terms of the question posed by the General Assembly in resolution 77/247 which identified particularly important rules, namely the right of self-determination, rules of international human rights law, in particular those prohibiting discrimination, the prohibition of the acquisition of territory by force and the basic rules of international humanitarian law, against which to assess the policies and practices of Israel. As I will go on to expand below, serious violations of these fundamental rules of international law could scarcely have resulted in a different conclusion. With most legal issues there are arguments and counterarguments that pull in different directions, even if there is an objectively correct legal position. The situation in the OPT, however, is one of the few cases in international law in which it is challenging to find legal and political arguments that pull in a direction in opposition to the Palestinian right of self-determination and in favour of the prolonged Israeli occupation of Palestinian territory and the subjugation of the Palestinian people. Even in the course of the current proceedings, States that can be described as "arguing on the side of Israel", with the exception of two States, namely Zambia and Fiji, took a decidedly procedural stance, arguing on jurisdiction and urging the Court either not to exercise its jurisdiction or to limit its jurisdiction. But given the clear facts and the state of the law, few States appeared willing to argue that the rules and principles referred to in

¹ Advisory Opinion, para. 261.

fait que les violations ont persisté, et se sont d'ailleurs aggravées, alors même que de multiples organes et entités n'ont eu de cesse d'exhorter Israël à y mettre fin. La gravité et l'ampleur des violations ont eu pour effet de mettre le roi à nu, exposant la vérité aux yeux de tous : rien, dans l'entreprise en question, ne permet de la justifier en tant qu'occupation temporaire. Il s'agit purement et simplement d'une annexion, laquelle enfreint le droit à l'autodétermination du peuple palestinien et l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force. Autrement dit, comme cela ressort des faits présentés à la Cour, Israël se sert clairement de l'occupation comme d'une couverture destinée à masquer ses violations de certains des principes les plus fondamentaux du droit international. C'est ainsi que je comprends la mention que fait la Cour de « [l']utilisation abusive persistante[, par Israël.] de sa position en tant que puissance occupante »¹. Dans ces conditions, tout argument qui continuerait de laisser entendre que le comportement illicite d'Israël serait en quelque sorte dépourvu d'incidence sur la licéité de sa présence dans le Territoire palestinien occupé aurait pour effet de donner à cette présence un vernis de licéité, ce qui me semble tout bonnement incompréhensible.

4. À l'inverse, nombreux seront ceux qui se féliciteront, à juste titre, de ce que l'avis de la Cour confirme l'illicéité de la présence d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, et l'obligation qui lui incombe de se retirer de ce territoire. Or, cette conclusion n'a rien d'étonnant compte tenu de l'avis consultatif donné en 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (ci-après l'« avis sur le Mur ») et du libellé des questions posées par l'Assemblée générale dans sa résolution 77/247, où étaient citées des règles particulièrement importantes, à savoir le droit à l'autodétermination, les règles du droit international des droits de l'homme, en particulier celles interdisant la discrimination, l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force et les règles fondamentales du droit international humanitaire, au regard desquelles il convient d'apprécier les politiques et pratiques d'Israël. Comme je le développerai ci-dessous, une autre conclusion que celle à laquelle la Cour est parvenue était difficilement envisageable au vu des graves violations de ces règles fondamentales du droit international. La plupart des questions juridiques sont matière à débats et à divergences d'opinions, dans un sens comme dans l'autre, même lorsqu'il existe une position objectivement juste en droit. La situation dans le Territoire palestinien occupé, en revanche, est l'une des rares situations en droit international pour laquelle on peut difficilement trouver des arguments juridiques et politiques contre le droit des Palestiniens à l'autodétermination, et en faveur de l'occupation prolongée par Israël du territoire palestinien et de l'assujettissement du peuple palestinien. Même au cours de la présente procédure, les États pouvant être décrits comme des « soutiens d'Israël », à l'exception de deux d'entre eux, à savoir la Zambie et les Fidji, ont adopté une position clairement procédurale, en faisant valoir des points de compé-

¹ Avis consultatif, par. 261.

the question put by the General Assembly have not been violated by Israel. The Court's finding that there have been grave and serious violations of the right of self-determination and the prohibition of the acquisition of territory by force, seen in that context, is not surprising or earth-shattering.

5. In this declaration, I wish to address five issues that arose in the context of these advisory proceedings, and which I believe warrant further analysis. First, I am troubled by arguments made by some participants in the course of these proceedings that seek to describe the Israeli occupation, and the consequences of that occupation, as a bilateral dispute between Israel and Palestine (see Section II below). The Court addresses this only briefly and in so doing misses an important normative opportunity. I will also, in this context, address the Court's over-indulgence of arguments concerning its discretion to decide to not respond to a request for an advisory opinion, particularly when the request comes from the General Assembly or the Security Council. The second, and perhaps the most important issue for me is the right of self-determination and its status as *jus cogens* (see Section III below). Third, I will explain why, in my view, the Court was correct to find that the policies and practices of Israel in the OPT amount to apartheid (see Section IV below). Fourth, the Court does not directly and comprehensively address the issue of Israel's security concerns, a decision I fully understand. Nonetheless, since Israel's security concerns are at the heart of much of the justification for its policies and practices, it is important to say something about them, and I will do so in this declaration (see Section V below). Fifth, in the context of the consequences flowing from Israel's breaches for the United Nations, the Court states that the United Nations should consider the "precise modalities and further action required to bring to an end as rapidly as possible" the unlawful presence of Israel in the OPT². While this conclusion is correct, I believe that the Court could have described more concrete action that the United Nations should consider to bring to an end the unlawful presence of Israel in the OPT and to have Israel comply with its obligations under international law. I will provide some thoughts on the concrete action that the United Nations might consider in furtherance of the Palestinian right of self-determination and compliance with the terms of the Court's Opinion in general (see Section VI below).

² Advisory Opinion, para. 285 (9).

tence et en priant la Cour de ne pas exercer sa compétence ou de ne le faire que dans une certaine mesure. Face aux faits indéniables et à l'état du droit, peu d'États ont toutefois semblé vouloir avancer qu'Israël n'avait pas violé les règles et principes auxquels il est fait référence dans les questions posées par l'Assemblée générale. Vue sous cet angle, la conclusion formulée par la Cour, à savoir que des violations graves du droit à l'autodétermination et de l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force ont été commises, ne devrait pas créer la surprise ni faire l'effet d'une bombe.

5. Dans la présente déclaration, j'ai tenu à aborder cinq questions qui se sont posées dans le cadre de cette procédure consultative et qui, selon moi, méritent que l'on s'y attarde. Premièrement, je suis troublé par les arguments avancés par certains participants qui ont cherché à décrire l'occupation israélienne, ainsi que ses conséquences, comme un différend bilatéral entre Israël et la Palestine (voir la section II ci-dessous). La Cour n'évoque ce point que brièvement et, ce faisant, passe à côté d'une occasion importante d'un point de vue normatif. Je me pencherai également, dans ce contexte, sur le développement excessif, par la Cour, d'arguments concernant le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose pour décider de ne pas répondre à une demande d'avis consultatif, en particulier lorsque celle-ci émane de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité. Le deuxième point, peut-être le plus important à mes yeux, est le droit à l'autodétermination et son statut de *ius cogens* (voir la section III ci-dessous). Troisièmement, j'expliquerai pourquoi, selon moi, la Cour a eu raison de considérer que les politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé sont constitutives d'apartheid (voir la section IV ci-dessous). Quatrièmement, la Cour ne traite pas directement et exhaustivement de la question des préoccupations d'Israël en matière de sécurité, ce que je comprends parfaitement. Néanmoins, la sécurité étant invoquée par Israël comme l'une des principales justifications de ses politiques et pratiques, il est important d'en dire un mot, et je le ferai dans la présente déclaration (voir la section V ci-dessous). Cinquièmement, en ce qui concerne les conséquences découlant des violations commises par Israël pour l'Organisation des Nations Unies, la Cour a dit que celle-ci devrait examiner «quelles modalités précises et mesures supplémentaires sont requises pour mettre fin dans les plus brefs délais» à la présence illicite d'Israël dans le Territoire palestinien occupé². Bien que cette conclusion soit correcte, j'estime que la Cour aurait pu décrire plus concrètement les mesures que l'Organisation des Nations Unies pourrait envisager pour mettre fin à la présence illicite d'Israël dans le Territoire palestinien occupé et faire en sorte que cet État se conforme aux obligations que lui impose le droit international. Je formulerai quelques observations à ce sujet en présentant des mesures concrètes pertinentes aux fins du droit palestinien à l'autodétermination et, de manière générale, du respect de l'avis rendu par la Cour (voir la section VI ci-dessous).

² Avis consultatif, par. 285, point 9.

II. THE PALESTINIAN QUESTION IS NOT A BILATERAL DISPUTE

6. All the participants in these proceedings have accepted that the Court has jurisdiction to render the requested Advisory Opinion. Yet it has been suggested by some that the Court ought not to exercise its jurisdiction — the legal jargon in use for the plea to the Court not to exercise its jurisdiction is that the Court has discretion and should exercise that discretion to decline to render an opinion in respect of this question, even though it has jurisdiction. The reasons that have been put forward in these proceedings for the Court to so exercise its discretion are several. In addition to the reason that will be the subject of this section, namely that the question involves a bilateral dispute, it has also been said that any opinion rendered will not be of assistance to the General Assembly, that it would undermine the political peace process, that it would undermine the role of the United Nations Security Council, that the Court does not have sufficient information to render an opinion, and that the questions are formulated in a biased way. These reasons are, by and large, drawn from the Court's jurisprudence.

7. I have no intention to address each of these. However, I would like to make a general point about the discretion that the Court is said to have to decline rendering an opinion. According to what has now become the Court's jurisprudence, further entrenched by the current Advisory Opinion of the Court, the Court has the discretion to decide not to exercise its advisory jurisdiction if there are compelling reasons. This jurisprudence, at least in lip-service, suggests that this discretion is unfettered³.

8. This notion of a discretion not to exercise jurisdiction validly established is now firmly part of the Court's jurisprudence and there is little chance of its displacement⁴. As a result, in respect of each Advisory Opinion in the future the Court will continue, to the detriment of many trees and our climate, to rehearse and formulaically repeat these grounds and explain why they do not apply in that particular case. In my view, whatever discretion the Court may have is extremely narrow — so narrow that the Court should stop being as indulgent with arguments concerning discretion as it has been in the past. The narrowness of the discretion to decline to give an advisory

³ Georges Abi-Saab, "On Discretion: Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice" in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999, p. 37; see also, Gleider I. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford University Press (OUP), 2014, p. 78.

⁴ For the record, I share in Professor Abi-Saab's view (*ibid.*) that the founding of this jurisprudence on *Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 5*, is erroneous because a careful reading of the Court's Opinion suggests that it was concerned not with "discretion" but with whether it had jurisdiction (based on a lack of competence of the Council of the League of Nations). But that is now water under the bridge and we have to accept that the earth is flat.

II. LA QUESTION PALESTINIENNE N'EST PAS UN DIFFÉREND BILATÉRAL

6. Tous les participants à la présente procédure ont admis que la Cour avait compétence pour donner l'avis consultatif demandé. Certains ont cependant avancé qu'elle ne devrait pas exercer cette compétence, le jargon juridique employé à cet égard étant que la Cour jouit d'un pouvoir discrétionnaire en la matière, dont elle devrait faire usage pour refuser de rendre un avis consultatif sur cette question, et ce, alors même qu'elle a compétence. Plusieurs raisons ont été avancées. Outre celle qui fait l'objet de la présente section, à savoir que la question a trait à un différend bilatéral, il a également été soutenu que l'avis, quel qu'il soit, ne serait d'aucune aide à l'Assemblée générale, qu'il saperait le processus de paix politique, qu'il nuirait au rôle du Conseil de sécurité des Nations Unies, que la Cour ne disposait pas de suffisamment d'informations pour donner un avis et que la formulation des questions était biaisée. Ces raisons sont, dans l'ensemble, tirées de la jurisprudence de la Cour.

7. Je n'ai nullement l'intention de développer chacun de ces points. Je tiens toutefois à formuler une observation générale au sujet du pouvoir discrétionnaire dont disposerait la Cour, et qui lui permettrait de refuser de donner un avis. Conformément à ce qui est aujourd'hui devenu sa jurisprudence, qui se trouve renforcée par l'avis qu'elle vient de donner, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de décider de ne pas exercer sa compétence consultative s'il existe des raisons décisives en ce sens. Il ressort de cette jurisprudence que ce pouvoir discrétionnaire est sans entrave, du moins en théorie³.

8. Cette notion dûment établie d'un pouvoir discrétionnaire de ne pas exercer sa compétence fait aujourd'hui partie intégrante de la jurisprudence de la Cour, et un revirement sur ce point paraît peu vraisemblable⁴. Par conséquent, chaque fois qu'elle sera amenée à l'avenir à donner un avis, la Cour continuera, au détriment de nombreux arbres et de notre climat, d'énumérer et de répéter de façon convenue les raisons qui pourraient l'amener à faire usage de son pouvoir discrétionnaire, tout en expliquant en quoi elles ne s'appliquent pas dans le cas d'espèce. Selon moi, quel que soit le pouvoir discrétionnaire de la Cour, celui-ci est extrêmement restreint, tellement

³ Georges Abi-Saab, «On Discretion: Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice», dans Laurence Boisson de Charzounes et Philippe Sands (sous la dir. de), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999, p. 37; voir aussi Gleider I. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford University Press (OUP), 2014, p. 78.

⁴ À toutes fins utiles, je précise que je partage le point de vue du professeur Abi-Saab (*ibid.*), selon lequel le fait de fonder cette jurisprudence sur la procédure relative au *Statut de la Carélie orientale, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B, n° 5*, est erroné, puisqu'il ressort d'une lecture attentive de l'avis de la Cour que celle-ci s'interrogeait alors non pas sur un «pouvoir discrétionnaire», mais sur le point de savoir si elle avait compétence (compte tenu de l'incompétence du Conseil de la Société des Nations). Mais c'est aujourd'hui de l'histoire ancienne et il nous faut accepter que la Terre est plate.

opinion is acknowledged by the Court itself in numerous cases, where it has observed that the Court's answer to a request for an advisory opinion "represents its participation in the activities of the Organization, and, *in principle*, should not be refused"⁵. This is particularly the case where the request emanates from the other organs of the United Nations, i.e. the General Assembly or the Security Council. If a request should, in principle, not be refused, and if a refusal requires the existence of a *compelling* reason (the threshold for which is, in fact, so high that this Court has never found a reason compelling enough to refuse a request for an advisory opinion) then does the Court really have discretion in this matter? It would appear to me that what the Court has available to it is not discretion in the traditional sense, which is defined as "freedom in the exercise of judgment; the power of free decision-making"⁶, but rather it has recourse to an overriding consideration of judicial propriety that can provide a legitimate excuse for refusing to reply to a request for an advisory opinion.

9. For the Court to refuse to respond to a request from the General Assembly or the Security Council *when it has jurisdiction to do so* would, in my view, amount to the Court second-guessing the decisions of the other principal organs in a way that would be legally problematic. This is not to say that the Court can never refuse to provide a requested opinion, even to the other principal organs of the United Nations. I can think of several reasons that the Court *might* exercise its very narrow discretion to decline to render an opinion. For example, I can imagine that the Court would not provide an opinion if the object of the question had since become moot⁷, or where the request from an organ no longer enjoyed the support of many of its members that had previously supported the request (in a sense, piercing the "corporate veil"). The Court *might* also decline to offer an opinion where one principal organ makes the request, and the other expresses its displeasure at the request.

10. At any rate, the notion that the subject-matter of a request involves a bilateral dispute is not one which should prevent the Court from exercising its jurisdiction, notwithstanding the Court's previous statements that the

⁵ See e.g. *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71 (emphasis added); *Difference relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (I)*, pp. 78-79, para. 29; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 156, para. 44.

⁶ *Black's Law Dictionary*, 11th ed., 2019, p. 585.

⁷ See e.g. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 26, para. 46 ("The Court has already acknowledged, on several occasions in the past, that events subsequent to the filing of an application may 'render an application without object'").

restreint qu'elle devrait cesser d'être aussi prolixe sur le sujet. La Cour a d'ailleurs elle-même maintes fois reconnu à quel point ce pouvoir discrétionnaire était limité, relevant que sa réponse à une demande d'avis consultatif « constitu[ait] [sa] participation ... à l'action de l'Organisation et [que], *en principe*, elle ne devrait pas être refusée »⁵. Tel est particulièrement le cas lorsque la demande en question émane des autres organes principaux de l'Organisation des Nations Unies, à savoir l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité. Si une demande doit, en principe, ne pas être refusée, et si un refus nécessite l'existence d'une raison *décisive* (le critère en la matière étant si exigeant que la Cour n'a, en réalité, jamais trouvé de raison suffisamment décisive pour refuser une demande d'avis consultatif), la Cour dispose-t-elle réellement d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard ? Il me semble que ce dont elle dispose, c'est non pas d'un pouvoir discrétionnaire comme on l'entend habituellement, à savoir le « libre choix de décider ; pouvoir de prendre librement ses décisions »⁶, mais plutôt d'une possibilité d'invoquer des considérations d'opportunité judiciaire prioritaires pouvant légitimement justifier son refus de répondre à une demande d'avis consultatif.

9. Si la Cour refusait de répondre à une demande de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité *lorsqu'elle a compétence pour le faire*, cela reviendrait, selon moi, à ce qu'elle remette en question les décisions des autres organes principaux de l'Organisation des Nations Unies d'une manière qui serait juridiquement problématique. Cela ne veut pas dire qu'elle ne peut en aucun cas refuser de donner un avis consultatif, même si celui-ci a été sollicité par un autre organe principal. Plusieurs raisons me viennent à l'esprit qui *pourraient* justifier l'exercice par la Cour de cet étroit pouvoir discrétionnaire. Par exemple, j'imagine que la Cour refuserait de donner un avis si la question était, entre-temps, devenue sans objet⁷, ou si la demande d'un organe ne bénéficiait plus du soutien d'une grande partie de ses membres qui l'avaient auparavant appuyée (il s'agirait alors d'une forme de levée du « voile social »). La Cour *pourrait* aussi refuser de donner un avis si la demande émanait d'un organe principal, alors qu'un autre la désapprouvait.

10. En tout état de cause, le fait qu'une demande ait pour objet un différend bilatéral ne devrait pas être de nature à empêcher la Cour d'exercer sa compétence consultative, et ce, nonobstant ses déclarations précédentes selon

⁵ Voir, par exemple, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 71 (les italiques sont de moi) ; *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 78-79, par. 29 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 156, par. 44.

⁶ *Black's Law Dictionary*, 11^e éd., 2019, p. 585.

⁷ Voir, par exemple, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1998, p. 26, par. 46 (« La Cour a déjà reconnu à plusieurs reprises par le passé que des événements postérieurs à l'introduction d'une requête peuvent "[priver] ensuite la requête de son objet". »).

bilateral character of an issue may be a compelling reason for declining to exercise its advisory jurisdiction⁸. In its current Advisory Opinion, the Court responds to the bilateral dispute objection by noting that it does not regard the present case as only a bilateral matter between Israel and Palestine⁹. Rather, in the Court's view, "this issue is a matter of particular interest and concern to the United Nations" because the "involvement of the United Nations organs, and before that the League of Nations, in questions relating to Palestine dates back to the Mandate System"¹⁰.

11. While I think this institutional reasoning is correct, I also think it is important to emphasize that, quite apart from this institutional reason linked to the United Nations long-standing responsibility, the Israeli-Palestinian conflict cannot be seen as a bilateral dispute for a much more normative reason. While international law cannot as yet (and maybe never will), be described as a solidarity-based system, it is beyond doubt that the international legal system has moved beyond the era of pure bilateralism, which was the hallmark of traditional international law. It is for this reason that international law concerned itself with the situation in my own country prior to 1994, even though it was technically, in a purely bilateralist tradition, an internal matter; it is because of this reason that international law concerns itself with alleged cases of genocide whether happening within the boundaries of one State or not; it is for this reason that cases of human rights violations are the subject of consideration by international bodies. Then how can a case where some of the most fundamental norms of international law, in particular norms of *jus cogens*, are at stake be a bilateral dispute? I find it morally unthinkable that it could even be contemplated that what is happening in Palestine is a purely bilateral dispute. It is not. There is little that is bilateral about the situation in Palestine. With or without the United Nations special institutional responsibility, the deprivation of some of the most fundamental rights of a people is an issue which concerns all of humanity. There is little that is bilateral about a situation in which generations of a people are forced to live a life of subjugation and indignity, as orphans without the rights that the rest of us take for granted.

12. The Court is, of course, not wrong to refer to the institutional reason, which is the United Nations institutional responsibility. Already in 2004, the Court based its rejection of the bilateral dispute objection on this point, stating that, "[g]iven the powers and responsibilities of the United Nations in questions relating to international peace and security, . . . the construction of the wall must be deemed to be directly of concern to the United

⁸ See e.g. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 25, para. 33.

⁹ Advisory Opinion, para. 35.

¹⁰ *Ibid.*

lesquelles le caractère bilatéral d'une question peut constituer une raison décisive de refuser de le faire⁸. Dans le présent avis, la Cour répond à l'objection portant sur le caractère bilatéral du différend en relevant qu'elle ne considère pas cette procédure comme une question uniquement bilatérale entre Israël et la Palestine⁹. Au contraire, d'après elle, « [c]ette question intéresse et préoccupe ... particulièrement l'Organisation des Nations Unies », car les « questions relatives à la Palestine sont inscrites à l'ordre du jour des organes de l'Organisation des Nations Unies, et auparavant de la Société des Nations, depuis le régime des mandats »¹⁰.

11. Bien que ce raisonnement soit selon moi correct, il me semble également important de souligner que, outre cette raison institutionnelle liée à la responsabilité de longue date de l'Organisation des Nations Unies, le conflit israélo-palestinien ne peut être considéré comme un différend bilatéral pour une raison beaucoup plus normative. Quoique le droit international ne puisse pas encore être décrit comme un système fondé sur la solidarité (et il ne le sera peut-être jamais), il ne fait aucun doute que le système juridique international est sorti de l'ère du bilatéralisme pur, qui caractérisait le droit international classique. C'est ainsi que le droit international s'est intéressé à la situation qui prévalait dans mon propre pays avant 1994, alors même qu'il s'agissait techniquement, dans la pure tradition bilatérale, d'un problème interne; c'est ainsi que le droit international s'intéresse aux allégations de génocide, que celui-ci soit commis ou non à l'intérieur des frontières d'un État; c'est ainsi que les violations des droits de l'homme font l'objet d'examen par des organes internationaux. Dès lors, comment qualifier de différend bilatéral une procédure dans laquelle sont en jeu certaines des normes les plus fondamentales du droit international, notamment des normes de *jus cogens*? L'idée même que l'on puisse considérer que les événements en Palestine relèvent d'un différend purement bilatéral me paraît moralement inconcevable. Rien n'est moins vrai. On ne peut guère parler de situation bilatérale lorsqu'on évoque la situation en Palestine. Indépendamment de la responsabilité institutionnelle particulière de l'Organisation des Nations Unies, le fait de priver un peuple de certains des droits les plus fondamentaux est une question qui concerne l'humanité tout entière. On ne peut guère parler de situation bilatérale lorsque l'on évoque une situation dans laquelle un peuple est contraint, depuis plusieurs générations, de vivre sous domination dans des conditions dégradantes, orphelin des droits que le reste du monde tient pour acquis.

12. Certes, la Cour n'a pas tort de renvoyer au motif d'ordre institutionnel, à savoir la responsabilité qui incombe à l'Organisation des Nations Unies. En 2004, déjà, elle avait invoqué ce point pour rejeter l'objection portant sur le caractère bilatéral du différend, affirmant que, « [c]ompte tenu des pouvoirs et responsabilités de l'Organisation des Nations Unies à l'égard des questions se rattachant au maintien de la paix et de la sécurité internationales, ... la

⁸ Voir, par exemple, *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 25, par. 33.

⁹ Avis consultatif, par. 35.

¹⁰ *Ibid.*

Nations”¹¹. That reason, while also institutional in nature, went even further than the reason provided by the Court in the current Advisory Opinion because, over and above the institutional reasons, it gave substantive reasons related to peace and security.

13. The institutional reasoning given by the Court in the current Advisory Opinion does not account for the humanitarian reasons why the situation in the OPT cannot be seen as a bilateral dispute. It leaves unaccounted for both the moral and social imperatives as to why international law *must* concern itself with that situation and, more to the point, why international law must dictate the “international community’s” centrality in resolving that situation. I regret that the Court did not take this opportunity to do so. For while it was understandable for the Court, in 2004, to rely on the United Nations institutional responsibility, in 2024 it should have relied on the responsibility of the “international community”, regardless of the historical institutional responsibility of the United Nations.

III. PEREMPTORY CHARACTER OF THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION

1. General

14. The main finding of the Court is that the presence of Israel in the OPT is unlawful and that, as a consequence, it is under a legal obligation to withdraw from, or to bring to an end its unlawful presence in, the Palestinian territory. The main basis for this finding is that Israeli presence in the OPT constitutes a violation of the Palestinian right of self-determination, in addition to constituting a breach of the prohibition of the acquisition of territory by force. The Court reaffirms its previous descriptions of the right of self-determination as “one of the essential principles of contemporary international law” and that the obligation to respect this right is owed *erga omnes*¹². These are not new, and the Court had previously used these descriptions¹³. What is new is the Court’s explicit recognition of the right of self-determination as a peremptory norm of international law. At paragraph 233 the Court states that it “considers that, in cases of foreign occupation such as the present case, the right to self-determination constitutes a peremptory norm of international law”. The qualifier “in cases of foreign occupation such as the present case” is rather unclear, but I understand it to mean that the element of the right of self-determination which is implicated in the

¹¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 159, para. 49.

¹² Advisory Opinion, para. 232.

¹³ *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 102, para. 29; *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*,

construction du mur d[eva]it être regardée comme intéressant directement l'Organisation»¹¹. Bien qu'il se soit agi là aussi d'un motif d'ordre institutionnel, la Cour était allée encore plus loin qu'elle ne l'a fait en l'espèce en renvoyant, au-delà dudit motif, à des raisons de fond relatives à la paix et à la sécurité.

13. Le motif institutionnel invoqué par la Cour dans le présent avis ne rend pas compte des raisons humanitaires pour lesquelles la situation dans le Territoire palestinien occupé ne peut être considérée comme un différend bilatéral. Il ne dit rien des impératifs moraux et sociaux pour lesquels le droit international *doit* s'intéresser à cette situation et pour lesquels, plus précisément, il doit dicter le rôle central de la « communauté internationale » dans le règlement de cette situation. Je regrette que la Cour n'ait pas saisi l'occasion de le faire. Car, en effet, s'il était compréhensible qu'elle s'appuie, en 2004, sur la responsabilité institutionnelle de l'Organisation des Nations Unies, elle aurait dû, en 2024, invoquer la responsabilité de la « communauté internationale » en tant que telle, quelle que soit la responsabilité institutionnelle historique de l'Organisation.

III. CARACTÈRE IMPÉRATIF DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION

1. Observations générales

14. La conclusion centrale de la Cour est que la présence d'Israël dans le Territoire palestinien occupé est illicite et que cet État a donc l'obligation juridique de s'en retirer, ou de mettre un terme à sa présence illicite dans ledit territoire. Cette conclusion découle principalement de ce que la présence israélienne dans le Territoire palestinien occupé constitue une violation du droit des Palestiniens à l'autodétermination, en plus d'emporter violation de l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force. La Cour réaffirme que le droit à l'autodétermination est l'« un des principes essentiels du droit international contemporain » et que l'obligation de respecter ce droit est due *erga omnes*¹². Cela n'a rien de nouveau et ce n'est pas la première fois que la Cour le dit¹³. Ce qui est nouveau, en revanche, c'est la reconnaissance explicite par la Cour du droit à l'autodétermination en tant que norme impérative de droit international. Au paragraphe 233, la Cour déclare ainsi que, « en cas d'occupation étrangère comme celle dont il est question en la présente espèce, le droit à l'autodétermination constitue une norme impérative de droit international ». Le membre de phrase « en cas d'occupation étrangère comme celle dont il est question en la présente espèce » n'est

¹¹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 159, par. 49.*

¹² Avis consultatif, par. 232.

¹³ *Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29; Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis consultatif,*

present case, i.e. the right of the Palestinian people to not have their right of self-determination impeded by the ongoing foreign occupation by Israel, is assuredly a peremptory norm of international law. This statement would be without prejudice to the peremptory status of other elements of the right of self-determination (which were not at issue in this case). In the same way, stating that the (narrower) prohibition of aggression is a peremptory norm does not necessarily mean that the broader prohibition on the use of force is itself not peremptory.

15. While the Court's recognition of the peremptory status of self-determination is a welcome departure from its historical reluctance to refer to *jus cogens* in general, and in particular to describe self-determination as *jus cogens*, the Opinion retains some of its historical reluctance to recognize peremptory norms. For starters, a point I will return to later, the Court appears rather ambivalent about the role that the peremptory status of self-determination plays in the Opinion — I imagine that some will regard the Court's statement in this respect as *obiter*. Second, other norms that undoubtedly qualify as *jus cogens* are not referred to as such. These are the prohibition on the use of force, the prohibition of apartheid and some of the basic principles of international humanitarian law. I am less concerned about the Court's reluctance to refer to these obvious *jus cogens* norms as peremptory because, first, the prohibition of the use of force has already been described by the Court as *jus cogens* in a previous case¹⁴, and secondly, the main finding of the Court in this case is based on self-determination. Further, I can understand the Court's reluctance to refer to *some* principles of international humanitarian law as peremptory without identifying which ones. At any rate, given the historical reluctance of the Court to refer to peremptory norms, with its residual effects in this Opinion, it is appropriate to say a few words about it.

16. The Court's historical reluctance to pronounce itself clearly on the peremptory status of norms that are widely accepted as having that character, in particular self-determination, is difficult to understand. There is no rational reason for this reluctance. Whether the speculation that the Court has historically avoided using the terms "*jus cogens*" and "peremptory norms" due to the influence of French judges on the Court, and France's reputation as being opposed to those terms, is

Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019 (I), p. 139, para. 180; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 199, para. 156.

¹⁴ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 437, para. 81.

pas très clair, mais je l'interprète comme signifiant que l'élément du droit à l'autodétermination en cause dans la présente espèce, à savoir le droit du peuple palestinien à ce que son droit à l'autodétermination ne soit pas entravé par l'occupation étrangère d'Israël, est assurément une norme impérative de droit international. Ce prononcé est sans préjudice du caractère impératif d'autres éléments du droit à l'autodétermination (qui n'étaient pas en cause en l'espèce). De la même manière, déclarer que l'interdiction (plus stricte) de l'agression est une norme impérative ne signifie pas nécessairement que l'interdiction, plus large, de l'emploi de la force ne l'est pas.

15. Bien que la reconnaissance du caractère impératif du droit à l'autodétermination constitue, de la part de la Cour, un changement heureux par rapport à la frilosité dont elle a toujours fait montre lorsqu'il s'est agi, d'une manière générale, d'invoquer le *jus cogens* et, plus particulièrement, de dire que l'autodétermination en relevait, cette réticence à reconnaître le caractère impératif de certaines normes continue de laisser des traces dans le présent avis. Premièrement, et j'y reviendrai, la Cour semble plutôt ambivalente quant au rôle que le caractère impératif de l'autodétermination joue dans l'avis ; j'imagine que d'aucuns considéreront sa déclaration à cet égard comme un *obiter dictum*. Deuxièmement, d'autres normes qui ont incontestablement valeur de *jus cogens* ne sont pas désignées ainsi. Il s'agit de l'interdiction de l'emploi de la force, de l'interdiction de l'apartheid et de certains des principes fondamentaux du droit international humanitaire. Le fait que la Cour soit réticente à qualifier d'impératives ces normes dont le statut de *jus cogens* est indéniable me semble moins problématique, parce que, d'une part, elle a déjà reconnu à l'interdiction de l'emploi de la force le caractère de *jus cogens* dans une procédure antérieure¹⁴ et que, d'autre part, sa principale conclusion en la présente espèce est fondée sur l'autodétermination. Qui plus est, je peux comprendre que la Cour ait voulu éviter de qualifier certains principes du droit international humanitaire de normes impératives, sans préciser lesquels. En tout état de cause, compte tenu de la réticence à se référer à des normes impératives dont la Cour a toujours fait preuve, et dont les effets résiduels se font sentir dans le présent avis, il me semble utile d'en dire quelques mots.

16. Le peu d'empressement de la Cour à qualifier clairement comme telles certaines normes dont il est largement admis qu'elles ont le statut de normes impératives, en particulier le droit à l'autodétermination, est difficilement compréhensible. Il n'obéit à aucune raison rationnelle. L'hypothèse selon laquelle la Cour a évité d'employer les termes «*jus cogens*» et «normes impératives» par le passé sous l'influence de juges français siégeant en son sein — la France étant réputée opposée à ces termes —, quel qu'en soit le bien-fondé,

C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 139, par. 180 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 199, par. 156.

¹⁴ *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 437, par. 81.

true or not is irrelevant¹⁵. What is clear is that, to avoid identifying particular norms as *jus cogens*, the Court employed a number of tools or methods including, (i) referring to descriptions by others that a norm is *jus cogens* without specifically expressing support¹⁶, (ii) using terms that might be construed as synonyms for *jus cogens*¹⁷, or (iii) using the related but distinct concept of *erga omnes*¹⁸. Sometimes the Court's recognition of a norm as *jus cogens* is couched in clumsy or convoluted language to

¹⁵ Catherine Maia, "Consécration du *jus cogens*: un dialogue à raviver entre cours internationale et régionales dans l'œuvre de reconnaissance de droits humains impératifs", *Civitas Europe*, Vol. 45, 2020, p. 302, note 25 ("It should be noted that this explicit recognition was facilitated by the departure of the French judge, Gilbert Guillaume, who was a Member of the Court from 1987 to 2005. Other French judges are nevertheless also ill-disposed to *jus cogens*. See, in particular, the separate opinion of Judge Abraham (para. 27) and the dissenting opinion of Judge *ad hoc* Sur (para. 4) in the 2012 Judgment on *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*" [Translation by the Registry]). See, in more detail, Catherine Maia, "*Jus Cogens* and (In) Application of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties in the Jurisprudence of the International Court of Justice", in Dire Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Disquisitions and Disputations*, Brill, 2021, pp. 342-365 ("It should be noted that [the first explicit recognition of *jus cogens*] was facilitated by the departure of the French judge Gilbert Guillaume, who sat on the ICJ from 1987 to 2005. However, [the criticism of *jus cogens* by French judges] can be found among other French judges at the ICJ. See, in particular, the separate opinion of Judge Abraham in [*Belgium v. Senegal*] (the qualification of the prohibition of torture as a peremptory norm 'is clearly a mere *obiter dictum*, which the Court could have omitted without depriving its reasoning of any vital element') and the dissenting opinion of Judge *ad hoc* Sur, at paragraph 4 ('the reference to *jus cogens* which appears in the reasoning [is] a reference which is entirely superfluous and does not contribute to the settlement of the dispute, as will be seen. The purpose of this *obiter dictum* is to acknowledge and give legal weight to a disputed notion, whose substance has yet to be established.')). See, slightly more tentatively, Hélène Ruiz Fabri and Edoardo Stoppioni, "*Jus Cogens* before International Courts: The Mega-Political Side of the Story", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 84, 2021, p. 157 ("Ten more years were necessary for the ICJ to mention *jus cogens* in its reasoning, and even then, the *jus cogens* argument was not conclusive. Whether such long-lasting resistance was related or not to an intense internal lobbying of the French judge, well known for his strong opposition to *jus cogens*, is impossible to say. However, the ICJ stayed its hand for as long as it could, and in some ways, probably still does.").

¹⁶ The best example of this tool is *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 100, para. 190 ("The International Law Commission, in the course of its work on the codification of the law of treaties, expressed the view that 'the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens*'"). See also *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 125, para. 61 and p. 135, para. 80.

¹⁷ The best example of this particular method is in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 257, para. 79 ("Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.").

¹⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, *Second Phase, Judgment*, *I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 33; *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 102, para. 29; *Legal Consequences*

est dénuée de pertinence¹⁵. Ce qui est clair, c'est que la Cour, pour éviter de qualifier certaines normes de *jus cogens*, a employé un certain nombre d'outils ou de méthodes, notamment i) le fait de se référer à d'autres sources qualifiant telle ou telle norme de *jus cogens* sans reprendre cette qualification à son compte¹⁶, ii) le fait d'employer des termes qui pourraient être interprétés comme étant des synonymes de *jus cogens*¹⁷, ou iii) le fait de recourir à la notion connexe, mais distincte d'*erga omnes*¹⁸. Parfois, la reconnaissance par la

¹⁵ Catherine Maia, «Consécration du *jus cogens* : un dialogue à raviver entre cours internationale et régionales dans l'œuvre de reconnaissance de droits humains impératifs», *Civitas Europe*, vol. 45, 2020, p. 302, note de bas de page 25 («Précisons que cette reconnaissance explicite a été facilitée par le départ du juge français Gilbert Guillaume, qui a siégé à la CIJ de 1987 à 2005. On retrouve néanmoins cette position hostile au *jus cogens* chez d'autres juges français à la CIJ. Voir notamment, dans l'arrêt de 2012 sur les *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, l'opinion individuelle du juge Abraham (par. 27) et l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur (par. 4).»). Pour plus de détails, voir Catherine Maia, «*Jus Cogens* and (In) Application of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties in the Jurisprudence of the International Court of Justice», dans Dire Tladi (sous la dir. de), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) : Disquisitions and Disputations*, Brill, 2021, p. 342-365 («Précisons que [la première reconnaissance explicite du *jus cogens*] a été facilitée par le départ du juge français Gilbert Guillaume, qui a siégé à la CIJ de 1987 à 2005. On retrouve toutefois [cette position hostile au *jus cogens*] chez d'autres juges français à la CIJ. Voir, en particulier, l'opinion individuelle du juge Abraham dans [en l'affaire *Belgique c. Sénégal*] (dans laquelle il affirmait, au sujet de la qualification de l'interdiction de la torture de norme impérative, "c'est à l'évidence un simple *obiter dictum*, dont la Cour aurait pu se passer sans priver son raisonnement d'aucun élément indispensable") et l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur, au paragraphe 4 ("la mention du *jus cogens* dans la motivation [est] une mention parfaitement superfétatoire, qui n'apporte rien à la solution du différend, comme on le verra. Cet *obiter dictum* a pour but de saluer une notion contestée, au contenu toujours incertain et de lui apporter un soutien judiciaire.")»). Voir, de manière légèrement plus hésitante, Hélène Ruiz Fabri et Edoardo Stopponi, «*Jus Cogens* before International Courts: The Mega-Political Side of the Story», *Law and Contemporary Problems*, vol. 84, 2021, p. 157 («Il a fallu attendre dix ans de plus pour que la CIJ mentionne le *jus cogens* dans l'exposé de ses motifs; encore l'argument sur ce point n'était-il pas décisif. Il est impossible de savoir si cette longue résistance est liée ou non aux fortes pressions exercées en interne par le juge français, connu pour sa ferme opposition au *jus cogens*. Quoi qu'il en soit, la CIJ s'en est tenue éloignée aussi longtemps que possible, et continue probablement de le faire.»).

¹⁶ Le meilleur exemple de cet outil est à trouver en l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 100, par. 190 («Dans ses travaux de codification du droit des traités, la Commission du droit international a exprimé l'opinion que "le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens*".»). Voir aussi *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 125, par. 61, et p. 135, par. 80.

¹⁷ Le meilleur exemple de cette méthode est à trouver dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 257, par. 79 («Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier.»).

¹⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29; *Effets juridiques de la*

create the impression of ambiguity, such as is arguably the case with the Court's reference to the *jus cogens* character of the prohibition on the use of force in *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*¹⁹. Why has the Court gone through so much trouble in the past to avoid describing self-determination as a peremptory norm? The question remains important here because even having referred to the right of self-determination as a peremptory norm of international law in the Opinion, the remnants of the Court's historical hesitance remain visible, as I will show below.

17. There may be one of several explanations for the Court's historical reluctance to explicitly acknowledge the peremptory status of norms, and in particular of the right of self-determination. First, it might be that describing self-determination as a peremptory norm was seen by the Court as unnecessary, or to use the language of Judge Abraham's separate opinion in *Belgium v. Senegal* in respect of the peremptory norm of prohibition of torture, a "mere *obiter dictum*, which the Court could have omitted without depriving its reasoning of any vital element"²⁰. In *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (hereinafter "*Chagos*") too, apparently, the Court believed that to describe self-determination as a peremptory norm was unnecessary for the purposes of answering the question posed by the General Assembly²¹. The second possibility is that the Court simply did not accept until now that self-determination was a norm of *jus cogens*. Indeed, in the aftermath of *Chagos* it was argued by some that the Court's approach was evidence that

of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019 (I), p. 139, para. 180; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 199, para. 156.

¹⁹ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 437, para. 81.

²⁰ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II)*, separate opinion of Judge Abraham, p. 477, para. 27 ("With regard to the prohibition on torture, the Judgment states (para. 99) that it is part of customary law and that it has even become a peremptory norm (*jus cogens*), but that is clearly a mere *obiter dictum*, which the Court could have omitted without depriving its reasoning of any vital element.").

²¹ See comment by then President of the Court, Judge Yusuf, during the annual interaction between the ILC and the President of the Court, A/CN.4/SR.3478, p. 10,

"that the Court had deemed it unnecessary to address the matter of whether the right to self-determination was a peremptory norm of international law in its advisory opinion on the *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, because that had not been the point at issue. The General Assembly's question had been whether the decolonization process of Mauritius had been lawfully completed. The Court did not usually engage in rambling *obiter dicta* or make statements that were not directly relevant to its conclusions, especially in an advisory opinion."

Cour d'une norme en tant que norme de *jus cogens* est formulée de manière maladroite ou confuse pour créer une impression d'ambiguïté, comme c'est sans doute le cas de la référence qu'elle a faite au caractère de *jus cogens* de l'interdiction de l'emploi de la force dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la question de la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*¹⁹. Pourquoi la Cour s'est-elle donné tant de peine par le passé pour éviter de qualifier l'autodétermination de norme impérative ? La question demeure importante, car, même si elle a reconnu que le droit à l'autodétermination constituait une norme impérative de droit international dans le présent avis, son hésitation passée à cet égard demeure visible, comme je vais le montrer.

17. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette réticence de la Cour à reconnaître explicitement le caractère impératif de certaines normes, et en particulier du droit à l'autodétermination. Premièrement, la Cour a peut-être jugé qu'il était inutile de qualifier l'autodétermination de norme impérative ou qu'une telle qualification, pour reprendre les termes du juge Abraham dans l'exposé de son opinion individuelle qui a été joint à l'arrêt rendu en l'affaire *Belgique c. Sénégal* à propos de la norme impérative de l'interdiction de la torture, était « un simple *obiter dictum*, dont la Cour aurait pu se passer sans priver son raisonnement d'aucun élément indispensable »²⁰. Dans l'avis consultatif qu'elle a donné sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* (ci-après, l'« avis sur les Chagos »), la Cour a aussi semblé juger que, pour répondre à la question que lui avait posée l'Assemblée générale, il était inutile de qualifier l'autodétermination de norme impérative²¹. Une autre explication possible est que la Cour, jusqu'à présent, n'admettait pas que l'autodétermination avait le statut de *jus cogens*.

séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 139, par. 180 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 199, par. 156.

¹⁹ *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 437, par. 81.

²⁰ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II)*, opinion individuelle du juge Abraham, p. 477, par. 27 (« À propos de l'interdiction de la torture, l'arrêt affirme (par. 99) qu'elle relève du droit coutumier et qu'elle a même acquis le caractère d'une norme de *jus cogens*, mais c'est à l'évidence un simple *obiter dictum*, dont la Cour aurait pu se passer sans priver son raisonnement d'aucun élément indispensable. »).

²¹ Voir la rencontre annuelle entre la Commission du droit international (CDI) et le président de la Cour, doc. A/CN.4/SR.3478, p. 11, au cours de laquelle le président de la Cour de l'époque, le juge Yusuf, a relevé que

« la Cour n'a[vait] pas jugé utile de traiter du point de savoir si le droit à l'autodétermination était une norme impérative du droit international dans son avis consultatif rendu en l'affaire des *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, car il ne s'agissait pas de la question soulevée. L'Assemblée générale voulait savoir si le processus de décolonisation de Maurice avait été valablement mené à bien. La Cour n'a pas pour habitude de se perdre en *obiter dicta* ou de faire des déclarations qui ne concernent pas directement ses conclusions, en particulier dans un avis consultatif. »

it did not believe self-determination to be a peremptory norm²². Neither of these reasons are remotely convincing and I wish to address each in turn.

2. The Necessity of Referring to the Peremptory Character of Self-Determination

18. I begin first with the most probable reason for the Court's avoidance up to now of the issue of the peremptory status of self-determination, namely that it has been unnecessary. Indeed, one might point to the fact that there are other norms, such as the prohibition of the use of force, the peremptory status of which has to my knowledge only been questioned by one State — Morocco²³ — which the Court does not, in the current Advisory Opinion, describe as peremptory.

19. Justifying the Court's approach in *Chagos*, then former President of the Court, Judge Yusuf, suggested that to describe self-determination as a peremptory norm when it was not necessary would amount to “rambling” which the Court “did not usually engage in”²⁴. Yet I can find many examples in the case law of the Court where the Court made statements that were not necessary for the resolution of the matter before it²⁵. One could mention the famous dictum in the *Barcelona Traction* case in which the Court first made the distinction between obligations *erga omnes* and “those arising vis-à-vis another State”²⁶. Similarly, the Court's recognition of the *jus cogens* status of the prohibition of torture in the context of *Belgium v. Senegal* was, as noted by Judge Abraham and Judge *ad hoc* Sur, not essential for the settlement of the dispute²⁷. Neither, for that matter, was the Court's characterization of certain norms of international humanitarian law as

²² See comments by Israel, in “Peremptory norms of general international law (*jus cogens*): Comments and observations received from Governments”, UN doc. A/CN.4/748, 9 March 2022, p. 104 (“Indeed, in the advisory opinion on the *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, the International Court of Justice itself appears to have deliberately refrained from referring to the right to self-determination as a *jus cogens* norm.”).

²³ See Common African Position on the Application of International Law to the Use of Information and Communication Technologies in Cyberspace, 9 January 2024, PSC/PR/Comm.1196. Paragraph 38, which describes the prohibition of the use of force as *jus cogens*, is subject to asterisk, which reads: “One Member State, the Kingdom of Morocco, expressed a reservation regarding the reference to the concept of ‘*jus cogens*’ in Paragraph 38 of the present document.”

²⁴ See note 21 above, comment by Judge Yusuf.

²⁵ Indeed, in her separate opinion in the *Wall*, Judge Higgins lamented the “irrelevant” invocation of the *erga omnes* nature of violations of humanitarian law by the Court. *Wall Advisory Opinion*, separate opinion of Judge Higgins, p. 217, para. 39.

²⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, *Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33.

²⁷ See notes 15 and 18 above.

De fait, à la suite de l'avis sur les *Chagos*, certains ont vu dans la démarche adoptée par la Cour la preuve qu'elle ne considérait pas l'autodétermination comme une norme impérative²². Aucune de ces deux raisons n'est le moins convaincante, et j'aimerais m'arrêter successivement sur chacune d'entre elles.

2. Nécessité de mentionner le caractère impératif de l'autodétermination

18. Je commencerai par la raison la plus probable pour laquelle la Cour a évité jusqu'à présent de se prononcer sur le caractère impératif de l'autodétermination, à savoir qu'une telle qualification n'était pas nécessaire. À cet égard, on pourrait faire observer que la Cour se garde aussi, dans le présent avis consultatif, de qualifier d'impératives d'autres normes telles que l'interdiction de l'emploi de la force, dont le caractère impératif n'a pourtant été contesté à ma connaissance que par un seul État, à savoir le Maroc²³.

19. Justifiant la démarche suivie dans l'avis sur les *Chagos*, le président de la Cour de l'époque, le juge Yusuf, a laissé entendre que le fait de qualifier l'autodétermination de norme impérative alors que ce n'était pas utile aurait consisté à « se perdre en *obiter dicta* », ce que la Cour « n'a[] pas pour habitude » de faire²⁴. Je pourrais pourtant citer nombre d'exemples issus de la jurisprudence de la Cour où celle-ci a fait des observations qui n'étaient pas nécessaires aux fins du règlement de la question dont elle était saisie²⁵. On mentionnera ainsi le célèbre *dictum* de l'affaire de la *Barcelona Traction*, dans lequel la Cour a distingué les obligations *erga omnes* de « celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État »²⁶. De même, la reconnaissance par la Cour du statut de *jus cogens* de l'interdiction de la torture dans le contexte de l'affaire *Belgique c. Sénégal* n'était pas, comme l'ont noté le juge Abraham et le juge *ad hoc* Sur, indispensable aux fins du règlement du différend²⁷.

²² Voir les commentaires d'Israël, dans « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*): commentaires et observations reçus des États », 9 mars 2022, Nations Unies, doc. A/CN.4/748, p. 124 (« En effet, dans l'avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, la Cour internationale de Justice elle-même semble s'être délibérément abstenue de faire référence au droit à l'autodétermination comme constituant une norme du *jus cogens*. »).

²³ Voir la position africaine commune sur l'application du droit international à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans le cyberspace, 9 janvier 2024, PSC/PR/Comm.1196. Le paragraphe 38, qui qualifie l'interdiction du recours à la force de règle de *jus cogens*, est assorti d'un astérisque renvoyant à la note de bas de page suivante : « Le Royaume du Maroc a émis une réserve concernant la référence au concept de "*jus cogens*". »

²⁴ Voir note de bas de page 21 ci-dessus, remarque du juge Yusuf.

²⁵ De fait, dans son opinion individuelle dans l'avis sur le *Mur*, la juge Higgins a déploré l'invocation « dépourvu[e] de pertinence » du caractère *erga omnes* des violations du droit humanitaire par la Cour. Avis sur le *Mur*, opinion individuelle de la juge Higgins, p. 217, par. 39.

²⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33.

²⁷ Voir notes de bas de page 15 et 18 ci-dessus.

“intransgressible”²⁸ — a term whose meaning continues to elude me. Indeed, it may even be argued that given the Court’s reliance on General Assembly resolution 2625 (XXV) in *Chagos*, it was also not necessary to characterize the right of self-determination as *erga omnes* there²⁹, i.e. the duty to cooperate and to render assistance flowed from the resolution. It is not only in respect of *jus cogens* norms and *erga omnes* character of obligations that the Court has made declarations that are not strictly necessary for the ultimate settlement of the case. The Court’s invocation of “the concept” of sustainable development in *Gabčíkovo-Nagymaros* was also unnecessary for its settlement of the dispute between Hungary and Slovakia³⁰. In *Kasikili/Sedudu*, the Court, having made an observation that its earlier findings were “sufficient to dispose of the matter”, proceeded to add a fact that it itself described as “unnecessary”³¹. These are but random examples, and I am sure many more examples can be provided. Indeed, in this Opinion too the Court refers to many elements that play no role in the final conclusions drawn by the Court, for example, the several symbolic references to the Oslo Accords. Can all these examples be described as “rambling *obiter dicta*”? I don’t think so. They all perform important functions related to the judicial responsibility of the Court.

20. At any rate, and for avoidance of doubt, there are at least three reasons why it was *necessary* to opine on the preemptory status of self-determination in *this Opinion*. First, the preemptory status of self-determination was argued by a great many participants. The Court cannot, or should not, simply ignore arguments made by such a significant number of States. Second, whenever the Court invokes a rule of international law, it is important that it, to the extent that it is capable of doing so, fully describes the status of that rule. Describing the status of a rule that has been invoked is not mere *obiter*, just as much as describing the number of instruments in which that rule can be found is not *obiter* — it is part of judicial reasoning. Third, and more importantly, the consequences for third States for the breach

²⁸ See note 17 above.

²⁹ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019 (I)*, p. 139, para. 180.

³⁰ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, pp. 77-78, para. 140.

³¹ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1091, para. 69 (“The Court has reached the conclusion that there was no agreement between South Africa and Botswana ‘regarding the . . . application of the [1890 Treaty]’. This *is in itself sufficient* to dispose of the matter. It is *unnecessary* to add that in 1984 and 1985 the two States had no competence to conclude such an agreement, since at that time the United Nations General Assembly had already terminated South Africa’s Mandate over South West Africa” (emphasis added)).

La Cour n'avait pas non plus besoin, au demeurant, de qualifier certaines normes du droit international humanitaire d'«intransgressibles»²⁸, terme dont le sens persiste à m'échapper. De fait, on pourrait même avancer que, étant donné que la Cour s'était appuyée sur la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale dans l'avis sur les *Chagos*, il n'était pas non plus nécessaire de qualifier le droit à l'autodétermination de droit *erga omnes* dans ce cas-là²⁹, puisque l'obligation de coopérer et de prêter assistance découlait de la résolution. Ce n'est pas seulement au sujet des normes de *jus cogens* et du caractère *erga omnes* de certaines obligations que la Cour a formulé des considérations non indispensables au règlement ultime de l'affaire. L'invocation par la Cour du «concept» de développement durable dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* n'était pas non plus nécessaire aux fins du règlement du différend opposant la Hongrie à la Slovaquie³⁰. Dans l'affaire *Kasikili/Sedudu*, ayant observé que sa conclusion précédente «se suffi[sai]t à elle-même», la Cour a ajouté un fait tout en précisant elle-même qu'elle «n'a[va]it pas besoin» de le faire³¹. Il ne s'agit là que de quelques exemples pris au hasard et je suis sûr qu'il en existe beaucoup d'autres. D'ailleurs, dans le présent avis, également, la Cour renvoie à de nombreux éléments qui ne jouent aucun rôle dans les conclusions finales auxquelles elle parvient, faisant par exemple plusieurs références symboliques aux accords d'Oslo. La Cour s'est-elle chaque fois «perdue en *obiter dicta*»? Je ne le pense pas. Toutes ces considérations remplissent des fonctions importantes liées à la responsabilité judiciaire de la Cour.

20. Quoi qu'il en soit, et pour éviter toute équivoque, il était *nécessaire* que la Cour se prononce sur le caractère impératif de l'autodétermination dans le *présent avis* pour au moins trois raisons. Premièrement, de très nombreux participants avaient défendu cette thèse. La Cour ne pouvait pas, ou ne devait pas, rester sourde à des arguments avancés par un si grand nombre d'États. Deuxièmement, chaque fois que la Cour invoque une règle de droit international, il est important qu'elle en définisse pleinement la nature, pour autant qu'elle est en mesure de le faire. Le fait de définir la nature d'une règle invoquée n'est pas un simple *obiter dictum*, pas davantage que le fait de décrire les divers instruments dans lesquels cette règle est énoncée; dans un cas comme dans l'autre, cela fait partie du raisonnement judiciaire. Troisième-

²⁸ Voir note de bas de page 17 ci-dessus.

²⁹ *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 139, par. 180.

³⁰ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt*, C.I.J. Recueil 1997, p. 77-78, par. 140.

³¹ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt*, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1091, par. 69 («La Cour est parvenue à la conclusion qu'il n'y a pas eu, entre l'Afrique du Sud et le Botswana, d'accord "au sujet de ... l'application [du traité]" de 1890. Cette conclusion se suffit à elle-même. La Cour n'a pas besoin d'y ajouter le fait que ces deux États n'avaient pas compétence en 1984 et 1985 pour conclure un tel accord, car l'Assemblée générale des Nations Unies avait déjà, à l'époque considérée, mis fin au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain» (les italiques sont de moi)).

of the right of self-determination identified by the Court in the current Advisory Opinion, i.e. the duty to co-operate to bring to an end Israeli presence in the OPT³², the duty not to recognize situations arising from Israel's presence and the duty not to render assistance in the maintenance of such situations, do not, in my view, flow from the breach of any rule of international law, but rather from the breach of peremptory norms³³. I will address this aspect more fully below when I address the Court's ambivalence in connection with consequences for third States flowing from the unlawfulness of Israel's presence in the OPT (Section IV below).

21. To summarize, the argument that the Court has not, in the past (and could have done so here), specified that the right of self-determination is a peremptory norm because it was not strictly necessary to do so, is flawed for at least two reasons. First, it is flawed because the Court routinely makes statements that are not strictly necessary for the resolution of the case before it. Second, it is flawed because in this case, the peremptory character of self-determination was essential for proper judicial reasoning.

I turn now to the second possible reason for the Court's past hesitation.

3. Uncertainty over the Peremptory Character of Self-Determination

22. Perhaps by choosing to remain silent about the peremptory status of the right of self-determination in the past, the Court was, in fact, signalling that it did not believe that the right of self-determination had reached peremptory status, or perhaps was uncertain about the peremptory status of the right. The significance of the Court's decision, particularly in light of its historical reluctance to refer to peremptory norms, cannot be overstated.

23. While the Court, consistent with its practice, does not provide evidence for the peremptory character of the right of self-determination, there have been several separate opinions by Members of the Court in the past that have done so³⁴. That self-determination is widely regarded as having peremptory

³² While the duty to co-operate is not expressly mentioned in the relevant operative paragraph of the Opinion (para. 285 (7)), the Court does conclude in its reasoning that third States have such a duty which is a consequence of the breaches of the right of self-determination. See Advisory Opinion, para. 275 ("With regard to the right to self-determination, the Court considers that, while it is for the General Assembly and the Security Council to pronounce on the modalities required to ensure an end to Israel's illegal presence in the Occupied Palestinian Territory and the full realization of the right of the Palestinian people to self-determination, all States must co-operate with the United Nations to put those modalities into effect.").

³³ See Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 2001, Vol. II, Part Two, Art. 41.

³⁴ See, e.g. *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019 (I)*, separate opinion of Judge Robinson,

ment, et surtout, les conséquences, pour les États tiers, de la violation du droit à l'autodétermination reconnue par la Cour dans le présent avis consultatif, à savoir l'obligation de coopérer afin de mettre fin à la présence israélienne dans le Territoire palestinien occupé³², l'obligation de ne pas reconnaître les situations nées de la présence d'Israël et celle de ne pas prêter assistance au maintien de ces situations, découlent non pas, selon moi, de la violation de n'importe quelle règle de droit international, mais de la violation de normes impératives³³. J'analyserai cet aspect plus en détail ci-dessous lorsque je traiterai de l'ambivalence de la Cour quant aux conséquences, pour les États tiers, de l'illicéité de la présence d'Israël dans le Territoire palestinien occupé (section IV ci-dessous).

21. En résumé, l'argument selon lequel la Cour n'a pas précisé par le passé (comme elle aurait pu le faire dans le présent avis) que le droit à l'autodétermination était une norme impérative au motif que cela n'était pas strictement nécessaire est erroné pour au moins deux raisons. Premièrement, la Cour fait régulièrement des déclarations qui ne sont pas indispensables aux fins du règlement de l'affaire dont elle est saisie. Deuxièmement, dans la présente procédure, le caractère impératif de l'autodétermination était essentiel au bon raisonnement judiciaire.

J'en viens à présent à la deuxième explication possible de la réticence passée de la Cour.

3. Incertitude quant au caractère impératif de l'autodétermination

22. Le silence passé de la Cour sur le caractère impératif du droit à l'autodétermination était peut-être le signe, en réalité, qu'elle estimait que ce droit n'avait pas acquis le caractère de norme impérative, ou qu'elle nourrissait des doutes quant au caractère impératif dudit droit. L'importance de la décision à laquelle la Cour est parvenue, notamment à la lumière de sa réticence passée à renvoyer à des normes impératives, ne saurait être surestimée.

23. Bien que la Cour, conformément à sa pratique, n'ait pas fourni d'éléments attestant le caractère impératif du droit à l'autodétermination, plusieurs de ses membres l'ont fait par le passé dans leurs opinions individuelles³⁴. Il ne fait aucun doute que l'autodétermination est largement consi-

³² Bien que l'obligation de coopérer ne soit pas expressément mentionnée dans le point pertinent du dispositif de l'avis (point 7 (par. 285)), la Cour conclut, dans l'exposé de ses motifs, qu'une telle obligation incombe aux États tiers, en conséquence des violations du droit à l'autodétermination. Voir l'avis consultatif, par. 275 (« S'agissant du droit à l'autodétermination, la Cour considère que, bien qu'il appartienne à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité de se prononcer sur les modalités requises pour veiller à ce qu'il soit mis fin à la présence illicite d'Israël dans le Territoire palestinien occupé et à ce que le peuple palestinien exerce pleinement son droit à l'autodétermination, tous les États doivent coopérer avec l'Organisation des Nations Unies pour donner effet à ces modalités. »).

³³ Voir les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 2001, vol. II, deuxième partie, art. 41.

³⁴ Voir, par exemple, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2019 (I)*, opinion individuelle du juge Robinson,

status is beyond doubt. Perhaps, the most succinct and clear statement supporting the peremptory character of self-determination is to be found in the declaration of Judge Sebutinde, our current Vice-President, in *Chagos*:

“Characterizations of the right to self-determination as a peremptory norm stretch back many decades and are now far too common to ignore. Eminent jurists, including former and current Members of this Court, have recognized the peremptory character of the right to self-determination. It has also been recognized as a peremptory norm by courts and tribunals, United Nations Special Rapporteurs, ILC members, and the ILC itself. In 1964, when the Sixth Committee of the General Assembly discussed the ILC’s draft articles on the law of treaties, many States endorsed the characterization of the right to self-determination as a peremptory norm and only one State voiced opposition. These statements and instruments inexorably demonstrate that the right to self-determination is a rule of special importance in the international legal order.”³⁵

24. The real elephant in the room, however, is the fact that the peremptory status of the right of self-determination has recently been questioned in some quarters. It is this elephant that I will turn my attention to. In particular, do the recent rejections of the peremptory status of self-determination in any way affect its claim to peremptoriness? Put in the context of the criteria for the identification of peremptory norms, does the fact that the peremptory status of the right of self-determination has been questioned recently imply that the right is not “accepted and recognized by the international community as a whole” as a peremptory norm³⁶?

25. In assessing what impact, *if any*, recent objections to the peremptory status of the right of self-determination have had on its claim to peremptoriness, it is important to recall, first, that these objections come from relatively few States. In this connection, while a very large majority of States participating in *Chagos* and current proceedings described the right of self-determination as having peremptory

pp. 316-323, paras. 70-77, which based the peremptory status of the right of self-determination on instruments of near-universal application, the Court’s jurisprudence, an assessment of the views of States, views of international bodies, such as the ILC, and scholarly views. See also *ibid.*, separate opinion of Judge Sebutinde, pp. 285-286, paras. 30-31, relying on, *inter alia*, the international jurisprudence and the work of the ILC; *ibid.*, joint declaration of Judges Cançado Trindade and Robinson, pp. 258-260; *ibid.*, separate opinion of Judge Cançado Trindade, pp. 193-202, paras. 120-150.

³⁵ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019 (I)*, separate opinion of Judge Sebutinde, p. 285, para. 30 (footnotes omitted).

³⁶ Conclusions 3, 6 and 7 on the Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*), Report of the International Law Commission, 2022, UN doc. A/77/10.

dérée comme ayant un caractère impératif. La déclaration la plus succincte et claire à cet égard a peut-être été formulée par la juge Sebutinde, notre vice-présidente actuelle, dans l'avis sur les *Chagos* :

«Ce droit est défini comme une norme impérative depuis si longtemps qu'il est impossible de l'ignorer. Des juristes éminents, dont des membres actuels et passés de la présente Cour, ont reconnu le caractère impératif du droit à l'autodétermination. Il a également été reconnu comme tel par des cours et des tribunaux, des rapporteurs spéciaux de l'Organisation des Nations Unies, des membres de la CDI et par la CDI elle-même. En 1964, quand la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné le projet d'articles sur le droit des traités élaboré par la CDI, tous les États ont reconnu que le droit à l'autodétermination était une norme impérative, sauf un. Ces instruments et cette reconnaissance prouvent, sans qu'aucun doute soit permis, que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est une règle qui revêt une importance particulière dans l'ordre juridique international.»³⁵

24. Toutefois, le véritable sujet — ce que l'on appelle en anglais «l'éléphant dans la pièce» —, c'est que certaines voix se sont récemment élevées pour contester le caractère impératif du droit à l'autodétermination. C'est sur ce sujet que je vais me pencher à présent, notamment en m'interrogeant sur le point de savoir si les récents rejets du caractère impératif dudit droit ont quelque incidence sur le statut de celui-ci. Au regard des critères d'identification des normes impératives, la récente remise en question du caractère impératif du droit à l'autodétermination signifie-t-elle que celui-ci n'est pas «accepté[] et reconnu[] par la communauté internationale des États dans son ensemble» en tant que norme impérative³⁶ ?

25. Afin de déterminer *si et dans quelle mesure* les récentes objections qui ont été soulevées ont eu une incidence sur le caractère impératif du droit à l'autodétermination, il convient de rappeler avant tout qu'elles sont le fait d'un nombre relativement restreint d'États. À cet égard, alors même qu'une très grande majorité d'États ayant participé à l'avis sur les *Chagos* et à la présente procédure ont qualifié le droit à l'autodétermination de norme

p. 316-323, par. 70-77, où celui-ci fonde le caractère impératif du droit à l'autodétermination sur des instruments d'application quasi universelle, la jurisprudence de la Cour, une appréciation des vues des États, celles d'organes internationaux tels que la CDI, et la doctrine. Voir aussi *ibid.*, opinion individuelle de la juge Sebutinde, p. 285-286, par. 30-31, qui s'appuie, entre autres choses, sur la jurisprudence internationale et les travaux de la CDI; *ibid.*, déclaration commune des juges Cançado Trindade et Robinson, p. 258-260; et *ibid.*, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, p. 193-202, par. 120-150.

³⁵ *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2019 (I)*, opinion individuelle de la juge Sebutinde, p. 285, par. 30 (notes de bas de page omises).

³⁶ Conclusions 3, 6 et 7 du texte du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), Nations Unies, doc. A/77/10.

character³⁷, not a single State opposed this view (for context, it should be recalled that participants in both written and oral proceedings have the opportunity to respond to each other's arguments and claims, and often do, so that the claim of peremptoriness could have been responded to). A similar pattern can be observed in respect of the views of States commenting on the work of the International Law Commission (ILC). In 2001, when States commented on the final set of Articles on State Responsibility, not a single State questioned the peremptory status of the right of self-determination³⁸. Further, in 2022, out of a total of 86 States commenting on the ILC draft conclusions on peremptory norms, the text of which included self-determination as an example of a peremptory norm, only Israel³⁹, the United States⁴⁰, Estonia⁴¹, the United Kingdom⁴², and Morocco⁴³, questioned the peremptory status of the right of self-determination.

26. These statistics provide context to illustrate that only a few States have questioned the peremptory status of self-determination — a norm which has long been regarded as peremptory. With this context in mind, the elephant in the room seems more like a gentle cat, sitting quietly in a corner minding its own business. The recent objections from only five States, cannot have the effect of casting doubt on what has, for a long time, been seen as an eminently uncontroversial proposition.

27. Thus, in my view, the Court was correct to identify explicitly the right of self-determination as a peremptory norm in its present Advisory Opinion. Should some point to the scant evidence put forward in the Opinion to

³⁷ In the current proceedings, for example, statements representing the views of more than 100 States have taken the view that self-determination is a peremptory norm: Chile, Lebanon, Algeria, League of Arab States (which is comprised of 22 Member States), Egypt, Saudi Arabia, Brazil, Jordan, Mauritius, Guyana, The Gambia, Ireland, Malaysia, Djibouti, Organisation of Islamic Cooperation (which is comprised of 57 Member States), South Africa, Palestine, Qatar, and the African Union (which is comprised of 55 Member States).

³⁸ See the following summary records of the Sixth Committee of the General Assembly, during its Fifty-sixth Session, where the Report of the ILC was considered in 2001: UN docs. A/C.6/56/SR.11; A/C.6/56/SR.12; A/C.6/56/SR.13; A/C.6/56/SR.14 (here the delegate of India, without questioning the status of self-determination as a peremptory norm, circumscribed it as excluding secession); A/C.6/56/SR.15; A/C.6/56/SR.16; A/C.6/56/SR.17; A/C.6/56/SR.18; A/C.6/56/SR.19; A/C.6/56/SR.20; A/C.6/56/SR.21; A/C.6/56/SR.22; A/C.6/56/SR.23; A/C.6/56/SR.24.

³⁹ ILC, "Peremptory norms of general international law (*jus cogens*): Comments and observations received from Governments", UN doc. A/CN.4/748, 9 March 2022, pp. 102-104.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 113.

⁴¹ United Nations General Assembly, Sixth Committee, Seventy-seventh Session, Summary Record of the 22nd Meeting, UN doc. A/C.6/77/SR.22, 12 December 2022, p. 16.

⁴² *Ibid.*, Summary Record of the 23rd Meeting, UN doc. A/C.6/77/SR.23, 22 November 2022, p. 14.

⁴³ Le Royaume du Maroc, Commentaires et observations sur le texte du projet de conclusions de la Commission du droit international relatif aux normes impératives du droit international général. See also United Nations General Assembly, Sixth Committee,

impérative³⁷, pas un seul ne s'est opposé à cette position (on rappellera à cet égard que les participants aux procédures écrite et orale ont la possibilité de répondre aux arguments des uns et des autres, ce qu'ils font d'ailleurs souvent, de sorte que certains, s'ils l'avaient souhaité, auraient pu répondre à l'argument en faveur du caractère impératif). Il en est allé de même de la réaction des États aux travaux de la Commission du droit international. En 2001, lorsque les États ont fait part de leurs observations sur la dernière version des articles sur la responsabilité de l'État, pas un seul n'a remis en cause le caractère impératif du droit à l'autodétermination³⁸. De plus, en 2022, sur un total de 86 États qui ont transmis leurs commentaires sur le projet de conclusions de la CDI sur les normes impératives, dont le texte citait l'autodétermination à titre d'exemple de pareille norme, seuls Israël³⁹, les États-Unis⁴⁰, l'Estonie⁴¹, le Royaume-Uni⁴² et le Maroc⁴³ ont contesté le caractère impératif du droit à l'autodétermination.

26. Ces statistiques apportent des éléments de contexte illustrant le fait que seuls quelques États ont contesté le caractère impératif de l'autodétermination, norme considérée comme telle de longue date. Dès lors, je ne suis pas sûr que l'on puisse parler d'«éléphant dans la pièce»; on serait plutôt en présence d'un gentil chat se tenant sagement dans un coin de la pièce. Les objections récemment soulevées par seulement cinq États ne sont pas de nature à remettre en cause ce qui est, depuis longtemps, considéré comme une position ne prêtant nullement à controverse.

27. Par conséquent, j'estime que la Cour a eu raison de qualifier explicitement le droit à l'autodétermination de norme impérative dans le présent avis. Si certains venaient à lui reprocher de ne pas avoir apporté suffisamment

³⁷ Dans la présente procédure, par exemple, plus de 100 États, dans des exposés où étaient exprimées leurs vues, ont estimé que l'autodétermination était une norme impérative: le Chili, le Liban, l'Algérie, la Ligue des États arabes (qui regroupe 22 États membres), l'Égypte, l'Arabie saoudite, le Brésil, la Jordanie, Maurice, le Guyana, la Gambie, l'Irlande, la Malaisie, Djibouti, l'Organisation de la coopération islamique (qui regroupe 57 États membres), l'Afrique du Sud, la Palestine, le Qatar et l'Union africaine (qui est composée de 55 États membres).

³⁸ Voir les comptes rendus suivants de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, lors de sa cinquante-sixième session, au cours de laquelle le rapport de la CDI a été examiné en 2001: Nations Unies, doc. A/C.6/56/SR.11; doc. A/C.6/56/SR.12; doc. A/C.6/56/SR.13; doc. A/C.6/56/SR.14 (ici, le délégué de l'Inde, sans remettre en cause le statut de norme impérative de l'autodétermination, impose des limites à ce droit dont il exclut la sécession); doc. A/C.6/56/SR.15; doc. A/C.6/56/SR.16; doc. A/C.6/56/SR.17; doc. A/C.6/56/SR.18; doc. A/C.6/56/SR.19; doc. A/C.6/56/SR.20; doc. A/C.6/56/SR.21; doc. A/C.6/56/SR.22; doc. A/C.6/56/SR.23; doc. A/C.6/56/SR.24.

³⁹ CDI, «Normes impératives du droit international général (*jus cogens*): Commentaires et observations reçus des États», 9 mars 2022, Nations Unies, doc. A/CN.4/748, p. 121-124.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 134-135.

⁴¹ Assemblée générale des Nations Unies, Sixième Commission, soixante-dix-septième session, compte rendu analytique de la 22^e séance, 12 décembre 2022, Nations Unies, doc. A/C.6/77/SR.22, p. 18.

⁴² *Ibid.*, compte rendu analytique de la 23^e séance, 22 novembre 2022, Nations Unies, doc. A/C.6/77/SR.23, p. 14.

⁴³ Le Royaume du Maroc, Commentaires et observations sur le texte du projet de conclusions de la Commission du droit international relatif aux normes impératives du droit international général. Voir aussi Assemblée générale des Nations Unies, Sixième

support the peremptory character of self-determination; I can only say that it is not the practice of the Court to engage in a rambling exercise to support its conclusion about the status of particular rules of international law, and there is no reason why an exception should be made for self-determination.

4. *Consequences Flowing from Peremptory Norms*

28. If there is one aspect of the Opinion that gives me cause for pause it is that having identified the right of self-determination as a peremptory norm, the Court adopts an ambivalent approach to the consequence of its finding. For instance, in paragraph 274, when preparing to identify the consequences of Israel's presence on the OPT for third States, the Court "observes that the obligations violated by Israel include certain obligations *erga omnes*". This language might suggest that the obligations for third States — what we might refer to as the Article 41 consequences for shorthand⁴⁴ — flow not from the peremptory status of the right of self-determination but rather from the *erga omnes* character of the obligations breached.

29. Given that States and commentators generally accept that the consequences in Article 41 of the Articles on State Responsibility attach to peremptory norms, the Court cannot put forward an alternative proposition in this Advisory Opinion without offering an explanation. While commenting on the ILC's 2022 conclusions on peremptory norms, which, in conclusion 19 affirms Article 41 of the Articles on State Responsibility, *not a single State* suggested that these consequences flowed, not from peremptory norms, but from the *erga omnes* character of some obligations. There is also very little, if any, literature presently supporting the view that the consequences in Article 41 flow from the *erga omnes* character of an obligation⁴⁵. Domestic jurisprudence, a form of State practice, also generally accepts the traditional view⁴⁶. Thus, for the Court to suggest that it was in fact not the peremptory status of the norm but the *erga omnes* character of the obligations that forms the basis of these consequences, *would be to*

Seventy-seventh Session, Summary Record of the 24th Meeting, UN doc. A/C.6/77/SR.24, 12 December 2022, p. 12.

⁴⁴ To clarify, when I say "Article 41 consequences" I refer to the consequences for serious breaches of a peremptory norm reflected in the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *YILC*, 2001, Vol. II, Part Two, Art. 41.

⁴⁵ For examples of academic writings supporting the traditional view, i.e. the duties of non-recognition, non-assistance and co-operation to bring to an end any serious breach are consequences of breaches of peremptory norms, see Anne Lagerwall, "The non-recognition of Jerusalem as Israel's capital: a condition for international law to remain relevant?", *Questions of International Law*, Vol. 50, 2018, p. 33; Rebecca J. Barber, "Cooperating through the General Assembly to end serious breaches of peremptory norms", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 71, 2022, p. 1.

⁴⁶ Examples of these are provided in paragraphs 3, 4, 6 and 13 of the commentary to conclusion 19 of the conclusions on peremptory norms.

d'éléments à l'appui de cette qualification, tout ce que je peux dire, c'est qu'elle n'a pas pour habitude de se perdre en démonstrations pour étayer sa conclusion quant au caractère de certaines règles de droit international ; rien ne justifie de considérer qu'elle aurait dû faire une exception dans le cas de l'autodétermination.

4. Conséquences découlant des normes impératives

28. S'il est un aspect de l'avis qui me laisse perplexe, c'est le fait que la Cour, après avoir qualifié le droit à l'autodétermination de norme impérative, se montre ambiguë quant aux implications de cette conclusion. Ainsi, au paragraphe 274, alors qu'elle s'apprête à déterminer les conséquences de la présence d'Israël dans le Territoire palestinien occupé pour les États tiers, la Cour « observe que les obligations qu'Israël a violées comprennent certaines obligations *erga omnes* ». Cette formulation pourrait laisser entendre que les obligations pour les États tiers — que j'appellerai, pour simplifier, les « conséquences énoncées à l'article 41 »⁴⁴ — découlent non pas du caractère impératif du droit à l'autodétermination, mais du caractère *erga omnes* des obligations violées.

29. Étant donné que les États et les auteurs de doctrine admettent généralement que les conséquences énoncées à l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État découlent de normes impératives, la Cour ne pouvait émettre une position contraire dans le présent avis consultatif sans expliquer pourquoi. Dans les commentaires sur les conclusions de la CDI sur les normes impératives adoptées en 2022, lesquelles confirment, à la conclusion 19, l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État, *pas un seul État* n'a avancé que ces conséquences découlaient, non pas de normes impératives, mais du caractère *erga omnes* de certaines obligations. En outre, très peu d'articles et d'ouvrages de doctrine, voire aucun, soutiennent aujourd'hui la position selon laquelle les conséquences énoncées à l'article 41 découlent du caractère *erga omnes* d'une obligation⁴⁵. La jurisprudence interne, qui constitue une forme de pratique étatique, admet elle aussi, d'une manière générale, la position traditionnelle en la matière⁴⁶. La Cour, si elle émettait

Commission, soixante-dix-septième session, compte rendu analytique de la 24^e séance, 12 décembre 2022, Nations Unies, doc. A/C.6/77/SR.24, p. 12.

⁴⁴ Pour être précis, lorsque je parle des « conséquences énoncées à l'article 41 », je fais référence aux conséquences d'une violation grave d'une norme impérative énoncées dans les articles sur la responsabilité de l'État pour actes illicites, *ACDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, art. 41.

⁴⁵ À titre d'exemples de textes de doctrine appuyant la position traditionnelle, à savoir que les obligations de non-reconnaissance, de non-assistance et de coopération en vue de mettre fin à toute violation grave sont des conséquences des violations de normes impératives, voir Anne Lagerwall, « The non-recognition of Jerusalem as Israel's capital: a condition for international law to remain relevant? », *Questions of International Law*, vol. 50, 2018, p. 33 ; Rebecca J. Barber, « Cooperating through the General Assembly to end serious breaches of peremptory norms », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 71, 2022, p. 1.

⁴⁶ Des exemples à cet égard sont présentés aux paragraphes 3, 4, 6 et 13 du commentaire de la conclusion 19 des conclusions sur les normes impératives.

establish an approach that is unsupported by the views of States, our sister entity, the ILC, or academic writings. This in itself would be a questionable practice, but to do so without even engaging with the broadly accepted, dominant understanding would amount to a dismissiveness unbecoming of a court of justice.

30. Quite apart from the fact that this approach finds no support in the views of States, the ILC or in academic writings, it would be based on a complete miscomprehension of the relationship between peremptory norms and *erga omnes* obligations. The *erga omnes* character of an obligation is itself a consequence of the nature of the norm from which the obligation arises⁴⁷. Consequent to this, the *erga omnes* character permits all States, even if not directly injured, to invoke the responsibility of another State for a wrongful act⁴⁸. It is for this very reason, i.e., peremptory norms are concerned with the scope of secondary obligations while the *erga omnes* character of norms is concerned with the invocation of the secondary obligations, that the ILC decided to replace references to “serious breach of an obligation owed to the international community as a whole” with the category of “peremptory norms” in its Articles on State Responsibility during its fifty-third session in 2001⁴⁹.

31. The *erga omnes* character of the obligations does not *itself* create obligation on third States. A point that was articulated by Judge Higgins in her separate opinion appended to the *Wall* Advisory Opinion⁵⁰, where she expressed her disagreement with the Court’s position that the consequences specified in the Opinion for the identified violations of international law (in paragraphs 154 to 159) flowed from the *erga omnes* character of the obligations breached. In her view, the *erga omnes* concept concerns “jurisdictional *locus standi*”, which “has nothing to do with imposing substantive obligations on third parties”⁵¹. She thus concluded that the consequences specified by the Court did not “have anything to do with the concept of

⁴⁷ See paragraph 7 of the general commentary to Chapter III of Part 2 of the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *YILC*, 2001, Vol. II, Part Two. See also paragraph 4 of the commentary to conclusion 17 of the International Law Commission’s Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*).

⁴⁸ See e.g. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Provisional Measures, Order of 23 January 2020*, *I.C.J. Reports 2020*, p. 17, para. 41; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2022 (II)*, p. 516, para. 108.

⁴⁹ Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, *YILC*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 22, para. 49.

⁵⁰ Admittedly, Judge Higgins’ opinion would not support the conclusion that these consequences flowed from peremptory norms.

⁵¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, separate opinion of Judge Higgins, p. 216, para. 37.

l'idée que ces conséquences sont fondées non pas sur le caractère impératif de la norme, mais sur le caractère *erga omnes* des obligations, *adopterait* donc une approche qui n'est pas étayée par les vues des États, de notre entité sœur, la Commission du droit international, ni par les textes de doctrine. Cela constituerait, en soi, une pratique contestable, mais le faire de surcroît sans même aborder la position largement admise et dominante pourrait s'apparenter à du dédain, ce qui serait déplacé de la part d'une juridiction.

30. Outre le fait qu'elle n'est pas étayée par les positions des États, de la CDI ou celles développées dans les textes de doctrine, une telle approche serait fondée sur une lecture totalement erronée de la relation entre normes impératives et obligations *erga omnes*. Le caractère *erga omnes* d'une obligation est lui-même une conséquence de la nature de la norme dont découle cette obligation⁴⁷. Par conséquent, le caractère *erga omnes* permet à tous les États, même ceux qui ne sont pas directement lésés, d'invoquer la responsabilité d'un autre État à raison d'un fait illicite⁴⁸. C'est précisément pour cette raison, à savoir que les normes impératives ont trait à la portée d'obligations secondaires tandis que le caractère *erga omnes* des normes a trait à l'invocation de celles-ci, que la CDI a, lors de sa cinquante-troisième session, en 2001, décidé de remplacer les références aux «violations graves d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble» par la catégorie des «normes impératives» dans ses articles sur la responsabilité de l'État⁴⁹.

31. Le caractère *erga omnes* des obligations ne crée pas *en soi* des obligations pour les États tiers. C'est ce qu'a précisé le juge Higgins dans l'exposé de son opinion individuelle qui a été joint à l'avis sur le *Mur*⁵⁰, où elle a exprimé son désaccord avec la position de la Cour selon laquelle les conséquences, déterminées dans l'avis, des violations du droit international recensées (aux paragraphes 154 à 159) découlaient du caractère *erga omnes* des obligations violées. Selon la juge Higgins, le concept d'*erga omnes* a trait à une question de «*locus standi*», qui «n'a rien à voir avec l'imposition d'obligations de fond à des tiers dans une affaire»⁵¹. Et la juge Higgins de conclure que les conséquences énoncées par la Cour «[n'avaient rien] à voir

⁴⁷ Voir le paragraphe 7 du commentaire général du chapitre III de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ACDI*, 2001, vol. II, deuxième partie. Voir aussi le paragraphe 4 du commentaire de la conclusion 17 du texte du projet de conclusions de la CDI sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

⁴⁸ Voir, par exemple, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020*, *C.I.J. Recueil 2020*, p. 17, par. 41 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar), exceptions préliminaires, arrêt*, *C.I.J. Recueil 2022 (II)*, p. 516, par. 108.

⁴⁹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, *ACDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 22, par. 49.

⁵⁰ Il est vrai que la juge Higgins, dans cet exposé, ne souscrivait pas à la conclusion selon laquelle ces conséquences découlent de normes impératives.

⁵¹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, opinion individuelle de la juge Higgins, p. 216, par. 37.

*erga omnes*⁵², and that “[t]he obligation upon United Nations Members of non-recognition and non-assistance [did] not rest on the notion of *erga omnes*”⁵³. This is precisely why there is *virtually* no support for the view that the *erga omnes* character of the obligation also gives rise to the consequences identified in Article 41 of the ILC’s Articles on State Responsibility. It should be recalled that not all *erga omnes* obligations derive from peremptory norms. Obligations arising from customary international law norms concerning common spaces, for example, also have an *erga omnes* character whether they flow from peremptory norms or not. Without ruling out the possibility, it is not at all clear to me that *all* obligations having an *erga omnes* character produce the threefold duties of non-recognition, non-assistance and cooperation as formulated in Article 41 of the Articles on State Responsibility. It is possible that they do, but it is not at all clear that this is the case. What is clear, however, is that peremptory norms do. Accordingly, for the sake of sound and coherent judicial reasoning, the Court ought to have tied explicitly the Article 41 consequences identified for third States in this Opinion to the peremptory status of the right of self-determination (or even better, explicitly reaffirmed the peremptory character of other norms discussed in the Opinion).

32. I am not averse to the Court deciding to develop the law in order to broaden the scope of Article 41 consequences to include all *erga omnes* obligations. However, first, if that is what the Court seeks to do, it should be transparent to avoid confusion and thus do so explicitly. Second, such a development should not be accidental and should be based on a clear and considered understanding of the distinction between *erga omnes* obligations and peremptory norms as legal concepts. *Erga omnes* obligations arise from particular types of norms, such as peremptory norms. But, in addition to peremptory norms, what other types of norms produce such obligations? In my view, and as already stated above, the only other type of norms that produce *erga omnes* obligations are, *because of their very character as not being capable of being owed bilaterally*, obligations concerning the commons. If the Court wishes to establish the principle that obligations arising from norms relating to common spaces produce Article 41 consequences, then the conflation between peremptory norms and *erga omnes* obligations in the context of Article 41 consequences may be justified, and I would have no objection against such a development. The extension of Article 41 consequences to all *erga omnes* obligations would be less justified and ineffective if it were done with primarily humanitarian objectives in mind. If the objectives were more humanitarian, then in my view, the effort should be directed at showing the peremptory character of the relevant

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, p. 217, para. 38.

avec le concept d'*erga omnes*»⁵² et que «[l']obligation de non-reconnaissance et de non-assistance faite aux Membres des Nations Unies ne repos[ait] pas sur le concept d'*erga omnes*»⁵³. C'est précisément ce qui explique la *quasi-absence* de soutien à la position selon laquelle le caractère *erga omnes* de l'obligation donne également naissance aux conséquences énoncées à l'article 41 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. Il convient de rappeler que les obligations *erga omnes* ne résultent pas toutes de normes impératives. Les obligations nées de normes du droit international coutumier relatives aux espaces communs, par exemple, ont également un caractère *erga omnes*, qu'elles découlent ou non de normes impératives. Sans vouloir écarter cette possibilité, je ne suis pas du tout persuadé que *toutes* les obligations ayant un caractère *erga omnes* génèrent les trois obligations de non-reconnaissance, de non-assistance et de coopération, telles qu'énoncées à l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État. Il est possible que ce soit le cas, mais ce n'est pas du tout certain. Ce qui est certain, en revanche, c'est que tel est le cas des normes impératives. En conséquence, pour les besoins d'un raisonnement judiciaire rationnel et cohérent, la Cour aurait dû faire expressément le lien entre les conséquences énoncées à l'article 41 dont elle a déterminé, dans le présent avis, qu'elles s'appliquaient aux États tiers et le caractère impératif du droit à l'autodétermination (ou, mieux encore, réaffirmer explicitement le caractère impératif d'autres normes dont il est question dans l'avis).

32. Je ne suis pas opposé à ce que la Cour décide de développer le droit afin d'élargir la portée des conséquences énoncées à l'article 41 de manière à y inclure toutes les obligations *erga omnes*. Toutefois, si tant est que ce soit son intention, la Cour devrait, premièrement, le faire de manière transparente pour éviter toute confusion, et donc explicitement. Deuxièmement, une telle évolution ne devrait pas se faire incidemment et devrait reposer sur une compréhension claire et réfléchie de la distinction entre obligations *erga omnes* et normes impératives en tant que concepts juridiques. Les obligations *erga omnes* découlent d'un certain type de normes, telles que les normes impératives. Mais, outre les normes impératives, quels autres types de normes créent ce genre d'obligations? Selon moi, et comme je l'ai déjà indiqué plus haut, les seules autres normes qui produisent des obligations *erga omnes* sont celles qui concernent les biens communs, *en raison de la nature même desdites obligations, qui fait qu'elles ne peuvent pas être dues de manière bilatérale*. Si la Cour souhaite établir le principe selon lequel les obligations découlant de normes relatives aux espaces communs produisent les conséquences énoncées à l'article 41, l'amalgame entre normes impératives et obligations *erga omnes* dans le contexte de cette disposition pourrait être justifié, et je n'aurais aucune objection à une telle évolution. L'extension des conséquences énoncées à l'article 41 à toutes les obligations *erga omnes* serait moins justifiée et serait inefficace s'il obéissait à des objectifs essen-

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, p. 217, par. 38.

norms rather than seeking to stretch the concept of obligations owed *erga omnes* beyond its current remit.

33. There is another consequence of peremptoriness that the Court, because of the remnants of its hesitancy, does not address, namely the implications of the right of self-determination for agreements relating to the OPT concluded in the past and those that may be concluded in the future. This is the primary consequence of peremptoriness as provided for in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. To take as an example, one of the consequences flowing from the recognition of the right of the Palestinian people to self-determination must surely be that an agreement concluded to resolve the crisis may not derogate from the principle⁵⁴. The closest that the Court comes to acknowledging this fundamental principle is paragraph 257 where it states that the right of self-determination “cannot be subject to conditions on the part of the occupying Power, in view of its character as an inalienable right”. Two points are worth making about this formulation. The first, the Court is clearly making an attempt to avoid “yet another” reference to peremptory norms and instead refers to the concept of “inalienable” rights. Second, the Court avoids invoking issues of non-derogation and the language of Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, by stating that the right of self-determination “cannot be subject to conditions” imposed by the State of Israel.

34. Reference might also be made to paragraph 263 of the Opinion, for example, where the Court recalls arguments by Israel, Fiji and Zambia to the effect that Israel’s presence on Palestinian territory is justified by the Oslo Accords. In the same paragraph, the Court responds as follows:

“The Court observes that these Accords do not permit Israel to annex parts of the Occupied Palestinian Territory in order to meet its security needs. Nor do they authorize Israel to maintain a permanent presence in the Occupied Palestinian Territory for such security needs.”

35. This view reflects a perfectly reasonable interpretation of the Oslo Accords. But, at the same time, it is obviously an incomplete response to a rather complex question. In my view, a proper judicial response would have

⁵⁴ See e.g. General Assembly resolution 33/28 A of 7 December 1978, para. 4 (“Declares that the validity of agreements purporting to solve the problem of Palestine requires that they be within the framework of the United Nations and its Charter and its resolutions on the basis of the full attainment and exercise of the inalienable rights of the Palestinian people, including the right of return and the right to national independence and sovereignty in Palestine, and with the participation of the Palestine Liberation Organization”); General Assembly resolution 34/65 B, para. 2 (“Rejects those provisions of the accords which ignore, infringe, violate or deny the inalienable rights of the Palestinian people, including the right of return, the right of self-determination and the right to national independence and sovereignty in Palestine”).

tiellement humanitaires. En pareil cas, il y aurait plutôt lieu, selon moi, de démontrer le caractère impératif des normes en question plutôt que de chercher à étendre la portée du concept des obligations *erga omnes*.

33. Le caractère impératif entraîne une autre conséquence que la Cour, ne s'étant pas totalement débarrassée de ses hésitations à cet égard, passe sous silence, à savoir les incidences du droit à l'autodétermination sur les accords relatifs au Territoire palestinien occupé qui ont été conclus par le passé et ceux qui pourraient l'être à l'avenir. Il s'agit là de la principale conséquence du caractère impératif prévue à l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Pour prendre un exemple, l'une des conséquences découlant de la reconnaissance du droit à l'autodétermination du peuple palestinien doit assurément être le fait qu'un accord conclu pour résoudre la crise ne saurait déroger à ce principe⁵⁴. C'est au paragraphe 257, où elle indique que l'existence du droit à l'autodétermination «ne saurait être soumise à conditions par la puissance occupante, étant donné qu'il s'agit d'un droit inaliénable», que la Cour est le plus près de reconnaître ce principe fondamental. Cette formulation appelle deux observations. La première est que la Cour s'efforce clairement d'éviter de renvoyer «une fois encore» aux normes impératives, préférant évoquer le concept de droits «inaliénables». Deuxièmement, la Cour évite d'invoquer des questions d'indérogeabilité et le libellé de l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités en déclarant que le droit à l'autodétermination «ne saurait être soumis[] à conditions» imposées par l'État d'Israël.

34. L'on pourrait également renvoyer au paragraphe 263 de l'avis, par exemple, dans lequel la Cour rappelle les arguments avancés par Israël, les Fidji et la Zambie, selon lesquels la présence d'Israël sur le territoire palestinien est justifiée par les accords d'Oslo. Dans ce même paragraphe, la Cour répond comme suit :

«La Cour observe que ces accords n'autorisent pas Israël à annexer des parties du Territoire palestinien occupé pour satisfaire auxdits besoins. Ils ne l'autorisent pas non plus à maintenir une présence permanente dans le Territoire palestinien occupé à cette même fin.»

35. Cette position constitue une interprétation parfaitement raisonnable des accords d'Oslo. Toutefois, dans le même temps, il s'agit d'une réponse évidemment incomplète à une question plutôt complexe. Selon moi, pour

⁵⁴ Voir, par exemple, résolution 33/28 A du 7 décembre 1978 de l'Assemblée générale, par. 4 («Déclare que, pour être valides, des accords visant à résoudre le problème de Palestine doivent s'inscrire dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies ainsi que de sa Charte et de ses résolutions, se fonder sur la pleine réalisation et le plein exercice des droits inaliénables du peuple palestinien, y compris le droit de retour et le droit à l'indépendance et à la souveraineté nationales en Palestine, et comporter la participation de l'Organisation de libération de la Palestine»); résolution 34/65 B de l'Assemblée générale, par. 2 («Rejette les dispositions des accords qui ignorent, usurpent, violent ou dénie les droits inaliénables du peuple palestinien, y compris le droit de retour, le droit à l'autodétermination et le droit à l'indépendance et à la souveraineté nationales en Palestine»).

required the Court to consider the legal implications of the argument raised by these States and therefore the relationship between the right of self-determination and the Oslo Accords. Such a response would have to be based on Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. In other words, *even if* the Oslo Accords justified the current presence of Israel on the OPT, the Accords would, if they are in breach of the peremptory norm of self-determination, be invalid. Having laid out this basic proposition, the Court could then state that at any rate, the Oslo Accords ought to be interpreted in such a way as to render them consistent with the right of self-determination⁵⁵, which leads to the interpretation of the Accords offered by the Court. But to engage in this legal reasoning, the Court would need to acknowledge (yet again) the peremptory character of the right of self-determination (and the other norms in question). Unfortunately, because of its residual hesitancy to acknowledge peremptory norms, the Court skips several steps and jumps to conclusions which, without more, are devoid of legal reasoning.

IV. APARTHEID

36. The Court was able to find a breach of Article 3 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, i.e. the prohibition of segregation and apartheid. I interpret this finding to be an acceptance that the policies and practices of Israel constitute a breach of the prohibition of apartheid, which itself is a peremptory norm of international law. I can understand that there is a reluctance to describe the policies of Israel in the OPT as apartheid. I suspect the main reason for this hesitation is that, to date, only the policies of the pre-1994 South African Government in South Africa and elsewhere in Southern Africa have been described as apartheid. But recall, the term apartheid was coined by that régime not as a pejorative term, but as a positive concept to explain the benevolence of its policies as separate development, and moreover, at a time when many other States still practised racial discrimination themselves in some form or another⁵⁶. Once the term attained a negative meaning, and international condemnation of racism swelled, no other State would self-describe its policies as apartheid.

⁵⁵ See conclusion 20 of the conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*).

⁵⁶ For a description of the struggle of anti-racism within the United Nations itself in the 1940s, see William A. Schabas, *The International Legal Order's Colour Line: Racism, Racial Discrimination and the Making of International Law* (OUP, 2023), p. 106 *et seq.*

apporter une réponse judiciaire adéquate, la Cour aurait dû examiner les incidences juridiques de l'argument avancé par ces États et, partant, la relation entre le droit à l'autodétermination et les accords d'Oslo. Une telle réponse aurait dû être fondée sur l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Autrement dit, les accords d'Oslo, *même s'ils* justifiaient la présence actuelle d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, seraient frappés de nullité s'ils violaient la norme impérative de l'autodétermination. Ayant formulé cette proposition fondamentale, la Cour aurait alors pu indiquer que, en tout état de cause, les accords d'Oslo devraient être interprétés de sorte à les rendre conformes au droit à l'autodétermination⁵⁵, ce qui conduit à l'interprétation qu'elle propose. Pour se livrer à ce raisonnement juridique, elle aurait cependant dû reconnaître (là encore) le caractère impératif du droit à l'autodétermination (et des autres normes en question). Malheureusement, étant donné qu'elle continue de se montrer quelque peu hésitante à reconnaître les normes impératives, la Cour élude plusieurs étapes et se hâte de formuler des conclusions qui, n'étant pas étayées, ne procèdent pas d'un raisonnement juridique.

IV. APARTHEID

36. La Cour a été en mesure de conclure à une violation de l'article 3 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, à savoir l'interdiction de la ségrégation et de l'apartheid. J'interprète cette conclusion comme une reconnaissance de ce que les politiques et pratiques d'Israël emportent violation de l'interdiction de l'apartheid, qui est elle-même une norme impérative de droit international. Je peux comprendre l'hésitation à qualifier les politiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé d'apartheid. J'imagine que la principale raison en est que, à ce jour, le terme a été réservé aux politiques mises en œuvre avant 1994 par le Gouvernement sud-africain en Afrique du Sud et ailleurs en Afrique australe. Il convient cependant de rappeler que, au départ, le terme d'«apartheid» était employé par ce régime non pas dans un sens péjoratif, mais de manière positive pour évoquer la bienveillance des politiques gouvernementales de développement séparé. De plus, à l'époque, de nombreux autres États pratiquaient encore eux-mêmes la discrimination raciale sous une forme ou une autre⁵⁶. Ce n'est qu'une fois que le terme a acquis une connotation négative et que les condamnations du racisme se sont multipliées dans le monde que les États ont cessé de qualifier leurs propres politiques d'apartheid.

⁵⁵ Voir la conclusion 20 du texte du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

⁵⁶ Pour une description de la lutte contre le racisme au sein de l'Organisation des Nations Unies elle-même dans les années 1940, voir William A. Schabas, *The International Legal Order's Colour Line: Racism, Racial Discrimination and the Making of International Law*, OUP, 2023, p. 106 et suiv.

37. But, if we compare the policies of the South African apartheid regime with the practices of Israel in the OPT, it is impossible not to come to the conclusion that they are similar. On the basis of the Court's finding concerning the various policies and practices it is hard not to see that Israeli policies, legislation and practices involve widespread discrimination against Palestinians in nearly all aspects of life, much like the case in apartheid South Africa. There is for the most part an intentional effort to ensure separation of and discrimination between Israelis and Palestinians: separate roads, separate schools, separate facilities, and separate legal systems. Whether one speaks of the discriminatory detention practices, including detention without trial (not addressed in the Opinion but for which there is extensive information in the case file), residence permit system, restrictions of movement or demolition of property, deprivation of land, or the encircling of Palestinian communities into enclaves reminiscent of South African Bantustans from which I come; it is impossible to miss the similarities.

38. In the course of the proceedings, the Court heard many arguments about the definition of apartheid in customary international law since the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, to which Israel is a party, does not contain a definition. These proceedings may have provided the Court with an opportunity to provide a standard definition of apartheid under customary international law. That the Court did not do so should not detract from the cogency of its finding. Whether one relies on the definitions in the Rome Statute or in the Apartheid Convention, there seems to be a common core in all the definitions put forward by participants in the course of these proceedings, namely the existence of one or more racial groups, perpetration of one or more inhuman acts against one or more of the racial groups in a systematic manner, and the perpetration of those acts with the purpose of establishing and maintaining domination.

39. No one will seriously suggest that the first two of these elements are not present in the OPT and so I do not intend to address these elements. Some may argue that the Israeli practices and policies do not rise to the level of apartheid because there is insufficient evidence that the third element is met, i.e. there is insufficient evidence that the enumerated inhuman acts were committed for the purposes of establishing and maintaining domination by one racial group. To this I would make only three brief points.

40. First, in interpreting the phrase, it is important to recall that the Apartheid Convention definition is prefaced by the statement "which shall include similar policies and practices of racial segregation and discrimination as practised in southern Africa . . .". As explained above, the policies and practices of Israel in the OPT are, in many respects, alike to those of

37. Or, si l'on compare les politiques du régime d'apartheid de l'Afrique du Sud à celles d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, il est impossible de ne pas conclure qu'elles sont similaires. Compte tenu de la conclusion de la Cour à cet égard, il est difficile de ne pas voir que les politiques, lois et pratiques d'Israël entraînent une discrimination généralisée à l'égard des Palestiniens dans pratiquement tous les aspects de la vie, comme dans le cas de l'Afrique du Sud sous apartheid. Dans l'ensemble, il existe une volonté délibérée d'opérer une séparation et une discrimination entre Israéliens et Palestiniens : chacun des deux groupes a ses propres routes, écoles, infrastructures et son propre système juridique. Qu'il s'agisse des pratiques de détention discriminatoires, dont les détentions sans procès (que l'avis n'aborde pas, mais sur lesquelles le dossier présenté à la Cour contient d'abondantes informations), du système de permis de résidence, des restrictions aux déplacements ou de la démolition de biens, de la confiscation de terres, ou de l'encerclement de communautés palestiniennes en les reléguant dans des enclaves qui rappellent les bantoustans sud-africains dont je suis originaire, il est impossible de ne pas voir les nombreuses similitudes.

38. Durant la procédure, la Cour a entendu de nombreux arguments quant à la définition de l'apartheid en droit international coutumier, la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, à laquelle Israël est partie, ne contenant pas de définition de ce terme. La Cour aurait pu saisir cette occasion pour en donner une définition standard en droit international coutumier. Le fait qu'elle s'en soit abstenue n'altère en rien la force de sa conclusion. Que l'on s'appuie sur la définition qu'en donne le Statut de Rome ou sur celle de la convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, il semble qu'il y ait des éléments communs à toutes les définitions données par les participants au cours de cette procédure, à savoir l'existence d'un ou de plusieurs groupes raciaux, la commission systématique d'un ou de plusieurs actes inhumains contre un ou plusieurs de ces groupes raciaux et la perpétration de ces actes dans le but d'établir et de maintenir la domination.

39. Personne ne peut sérieusement prétendre que les deux premiers éléments ne sont pas réunis dans le Territoire palestinien occupé. Il est donc inutile d'y revenir. D'aucuns pourraient soutenir que les pratiques et politiques israéliennes n'atteignent pas le niveau requis pour être qualifiées d'apartheid, au motif qu'il n'y a pas suffisamment de preuves que le troisième critère est rempli, à savoir qu'il n'est pas suffisamment démontré que les actes inhumains énumérés ont été commis dans l'intention d'établir et de maintenir la domination par un groupe racial. Je me contenterai de trois brèves remarques à ce sujet.

40. Premièrement, il est important de rappeler que la définition de l'apartheid contenue dans la convention sur l'apartheid est précédée de la mention « qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe ». Comme je l'ai expliqué plus haut, les politiques et pratiques d'Israël dans le

apartheid South Africa. The second point is that it would be incredibly rigid to insist on direct evidence of an intention to dominate. As the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia observed in the context of genocide, intention and purpose can be “inferred from a number of facts and circumstances, such as the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group”⁵⁷. I find it difficult to see how anyone can look at the policies and practices that have been detailed before the Court and find that, when taken together, the systemic character of these segregationist acts, including the explicit, legislated policy that self-determination in Palestine is reserved for Jewish persons only⁵⁸, do not reveal the purpose of dominating the Palestinians. As a third and final point, it should be recalled that it is not necessary for the purpose of establishing “the purpose of domination” for domination to be the sole, or even dominant reason, for the discriminatory measures. Apartheid South Africa, it will be recalled, promoted its policy not solely for the purpose of domination, but to ensure what it termed “equal but separate development”⁵⁹.

41. In the context of all of this, in my view, the Court was correct to find that the policies and practices of Israel in the OPT are in breach of the prohibition of racial segregation and apartheid in Article 3 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, a conclusion that implicitly recognizes the apartheid character of Israeli practices and policies in the OPT.

V. ISRAEL’S SECURITY CONCERNS

42. The main issue raised in the defence of Israeli policies, not only in the context of the current proceedings, but also in the context of other proceedings before this Court, namely the *Wall Advisory Opinion*, *South Africa v. Israel* and *Nicaragua v. Germany*, is the amorphous “security concerns of Israel”. Stripped bare to its essence, the argument seems to be that while the policies and practices of Israel impact negatively on the rights of the Palestinians, and prevent the full enjoyment of their rights under international law, because Israel finds itself under threat from Palestinians (and possibly others in the region), it should be permitted to continue with its policies until the threat to its security no longer exists (or at least it should be permitted to continue to deny Palestinians the enjoyment of their right

⁵⁷ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Goran Jelisić*, Case No. IT-95-10-A, Appeals Chamber, 5 July 2001, para. 47.

⁵⁸ Advisory Opinion, paras. 192-222.

⁵⁹ This policy was implemented by the National Party, following its election in 1948, through a series of racial legislation and measures.

Territoire palestinien occupé sont, à bien des égards, semblables à celles qui étaient en vigueur dans l'Afrique du Sud sous apartheid. Deuxièmement, ce serait faire preuve d'une extrême rigidité que d'insister sur le fait que soit apportée une preuve directe de l'intention de dominer. Ainsi que l'a observé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans le contexte du génocide, l'intention et le but peuvent «procéder d'un certain nombre de faits et de circonstances, tels le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe»⁵⁷. J'ai du mal à voir comment quiconque, au regard des politiques et pratiques qui ont été détaillées devant la Cour, pourrait estimer que, considérés dans leur ensemble, ces actes ségrégationnistes systémiques, dont la politique explicite et consacrée par la loi qui prévoit que l'autodétermination en Palestine est réservée aux Juifs⁵⁸, ne font pas apparaître l'objectif de domination des Palestiniens. Troisièmement, enfin il convient de rappeler que, aux fins de l'établissement de l'«objectif de domination», il n'est pas nécessaire que la domination soit la seule, voire la principale, raison des mesures discriminatoires. On se souviendra que, au moment de l'apartheid, l'Afrique du Sud promouvait sa politique non seulement à des fins de domination, mais dans le but d'assurer ce qu'elle appelait «un développement séparé, mais égal»⁵⁹.

41. Compte tenu de ce qui précède, la Cour a eu raison de dire que les politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé emportent violation de l'interdiction de la ségrégation raciale et de l'apartheid énoncée à l'article 3 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, conclusion qui reconnaît de façon implicite que ces pratiques et politiques sont constitutives d'apartheid.

V. PRÉOCCUPATIONS D'ISRAËL EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ

42. Le principal moyen de défense invoqué en soutien aux politiques israéliennes, non seulement dans le cadre de la présente procédure, mais aussi dans le contexte d'autres instances dont a été saisie la Cour, à savoir l'avis consultatif sur le *Mur*, l'affaire *Afrique du Sud c. Israël* et l'affaire *Nicaragua c. Allemagne*, est l'argument fort vague des «préoccupations d'Israël en matière de sécurité». En substance, celui-ci consiste, semble-t-il, à affirmer que, bien que ses politiques et pratiques portent atteinte aux droits des Palestiniens et empêchent ceux-ci d'exercer pleinement les droits qu'ils tiennent du droit international, Israël, parce qu'il se considère comme étant menacé par les Palestiniens (et peut-être d'autres groupes dans la région), devrait être autorisé à poursuivre ses politiques tant que la menace pour sa

⁵⁷ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Goran Jelisić*, affaire n° IT-95-10-A, chambre d'appel, 5 juillet 2001, par. 47.

⁵⁸ Avis consultatif, par. 192-222.

⁵⁹ Cette politique a été mise en œuvre par le Parti national, au lendemain de son élection en 1948, par une série de lois et de mesures raciales.

of self-determination until this threat no longer exists). In these proceedings, the message was most clearly articulated by Fiji and Zambia. It has also been articulated by separate and dissenting opinions in *South Africa v. Israel*⁶⁰.

43. In its Opinion, the Court refers to the issue only briefly and does not offer any comprehensive response. For example, at paragraph 47 the Court notes that Israel's written statement, while mainly focused on jurisdictional matters and questions of judicial propriety, also referred to Israel's security concerns. The Court, understandably, only offers fleeting responses. For instance, it states, at paragraph 254 that Israel's security concerns cannot "override the principle of the prohibition of the acquisition of territory by force". However, given that the "security concerns" argument can form an important undercurrent of the defence of the relevant policies and practices, and "explanation" of the denial of the right of self-determination of the Palestinian people, I feel it important to address the question more explicitly.

44. I accept that security concerns are very important, and that Israel faces threats to its security, from amongst others Hamas, as the events of 7 October 2023 illustrate. Yet, as a first general point, when addressing security concerns, it should be recalled that all States, and not just Israel, have security interests. This includes Palestine. Often, when the "security concerns" claim is made, it is as if only Israel has security concerns or that somehow, Israel's security concerns override those of Palestine's. The second general point to make is that security interests *as such*, no matter how serious or legitimate, cannot override rules of international law, a point made by the Court. Indeed, save where called for by a specific rule, security concerns cannot even serve as a balance against rules of international law and certainly not against peremptory norms. Thus, the notion that the Palestinian right of self-determination must be balanced with, or is even subject to, Israeli security concerns is incongruous as a matter of international law. In fact, such arguments are not only incongruous, they also are dangerous. Allow me to illustrate by means of a "hypothetical" scenario: Imagine that one State believes, legitimately perhaps, that another State joining a defence alliance is a threat to its security interests. Can such a State decide to use military force to prevent the other State from

⁶⁰ See for example, generally, dissenting opinion of Judge *ad hoc* Barak and dissenting opinion of Vice-President Sebutinde (especially paragraphs 8 and 25) in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Request for the Modification of the Order of 28 March 2024, Order of 24 May 2024, I.C.J. Reports 2024 (II)*.

sécurité n'a pas disparu (ou devrait au moins être autorisé à continuer de priver les Palestiniens de la jouissance de leur droit à l'autodétermination tant que cette menace n'a pas disparu). Dans la présente procédure, ce sont les Fidji et la Zambie qui se sont surtout fait l'écho de cette position. Celle-ci a aussi été exprimée dans certaines opinions individuelles et dissidentes en l'affaire *Afrique du Sud c. Israël*⁶⁰.

43. Dans l'avis, la question n'est évoquée que brièvement sans être approfondie. Par exemple, au paragraphe 47, la Cour relève que l'exposé écrit d'Israël, bien que principalement axé sur des questions de compétence et d'opportunité judiciaire, renvoyait également aux préoccupations de cet État en matière de sécurité. La Cour, de façon bien compréhensible, n'apporte que des réponses évasives sur ce point. Au paragraphe 254, elle indique ainsi que les préoccupations d'Israël en matière de sécurité ne sauraient « l'emporter sur le principe de l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force ». L'argument des « préoccupations en matière de sécurité » pouvant toutefois être largement invoqué, en toile de fond, pour défendre les politiques et pratiques en question, et servir d'« explication » au déni du droit à l'autodétermination du peuple palestinien, j'estime qu'il est important d'aborder la question de façon plus explicite.

44. J'admets que les préoccupations en matière de sécurité sont très importantes, et que la sécurité d'Israël est menacée, en particulier par le Hamas, comme l'ont montré les événements du 7 octobre 2023. Cependant, et de façon générale, il convient d'abord de rappeler que tous les États, et pas seulement Israël, ont des intérêts dans ce domaine. C'est aussi le cas de la Palestine. Bien souvent, lorsque l'argument des « préoccupations en matière de sécurité » est avancé, c'est comme si seul Israël avait de telles préoccupations ou si, en quelque sorte, celles-ci l'emportaient sur celles de la Palestine. Ensuite, et toujours d'un point de vue général, on rappellera que les préoccupations en matière de sécurité *en tant que telles*, quelles que soient leur gravité ou leur légitimité, ne sauraient prévaloir sur les règles du droit international, ce que la Cour rappelle d'ailleurs dans son avis. De fait, sauf si elles sont prévues par une règle spécifique, de telles considérations ne peuvent même pas être mises en balance avec les règles du droit international, et certainement pas avec des normes impératives. Ainsi, l'idée qu'il faudrait concilier le droit palestinien à l'autodétermination et les préoccupations d'Israël en matière de sécurité, voire que ce droit serait assujéti à ces dernières, est incongrue en droit international. En fait, de tels arguments sont non seulement incongrus, ils sont aussi dangereux. J'illustrerai ce point à l'aide

⁶⁰ Voir, par exemple, d'une manière générale, les exposés de l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Barak et de l'opinion dissidente de la juge Sebutinde, vice-présidente (surtout les paragraphes 8 et 25), dans *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël), demande tendant à la modification de l'ordonnance du 28 mars 2024, ordonnance du 24 mai 2024, C.I.J. Recueil 2024 (II)*.

joining the defence alliance? If so, we are moving dangerously into the Athenian paradigm where “the strong do what they can and the weak suffer what they must”.

45. I should not be misunderstood. International law is not agnostic to security concerns. International law finds different ways to protect security interests. Treaty rules, for example, can permit States to depart from protected rights in the interest of State security. More pertinent to the issues in the current proceedings, security interests are protected through rules of international law such as the duty to co-operate, and the law of the Charter on the prohibition of the use of force (including self-defence and the rules on the collective security framework). But the notion of security interests does not constitute an independent legal rule, or exception, permitting a State to depart from fundamental rules of the system.

46. In the context of the current proceedings, for example, the Court has found violations of a number of rules of international human rights law and international humanitarian law. It is possible, of course, to identify a particular rule within the relevant treaty permitting, for security purposes, the impugned conduct. A typical example is Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which permits derogation from obligation under the Covenant for purposes “strictly required by the exigencies” of a situation “which threatens the life of the nation”. I leave aside whether the policies of Israel meet the requirement of Article 4 or whether its declaration of a derogation can be valid after such a long period of time. For current purposes, it is only important to point out that the security interest as such would not constitute an independent *legal* basis for departing from a rule of law in the Covenant. The legal basis would, in fact, be Article 4 of the Convention. The same point can be made in respect of Article 12 (3) of the Covenant which provides for restrictions to the right of liberty of movement on the basis of reasons related to the protection of national security. Again, national security does not provide an autonomous legal basis for restricting the right. The legal basis is the treaty provision. Similarly, Article 49 of the Fourth Geneva Convention permits an occupying Power to effect transfers of population “if the security of the population or imperative military reasons so demand”. Any transfer of the population would be consistent with international law if “imperative military reasons” so demand not because of an autonomous argument based on security concerns but because the treaty rule provides for an exception.

d'un exemple « fictif » : imaginons qu'un État estime, peut-être à raison, que le fait qu'un autre État rejoigne une alliance de défense constitue une menace pour ses intérêts de sécurité. Cet État pourrait-il décider de faire usage de sa force militaire pour empêcher l'autre d'adhérer à l'alliance ? Si tel était le cas, nous nous approcherions dangereusement de l'adage athénien selon lequel « le fort fait ce qu'il peut faire et le faible subit ce qu'il doit subir ».

45. Que l'on ne se méprenne pas. Le droit international n'est pas indifférent aux préoccupations en matière de sécurité. Il prévoit différentes manières de protéger les intérêts de cet ordre. Les règles conventionnelles, par exemple, peuvent permettre aux États de faire une entorse à certains droits protégés dans l'intérêt de leur sécurité. Chose plus importante encore pour ce qui est des questions en cause en l'espèce, les intérêts de sécurité sont protégés par certaines règles du droit international, telles que l'obligation de coopérer, et par les dispositions de la Charte relatives à l'interdiction de l'emploi de la force (dont le droit de légitime défense et les règles sur le cadre de la sécurité collective). Cela étant, la notion d'intérêts de sécurité ne constitue pas une règle juridique indépendante, ni une exception, qui permettrait à un État de déroger aux règles fondamentales du système.

46. Dans le contexte de la présente procédure, par exemple, la Cour a conclu qu'il y avait eu violation d'un certain nombre de règles du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire. Il est certes possible, dans l'instrument pertinent, d'identifier une règle particulière permettant, à des fins de sécurité, le comportement incriminé. Un exemple typique est l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui autorise à déroger aux obligations prévues dans cet instrument dans le cas d'une « menace [pour] l'existence de la nation » et « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». Je laisse de côté la question de savoir si les politiques d'Israël répondent aux critères fixés par l'article 4 ou si celui-ci peut légitimement invoquer une dérogation après une période aussi longue. Aux fins du présent examen, il importe seulement de souligner que l'intérêt de sécurité en tant que tel ne constituerait pas un fondement *juridique* indépendant pouvant justifier de s'écarter d'une règle de droit énoncée dans le Pacte. De fait, la base juridique serait l'article 4 du Pacte. Il en va de même en ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 12 du Pacte, qui prévoit des restrictions au droit de circuler librement pour des raisons liées à la protection de la sécurité nationale. Là encore, celle-ci ne constitue pas un fondement juridique autonome pour restreindre ledit droit. Le fondement juridique est la disposition conventionnelle en question. De manière analogue, l'article 49 de la quatrième convention de Genève autorise une puissance occupante à procéder à des transferts de population « si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent ». Tout transfert de population serait conforme au droit international si « d'impérieuses raisons militaires » l'exigeaient non pas en raison d'un argument autonome fondé sur des préoccupations en matière de sécurité, mais parce que ladite règle conventionnelle prévoit une exception.

47. At places, the Opinion might be read as suggesting that “security concerns” are in themselves a basis for departing from the rules of international law. For example, at paragraph 205, the Court considers whether Israeli restriction of freedom of movement of persons could be justified by reference to security concerns and concludes in the negative because the security concerns are related to illegal settlements. Nonetheless, it should be recalled that even there, Article 12 of the Covenant provides for the possibility of restriction of the right “to protect national security [and] public order (*ordre public*)”. The consideration of security concerns must thus be seen in that context.

48. Two particular legal bases addressing Israel’s security concerns may be referred to. These are self-defence and the United Nations Security Council framework for addressing the Middle East conflict. In relation to the situation in the OPT, the self-defence argument is multifaceted and raises different issues depending on the context in which it is raised. It may be raised in the context of Israeli occupation as such, i.e. the occupation itself is an act of self-defence (or was established pursuant to an act of self-defence), or it may be raised in the context of particular practice, policies or acts, such as the construction of the wall or various military operations launched against the Palestinian territory. In whatever context it is raised, it is important to emphasize that self-defence is subject to strict requirements, including that of an armed attack from a State, proportionality and necessity. Moreover, given the overall situation of occupation, the self-defence argument (in the context of particular acts or practices, such as military operations) will run up against the Court’s finding in the *Wall* Advisory Opinion to the effect that self-defence does not apply (or “has no relevance”) because Israel “exercises control in the OPT and that . . . the threat which it regards as justifying [forcible measures] originates within, and not outside, that territory”⁶¹. For present purposes, I can say only that any one of these provides insurmountable hurdles for anyone seeking to justify Israeli practices and policies as acts of self-defence.

49. It is the second argument i.e. the Security Council framework, that I wish to focus on. The argument, as I understand it, is that the framework established by the Security Council requires that the right of self-determination of the Palestinians cannot be addressed without also addressing the security concerns of Israel. These two issues, it is argued, should be seen as inextricably linked and, as such, the withdrawal of Israel from the OPT must occur concurrently or simultaneously with the attainment of

⁶¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 194, para. 139.

47. Certains passages de l'avis peuvent être interprétés comme laissant entendre que les « préoccupations en matière de sécurité » constituent, en soi, une raison justifiant de s'écarter des règles du droit international. Par exemple, au paragraphe 205, la Cour se demande si les restrictions à la liberté de circulation imposées par Israël pourraient se justifier par des considérations de sécurité et conclut par la négative, au motif que ces restrictions sont liées à des colonies illicites. Il convient cependant de rappeler que, même dans ce cas-là, l'article 12 du Pacte prévoit la possibilité de restreindre le droit « pour protéger la sécurité nationale [et] l'ordre public ». C'est donc dans ce contexte qu'il convient d'envisager les considérations en matière de sécurité.

48. Deux fondements juridiques spécifiques concernant les préoccupations d'Israël en matière de sécurité peuvent être mentionnés ici. Il s'agit de la légitime défense et du cadre établi par le Conseil de sécurité des Nations Unies pour la résolution du conflit au Moyen-Orient. S'agissant de la situation dans le Territoire palestinien occupé, l'argument de la légitime défense est multiforme et soulève des questions différentes selon le contexte dans lequel il est invoqué. Il peut s'agir de l'occupation israélienne en tant que telle, à savoir que celle-ci serait elle-même un acte de légitime défense (ou aurait été établie conformément à un acte de légitime défense), ou d'une pratique, de politiques ou d'actes spécifiques, tels que la construction du mur ou diverses opérations militaires lancées contre le territoire palestinien. Quel que soit le contexte, il est important de souligner que la légitime défense est soumise à des conditions strictes, notamment l'existence d'une agression armée de la part d'un État, la proportionnalité et la nécessité. De plus, compte tenu de la situation globale de l'occupation, l'argument de la légitime défense (dans le contexte d'actes et de pratiques spécifiques, tels que des opérations militaires) se heurte à la conclusion à laquelle la Cour est parvenue dans l'avis sur le *Mur*, à savoir que la légitime défense ne s'applique pas (ou « est sans pertinence ») parce qu'Israël « exerce son contrôle sur le territoire palestinien occupé et que ... la menace qu'il invoque pour justifier [ses mesures coercitives] trouve son origine à l'intérieur de ce territoire, et non en dehors de celui-ci »⁶¹. Aux fins présentes, tout ce que je peux dire, c'est que, quel que soit le contexte dans lequel il est invoqué, l'argument de la légitime défense pour justifier les pratiques et politiques d'Israël se heurte à des obstacles insurmontables.

49. C'est sur le second argument, à savoir celui du cadre établi par le Conseil de sécurité, que je souhaite me concentrer. Tel que je le comprends, il consiste à dire que ledit cadre prévoit que le droit des Palestiniens à disposer d'eux-mêmes ne peut pas être dissocié des préoccupations en matière de sécurité d'Israël. Selon cette thèse, ces deux questions devraient être considérées comme étant inextricablement liées ; dès lors, le retrait d'Israël du Territoire palestinien occupé et l'instauration de la sécurité pour Israël

⁶¹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 194, par. 139.*

Israel's security. The basis for this contention is to be found in the provisions of Security Council resolution 242 (and subsequent resolutions which affirm resolution 242). I leave aside the question whether these resolutions are law — or establish binding obligations under Article 25 of the Charter of the United Nations — and whether, assuming they do establish legal obligations under Article 25 of the Charter, they can take priority over the right of self-determination which has peremptory character. I also leave aside the fact that those that focus on simultaneous achievement of self-determination and security concerns as the pathway to the two-State solution seem to have no qualms with the fact that Israel already enjoys *fully* its right of self-determination without insisting on the simultaneous or concurrent enjoyment of the same right by Palestinians or the simultaneous or concurrent achievement of the security of Palestinians.

50. United Nations Security Council resolution 242, the content of which was endorsed in resolution 338, affirms that the solution to the Middle East situation requires the “application of both the following principles”, and then refers to (i) the “[w]ithdrawal of Israel armed forces” from the occupied territory and (ii) the “[t]ermination of all claims or states of belligerency and respect for and acknowledgement of the sovereignty, territorial integrity and political independence of every State in the area and their right to live in peace within secure and recognized boundaries free from threats or acts of force”. Presumably it is the word “both” that forms the basis of the belief that one element (“occupation”) cannot be addressed outside the other (“security”).

51. The rules of interpretation of resolutions of political organs of international organizations are, in general, with the necessary adjustments, similar to the rules for interpreting treaties⁶². The golden rule being the ordinary meaning to be given to the words of the resolutions in their context and in light of the object and purpose of the resolution. First, it bears mentioning that there is nothing in the language of the resolution that suggests that at issue is the security *of Israel*. The resolution speaks of “political independence of *every State in the area* and their right to live in peace within secure and recognized boundaries free from threats or acts of force”. Let's not forget, Palestine has none of these! Its political independence is severely compromised; the occupation by Israel, which has now morphed into annexation, ensures that it does not have recognized borders; it is decidedly not free from threats, so that its security concerns remain unachieved.

52. Second, and more importantly, there is nothing in the ordinary meaning of the words of resolution 242 that suggests that the two elements are interdependent, at least not in the sense that they must be simultaneously or

⁶² See *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 442, para. 94. See

devraient se produire simultanément ou parallèlement. Le fondement de cette assertion réside dans les dispositions de la résolution 242 du Conseil de sécurité (et dans les résolutions ultérieures qui la réaffirment). Je laisse de côté la question de savoir si ces textes ont une valeur juridique — ou s'ils génèrent des obligations contraignantes au titre de l'article 25 de la Charte des Nations Unies — et si, à supposer qu'ils créent de telles obligations, ils peuvent l'emporter sur le droit à l'autodétermination qui a un caractère impératif. Je laisse aussi de côté le fait que ceux qui insistent sur la nécessité d'un règlement simultané de la question de l'autodétermination et des préoccupations en matière de sécurité pour ouvrir la voie à la solution à deux États semblent n'avoir aucun état d'âme à ce qu'Israël exerce déjà *pleinement* son droit à l'autodétermination alors même que les Palestiniens ne peuvent pas exercer simultanément ou parallèlement ce même droit, ni bénéficier simultanément ou parallèlement de la sécurité.

50. Dans sa résolution 242, dont le contenu a été réaffirmé dans la résolution 338, le Conseil de sécurité des Nations Unies affirme que toute solution à la situation au Moyen-Orient nécessite l'« application des deux principes suivants » : i) « [r]etrait des forces armées israéliennes » du territoire occupé ; et ii) « [c]essation de toutes assertions de belligérance ou de tous états de belligérance et respect et reconnaissance de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de chaque État de la région et leur droit de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'actes de force ». C'est sans doute parce qu'il est question de « deux » principes que d'aucuns affirment qu'un élément (l'« occupation ») ne peut être dissocié de l'autre (la « sécurité »).

51. Les règles d'interprétation des résolutions des organes politiques des organisations internationales sont généralement, à quelques ajustements près, similaires à celles qui s'appliquent aux traités⁶². La règle d'or est celle du sens ordinaire à attribuer aux termes des résolutions dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de celles-ci. Premièrement, il convient de relever que rien dans le libellé de la résolution ne sous-entend que la sécurité d'*Israël* est en jeu. La résolution parle de « l'indépendance politique de *chaque État 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 ». N'oublions pas que la Palestine est privée de tout cela ! Son indépendance politique est gravement compromise ; l'occupation par Israël, qui s'est muée en annexion, est telle qu'elle n'a pas de frontières reconnues ; et elle n'est assurément pas à l'abri des menaces, de sorte que ses préoccupations en matière de sécurité restent sans réponse.

52. Deuxièmement, et surtout, le sens ordinaire des termes de la résolution 242 ne permet en rien d'affirmer que les deux éléments sont interdépendants, du moins pas dans le sens où ils devraient être atteints de manière

⁶² Voir *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 442, par. 94. Voir

concurrently achieved. As observed above, the insistence on interdependence in the sense that one element cannot be finalized before the other, is presumably based on the word “both” in resolution 242. Yet, the fact that both elements are essential to “the establishment of a just and lasting peace in the Middle East” does not preclude that one is acted upon before the other, or even as I see it, that one is finalized as a precursor to the finalization of the other.

53. Finally, this reading of the resolution, i.e. that the two elements are not forever and inextricably tied at the hip, is clear from the fact that the Security Council itself has on occasion addressed the question of occupation without, at the same time addressing the second element. In resolution 476, for example, the Council reaffirmed “the overriding necessity for ending the prolonged occupation of Arab territories occupied by Israel since 1967, including Jerusalem” without referring at all, not even in the preamble, to the second element.

54. In conclusion, security concerns apply to all States. All States have a legitimate interest in peaceful existence without threats to their security. How States promote and protect their security, however, is subject to international law and security interests cannot override legal rules, and certainly not the most fundamental rules having the character of *jus cogens*.

VI. CONSEQUENCES FOR THE UNITED NATIONS

55. I am generally comfortable with the consequences identified by the Court. I would have been particularly pleased if the Court had spelt out other consequences flowing from the peremptory status of the norms in question, such as the implications for a potential final status agreement, i.e. that any such agreement must be consistent with the right of self-determination, or had the Court engaged with the (rather difficult) question of whether the peremptory character of the norms in question has any impact whatsoever on the question of reparations — I believe it does, but I understand that this would be going against the grain, something a court of law should avoid doing unless it has a watertight basis.

56. In addition to consequences for the United Nations and for third States, the Court also concludes that the United Nations “should consider . . . further action required to bring to an end” the unlawful presence of Israel in the OPT as rapidly as possible. This is an important statement, but what does it mean? Is it a legal consequence? Is it a duty? Why use “should” as opposed

Sâ Benjamin Traoré, *L'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies — Contribution à la théorie de l'interprétation dans la société internationale*, Helbing, 2020. See also, Alexander Orakhelashvili, “Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions: UK Practice”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, No. 3 (2010), p. 825.

simultanée ou parallèle. Comme je l'ai indiqué ci-dessus, l'insistance sur l'interdépendance, au sens où un élément ne pourrait être réalisé avant l'autre, repose probablement sur l'emploi de la formulation «des deux» dans la résolution 242. Or, le fait que les deux éléments soient essentiels à «l'instauration d'une paix juste et durable au Moyen-Orient» n'empêche pas que des mesures soient prises pour faire progresser l'un avant l'autre ou même, selon moi, que l'on parvienne à l'un avant de réaliser l'autre.

53. Enfin, pareille lecture de la résolution, à savoir que les deux éléments ne sont pas inextricablement et indéfiniment liés, ressort clairement du fait que le Conseil de sécurité a lui-même parfois traité de la question de l'occupation sans traiter en parallèle du second élément. Dans sa résolution 476, par exemple, le Conseil a réaffirmé «la nécessité impérieuse de mettre fin à l'occupation prolongée des territoires arabes occupés par Israël depuis 1967, y compris Jérusalem» sans faire la moindre référence, pas même dans le préambule, au second élément.

54. En conclusion, les préoccupations en matière de sécurité s'appliquent à tous les États. Tous ont un intérêt légitime à exister de façon pacifique sans que leur sécurité soit menacée. La manière dont ils assurent la promotion et la protection de leur sécurité est toutefois subordonnée au droit international et les intérêts de sécurité ne peuvent prévaloir sur les règles juridiques, et certainement pas sur les règles les plus fondamentales ayant le statut de *jus cogens*.

VI. CONSÉQUENCES POUR L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

55. Les conséquences que la Cour a définies me conviennent d'une manière générale. J'aurais cependant été plus satisfait encore si elle avait énoncé d'autres conséquences découlant du caractère impératif des normes en question, telles que les répercussions sur un éventuel accord sur le statut final, à savoir qu'un tel accord doit être conforme au droit à l'autodétermination, ou si elle avait traité de la question (plutôt délicate) de savoir si le caractère impératif desdites normes a une quelconque incidence sur la question des réparations; j'estime que tel est le cas, mais je comprends que cela aurait été contraire à la pratique habituelle, ce qu'une juridiction doit éviter à moins de s'appuyer sur des bases parfaitement irréfutables.

56. Outre les conséquences pour l'Organisation des Nations Unies et pour les États tiers, la Cour conclut également que l'Organisation «doit examiner quelles ... mesures supplémentaires sont requises pour mettre fin» dans les plus brefs délais à la présence illicite d'Israël dans le Territoire palestinien occupé. Cette déclaration est importante, mais quel en est le sens? S'agit-il

Sâ Benjamin Traoré, *L'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies — Contribution à la théorie de l'interprétation dans la société internationale*, Helbing, 2020. Voir aussi Alexander Orakhelashvili, «Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions: UK Practice», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, n° 3 (2010), p. 825.

to “under an obligation” as is the case for the other consequences? Does this suggest that this recital is, in fact, of no legal consequence?

57. No! I believe this recital to be a legal consequence of the breaches in question and that the United Nations organs have a duty to “consider” what further action is required, particularly in the event that Israel does not comply with the legal consequences identified in the Opinion. The requirement for the United Nations to consider further measures follows from the Court’s emphasis on the “necessity for the United Nations . . . to redouble its efforts” in the context of the Middle East peace process⁶³. Indeed, the Security Council itself has committed to, “in the event of non-compliance by Israel with [its own determinations] . . . to examine practical ways and means in accordance with relevant provisions of the Charter of the United Nations to secure the full” compliance by Israel with international law⁶⁴. The Court, of course, has to be careful not to impose on the political organs of the United Nations, which would amount to usurpation of their responsibilities. But stating that the United Nations is under a duty to consider further action is not inconsistent with the respect for the discretion that the political organs have in addressing matters they are seized with⁶⁵. However, once a judicial determination has been made by the Court that fundamental rules having peremptory status have been breached, the discretion is no longer *whether* to take action but only *what* action to take. Thus, while the Court states that the United Nations “should” consider what action, I understand this “should” to mean, is obliged to. I understand that the Court uses “should” only to emphasize that it is not for it to dictate to the political organs of the United Nations what action they should take.

58. Political organs have a wide margin of discretion in their consideration of what action to take, so long as such action is consistent with international law. The Charter provides a number of options, including enforcement action, to ensure compliance. But there are other ways. For example, the political organs could, as a way of solidifying the basis on which Palestine and its people can enjoy self-determination, act positively on Palestine’s

⁶³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 200, para. 161.

⁶⁴ Security Council resolution 476 (1980) of 30 June 1980, para. 6.

⁶⁵ For an expression of this discretion, see *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019 (I)*, p. 139, para. 179, and *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 421, para. 44.

d'une conséquence juridique ? D'une obligation ? Pourquoi avoir utilisé le verbe devoir (« should » en anglais) au lieu de l'expression « avoir l'obligation » ou « être dans l'obligation » (« under an obligation » en anglais), comme pour les autres conséquences ? Faut-il en conclure que ce point est en fait dépourvu de conséquences juridiques ?

57. Assurément non ! Je considère que ce point est une conséquence juridique des violations en question et que les organes de l'Organisation des Nations Unies ont le devoir d'« examiner » quelles mesures supplémentaires sont requises, en particulier dans l'hypothèse où Israël ne se conformerait pas aux conséquences juridiques déterminées dans l'avis. L'obligation ainsi faite à l'Organisation des Nations Unies découle de l'importance que la Cour attache à la « nécessité ... que l'Organisation ... redouble ses efforts » dans le contexte du processus de paix au Moyen-Orient⁶³. De fait, le Conseil de sécurité lui-même s'est engagé, « au cas où Israël ne se conformerait pas [à ses propres décisions] ... [à] examiner, conformément aux dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, des moyens pratiques en vue d'assurer l'application intégrale » du droit international par Israël⁶⁴. La Cour doit bien entendu veiller à ne pas exercer de pressions sur les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies, ce qui reviendrait à usurper leurs responsabilités. Dire que cette dernière a le devoir d'examiner des mesures supplémentaires n'est cependant pas incompatible avec le respect du pouvoir discrétionnaire dont disposent les organes politiques quant aux questions dont ils sont saisis⁶⁵. En tout état de cause, dès lors que la Cour a statué que des règles fondamentales ayant un caractère impératif ont été violées, le pouvoir discrétionnaire ne consiste plus à décider *s'il convient ou non* de prendre des mesures, mais uniquement à décider *quelles sont* les mesures qui doivent être prises. Ainsi, bien que la Cour indique que l'Organisation des Nations Unies « doit » (« should ») examiner quelles mesures devront être prises, j'interprète ce verbe « should » comme signifiant que celle-ci y est contrainte. Selon moi, la Cour emploie ce verbe pour souligner qu'il ne lui appartient pas de dicter aux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies quelles mesures prendre.

58. Les organes politiques disposent d'une marge de manœuvre importante lorsqu'il s'agit de réfléchir aux mesures à prendre, pour autant que celles-ci soient conformes au droit international. La Charte prévoit un certain nombre de possibilités pour veiller à l'exécution d'une décision, dont celle de recourir à une action coercitive. Cependant, d'autres moyens existent. Par exemple, les organes politiques pourraient répondre positive-

⁶³ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 200, par. 161.

⁶⁴ Résolution 476 (1980) du Conseil de sécurité du 30 juin 1980, par. 6.

⁶⁵ Pour un exemple d'expression de ce pouvoir discrétionnaire, voir *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2019 (I)*, p. 139, par. 179, et *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 421, par. 44.

request for membership in the United Nations. To this end, it is to be noted that earlier this year, the General Assembly took the steps to accord the State of Palestine rights akin to those of a Member State⁶⁶. Similarly, the political organs could consider curtailment of Israel's participation in the activities of the United Nations, or similar action, as was done in respect of South Africa in 1974⁶⁷.

59. Political organs of the United Nations also have an important role to play in ensuring Israel's compliance with its reparation obligation identified in the Opinion⁶⁸. As the Court observed, Israel "has an obligation to compensate, in accordance with the applicable rules of international law, all natural or legal persons, and populations" that have suffered any form of material damage as a result of Israel's wrongful acts under the occupation (Advisory Opinion, para. 271). These rules were recently reaffirmed by the General Assembly in its resolution A/RES/ES-11/5 dated 15 November 2022, titled "Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine".

60. In view of the nature and scale of the violations of international law identified by the Court, and the potentially large pool of claimants resulting therefrom, the United Nations might want to consider the establishment of an international mechanism for reparation for damage, loss or injury, and arising from the internationally wrongful acts of Israel identified in the Opinion. The revitalization and expansion of the mandate of the United Nations Register of Damage Caused by the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory (UNRoD), which was established by the General Assembly in 2006 following the issuance of the *Wall* Advisory Opinion, is relevant in this respect⁶⁹.

⁶⁶ UN doc. A/ES-10/L.30/Rev.1.

⁶⁷ On 12 November 1974, the President of the General Assembly ruled that the South African delegation to the General Assembly could not continue to participate in the work of the Twenty-ninth Session of the Assembly because the delegation's credentials had not been accepted by the Assembly. The text of the ruling is given in "Resolutions of Legal Interest Adopted by the General Assembly at Its Sixth Special Session and Twenty-ninth Regular Session"; the ruling is referred to, but not reproduced, in "Resolutions Adopted by the General Assembly at Its Twenty-ninth Session", 29 UN GAOR, Supp. (No. 31) pp. 10-11, UN doc. A/9631 (1974). See also, GA resolution 3206, 29 UN GAOR, Supp. (No. 31), p. 2, UN doc. A/9631 (1974); 29 UN GAOR, Annexes (Agenda Item 3), p. 2 and UN doc. A/9779 (1974).

⁶⁸ Advisory Opinion, paras. 269, 270 and 285 (6).

⁶⁹ United Nations Register of Damage Caused by the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory (UNRoD) was established in accordance with General Assembly resolution ES-10/17 of 15 December 2006, and serves as a record, in documentary form, of the damage caused to all natural and legal persons concerned as a result of the construction of the Wall by Israel in the OPT, including in and around East Jerusalem.

ment à la demande d'adhésion de la Palestine à l'Organisation des Nations Unies, dans le but de consolider les bases sur lesquelles la Palestine et son peuple pourraient exercer l'autodétermination. À cette fin, il convient de relever que, en début d'année, l'Assemblée générale a pris les mesures nécessaires pour accorder à l'État de Palestine des droits similaires à ceux d'un État Membre⁶⁶. De même, les organes politiques pourraient envisager de restreindre la participation d'Israël aux activités de l'Organisation des Nations Unies, ou des mesures similaires, comme il en avait été décidé pour l'Afrique du Sud en 1974⁶⁷.

59. Les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies ont également un rôle important à jouer pour s'assurer qu'Israël se conformera aux obligations qui lui sont faites, dans l'avis, en matière de réparation⁶⁸. Comme la Cour l'a indiqué, Israël « [es]t tenu d'indemniser, conformément aux règles du droit international applicables, toutes les personnes physiques ou morales et les populations » de tous dommages matériels qui leur auraient été causés par les faits illicites qu'il a commis pendant l'occupation (avis consultatif, par. 271). Ces règles ont récemment été réaffirmées par l'Assemblée générale dans sa résolution A/RES/ES-11/5 datée du 15 novembre 2022, intitulée « Agression contre l'Ukraine : recours et réparation ».

60. Compte tenu de la nature et de l'ampleur des violations du droit international établies par la Cour, et du grand nombre de requérants qui pourraient en résulter, l'Organisation des Nations Unies pourrait envisager d'établir un mécanisme international de réparation des dommages, pertes ou préjudices découlant des faits internationalement illicites commis par Israël énumérés dans l'avis. La revitalisation et l'extension du mandat du registre de l'Organisation des Nations Unies concernant les dommages causés par la construction du mur dans le Territoire palestinien occupé (UNRoD), qui a été créé par l'Assemblée générale en 2006 après que la Cour a rendu son avis sur le *Mur*, apparaissent, à cet égard, pertinentes⁶⁹.

⁶⁶ Nations Unies, doc. A/ES-10/L.30/Rev.1.

⁶⁷ Le 12 novembre 1974, le président de l'Assemblée générale a décidé que la délégation sud-africaine ne pouvait plus continuer de participer aux travaux de la vingt-neuvième session de l'Assemblée, car les pouvoirs de la délégation n'avaient pas été acceptés par celle-ci. Le texte de la décision figure dans le « Recueil des résolutions d'intérêt juridique adoptées par l'Assemblée générale à sa sixième session extraordinaire et à la vingt-neuvième session ordinaire »; la décision est citée, mais pas reproduite, dans les « Résolutions adoptées par l'Assemblée générale à sa vingt-neuvième session », supplément n° 31, p. 10-11, Nations Unies, doc. A/9631 (1974). Voir aussi la résolution 3206, supplément n° 31, p. 2, Nations Unies, doc. A/9631 (1974) et doc. A/9779 (1974), annexes (point 3 de l'ordre du jour), p. 2.

⁶⁸ Avis consultatif, par. 269-270 et point 6 du dispositif (par. 285).

⁶⁹ Le registre de l'Organisation des Nations Unies concernant les dommages causés par la construction du mur dans le Territoire palestinien occupé a été établi conformément à la résolution ES-10/17 du 15 décembre 2006 de l'Assemblée générale, et sert à consigner sous forme documentaire les dommages causés à toutes les personnes physiques et morales concernées par la construction du mur par Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est.

VII. CONCLUSION

61. In this Opinion, for the first time, the Court has held that the presence of Israel on the OPT is unlawful. It has come to this conclusion because policies and practices on the OPT have revealed the true purpose of Israel as being the forceful acquisition of the Palestinian territory in violation of fundamental rules of international law, some of which are peremptory norms of international law. In particular the Court found breaches of the right of self-determination, the peremptory character of which the Court confirmed in the Opinion, the prohibition of the acquisition of territory by force, the prohibition of segregation and racial discrimination and basic rules of international humanitarian law.

62. These norms, even those not identified as such by the Court, are generally regarded as having peremptory status. The Court's conclusion that these norms have been egregiously and systematically violated by Israel in the OPT should be applauded as an important contribution to the development of international law and the reinforcement of some of its most fundamental tenets: force cannot be used to acquire territory, the right to self-determination of peoples is sacrosanct, the obligations of an occupying Power towards protected persons continue as long as the occupation persists, the practice of racial segregation and apartheid is not exclusive to Southern Africa, to name but a few tenets.

63. Yet, as important as these fundamental principles of international law are, ultimately the main purpose of an advisory opinion should not be just the development of rules of international law and the contribution to doctrine. The main function of any advisory opinion should be to assist the organization requesting it to address whatever problem it may be faced with. In this context, the main function of the current Opinion is to assist the General Assembly, and indeed the United Nations as a whole, in resolving the decades-long subjugation of the Palestinian people. The 285 paragraphs of this Advisory Opinion will be meaningless if the United Nations does not act upon the advice provided by the Court to promote the resolution of this conflict which is a large stain on the claim that there exists an international community, for how can any community permit such indignity and suffering as that imposed on the Palestinian people?

(Signed) Dire TLADI.

VII. CONCLUSION

61. Dans cet avis, la Cour a jugé, pour la première fois, que la présence d'Israël dans le Territoire palestinien occupé était illicite. Elle est parvenue à cette conclusion parce que les politiques et pratiques dans le Territoire palestinien occupé ont révélé le véritable objectif visé par Israël, à savoir l'acquisition par la force du territoire palestinien, en violation de règles fondamentales du droit international, dont certaines normes impératives. La Cour a en particulier conclu à des violations du droit à l'autodétermination, dont elle a confirmé le caractère impératif, de l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force, de l'interdiction de la ségrégation et de la discrimination raciale et de règles fondamentales du droit international humanitaire.

62. Ces normes, même celles qui n'ont pas été désignées comme telles par la Cour, sont généralement considérées comme ayant un caractère impératif. La conclusion de la Cour selon laquelle elles ont été violées de façon flagrante et systématique par Israël dans le Territoire palestinien occupé doit être saluée en ce qu'elle constitue une contribution importante au développement du droit international et au renforcement de certains de ses principes les plus fondamentaux : la force ne saurait être employée pour acquérir un territoire, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est inaliénable, les obligations d'une puissance occupante à l'égard des personnes protégées continuent de s'appliquer tant que dure l'occupation, la pratique de la ségrégation raciale et de l'apartheid n'est pas exclusive à l'Afrique du Sud, pour n'en citer que quelques-uns.

63. Cela étant, quelle que soit l'importance de ces principes fondamentaux du droit international, un avis consultatif ne devrait pas seulement avoir pour but de développer des règles de droit international et de contribuer à la doctrine. La principale fonction de tout avis consultatif doit être d'aider l'organisation qui le sollicite à régler le problème, quel qu'il soit, auquel elle se trouve confrontée. Dès lors, la principale fonction du présent avis est d'aider l'Assemblée générale et, de fait, l'Organisation des Nations Unies tout entière, à trouver une solution à l'assujettissement du peuple palestinien qui dure depuis plusieurs décennies. Les 285 paragraphes de l'avis consultatif n'auront de sens que si l'Organisation des Nations Unies y donne suite en œuvrant en faveur du règlement de ce conflit qui entache gravement la thèse de l'existence d'une communauté internationale. En effet, comment une communauté pourrait-elle permettre que l'un des siens, le peuple palestinien, vive dans une telle souffrance et des conditions aussi dégradantes ?

(Signé) Dire TLADI.
