

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REQUEST FOR ADVISORY OPINION

**LEGAL CONSEQUENCES OF THE CONSTRUCTION OF A WALL
IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY**

WRITTEN STATEMENT OF THE FRENCH REPUBLIC

30 January 2004

[Translation by the Registry]

International Court of Justice

Request for Advisory Opinion

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory

Written Statement of the French Republic

Outline

INTRODUCTION AND SUMMARY

- I. Question of the compatibility of the construction of the wall following the chosen route with various rules of international law
 - (a) *Question of the rules to be applied in assessing the lawfulness of the construction of the wall following the route chosen*
 - (i) Applicability of the rules relating to belligerent occupation
 - (ii) Applicability of the rules of international human rights law
 - (iii) Relevant Security Council and General Assembly resolutions
 - (iv) Particular agreements binding the parties concerned
 - (b) *Question as to the conformity to these rules of the construction of the wall following the route chosen*
 - (i) Legal problems raised by the prohibition on annexation and related questions
 - (ii) Breaches of other rules of international humanitarian law and of principles of human rights law
- II. Question of the proportionality to the threats to Israel of the construction of the wall following the route chosen
 - (a) *Israel's right to respond to the threats to its security*
 - (b) *Assessment of the proportionality issue*
 - (i) Proportionality requirement
 - (ii) Assessment of proportionality
- III. Question of the legal consequences of the construction of the wall following the route chosen
 - (a) *Obligation to put an end to the unlawful situation and to make reparation for the injury caused by it*
 - (i) Obligation to put an end to the unlawful situation

(ii) Obligation to make reparation for the damage caused by the unlawful situation

(iii) Need to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition

(b) *Obligation not to recognize the lawfulness of the situation*

(c) *Obligation to resume performance of the violated obligations*

CONCLUSION

INTRODUCTION AND SUMMARY

1. By means of resolution ES-10/14 of 8 December 2003, the United Nations General Assembly requested the Court to urgently render an advisory opinion on the following question:

“What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General [Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly resolution ES-10/13, A/ES/10/248], considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?”

2. In its Order of 19 December 2003, the Court decided that the United Nations and its Member States were “considered likely, in accordance with Article 66, paragraph 2, of the Statute, to be able to furnish information on all aspects raised by the question submitted to the Court for advisory opinion”. It fixed 30 January 2004 as the time-limit within which they could submit to the Court written statements on the question. The present observations are submitted pursuant to that decision.

*

* *

3. Preliminarily, the French Republic wishes to recall that in the discussion preceding adoption of resolution ES-10/14 it joined in the common position adopted by the Member States of the European Union, as that position was set out by Italy’s representative speaking on behalf of the 15 Member States, the ten countries to become members on 1 May 2004 and six other European States¹. It is to be seen from this statement that the States on whose behalf it was made:

- condemn in the strongest terms terrorist attacks against Israel;
- are gravely concerned by the construction of the wall built by Israel in part on the Palestinian territory, which is not an appropriate response to these attacks, and they share the concerns expressed on this subject in the Secretary-General’s Report;
- but consider that the request for advisory opinion made by the General Assembly is not conducive to relaunching the necessary political dialogue between the two parties.

4. Accordingly, France, like the other European Union members and the candidate countries, abstained in the vote on resolution ES-10/14, which was adopted by a majority of 90 votes in favour and 8 against, with 74 abstentions.

¹Statement by H.E. Mr. Marcello Spatafora, Ambassador, Permanent Representative of Italy to the United Nations, 8 December 2003, A/ES-10/PV.23, pp. 14-16.

5. The French Republic holds to the belief that the opinion which the Court has been asked to give is not conducive to facilitating the resumption of the dialogue, one which by nature is highly political, between Israel and Palestine. As the Security Council called upon them to do in resolution 1515 (2003), it is for the two parties “to fulfil their obligations under the Roadmap”² which they accepted on 4 June 2003 at the Aqaba meeting. It is through these efforts — supported by the “Quartet” and the international community as a whole — that the “vision of a region where two States, Israel and Palestine, live side by side within secure and recognized borders”³ may finally be realized.

6. The French Republic further wishes to underscore that this request for advisory opinion could set a dangerous precedent, inciting States to seek a vote by the General Assembly to refer to the Court disputes over which the Court would not have contentious jurisdiction.

7. As the Court has noted time and again: “The power of the Court to give an advisory opinion is derived from Article 65 of the Statute. The power granted is of a discretionary character.”⁴

8. France leaves it to the Court to determine in its wisdom whether it should exercise its power of discretion in the present case by deciding not to provide the requested opinion. The observations below are submitted for consideration in the event that the Court decides to respond on the merits to the question posed by the General Assembly.

*

9. That question concerns solely the legal *consequences* of the construction of the disputed wall in the Occupied Palestinian Territory (the term “wall” used in this statement is that employed by the General Assembly in resolution ES-10/14). It is not about the conformity of the construction of the wall with international law. Determining its lawfulness is however prerequisite to responding to the question posed:

- first, the consequences of the construction of the wall along the chosen route are obviously very different depending on whether or not the construction is deemed in compliance with international law;
- secondly, in order to determine those consequences, it is necessary to ascertain not only *whether* the construction of the wall along the chosen route is lawful but also, if it is not, *which exact rules* of international law have been violated.

²19 November 2003, para. 2.

³Resolution 1397 (2002), 12 March 2002.

⁴Advisory Opinion of 20 July 1962, *Certain Expenses of the United Nations*, I.C.J. Reports 1962, p. 155; see also, for example, the Advisory Opinions of 30 March 1950, *Interpretation of Peace Treaties, First phase*, I.C.J. Reports 1950, p. 72; 21 June 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, I.C.J. Reports 1971, p. 27, para. 41; 16 October 1975, *Western Sahara*, I.C.J. Reports 1975, p. 21, para. 23, and 8 July 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996, p. 235.

10. It should also be pointed out at the outset that the question submitted to the Court expressly concerns the legal consequences of the construction of the “wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem”. It would appear that some segments of the wall have been built on Israeli territory, next to the “Green Line” defined by the Armistice Agreement of 3 April 1949. According to the Secretary-General’s Report, these segments would appear to be very limited: “[t]he part of the barrier that roughly hews to the Green Line is along the northernmost part of the West Bank. A 1-2 km stretch west of Tulkarm appears to run on the Israeli side of the Green Line” (A/ES-10/248, p. 4, para. 7). It therefore appears pointless to address the question whether a State can construct a wall of this sort along its borders.

11. The construction of the wall along the chosen route appears, *prima facie*, incompatible with certain well-established rules of international law (I). However, in France’s view this conclusion does not relieve the Court of the need to consider whether there are circumstances which could preclude the wrongfulness of the construction of the wall; in particular, while there can be no doubt that Israel is entitled to take the measures necessary to ensure its security, it should be ascertained whether the construction of the wall, in the light of the route chosen, is proportionate to the threats it is intended to meet (II). In so far as that is not the case, the construction of the wall along the chosen route could be held to be wrongful.

12. In the numerous instances in which the Court has been called upon to rule on the commission of an internationally wrongful act, it has explained the nature and scope of the legal consequences arising from such an act (III). First among those consequences are the obligations placed as a result of unlawful conduct upon the party having so acted. Thus, it is first incumbent upon that party to “[put] an end to an illegal situation”⁵ if that situation is continuing, as in the present case. Just as “clearly”⁶, the responsible State is required to make good in full the injury caused by the wrongful act. Thus, in the present case Israel must *inter alia* “stop and reverse the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem”⁷, as the General Assembly has told it to do. Further, given the circumstances, in particular the route chosen, it is also important that Israel offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition of the wrongful act.

13. Since it is internationally wrongful, the act of constructing the wall on the Occupied Palestinian Territory also entails legal consequences for third States and international organizations. *Inter alia*, they are under an obligation not to recognize as lawful the situation created by the route taken by this wall.

14. Finally, it is important to point out that restoration of the legal relationship that has been severely disturbed by the construction of the wall in the occupied territory cannot become effective and complete until good-faith performance of the violated obligations has resumed. While this duty falls first to the author of the wrongful act, it is not incumbent solely on that party. Under the circumstances having led to the present request for advisory opinion, it would appear especially necessary to remind all parties concerned of their international obligations.

⁵Judgment of 13 June 1951, *Haya de La Torre*, I.C.J. Reports 1951, p. 82.

⁶*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, I.C.J. Reports 1980, Judgment of 24 May 1980, p. 42, para. 90.

⁷Resolution ES-10/13, 21 October 2003, para. 1.

I. Question of the compatibility of the construction of the wall following the chosen route with various rules of international law

15. Speaking through its presidency, the European Union has several times disputed the lawfulness of the construction of the wall along the chosen route⁸. The General Assembly expressed the same view when it stated in resolution ES-10/13 of 21 October 2003 that the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory was “in contradiction to relevant provisions of international law”. The French Republic has already expressed its full agreement with this conclusion⁹. It will therefore confine itself here to setting out the legal reasons justifying that conclusion. In so doing, France does not consider it its role to add to or dispute information appearing in the Secretary-General’s Report and the summaries of the legal positions of Israel and Palestine¹⁰ annexed thereto. It will thus limit itself to setting out the legal considerations which in France’s estimation follow from the facts set out therein.

(a) Question of the rules to be applied in assessing the lawfulness of the construction of the wall following the route chosen

16. In resolution ES-10/14 the Court is asked to rule on the legal consequences of the construction of the wall “considering . . . the Fourth Geneva Convention . . . and relevant Security Council and General Assembly resolutions”. This language implies, first, that those legal instruments are applicable in responding to the question posed and, second, that rules from other sources might apply. Thus, consideration should be given to all of the principles according to which the Court must respond to the question it has been asked.

(i) Applicability of the rules relating to belligerent occupation

17. The formulation itself of the question shows that the Court is to pay particular attention to the Fourth Geneva Convention of 1949. The use in the resolution of the terms “*occupying Power*” and “*Occupied Palestinian Territory*” confirms this point.

18. As the Court has recognized, the Geneva Conventions “are in some respects a development [of the fundamental general principles of humanitarian law] and in other respects no more than the expression [of them]”¹¹. Thus, “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”¹². It also follows that, in accordance with the fundamental principle laid down in the Martens Clause, first set out in the Hague Convention II with Respect to the Laws and Customs of War on Land of 1899, of which the Court has noted the continuing applicability in its modern version found in Article 1, paragraph 2, of Additional Protocol I of 1977¹³, “civilians and combatants remain under the protection and

⁸See the statements made in the Security Council by Italy’s Permanent Representative on 14 October 2003 (S/PV.4841, p. 42) and to the General Assembly on 8 December 2003 (A/ES-10/PV.23, p. 15).

⁹See the statement made in the Security Council by France’s Permanent Representative on 14 October 2003 (S/PV.4841, pp. 17-18).

¹⁰“Palestine” has been the term used since 1988 within the United Nations system.

¹¹Judgment of 27 June 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Reports 1986, p. 113, para. 218; see also the Advisory Opinion of 8 July 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996, p. 256, para. 75.

¹²*Ibid.*, p. 257, para. 79.

¹³See above-cited Opinion of 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 257, para. 78, and p. 260, para. 87.

authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience”.

19. Moreover, even if the Fourth Convention were not applicable *per se* because it has not been ratified by Palestine, the other party to the armed conflict, its provisions would nevertheless apply, not as such but as a result of the fact, and to the extent, that they express general principles of humanitarian law.

20. Further, more specifically in the present case,

- the armed conflict in 1967, the wellspring of the occupation of the West Bank and Gaza territories, pitted Israel against Egypt, Syria and Jordan, three States parties to the 1949 Conventions;
- Palestine, which has sought several times to become a party to the Geneva Conventions, has undertaken to apply these instruments unilaterally and the Swiss Government, the depositary, without “decid[ing] whether [the most recent of those communications, dated 21 June 1989, should] be considered as an instrument of accession in the sense of the relevant provisions of the Conventions and their Additional Protocols”, has taken the position that “[t]he unilateral declaration of application of the four Geneva Conventions and of Additional Protocol I made on 7 June 1982 by the Palestine Liberation Organization remains valid”¹⁴;
- Israel initially recognized the applicability of the Fourth Convention: according to Article 35 of Order No. 1, issued by the occupying authorities on 7 June 1967, “[t]he Military Court . . . must apply the provisions of the Geneva Convention dated 12 August 1949, Relative to the Protection of Civilians in Time of War, with respect to judicial procedures. In case of conflict between this Order and said Convention, the Convention shall prevail”¹⁵; further, it should be noted that in a decision dated 3 September 2002¹⁶ the Supreme Court of Israel, hearing the case of Palestinian civilians expelled on orders of the Military Commander for Judea and Samaria from those territories to Gaza, explicitly applied certain provisions of the Fourth Convention, which it had previously avoided doing, even though it did apply them *de facto*¹⁷;
- finally, the competent organs of the United Nations have repeatedly affirmed the applicability of the Fourth Convention¹⁸.

21. As for the Hague Regulations of 1907, their provisions have taken on customary value, which makes them binding on all States, whether or not parties.

¹⁴IRRC, 1990, pp. 64-65.

¹⁵Text in *Proclamation, Orders and Appointments of the Israeli Defence Forces in the West Bank Area*, 11 August 1967.

¹⁶See HCJ 7015/02 and 7019/02, Ajuri v. IDF Commander, [2002] IsrLR, para. 13.

¹⁷See HCJ 1361/91 Mesalem v. IDF Commander in Gaza Strip, IsrSC 36 (4) 444, p. 456; HSJ 554/81 Beransa v. Central Commander IsrSC 36 (4) 247, p. 250.

¹⁸See *inter alia* General Assembly resolutions 2851 (XXVI) of 20 December 1971, 3092 A (XXVIII) of 7 December 1973, 3240 B (XXIV) of 29 November 1974, 3525 B (XXX) of 15 December 1975 and 58/97 of 17 December 2003. On this point see also Security Council resolutions 271 (1969) of 15 September 1969, 446 (1979) of 22 March 1979, 465 (1980) of 1 March 1980, 672 (1990) of 12 October 1990 and, recently, 1322 (2000) of 7 October 2000 and 1435 (2002) of 24 September 2002.

(ii) Applicability of the rules of international human rights law

22. Unlike the Fourth Convention of 1949, the human rights treaties to which Israel is a party are not expressly cited as relevant instruments by resolution ES-10/14 seising the Court of the question under consideration. In this connection, it appears that the Court should be guided by the following two principles.

23. First, in accordance with Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, each State party “undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory *and subject to its jurisdiction*” the rights recognized therein. Even though there is no similar provision in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, owing to the nature of the rights set out therein, it must be construed in the same spirit. It follows that the Covenants are in principle applicable in the occupied territories to the extent that the individuals there “are subject to the jurisdiction” of the occupying Power.

24. Secondly, however, due account should be taken of Article 4 of the Covenant on Civil and Political Rights, which

- allows States parties to “take measures derogating from their obligations” thereunder “to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law . . .” (paragraph 1);
- yet prohibits any derogation from certain provisions (paragraph 2); none of these prohibitions would appear relevant in the present instance.

(iii) Relevant Security Council and General Assembly resolutions

25. In its request for advisory opinion, the General Assembly underscored the need to take into consideration relevant Security Council and General Assembly resolutions. France thinks it well to make the following points on this subject.

26. The term “relevant resolutions” should probably not be interpreted too narrowly. It may be noted in this connection that the Security Council has not adopted any resolution dealing directly with the question of the lawfulness of the construction of the wall or with its consequences. As for the General Assembly, apart from resolution ES-10/14, it has, by resolution ES-10/13 of 21 October 2003, adopted on a vote of 144 in favour, 4 against, and 12 abstentions, demanded “that Israel stop and reverse the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, which is in departure of the Armistice Line of 1949 and is in contradiction to relevant provisions of international law”. In resolutions 58/98 and 58/99 of 9 December 2003, it again expressed concern about the construction of the wall and its route and in the former it again demanded that construction be stopped.

27. These few resolutions are not the only ones relevant for purposes of the request for advisory opinion: much information appearing in Security Council and General Assembly resolutions should also be taken into consideration by the Court, notably information concerning the applicable law¹⁹, the inadmissibility of acquisition of territory by force and the condemnation of attempts at annexing certain territories occupied by Israel and of the settlement policy being carried

¹⁹See paragraph 21 above.

out there²⁰. That is also true of other, more general, resolutions, such as resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) concerning the fight against terrorism²¹.

(iv) Particular agreements binding the parties concerned

28. Even though resolution ES-10/14 does not specifically mention any particular legal instrument other than the Fourth Geneva Convention, its open-ended language is an inducement to consider whether there might be rules binding the parties concerned, between themselves or even in their relations with third parties, which would be relevant for purposes of the Court's response to the question posed to it by the General Assembly.

29. The Israeli-Palestinian Interim Agreement ("Taba") on the West Bank and the Gaza Strip of 28 September 1995, taking the place of the agreements signed in Washington on 13 September 1993 and in Cairo on 4 May 1994 and repeating and supplementing the relevant provisions of those agreements, could have a certain bearing in this respect²². Article XI of that Agreement provides: "The two sides view the West Bank and the Gaza Strip as a single territorial unit, the integrity and status of which will be preserved during the interim period." Further, Articles XXIX and XXX, and VIII and IX of Annex I, guarantee and make arrangements for free passage between the West Bank and the Gaza Strip and circulation within, from and towards those territories.

30. In addition, the question arises as to the legal status of the "roadmap", drawn up by the "Quartet" consisting of representatives of the United States of America, the Russian Federation, the European Union and the United Nations, and approved in Security Council resolution 1515 (2003) of 19 November 2003²³. The document was presented to the Israeli Government and the Palestinian Authority on 30 April 2003 and, while Israel did make reservations concerning details in the text, the two parties approved it in principle at the Aqaba conference on 4 June 2003.

31. It is not out of the question to consider these reciprocal undertakings to be an agreement binding those having made them²⁴; they can also be considered to be unilateral legal acts binding as such²⁵. In any event, it should be noted that the "roadmap" is drafted in terms of obligations borne by the parties²⁶ and that the "Quartet" took note in its statement of 22 June 2003 of the

²⁰See, *inter alia*, in respect of the annexation of East Jerusalem: Security Council resolutions 298 (1971) of 25 September 1971, 476 (1980) of 30 June 1980, 478 (1980) of 20 August 1980; and General Assembly resolutions: 36/120 E of 10 December 1981, 56/31 of 3 December 2001 and 58/22 of 3 December 2003. In respect of the settlements, see Council resolutions 446 (1979) of 22 March 1979, 452 (1979) of 20 July 1979, 465 (1980) of 1 March 1980, and Assembly resolutions 2253 (ES-V) of 4 July 1967, 36/226 A of 17 December 1981, 38/58 C of 13 December 1983, 44/40 A of 4 December 1989, 57/126 of 11 December 2002, ES-10/6 of 9 February 1999, ES-10/13 of 21 October 2003 and 59/98 of 9 December 2003.

²¹See paragraph 49 below.

²²Document A/51/889 and S/1997/357.

²³Document S/2003/529.

²⁴The Court has stated that international law does not require an agreement to take a particular form (see the Judgments of 19 December 1978, *Aegean Sea Continental Shelf*, *I.C.J. Reports 1978*, p. 39, para. 96, and of 1 July 1994, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, *I.C.J. Reports 1994*, pp. 120-121, para. 23.

²⁵See paragraph 20 above.

²⁶See the introductory section, *in fine*: "In each phase, the parties are expected to perform their *obligations* in parallel, unless otherwise indicated" (S/2003/529, Annex, p. 2).

“commitments” made at the Aqaba Summit²⁷. Moreover, in resolution 1515 (2003) of 19 November 2003, the Security Council called on “the parties to fulfil their obligations under the Road Map in co-operation with the Quartet and to achieve the vision of two States living side by side in peace and security”.

32. As for the substance, the “road map” contains elements relating very directly to the question which the Court has been asked. In particular:

- in Phase I (in principle before May 2003), “the Palestinians immediately undertake an unconditional cessation of violence” and “Israel takes all necessary steps to help normalize Palestinian life” and “freezes all settlement activity”;
- “GOI [the Government of Israel] takes no actions undermining trust, including deportations, attacks on civilians; confiscation and/or demolition of Palestinian homes and property, as a punitive measure or to facilitate Israeli construction; destruction of Palestinian institutions and infrastructure; and other measures specified in the Tenet work plan”;
- further, “Israel takes measures to improve the humanitarian situation”, including “easing restrictions on movement of persons and goods”;
- in respect of Phase II (intended to last from June to December 2003), it is provided that, within the framework of the Israeli-Palestinian negotiating process aimed at creating an independent Palestinian state with provisional borders, there will be “implementation of prior agreements, to enhance maximum territorial contiguity”.

(b) *Question as to the conformity to these rules of the construction of the wall following the route chosen*

33. After examining the nature of the relevant rules, the French Republic will address the question as to the conformity to those rules of the construction of the wall following the route chosen. It would appear appropriate, for the sake of convenience, to distinguish, on the one hand, the problems raised by the prohibition on annexation (i) and, on the other, breaches of other rules of humanitarian law and breaches of the rules of human rights law (ii).

(i) *Legal problems raised by the prohibition on annexation and related questions*

34. There is no doubt that, if the construction of the wall were to be seen as the annexation of part of the Occupied Palestinian Territory, this would be inconsistent with the very essence of military occupation, which corresponds to a *de facto* power (see Article 42 of the Hague Regulations) intended to be exercised only temporarily. It follows that annexation, *de facto* or *de jure*, cannot deprive protected persons on the occupied territory of the benefit of the Fourth Convention of 1949 (Article 47).

35. This rule is buttressed by the principle forbidding the acquisition of territory by force. Deriving from Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter, this principle is clearly

²⁷See the annex to the letter dated 25 June 2003 addressed to the President of the Security Council by the Secretary-General (S/2003/672).

expressed in the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations²⁸.

36. The Security Council applied this principle in the case of the occupied Arab territories as early as its resolution 242 (1967) of 22 November 1967, in which it made clear “the inadmissibility of the acquisition of territory by war” and asserted that “the establishment of a just and lasting peace” must include the principle of the “withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict”. The Council has reaffirmed this principle on many occasions since²⁹.

37. And, for its part, “Israel has repeatedly stated that the Barrier is a temporary measure”³⁰. Thus, Israel’s Permanent Representative asserted in a statement on 8 December 2003 made before the United Nations General Assembly that “the security fence is a temporary . . . measure . . . As soon as the terror ends, the fence will no longer be necessary”³¹. Decision 2077 of the Israeli Cabinet, approving the first phase of construction of the “security barrier”, confirms moreover that it “does not represent a political or other border”³².

38. In the view of the French Republic, these statements have legal impact. They lead the French Republic to believe that Israel cannot, solely on the basis of the construction of the wall, be held responsible for a violation of the fundamental principle of international law, applicable to the occupied territories, forbidding any acquisition of territory by force, since this construction is declared to be temporary and without effect on the course of the definitive borders between Israel and Palestine. The French Government does however note that the General Assembly stated in resolution ES-10/13 of 21 October 2003:

“the route marked out for the wall under construction by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, could prejudice future negotiations and make the two-State solution physically impossible to implement and would cause further humanitarian hardship to the Palestinians”.

(ii) Breaches of other rules of international humanitarian law and of principles of human rights law

39. The construction of the wall appears to infringe other rules of international humanitarian law or human rights rules binding on Israel. As France has stated above (Sections (a) (i) and (ii)), the two bodies of rules apply in the present case and are mutually complementary. Thus, violations of one or the other resulting from the construction of the wall should be examined together.

²⁸Resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970.

²⁹See *inter alia* resolutions 252 (1968) of 21 May 1968, 267 (1969) of 3 July 1969, 298 (1971) of 25 September 1971, 476 (1980) of 30 June 1980, 478 (1980) of 20 August 1980 and 681 (1990) of 20 December 1990. See also, *inter alia*, General Assembly resolutions 2799 (XXVI) of 13 December 1971, 2949 (XXVII) of 8 December 1972, 31/61 of 9 December 1976, 32/20 of 25 November 1977, 37/123 A of 20 December 1982, 44/40 A of 4 December 1989, 52/52 of 9 December 1997, 55/55 of 10 December 2000, 56/36 of 3 December 2001 and 57/110 of 3 December 2002.

³⁰Report of the Secretary-General, A/ES-10/248, para. 29.

³¹Text available on the site www.Israel-UN.org.

³²See the Report of the Secretary-General, para. 5.

40. Apart from the aspects considered above (i), one of the most serious breaches of the rules of international humanitarian law resulting from the construction of the wall along the chosen route no doubt concerns, *prima facie*, the *property destruction* caused by it, which is referred to in the Secretary-General's Report³³.

41. On this subject international law calls for account to be taken of two considerations. First, it requires compensation which effectively makes good the entire injury suffered by the owners of the property in question. Second, it allows for account to be taken of "necessities of war".

42. It is forbidden by Article 23 (g) of the Hague Regulations of 1907 "to destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war". Article 53 of the Fourth Convention of 1949 provides:

"Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations."

In addition, under Article 147 of the Convention, "grave breaches" include the "extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly".

43. By their wording, these prohibitions are not absolute and are subject to military necessity³⁴. It is important to note however that in these three provisions necessity is described in particularly strict terms: it must be "imperative" or "absolutely necessary". It will be for the Court to make its own determination on this point.

44. There is a second domain in which the construction of the wall appears, *prima facie*, to flout at least the rules for the protection of human rights if not the rules of international humanitarian law. The construction in fact seriously infringes the *liberty of movement of persons* guaranteed by Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966. Here again, the very wording of the provision shows that this liberty is not absolute because paragraph 3 of the Article recognizes the possibility of "restrictions . . . which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (*ordre public*) . . .". In the view of the French Republic, this possibility in the context of military occupation should not be construed too restrictively. On the other hand, account should be taken of the extremely long duration of the occupation in question, which makes much less acceptable restrictions which would be justifiable if temporary and limited to the period immediately succeeding military operations.

II. Question of the proportionality to the threats to Israel of the construction of the wall following the route chosen

45. While, according to Article 1 of the International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in principle "[e]very internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State", wrongfulness is precluded in a number of circumstances described in Articles 20 to 25 of the draft. Thus,

³³A/ES-10/248, para. 29. See also *ibid.*, paras. 17, 18 and 25.

³⁴The legal impact of such necessity will be considered below (para. 53).

consideration should be given to the question whether the construction of the wall on the Occupied Palestinian Territory, even though it is, *prima facie*, in breach of various international obligations of Israel, can be justified by any of those circumstances. In particular, it should be considered whether this construction is proportionate (*b*) to the threats to which it is the response (*a*).

(a) *Israel's right to respond to the threats to its security*

46. As stated in the Secretary-General's Report, the construction of the wall is part of the measures considered by the Government of Israel "to halt infiltration into Israel from the central and northern West Bank" and was decided upon "[a]fter a sharp rise in Palestinian terror attacks in the spring of 2002"³⁵.

47. It cannot be denied that Israel is confronted with grave threats to its security and these must be brought to an end. That moreover is one of the concerns constantly reflected in the "roadmap", which states that "[a] two state solution to the Israeli-Palestinian conflict will only be achieved through an end to violence and terrorism" and calls insistently upon Palestinian leaders to "[act] decisively against terror"³⁶.

48. These concerns were expressed in no uncertain terms on 14 October 2003 by France's Permanent Representative during the debate within the Security Council: "France recognizes Israel's inalienable right to security, its right to self-defence and its right to combat terrorist attacks, which are totally condemnable, morally odious and which no cause can justify."³⁷ During the debates in the tenth emergency special session of the General Assembly on 20 October 2003³⁸ and then again on 8 December 2003 during the debate on draft resolution ES-10/14³⁹, Italy's Representative spoke to the same effect on behalf of all European Union Member States and reiterated their strong condemnation of the intensification of suicide attacks and other acts of violence, at the same time recognizing on behalf of the European Union "Israel's right to protect its citizens from terrorist attacks".

49. Similarly, the General Assembly has repeatedly condemned "all acts of violence, terrorism and destruction", in particular suicide bombings⁴⁰, and has called upon the Palestinian Authority "to arrest, disrupt and restrain individuals and groups conducting and planning violent attacks"⁴¹. For its part, the Security Council has "affirm[ed] a vision of a region where two States, Israel and Palestine, live side by side within secure and recognized borders", in full accordance with its resolutions 242 (1967) and 338 (1973), and has demanded "immediate cessation of all acts of violence, including all acts of terror"⁴². Further, in resolution 1269, which is general in scope, the Security Council "[u]nequivocally condemn[ed] all acts, methods and practices of terrorism as criminal and unjustifiable, regardless of their motivation, in all their forms and manifestations,

³⁵A/ES-10/248, para. 4.

³⁶Document S/2003/529, Annex.

³⁷See S/PV.4841, p. 18.

³⁸See A/ES-10/PV.21, pp. 20-21.

³⁹See A/ES-10/PV.23, p. 15.

⁴⁰Resolution ES-10/13 of 21 October 2003; see also resolutions ES-10/2 of 25 April 1997, ES-10/8 of 20 December 2001, 57/110 of 3 December 2002, 57/127 of 11 December 2002, ES-10/12 of 19 September 2003 and 58/98 and 58/99 of 9 December 2003.

⁴¹Resolution ES-10/13.

⁴²Resolution 1397 (2002) of 12 March 2002; see also resolutions 1402 (2002) of 30 March 2002, 1435 (2002) of 24 September 2002 and 1515 (2003) of 19 November 2003.

wherever and by whomever committed, in particular those which could threaten international peace and security”⁴³. In resolution 1435, it “call[ed] on the Palestinian Authority to meet its expressed commitment to ensure that those responsible for terrorist acts are brought to justice by it”⁴⁴.

50. These acts have no doubt created a situation entitling Israel to take measures to ensure its security, whether this situation is to be characterized as one of self-defence, distress or necessity.

(b) Assessment of the proportionality issue

(i) Proportionality requirement

51. Apart from the specific conditions to which each of the circumstances precluding wrongfulness may be subject, all of them require that the acts in question be proportionate to the danger to which they respond. Thus, in respect of self-defence, which Israel expressly invokes⁴⁵, the exercise is subject, pursuant to Article 51 of the Charter and customary international law, to strict conditions one of which being precisely the principle of proportionality; “the requirements of proportionality and of necessity [are] inherent in the notion of self-defence”⁴⁶.

52. The proportionality requirement also applies if the construction of the wall is considered to be a countermeasure adopted and implemented in response to the threats, indisputably wrongful⁴⁷, against Israel. In addition to the fact that countermeasures “are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State” and “shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question”⁴⁸ and shall not affect “[o]bligations for the protection of fundamental human rights” or “[o]bligations of a humanitarian character prohibiting reprisals”⁴⁹, “[c]ountermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question”⁵⁰.

53. The fact that the wall is being built in the context of military occupation has no impact on the fundamental proportionality requirement. The entire law of international armed conflict is dominated by the attempt to balance the necessities of war and the humanization of war, which in itself is an illustration of the principle of proportionality. This is set out more specifically in the particular provisions to be applied in the present case, whether Article 23 (g) of the Hague Regulations of 1907 or Articles 53 or 147 of the Fourth Geneva Convention of 1949, which are

⁴³Resolution 1269 (1999) of 19 October 1999, para. 1. See also resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001).

⁴⁴Resolution 1435 (2002) of 24 September 2002, para. 4.

⁴⁵Annex I to the Report of the Secretary-General, A/ES-10/248, para. 6.

⁴⁶Report of the International Law Commission, 53rd Session, 2001, General Assembly, Official Records, 56th Session, Supplement No. 10 (A/56/10), p. 180, commentary to Article 21, para. 6. See, *inter alia*, Judgment of 27 June 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, I.C.J. Reports 1986, p. 94, para. 176, or p. 103, para. 194, Advisory Opinion, 8 July 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 245, para. 41, and Judgment of 6 November 2003, *Oil Platforms*, paras. 43, 51, 74 and 76.

⁴⁷See (a) above.

⁴⁸Article 49, paras. 2 and 3, of the above-cited ILC draft.

⁴⁹*Ibid.*, Article 50, paras. 1 (b) and (c).

⁵⁰*Ibid.*, Article 51. See Judgment of 25 September 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, I.C.J. Reports 1997, p. 56, para. 85.

especially restrictive in limiting the possibility of invoking “military necessity” (see paras. 42-43 above).

54. This is also true in respect of the fight against terrorism. Thus, while recognizing “Israel’s inalienable right to security, its right to self-defence and its right to combat terrorist attacks” (see para. 48, above), France’s Permanent Representative said in his statement on 14 October 2003 before the Security Council: “However, the struggle against terrorism cannot justify everything and must be carried out with respect for the law.”⁵¹

(ii) Assessment of proportionality

55. If the Court chooses to comply with the request for advisory opinion, it will need to ascertain whether the conditions required for the existence of a circumstance precluding wrongfulness resulting from the construction of the wall are met and, in particular, whether the fundamental requirement of proportionality has been respected.

56. In so doing, the Court will be required to take into consideration not only the immediate circumstances surrounding the building of the wall but also the more general context in which this is occurring.

57. In the case concerning *Oil Platforms*, the Court stated that it “cannot assess in isolation the proportionality of [the action against the oil platforms] to the attack to which it was said to be a response”⁵². Here as well, it will have to take full account at one and the same time of: the gravity of the threats to Israel’s security; the set of steps taken by the Government of Israel to deal with them, the construction of the wall being only one of those steps; and the violations of Palestinian rights caused by the construction of the wall.

58. In this connection the Court may wish to consider the fact that the wall, if completed, will be a continuous barrier, punctuated by a small number of crossing points, stretching 720 km⁵³, creating a number of enclaves affecting more than half a million Palestinians⁵⁴ and *de facto* dismembering the Occupied Palestinian Territory, a portion of which will be completely cut off from any direct contact with a third State.

III. Question of the legal consequences of the construction of the wall following the route chosen

(a) *Obligation to put an end to the unlawful situation and to make reparation for the injury caused by it*

59. As the International Law Commission states in the commentary to the Articles it adopted in 2001 on the responsibility of States for internationally wrongful acts, “[t]he question of cessation

⁵¹See S/PV.4841, p. 18. See also the above-cited statements (notes 73, 74 and 75) by Italy’s Representative on behalf of the European Union on 14 and 20 October 2003 and on 8 October 2003.

⁵²Judgment of 6 November 2003, para. 77, see also para. 68.

⁵³Report of the Secretary-General, A/ES-10/248, para. 6.

⁵⁴*Ibid.*, para. 8.

often arises in close connection with that of reparation, and particularly restitution”⁵⁵. In effect, a State cannot fully perform its duty, under the head of reparation, to eliminate the consequences of its wrongful conduct until it has fulfilled the obligation to cease that conduct⁵⁶.

(i) Obligation to put an end to the unlawful situation

60. Two conditions must be met before a State responsible for an internationally wrongful act is placed under an obligation to cease that act. In the words of the Arbitral Tribunal in the *Rainbow Warrior* case, the existence of the obligation of cessation presupposes both “that the wrongful act has a continuing character and that the violated rule is still in force”⁵⁷ at the time when the legal consequences of that act are to be determined. There can be no doubt in the light of these two requirements that, as a result of the construction of the wall in the occupied territory, the first obligation borne by Israel is to cease its wrongful conduct.

61. The construction of the wall, following the route chosen by Israel, must first of all be understood as the act giving rise to an “illegal situation”⁵⁸. That is the situation, seen in the light of the violations it entails, which is continuing today in contravention of some of the most firmly established rules of international law and which must cease. To that end, the first measure which Israel must take to remedy the wrongfulness of its conduct is to stop the construction work it has been carrying out in the Palestinian territories for more than 18 months, as the General Assembly has demanded that it do⁵⁹.

62. Although it has made no pronouncement on the problem of the wall built by Israel or on its consequences, the Security Council has on many occasions adopted similar language in respect of other actions taken by Israel in the occupied Palestinian territories. Thus, in resolution 452 (1979), it “[c]alls upon the Government and people of Israel to cease, on an urgent basis, the establishment, construction and planning of settlements in the Arab territories occupied since 1967, including Jerusalem”⁶⁰. Similarly, at a time when Israel’s decision to build a “system of fences, walls, ditches and barriers in the West Bank”⁶¹ was already known, the Council demanded that the Government of that country “cease measures . . . [of] destruction of . . . civilian . . . infrastructure” in certain parts of the occupied territories⁶².

⁵⁵Report of the International Law Commission, Fifty-third session — General Assembly, Official Records, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10) [hereinafter “ILC Report 2001”], p. 218, commentary to Article 30, para. 7.

⁵⁶In the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* for example, the Court held that the first action Iran had to take to redress the situation was to “immediately terminate the unlawful detention” of the American hostages (Judgment of 24 May 1980, p. 44, para. 95, point 3 (a)).

⁵⁷Award of 30 April 1990, United Nations, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XX (1990), p. 270, para. 114; see also ILC Report 2001, p. 217, commentary to Article 30, para. 3.

⁵⁸See *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, *I.C.J. Reports 1971*, p. 54, para. 118.

⁵⁹See resolutions ES-10/13 of 21 October 2003 and 58/98 of 9 December 2003.

⁶⁰Resolution of 20 July 1979.

⁶¹Report of the Secretary-General, A/ES-10/248, para. 2.

⁶²Resolution 1435 (2002), 24 September 2002, para. 2.

(ii) Obligation to make reparation for the damage caused by the unlawful situation

63. As the Permanent Court of International Justice stated in a famous passage: “The essential principle contained in the actual notion of an illegal act . . . is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.”⁶³

64. Restitution is the prime means of reparation⁶⁴. Under Article 35 of the ICL Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in this instance codifying a rule grounded in straightforward logic and supported by well-settled jurisprudence⁶⁵, the responsible State is required to make restitution “provided and to the extent that [it] is not materially impossible”. Now, even though it would appear from the Secretary-General’s Report that the wall is a massive structure intended tangibly to mark the Occupied Palestinian Territory⁶⁶, the destruction of that part of it situated on the territory and the restoration of the *status quo ante* do not appear impossible.

65. First, while restitution often proves impossible where the prejudice arises from the destruction of property, it would always seem possible if, as in the present case, the converse is true and it is a question of demolishing an existing structure. The process can sometimes present significant practical difficulties; they alone however are not sufficient to make restitution materially impossible⁶⁷. Second, and most importantly, Israel has on a number of occasions underscored the temporary nature of the structure it is building⁶⁸, insisting moreover that it be called a “security fence”, not a “separation wall” intended to be permanent⁶⁹.

66. At the same time Israel has clearly expressed its desire to condition any dismantling of the wall, or a change in its route, on progress in the negotiations on the final status of the occupied

⁶³*Factory at Chorzów, Judgment No. 13*, 13 September 1928, *Series A, No. 17*, p. 47; see also ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Judgment of 14 February 2002, *I.C.J. Reports 2002*, pp. 31-32, para. 76.

⁶⁴In the Judgment concerning the *Factory at Chorzów*, the PCIJ underscored, immediately after the passage quoted above, the primacy of restitution over the other forms of reparation (*Series A, No. 17*, pp. 47-48; see also the Award rendered by Mr. Dupuy, the sole arbitrator, in the *Texaco-Calasiatic* case (19 January 1977, text in *J.D.I.*, 1977, p. 350).

⁶⁵See *inter alia* the Judgment rendered by the PCIJ in the case concerning the *Factory at Chorzów* (13 September 1928, *P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 48) and the cases cited by the ILC in the commentary to Article 35 (ILC Report 2001, p. 239, footnote No. 526).

⁶⁶A/ES-10/248, in particular paras. 9-14.

⁶⁷In a similar vein, it should be recalled that, after having found that “Israel’s . . . practices of settling parts of its population and new immigrants” in the occupied Palestinian territories constituted a “flagrant violation” of the Fourth Geneva Convention, the Security Council called upon the Government of Israel to “dismantle the existing settlements” (resolution 465 (1980), 1 March 1980, paras. 5 and 6).

⁶⁸See para. 37 above.

⁶⁹See the Report of the Secretary-General, A/ES-10/248, para. 2 (asterisk).

Palestinian territories⁷⁰. This is incompatible with the very spirit of the reparation process, as defined by the Permanent Court of International Justice in a famous dictum⁷¹.

67. Finally, in order for the *status quo ante* to be restored as completely as possible, it is important that the dismantling of the wall in the Occupied Palestinian Territory be accompanied by the annulment of the legal instruments having permitted its construction⁷² and, if necessary, the payment of appropriate compensation.

(iii) Need to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition

68. The need to offer assurances or guarantees of non-repetition of the wrongful act does not automatically follow from the commission of the act but must be assessed on the basis of the specific circumstances of the situation in question⁷³. To a great extent, it therefore results above all from a discretionary determination as to their appropriateness, based essentially on the magnitude of the breaches of law found and the probability that they may reoccur. On these two bases, the offering of such assurances and guarantees would appear appropriate under the circumstances underlying the request for advisory opinion.

(b) Obligation not to recognize the lawfulness of the situation

69. The obligation not to recognize an unlawful situation is often associated with the violation of obligations of fundamental importance to the international community as a whole⁷⁴.

70. In the present case, during the debates on the construction of the wall held within the Security Council and the General Assembly on 14 and 20 October and 8 December 2003, the Permanent Representatives of France and Italy to the United Nations — the latter speaking on behalf of the members of the European Union — expressed concerns as to the consequences which further construction work may have⁷⁵. As stated above, trust should however be placed in the commitments made by Israel as to this point and, specifically, as to the fact that the wall does not form a political border⁷⁶.

⁷⁰See in particular the statement to the General Assembly by Israel's Permanent Representative to the United Nations during the debate on the adoption of resolution ES-10/14 (text available on the website www.Israel-UN.org; see also press release AG/1463 of 8 December 2003).

⁷¹"It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself." (*Factory at Chorzów (Jurisdiction)*, 26 July 1927, *P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21).

⁷²The Security Council has time and again made similar demands in respect of measures to modify the status of Jerusalem or to promote the establishment of settlements (see *inter alia* resolutions 446 (1979), 465 (1980) and 476 (1980) of 22 March 1979, 1 March and 30 June 1980, respectively).

⁷³In Article 30 (b) of its Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, the ILC makes provision for the obligation to offer such assurances and guarantees "if circumstances so require".

⁷⁴In its Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, the ILC refers to the obligation of non-recognition and non-assistance in case of "serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law" (Article 40 (2) and Article 41 (2)).

⁷⁵See S/PV.4841, p. 17, for the French statement to the Security Council on 14 October 2003; see A/ES-10/PV.21, p. 21, for the statement to the General Assembly by the Italian Representative on behalf of the members of the European Union on 20 October 2003.

⁷⁶Paras. 37 and 38 above.

71. In any event, in explaining the reach of the obligation of non-recognition in the present situation, it is not necessary to determine whether these violations of law constitute serious breaches of intransgressible obligations under international law. Such a determination is required when the responsible State seeks to induce the injured party to recognize the wrongful act and to waive any challenge of its consequences⁷⁷. On the other hand, it would seem of no real relevance as far as the conduct of third parties is concerned: either those third parties are unjustified in pronouncing upon a legal relationship *inter partes* which is wholly foreign to them; or, conversely, there exists a situation which is illegal as to the world at large and is likely to have effects *erga omnes*, and to this they cannot by definition remain indifferent⁷⁸. It is this second scenario, in many respects analogous to the problem dealt with by the Court in 1971, which obtains here.

(c) *Obligation to resume performance of the violated obligations*

72. There are no legal grounds for thinking that the obligations which have been referred to in this statement have become inapplicable as a result of Israel's construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory. Whether arising under general international law, humanitarian law, the principles of international human rights law or individual agreements binding Israel and Palestine, those obligations remain in force and the parties must perform them in good faith. Thus, strictly in terms of the question submitted to the Court, the duty to resume performance of the violated obligations no doubt does not figure among the legal consequences of the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory.

73. The French Republic does however believe that it could be useful for the Court to consider stating, by way of juridical supererogation, the legal consequences which the construction of the wall does not have, reminding in particular the parties concerned, but also the international community as a whole, to fulfil their international obligations, notably the duty to negotiate with a view to the pacific settlement of disputes⁷⁹.

CONCLUSION

74. The French Republic requests the Court, in the event that it deems it appropriate to respond to the request for advisory opinion contained in General Assembly resolution ES-10/14, to do so in the light of the foregoing observations.

Paris, 30 January 2004

(Signed) Ronny ABRAHAM.
Agent of the French Republic

⁷⁷See the ILC Report 2001, commentary to Article 41, pp. 289-290, para. 9.

⁷⁸On this "illegal situation", see para. 61.

⁷⁹The Court has done so a number of times; see *inter alia* *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment of 24 May 1980, *I.C.J. Reports 1980*, pp. 42-43, para. 92; *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Judgment of 25 September 1997, *I.C.J. Reports 1997*, p. 81, para. 154; *Aerial Incident of 10 August 1999, Jurisdiction*, Judgment of 21 June 2000, *I.C.J. Reports 2000*, p. 34, para. 55 (concerning the obligation to settle international disputes peacefully).

Cour internationale de Justice

Enregistré au Greffe le :

International Court of Justice

Filed in the Registry on :

30 JAN. 2004/23

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

- REQUETE POUR AVIS CONSULTATIF -

CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'ÉDIFICATION D'UN MUR
DANS LE TERRITOIRE PALESTINIEN OCCUPÉ

EXPOSÉ ÉCRIT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

30 janvier 2004

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

- REQUETE POUR AVIS CONSULTATIF -

CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'ÉDIFICATION D'UN MUR
DANS LE TERRITOIRE PALESTINIEN OCCUPÉ

EXPOSÉ ÉCRIT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOMMAIRE

INTRODUCTION ET RESUME

I. La question de la compatibilité de l'édification du mur selon le tracé retenu avec diverses règles de droit international

a) La question des règles au regard desquelles la licéité de l'édification du mur selon le tracé retenu doit être examinée

- i. L'applicabilité des règles relatives à l'occupation de guerre
- ii. L'applicabilité des règles relatives à la protection internationale des droits de l'homme
- iii. Les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale
- iv. Les accords particuliers par lesquels les parties concernées sont liées

b) La question de la conformité à ces règles de l'édification du mur selon le tracé retenu

- i. Les problèmes juridiques posés par l'interdiction de l'annexion et les questions connexes
- ii. Les manquements aux autres règles du droit international humanitaire et aux principes protecteurs des droits de l'homme applicables

II. La question de la proportionnalité de l'édification du mur selon le tracé retenu par rapport aux menaces pesant sur Israël

a) Le droit d'Israël de riposter aux menaces pesant sur sa sécurité

b) L'évaluation du problème de la proportionnalité

- i. L'exigence de proportionnalité
- ii. L'appréciation de la proportionnalité

III. La question des conséquences juridiques de l'édification du mur selon le tracé retenu

- a) L'obligation de mettre fin à la situation illicite et de réparer le préjudice qu'elle a causé
 - i. L'obligation de mettre fin à la situation illicite
 - ii. L'obligation de réparer les dommages causés par la situation illicite
 - iii. La nécessité d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées
- b) L'obligation de ne pas reconnaître la licéité de la situation
- c) L'obligation de reprendre l'exécution des obligations violées

CONCLUSION

INTRODUCTION ET RESUME

1. Par sa résolution ES-10/14 du 8 décembre 2003, l'Assemblée générale des Nations Unies a prié la Cour de donner d'urgence un avis consultatif sur la question suivante:

« Quelles sont en droit les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, selon ce qui est exposé dans le rapport du Secrétaire général [Rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale, document A/ES/10/248], compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième convention de Genève de 1949, et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale? ».

2. Dans son ordonnance du 19 décembre 2003, la Cour a jugé que l'Organisation des Nations Unies et ses États Membres étaient, « conformément au paragraphe 2 de l'article 66 du Statut, susceptibles de fournir des renseignements sur l'ensemble des aspects soulevés par la question soumise à la Cour pour avis consultatif ». Elle a fixé au 30 janvier 2004 la date d'expiration du délai dans lequel ils pourraient soumettre à la Cour des exposés écrits sur la question. Les présentes observations sont présentées en application de cette décision.

* * *

3. Liminairement, la République française tient à rappeler que, lors de la discussion préalable à l'adoption de la résolution ES-10/14, elle s'est associée à la position commune adoptée par les États membres de l'Union européenne exposée par le représentant de l'Italie s'exprimant au nom de l'ensemble des quinze États membres, des dix pays qui le deviendront le 1^{er} mai prochain et de six autres États européens¹. Il résulte de cette déclaration que les États au nom desquels elle a été faite :

- condamnent de la manière la plus ferme les attaques terroristes contre Israël ;
- sont gravement préoccupés par la construction du mur qu'Israël a entreprise en partie sur le territoire palestinien et qui ne constitue pas une réponse appropriée à ces attaques ; ils partagent les inquiétudes exprimées à ce sujet dans le rapport du Secrétaire général ;
- mais considèrent que la demande d'avis consultatif formulée par l'Assemblée générale n'est pas de nature à relancer le nécessaire dialogue politique entre les deux parties.

4. En conséquence, la France, comme les autres Membres de l'Union européenne et les pays candidats, s'est abstenue lors du vote de la résolution ES-10/14, qui a été adoptée par une majorité de 90 voix contre huit, avec 74 abstentions.

¹ Déclaration de S.E., M. Marcello Spatafora, Ambassadeur, Représentant permanent de l'Italie auprès des Nations Unies, 8 décembre 2003, A/ES-10/PV.23, p.16-18.

5. La République française persiste à croire que l'avis que la Cour a été appelée à donner n'est pas de nature à faciliter la reprise du dialogue, éminemment politique par nature, entre Israël et la Palestine. Ainsi que le Conseil de sécurité le leur a demandé dans la résolution 1515 (2003), il appartient aux deux parties de « s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de la Feuille de route »² qu'elles ont acceptée lors de la réunion d'Aqaba le 4 juin 2003. C'est au prix de ces efforts – soutenus par le « Quatuor » et la communauté internationale dans son ensemble – que la « vision d'une région dans laquelle deux États, Israël et la Palestine, vivent côte à côte, à l'intérieur de frontières reconnues et sûres »³ pourra enfin être réalisée.

6. La République française tient en outre à souligner qu'une telle demande d'avis pourrait constituer un dangereux précédent en incitant tout État à solliciter un vote de l'Assemblée générale pour porter un différend devant la Cour, alors que celle-ci n'aurait pas compétence pour en connaître par la voie contentieuse.

7. Comme la Cour l'a rappelé à maintes reprises :

« Le pouvoir qu'a la Cour de donner un avis consultatif procède de l'article 65 du Statut. Le pouvoir ainsi attribué a un caractère discrétionnaire »⁴.

8. La France s'en remet à la sagesse de la Haute Juridiction pour décider s'il convient, en l'espèce, de faire usage du pouvoir d'appréciation qui lui appartient pour ne pas donner suite à la demande d'avis. Les observations ci-après sont présentées dans l'hypothèse où la Cour estimerait devoir répondre sur le fond à la question posée par l'Assemblée générale.

*

9. Cette question porte exclusivement sur *les conséquences* juridiques de l'édification du mur contesté en territoire palestinien occupé (le terme « mur » employé dans le cadre du présent exposé est celui qu'utilise l'Assemblée générale dans la résolution ES-10/14). Elle n'est pas relative à la conformité de sa construction au droit international. L'appréciation de sa licéité constitue cependant un préalable nécessaire à la réponse à la question posée :

- en premier lieu, les conséquences de l'édification du mur selon le tracé retenu sont évidemment fort différentes selon que l'on considère que celle-ci est ou non conforme au droit international ;

- en second lieu, pour déterminer ces conséquences, il est indispensable de déterminer précisément non seulement *si* la construction du mur selon le tracé retenu est licite, mais aussi, dans la négative, *quelles règles précises* du droit international ont été violées.

² 19 novembre 2003, par. 2.

³ Résolution 1397 (2002), 12 mars 2002.

⁴ Avis consultatif du 20 juillet 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies*, Rec. 1962, p. 155; v. aussi, par exemple, les avis consultatifs des 30 mars 1950, *Interprétation des traités de paix (1^{ère} phase)*, Rec. 1950, p. 72; 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec. 1971, p. 27, par. 41; 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, Rec. 1975, p. 21, par. 23 ou 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 235.

10. Il convient également de rappeler d'emblée que la question posée à la Cour porte expressément sur les conséquences juridiques de l'édification du « mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est ». Il semble que certaines parties de ce mur soient construites en territoire israélien, en limite de la « ligne verte », définie par l'accord d'armistice du 3 avril 1949. Au demeurant, selon le rapport du Secrétaire général, ces portions semblent très restreintes : « [l]a partie de la barrière qui coïncide approximativement avec la Ligne verte est située à l'extrémité nord de la Cisjordanie. À l'ouest de Tulkarem, elle semble suivre un tracé situé du côté israélien de la Ligne verte sur une distance de 1 à 2 kilomètres » (A/ES-10/248, p. 4, par. 7). Il paraît dès lors inutile de s'interroger sur la question de savoir si un État peut construire à ses frontières un mur de ce genre.

11. L'édification du mur selon le tracé retenu paraît, *prima facie*, incompatible avec certaines règles bien établies du droit international (I). Toutefois, de l'avis de la France, cette constatation ne saurait dispenser la Cour de s'interroger sur l'existence de circonstances qui pourraient être de nature à exclure l'illicéité de la construction du mur ; en particulier, s'il n'est pas douteux qu'Israël est en droit de prendre les mesures nécessaires pour assurer sa sécurité, il convient de vérifier si cette construction, compte tenu du tracé retenu, est proportionnée aux menaces auxquelles elle entend répondre (II). Dans la mesure où tel ne serait pas le cas, l'illicéité de la construction du mur selon le tracé retenu pourrait être constatée en droit.

12. Dans les nombreuses occasions où elle a eu à connaître de la commission d'un fait internationalement illicite, la Cour a précisé la nature et la portée des conséquences juridiques qu'emporte l'existence d'un tel fait (III). Les premières d'entre elles résident dans l'ensemble des obligations que le comportement contraire au droit met à la charge de son auteur. Ainsi, il incombe d'abord à celui-ci de « mettre fin à une situation irrégulière »⁵, lorsque, comme dans le cas présent, cette situation persiste. De façon tout aussi « évidente »⁶, l'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait illicite. En l'occurrence, Israël doit donc notamment, ainsi que l'Assemblée générale le lui a signifié,

« arrête[r] la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est et ses alentours, et rev[enir] sur ce projet »⁷.

En outre, compte tenu des circonstances et, en particulier, du tracé retenu, il importe également qu'Israël offre des assurances et garanties appropriées de non-répétition du fait illicite.

13. Dès lors qu'il est internationalement illicite, le fait constitué par l'édification du mur en territoire palestinien occupé emporte également des conséquences juridiques pour les États tiers et les organisations internationales. Ceux-ci sont notamment tenus de ne pas reconnaître la licéité de la situation créée par le tracé qu'emprunte cet ouvrage.

14. Il importe enfin de relever que la restauration de la relation juridique qu'a profondément affectée la construction du mur dans le territoire occupé ne pourra être effective et complète tant que l'exécution des obligations violées n'aura pas été reprise de bonne foi.

⁵ C.I.J., arrêt du 13 juin 1951, *Haya de la Torre*, Rec. 1951, p. 82.

⁶ C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, p. 42, par. 90.

⁷ Résolution ES-10/13, 21 octobre 2003, § 1.

S'il le concerne au premier chef, ce devoir n'incombe pas exclusivement à l'auteur du fait illicite. Dans les circonstances qui ont conduit à la présente demande d'avis, il paraît particulièrement nécessaire de rappeler l'ensemble des parties concernées à leurs obligations internationales.

I. La question de la compatibilité de l'édification du mur selon le tracé retenu avec diverses règles de droit international

15. Par la voix de sa présidence, l'Union européenne a contesté à plusieurs reprises la licéité de l'édification du mur selon le tracé retenu⁸. L'Assemblée générale a exprimé un point de vue identique en déclarant, dans la résolution ES-10/13 du 21 octobre 2003, que la construction du mur dans le territoire palestinien occupé était « contraire aux dispositions pertinentes du droit international ». La République française a déjà eu l'occasion d'indiquer qu'elle partageait pleinement ce constat⁹. Elle se bornera donc ici à exposer les raisons de droit qui en justifient le bien-fondé. À cette fin, elle estime qu'elle ne serait pas dans son rôle en complétant ou en contestant les éléments figurant dans le rapport du Secrétaire général et le résumé des positions juridiques d'Israël et de la Palestine¹⁰ qui y est annexé. Elle se contentera donc d'exposer les considérations juridiques qui lui paraissent découler de ces données.

a) La question des règles au regard desquelles la licéité de l'édification du mur selon le tracé retenu doit être examinée

16. Conformément aux termes de la résolution ES-10/14, la Cour est appelée à se prononcer sur les conséquences juridiques de l'édification du mur « compte tenu [...] notamment [de] la quatrième Convention de Genève, et [des] résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale ». Cette formulation implique d'une part que ces instruments juridiques sont applicables pour répondre à la question posée et, d'autre part, que des règles d'autre origine pourraient l'être. Il convient dès lors de s'interroger sur l'ensemble des principes au regard desquels la Cour doit répondre à la question qui lui est posée.

i/ L'applicabilité des règles relatives à l'occupation de guerre

17. Il résulte du texte même de la question que la Cour est appelée à privilégier la quatrième convention de Genève de 1949. L'utilisation par la résolution des formules « puissance *occupante* » et « territoire palestinien *occupé* » confirme cette constatation.

18. Comme la Cour l'a reconnu, les conventions de Genève « constituent à certains égards le développement [des principes généraux de base du droit humanitaire ...] qu'à

⁸ V. les déclarations du Représentant permanent de l'Italie au Conseil de sécurité le 14 octobre 2003 (S/PV.4841, p. 46) et à l'Assemblée générale le 8 décembre 2003 (A/ES-10/PV.23, p. 17).

⁹ V. la déclaration du Représentant permanent de la France au Conseil de sécurité le 14 octobre 2003 (S/PV.4841, pp. 19-20).

¹⁰ Le terme de « Palestine » est celui qui est employé depuis 1988 au sein du système des Nations Unies.

d'autres égards elles ne font qu'exprimer»¹¹. Dès lors, « [c]es règles fondamentales s'imposent (...) 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 »¹². Il en résulte également que, conformément au principe de base énoncé par la clause de Martens, énoncée pour la première fois dans la convention II de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et dont la Cour a rappelé l'applicabilité continue dans sa version contemporaine résultant de l'article 1^{er}, paragraphe 2, du protocole additionnel I de 1977¹³, « les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

19. Par ailleurs, quand bien même la convention IV ne serait pas applicable en tant que telle du fait qu'elle n'a pas été ratifiée par l'autre partie au conflit armé, la Palestine, ses dispositions n'en seraient pas moins applicables, non pas en tant que telles, mais du fait que, et dans la mesure où, elles expriment les principes généraux du droit humanitaire.

20. En outre, et plus précisément dans le cas présent,

- le conflit armé de 1967 qui est à l'origine de l'occupation des territoires de la rive Ouest et de Gaza a opposé Israël à l'Égypte, la Syrie et à la Jordanie, trois États parties aux Conventions de 1949 ;

- la Palestine, qui a demandé, à plusieurs reprises, à devenir partie aux Conventions de Genève s'est engagée à appliquer unilatéralement ces instruments et le Gouvernement suisse dépositaire, sans « trancher la question de savoir si [la dernière en date de ces communications, du 21 juin 1989 devant] être considérée comme un instrument d'adhésion au sens des dispositions pertinentes des Conventions et de leurs Protocoles additionnels », a estimé que « la déclaration unilatérale d'application des quatre Conventions de Genève et du Protocole additionnel 1 faite le 7 juin 1982 par l'O.L.P. demeure valable »¹⁴ ;

- Israël a, dans un premier temps, reconnu l'applicabilité de la Convention IV: aux termes de l'article 35 de l'ordre n° 1 édicté par les autorités d'occupation le 7 juin 1967, « [t]he Military Court (...) must apply the provisions of the Geneva Convention dated 12 August, 1949, Relative to the Protection of Civilians in Time of War, with respect to judicial procedures. In case of conflict between this Order and said Convention, the Convention shall prevail »¹⁵ ; par ailleurs, il convient de relever que la Cour suprême d'Israël, saisie du cas de civils palestiniens expulsés sur ordre du commandant militaire de Judée et de Samarie hors de ces territoires à destination de Gaza, a, dans un jugement en date du 3 septembre 2002¹⁶, fait explicitement application de certaines dispositions de la Convention IV, ce qu'elle évitait de faire auparavant, même si elles les appliquait *de facto*¹⁷.

¹¹ C.I.J., arrêt, 27 juin 1996, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua ou contre celui-ci*, Rec. 1996, p. 113, par. 218; v. aussi l'avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 256, par. 75.

¹² *Ibid.*, p. 257, par. 79.

¹³ V. l'avis préc. de 1996, Rec. 1996, p. 257, par. 78, et p. 260, par. 87.

¹⁴ R.I.C.R., 1990, pp. 69-70.

¹⁵ Texte in *Proclamation, Orders and Appointments of the Israeli Defence Forces in the West Bank Area*, 11 août 1967.

¹⁶ Cf. HCJ 7015/02 et 7019/02, *Ajuri v. IDF Commander*, [2002] IsrLR, par.13.

¹⁷ Cf. HCJ 1361/91 *Mesalem v. IDF Commander in Gaza Strip* IsrSC 36(4) 444, p.456 ; HSJ 554/81 *Beransa v. Central Commander* IsrSC 36(4)247, p.250

- enfin, l'applicabilité de la Convention IV a été affirmée à maintes reprises par les organes compétents des Nations Unies¹⁸.

21. Quant au règlement de La Haye de 1907, ses dispositions ont acquis une valeur coutumière qui les rend opposables à tout État, partie ou non.

ii/ L'applicabilité des règles relatives à la protection internationale des droits de l'homme

22. Contrairement à la convention IV de 1949, les traités relatifs à la protection internationale des droits de l'homme auxquels Israël est partie ne sont pas expressément mentionnés comme étant des instruments pertinents par la résolution ES-10/14 saisissant la Cour de la question en examen. A cet égard, il apparaît que la Cour devrait être guidée par les deux directives suivantes.

23. En premier lieu, conformément à l'article 2 du pacte relatif aux droits civils et politiques, les États parties « s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire *et relevant de leur compétence* » les droits qui y sont reconnus. Bien qu'il ne comporte pas de disposition similaire du fait de la nature des droits qu'il énonce, le pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels doit être interprété dans le même esprit. Il en résulte que les pactes sont en principe applicables dans les territoires occupés dans la mesure où les individus qui s'y trouvent « relèvent de la compétence » de la puissance occupante.

24. En second lieu cependant, il convient de tenir dûment compte de l'article 4 du pacte relatif aux droits civils et politiques qui,

- d'une part, autorise les États parties à « prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations » qui y sont prévues « sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international... » (paragraphe 1) ;

- d'autre part, exclut toute dérogation à certaines dispositions (paragraphe 2) ; toutefois, aucune de ces exclusions ne paraît pertinente en l'espèce.

*iii/ Les résolutions consacrées à la question
par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale*

25. Dans sa demande d'avis, l'Assemblée générale a souligné l'utilité de prendre en considération les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale. La France croit utile d'apporter les précisions suivantes à ce sujet.

¹⁸ V. not. les résolutions de l'Assemblée générale 2851 (XXVI) du 20 décembre 1971, 3092 A (XXVIII) du 7 décembre 1973, 3240 B (XXIV), du 29 novembre 1974, 3525 B (XXX) du 15 décembre 1975 ou encore 58/97 du 17 décembre 2003. Sur ce point, v. également les résolutions du Conseil de sécurité 271 (1969) du 15 septembre 1969, 446 (1979) du 22 mars 1979, 465 (1980) du 1^{er} mars 1980, 672 (1990) du 12 octobre 1990 et, plus récemment, 1322 (2000) du 7 octobre 2000 et 1435 (2002) du 24 septembre 2002.

26. Il convient probablement de ne pas interpréter de manière étroite l'expression « résolutions consacrées à la question ». On peut relever à cet égard que le Conseil de sécurité n'a adopté aucune résolution portant directement sur la question de la licéité de l'édification du mur ou sur ses conséquences. Quant à l'Assemblée générale, outre la résolution ES-10/14, elle a, par sa résolution ES-10/13 du 21 octobre 2003, adoptée par 144 voix contre 4 avec 12 abstentions, exigé « qu'Israël arrête la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est et ses alentours, et revienne sur ce projet, qui s'écarte de la ligne d'armistice de 1949 et qui est contraire aux dispositions pertinentes du droit international ». Dans ses résolutions 58/98 et 58/99 du 9 décembre 2003, elle s'est à nouveau déclarée préoccupée par la construction du mur et son tracé et, dans la première elle a de nouveau exigé l'arrêt de son édification.

27. Ces quelques résolutions ne sont pas les seules à être pertinentes aux fins de la demande d'avis : de nombreux éléments figurant dans les résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale devraient en outre être pris en considération par la Cour, notamment ceux concernant le droit applicable¹⁹, l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force et la condamnation des tentatives d'annexion de certains territoires occupés par Israël, ainsi que de la politique de colonisation qui y est menée²⁰. Tel est aussi le cas d'autres résolutions, plus générales, comme les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) relatives à la lutte contre le terrorisme²¹.

iv/ Les accords particuliers par lesquels les parties concernées sont liées

28. Bien que la résolution ES-10/14 ne mentionne spécifiquement aucun instrument juridique particulier autre que la quatrième convention de Genève, sa rédaction non limitative invite à s'interroger sur l'existence de règles qui pourraient lier les parties concernées, soit entre elles, soit même dans leurs relations avec des tiers, et qui seraient pertinentes pour permettre à la Cour de répondre à la question que lui a posée l'Assemblée générale.

29. L'accord intérimaire israélo-palestinien de Taba relatif à la Cisjordanie et à la bande de Gaza du 28 septembre 1995, qui se substitue aux accords de Washington du 13 septembre 1993 et du Caire du 4 mai 1994, et en reprend et en complète les dispositions pertinentes, pourrait présenter une certaine pertinence à cet égard²². Aux termes de l'article XI de cet accord :

« Les deux Parties considèrent la Cisjordanie et la bande de Gaza comme une seule entité territoriale, dont l'intégrité et le statut seront préservés au cours de la période intérimaire ».

¹⁹ V. ci-dessus, par. 21.

²⁰ V. not., en ce qui concerne l'annexion de Jérusalem-Est, les résolutions du Conseil de sécurité : 298 (1971) du 25 septembre 1971, 476 (1980) du 30 juin 1980, 478 (1980) du 20 août 1980, et celles de l'Assemblée générale : 36/120 E du 10 décembre 1981, 56/31 du 3 décembre 2001 et 58/22 du 3 décembre 2003. Pour ce qui est des colonies de peuplement, v. les résolutions 446 (1979) du 22 mars 1979, 452 (1979) du 20 juillet 1979, 465 (1980) du 1^{er} mars 1980 du Conseil, ou 2253 (ES-V) du 4 juillet 1967, 36/226 A du 17 décembre 1981, 38/58 C du 13 décembre 1983, 44/40 A du 4 décembre 1989, 57/126 du 11 décembre 2002, ES-10/6 du 9 février 1999, ES-10/13 du 21 octobre 2003 ou 59/98 du 9 décembre 2003 de l'Assemblée.

²¹ Cf. *infra* par. 49.

²² Document A/51/889 et S/1997/357.

En outre, les articles XXIX et XXX, et VIII et IX de l'annexe I garantissent et organisent le libre passage entre la Cisjordanie et la bande de Gaza, et les mouvements dans, depuis et vers ces territoires.

30. La question se pose en outre du statut juridique de la « feuille de route », établie par le « *quatuor* » constitué par des représentants des États-Unis d'Amérique, de la Fédération de Russie, de l'Union européenne et de l'Organisation des Nations Unies, et approuvée par la résolution 1515 (2003) du Conseil de sécurité du 19 novembre 2003²³. Le texte de ce document a été présenté au Gouvernement israélien et à l'Autorité palestinienne le 30 avril 2003 et, bien qu'Israël eût fait des réserves concernant le détail du texte, les deux parties en ont approuvé le principe lors de la conférence d'Aqaba, le 4 juin 2003.

31. Il n'est pas exclu que ces engagements croisés puissent être considérés comme un accord liant leurs auteurs²⁴ ; on peut aussi les considérer comme des actes juridiques unilatéraux obligatoires à ce titre²⁵. En tout cas, il convient de remarquer que la « feuille de route » est rédigée en termes d'obligations pesant sur les parties²⁶ et que par sa déclaration du 22 juin 2003, le « quatuor » a pris acte des « engagements » pris à l'occasion du sommet d'Aqaba²⁷. De plus, dans sa résolution 1515 (2003) du 19 novembre 2003, le Conseil de sécurité a demandé « aux parties de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de la Feuille de route, en coopération avec le Quatuor, et de concrétiser la vision de deux États vivant côte à côte dans la paix et la sécurité ».

32. Sur le fond, la « feuille de route » comporte des éléments qui présentent des liens très directs avec la question posée à la Cour. En particulier :

- dès la phase 1 (en principe avant mai 2003), « les Palestiniens entreprennent immédiatement de mettre fin à la violence sans condition » et « Israël prend toutes les dispositions nécessaires pour aider à normaliser la vie des Palestiniens » et « gèle toutes les activités d'implantation de colonies » ;

- « [l]e Gouvernement israélien ne prend aucune disposition susceptible de nuire à la confiance, notamment les expulsions, les attaques dirigées contre des civils, la saisie ou la destruction de biens palestiniens comme mesure punitive ou destinée à faciliter des activités de construction par Israël, la destruction d'institutions et d'infrastructures palestiniennes et autres mesures énoncées dans le plan de travail Tenet » ;

- en outre, « Israël prend des mesures pour améliorer la situation humanitaire », notamment « en assouplissant les restrictions à la circulation des personnes et des biens » ;

- s'agissant de la phase II (qui devait durer de juin à décembre 2003), il est prévu que, dans le cadre du processus de négociation israélo-palestinien visant à la création d'un État

²³ Document S/2003/529.

²⁴ La Cour a eu l'occasion de préciser qu'un accord n'était soumis à aucune forme particulière en droit international (cf. les arrêts du 19 décembre 1978, *Plateau continental de la mer Égée*, Rec. 1978, p. 39, par. 96 et du 1^{er} juillet 1994, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahrein*, Rec. 1994, pp. 120-121, par. 23.

²⁵ V. *supra*, par. 20.

²⁶ Cf. la partie introductive, *in fine* : « À chaque phase, les parties doivent s'acquitter de leurs obligations parallèlement, sauf indication contraire » (S/2003/529, annexe, p. 2.

²⁷ V. l'annexe à la lettre datée du 25 juin 2003, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/2003/672).

palestinien indépendant doté de frontières provisoires, « les accords antérieurs visant à maximiser la continuité territoriale seront mis en œuvre ».

***b) La question de la conformité à ces règles
de l'édification du mur selon le tracé retenu***

33. Après avoir examiné la nature des règles pertinentes, la République française abordera la question de la conformité à celles-ci de la construction du mur selon le tracé retenu. Par commodité, il semble opportun de distinguer les problèmes posés par l'interdiction de l'annexion (i), d'une part, et les manquements aux autres règles du droit humanitaire et les atteintes aux règles protectrices des droits de l'homme applicables (ii), d'autre part.

***i/ Les problèmes juridiques posés par
l'interdiction de l'annexion et les questions connexes***

34. Il ne saurait faire de doute que, si l'édification du mur devait s'analyser en une annexion d'une partie du territoire palestinien occupé, celle-ci serait contraire à l'idée même d'occupation militaire, qui correspond à un pouvoir de fait (cf. l'article 42 du Règlement de La Haye) n'ayant vocation à s'exercer que de manière temporaire. Il en résulte qu'une annexion, *de facto* ou *de jure*, ne saurait priver les personnes protégées qui se trouvent sur le territoire occupé du bénéfice de la quatrième convention de 1949 (article 47).

35. Cette règle est renforcée par le principe de l'interdiction de l'acquisition de tout territoire par la force. Découlant de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies, ce principe est exprimé avec netteté dans la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies²⁸.

36. Le Conseil de sécurité a fait application de ce principe au cas des territoires arabes occupés dès sa résolution 242 (1967) du 22 novembre 1967 dans laquelle il souligne « l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre » et affirme que « l'instauration d'une paix juste et durable » doit comprendre le principe du « retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit ». Le Conseil a réaffirmé ce principe à maintes reprises depuis lors²⁹.

37. Il reste que, de son côté, « Israël a déclaré à plusieurs reprises que l'édification de la barrière est une mesure temporaire »³⁰. Ainsi, le représentant permanent d'Israël a affirmé dans une déclaration du 8 décembre 2003 devant l'Assemblée générale des Nations unies que « *the security fence is a temporary (...) measure ... As soon as the terror ends, the fence will no longer be necessary* »³¹. La décision 2077 du Conseil des Ministres israélien

²⁸ Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

²⁹ V. not. les résolutions, 252 (1968) du 21 mai 1968, 267 (1969) du 3 juillet 1969, 298 (1971) du 25 septembre 1971, 476 (1980) du 30 juin 1980, 478 (1980) du 20 août 1980 et 681 (1990) du 20 décembre 1990). V. aussi, not. les résolutions 2799 (XXVI) du 13 décembre 1971, 2949 (XXVII) du 8 décembre 1972, 31/61 du 9 décembre 1976/32/20 du 25 novembre 1977, 37/123 A du 20 décembre 1982, 44/40 A du 4 décembre 1989, 52/52 du 9 décembre 1997, 55/55 du 10 décembre 2000, 56/36 du 3 décembre 2001 ou 57/110 du 3 décembre 2002 de l'Assemblée générale.

³⁰ Rapport du Secrétaire général, A/ES-10/248, par. 29.

³¹ Texte disponible sur le site www.Israel-UN.org.

approuvant la première phase de construction de la « barrière de sécurité » confirme du reste qu'« elle ne constitue pas une frontière politique ou autre »³².

38. De l'avis de la République française, de telles déclarations ont une incidence juridique. Elles conduisent la République française à estimer que l'on ne saurait imputer à Israël, du seul fait de la construction du mur, une violation du principe fondamental du droit international, qui s'applique aux territoires occupés, de l'interdiction de toute acquisition territoriale par la force, dans la mesure où cette construction est déclarée temporaire et sans incidence sur le tracé des frontières définitives entre Israël et la Palestine. Le Gouvernement français rappelle toutefois que l'Assemblée générale a indiqué, dans la résolution ES-10/13 du 21 octobre 2003, que :

« le tracé prévu du mur que construit Israël, la puissance occupante, dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est et ses alentours, risque de préjuger des négociations futures et de rendre la solution à [sic] deux États physiquement impossible à appliquer et d'entraîner une situation humanitaire encore plus difficile pour les Palestiniens ».

ii/ Les manquements aux autres règles du droit international humanitaire et aux principes protecteurs des droits de l'homme applicables

39. La construction du mur paraît contraire à d'autres règles du droit international humanitaire ou protectrices des droits de l'homme par lesquelles Israël est lié. Ainsi que la France l'a indiqué ci-dessus (sections a.i/ et ii/), les deux corps de règles sont applicables en l'espèce et se complètent mutuellement. Il y a donc lieu d'examiner conjointement les violations que l'édification du mur pourrait constituer des unes et des autres.

40. Sous réserve des aspects examinés ci-dessus (i), l'un des manquements les plus graves aux règles du droit international humanitaire résultant de la construction du mur selon le tracé retenu concerne sans doute, *prima facie*, la *destruction de biens ou de propriétés* qu'elle entraîne, et qui est mentionnée dans le rapport du Secrétaire général³³.

41. A cet égard, le droit international invite à tenir compte de deux considérations. D'une part, il impose une indemnisation qui compense effectivement l'intégralité du préjudice subi par les propriétaires des biens concernés. D'autre part, il permet la prise en compte des « nécessités de la guerre ».

42. En effet, aux termes de l'article 23.g) du règlement de La Haye de 1907, il est interdit « de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf le cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ». Et l'article 53 de la convention IV de 1949 dispose :

« Il est interdit à la Puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'État ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales ou coopératives, sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ».

³² V. le rapport du Secrétaire général, par. 5.

³³ A/ES-10/248, par. 29. V. aussi *ibid.*, pars. 17, 18 et 25.

En outre, l'article 147 de la convention considère comme des « infractions graves » « la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ».

43. Il résulte de leur énoncé que ces interdictions ne sont pas absolues et s'entendent sous réserve des nécessités militaires³⁴. Il importe cependant de noter qu'elles sont énoncées, dans ces trois dispositions, de façon particulièrement stricte : elles doivent être « impérieuses » ou « absolument nécessaires ». Il appartiendra à la Cour de porter sur ce point sa propre appréciation.

44. Il est un deuxième domaine dans lequel la construction du mur paraît, *prima facie*, tenir en échec sinon les règles du droit international humanitaire du moins celles qui sont relatives à la protection des droits de l'homme. Cette édification porte en effet une atteinte sérieuse à la *liberté de circulation des personnes* garantie par l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. Ici encore, il résulte de la rédaction même de cette disposition qu'il ne s'agit pas d'une liberté absolue puisque le paragraphe 3 de l'article admet la possibilité de « restrictions ... prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public... ». De l'avis de la République française, il ne faut pas interpréter de manière trop restreinte cette possibilité dans le cadre d'une occupation de guerre. D'un autre côté, il convient de tenir compte de la durée extrêmement longue de l'occupation en question, qui rend difficilement acceptables des restrictions qui seraient justifiables si elles étaient provisoires et limitées à la période suivant immédiatement des opérations militaires.

II. La question de la proportionnalité de l'édification du mur selon le tracé retenu par rapport aux menaces pesant sur Israël

45. Si, selon l'article 1^{er} du projet d'articles de la Commission du Droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en principe, « [t]out fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale », l'illicéité est exclue dans un certain nombre de circonstances énumérées aux articles 20 à 25 de ce projet. Il convient donc de s'interroger sur la question de savoir si, bien qu'elle soit, *prima facie*, contraire à plusieurs obligations internationales d'Israël, l'édification du mur sur le territoire palestinien occupé ne peut être justifiée par certaines de ces circonstances. Il convient notamment de se demander si cette édification constitue une réponse proportionnée (b) aux menaces auxquelles elle entend riposter (a).

a) Le droit d'Israël de riposter aux menaces pesant sur sa sécurité

46. Comme l'indique le rapport du Secrétaire général, la construction du mur s'inscrit dans le cadre des mesures étudiées par le Gouvernement israélien en vue d'« enrayer les infiltrations en Israël à partir du centre et du nord de la Cisjordanie » et a été décidée « [à] la suite d'une forte augmentation du nombre des attentats terroristes perpétrés par des Palestiniens au printemps 2002 »³⁵.

³⁴ L'impact juridique de telles nécessités sera examiné ci-après (par. 53).

³⁵ A/ES-10/248, par. 4.

47. Il est incontestable qu'Israël doit faire face à des menaces graves pesant sur sa sécurité auxquelles il doit être mis fin. Telle est du reste l'une des préoccupations constantes reflétées par la « feuille de route » qui rappelle qu'« [u]n règlement du conflit israélo-palestinien prévoyant deux États ne verra le jour que lorsque la violence et le terrorisme auront pris fin » et appelle avec insistance les dirigeants palestiniens à « agir de façon décisive contre le terrorisme »³⁶.

48. Ces préoccupations ont été exprimées avec fermeté, le 14 octobre 2003, par le représentant permanent de la France lors du débat du Conseil de sécurité :

« La France reconnaît le droit imprescriptible d'Israël à la sécurité et son droit à se défendre et à lutter contre les attentats terroristes, qui sont absolument condamnables, moralement répugnants et qu'aucune cause ne saurait justifier »³⁷.

Le délégué de l'Italie s'est exprimé dans le même sens au nom de l'ensemble des États membres de l'Union européenne et a réitéré leur ferme condamnation de l'intensification des attaques-suicides et des autres actes de violence au cours des débats de la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale le 20 octobre 2003³⁸ puis, à nouveau, le 8 décembre 2003 durant le débat sur le projet de résolution ES-10/14³⁹, en même temps qu'il reconnaissait, toujours au nom de l'Union européenne, « le droit d'Israël de protéger ses citoyens des attentats terroristes ».

49. De même, l'Assemblée générale a condamné à maintes reprises « tout recours à la violence, au terrorisme et à la destruction » et, en particulier, les attentats-suicides⁴⁰, et demandé à l'Autorité palestinienne « d'arrêter et de désorganiser les individus et les groupes qui exécutent et organisent des attentats violents et de les empêcher d'agir »⁴¹. Pour sa part, le Conseil de sécurité s'est déclaré « attaché à la vision d'une région dans laquelle deux États, Israël et la Palestine, vivent côte à côte, à l'intérieur de frontières reconnues et sûres », dans la droite ligne de ses résolutions 242 (1967) et 338 (1973), et a exigé « la cessation immédiate de tous les actes de violence, y compris tous les actes de terreur »⁴². Par ailleurs, le Conseil de sécurité a, par sa résolution 1269 dont la portée est générale, « [condamné] catégoriquement tous les actes ainsi que toutes les méthodes et pratiques de terrorisme, qu'il juge criminels et injustifiables, quels qu'en soient les motifs, sous toutes leurs formes et manifestations, où qu'ils soient commis et quels qu'en soient les auteurs, en particulier ceux qui risquent de porter atteinte à la paix et à la sécurité internationales »⁴³. Il a, par sa résolution 1435, « [demandé] à l'Autorité palestinienne d'honorer l'engagement qu'elle a pris et de faire traduire en justice les auteurs d'attentats terroristes »⁴⁴.

³⁶ Document S/2003/529, annexe.

³⁷ V. S/PV.4841, p. 19.

³⁸ V. A/ES-10/PV.21, p.22-23.

³⁹ V.A/ES-10/PV.23, p.17.

⁴⁰ Résolution ES-10/13 du 21 octobre 2003 ; v. aussi les résolutions ES-10/2 du 25 avril 1997, ES-10/8 du 20 décembre 2001, 57/110 du 3 décembre 2002, 57/127 du 11 décembre 2002, ES-10/12 du 19 septembre 2003 et 58/98 et 58/99 du 9 décembre 2003.

⁴¹ Résolution ES-10/13.

⁴² Résolution 1397 (2002) du 12 mars 2002 ; v. aussi les résolutions 1402 (2002) du 30 mars 2002, 1435 (2002), du 24 septembre 2002 et 1515 (2003) du 19 novembre 2003.

⁴³ Résolution 1269 (1999) du 19 octobre 1999, par.1. V. aussi les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001).

⁴⁴ Résolution 1435 (2002) du 24 septembre 2002, par.4.

50. Ces actes ont sans aucun doute créé une situation qui autorise Israël à prendre des mesures de nature à assurer sa sécurité, que l'on qualifie cette situation de légitime défense, de détresse ou d'état de nécessité.

b) L'évaluation du problème de la proportionnalité

i/ L'exigence de proportionnalité

51. Indépendamment des conditions particulières auxquelles chacune de ces circonstances excluant l'illicéité peut être subordonnée, toutes exigent que les mesures en question soient proportionnelles au danger auquel elles répondent. Ainsi, en ce qui concerne la légitime défense, qu'Israël invoque expressément⁴⁵, son exercice est subordonné, par l'article 51 de la Charte et par le droit international coutumier, à des conditions strictes, dont l'une est précisément le principe de proportionnalité ; « les conditions de proportionnalité et de nécessité [sont] inhérentes au concept de légitime défense »⁴⁶.

52. La condition de proportionnalité trouve également à s'appliquer si l'on considère la construction du mur comme une contre-mesure adoptée et mise en œuvre en riposte aux menaces, sans aucun doute illicites⁴⁷, pesant sur Israël. Outre qu'elles « sont limitées à l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'État prenant les mesures envers l'État responsable » et « doivent, autant que possible, être prises d'une manière qui permette la reprise de l'exécution des obligations en question »⁴⁸ et ne porter atteinte ni « aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme », ni « aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles »⁴⁹,

« Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause »⁵⁰.

53. Le fait que le mur soit construit dans le cadre d'une occupation armée est sans incidence sur l'exigence fondamentale de proportionnalité. L'ensemble du droit des conflits armés internationaux est dominé par la recherche d'un équilibre entre les nécessités de la guerre et son humanisation, ce qui constitue en soi une illustration du principe de proportionnalité. Il se trouve plus précisément énoncé dans les dispositions spécifiques qui trouvent application en la présente espèce, qu'il s'agisse de l'article 23.g) du règlement de La Haye de 1907 ou des articles 53 ou 147 de la quatrième convention de Genève de 1949, qui restreignent de manière particulièrement stricte la possibilité d'invoquer les « nécessités militaires » (v. *supra*, pars. 42-43).

⁴⁵ Annexe I au rapport du Secrétaire général, A/ES-10/248, par. 6.

⁴⁶ Rapport de la C.D.I., 53^{ème} session, 2001, Assemblée générale, documents officiels, 56^{ème} session, supplément n° 10 (A/56/10), p. 192, commentaire de l'article 21, par. 6). V. not. C.I.J., arrêt, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua ou contre celui-ci*, Rec. 1986, p. 94, par. 176 ou p. 103, par. 194, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996-I, p. 245, par. 41 et arrêt, 6 novembre 2003, *Plates-formes pétrolières*, pars. 43, 51, 74 et 76.

⁴⁷ V. a), *supra*.

⁴⁸ Article 49, pars. 2 et 3, du projet précité de la C.D.I.

⁴⁹ *Ibid.*, article 50, par. 1.b) et c).

⁵⁰ *Ibid.*, article 51. V. C.I.J., arrêt du 25 Septembre 1997, *Projet de Gabčíkovo-Nagymaros*, Rec. 1997, p. 56, par. 85.

54. Il en va de même en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme. Ainsi, tout en reconnaissant « le droit imprescriptible d'Israël à la sécurité et son droit à se défendre et à lutter contre les attentats terroristes » (v. *supra*, par. 48), le représentant permanent de la France a, lors de son intervention du 14 octobre 2003 devant le Conseil de sécurité, précisé que, « [c]ependant, la lutte contre le terrorisme ne saurait tout justifier et doit se faire dans le respect du droit »⁵¹.

ii/ L'appréciation de la proportionnalité

55. Si la Cour décide de donner suite à la demande d'avis, il lui revient d'établir si les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une circonstance excluant l'illicéité résultant de la construction du mur sont remplies et, en particulier, si l'exigence fondamentale de proportionnalité a été respectée.

56. À cette fin, la Haute Juridiction sera conduite à prendre en considération non seulement les circonstances immédiates de l'édification du mur, mais aussi le contexte plus général dans lequel celle-ci intervient.

57. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, la Cour a précisé qu'elle « ne saurait apprécier isolément la proportionnalité entre [l'action contre les plates-formes] et l'attaque censée l'avoir motivée »⁵². De même ici, il lui faudra tenir pleinement compte à la fois de la gravité des menaces pesant sur la sécurité d'Israël, de l'ensemble des mesures prises par le Gouvernement israélien pour y faire face, dont la construction du mur n'est qu'un épisode, ainsi que des atteintes que la construction du mur porte aux droits des Palestiniens.

58. Dans ce contexte, la Cour pourrait souhaiter prendre notamment en compte le fait que le mur, s'il est achevé, constituera une barrière continue, entrecoupée d'un petit nombre de points de passage, de 720 kilomètres de long⁵³, créant au surplus de multiples enclaves touchant plus d'un demi million de Palestiniens⁵⁴ et amputant *de facto* le territoire palestinien occupé, dont une portion se trouvera coupée de tout contact direct avec un État tiers.

III. La question des conséquences juridiques de l'édification du mur selon le tracé retenu

a) L'obligation de mettre fin à la situation illicite et de réparer le préjudice qu'elle a causé

59. Ainsi que la Commission du Droit international l'indique dans le commentaire des articles qu'elle a adoptés en 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, « [l]a question de la cessation est souvent étroitement liée à celle de la réparation et en particulier de la restitution »⁵⁵. Un État ne saurait en effet s'acquitter

⁵¹ V. S/PV.4841, p.19. V. également les interventions précitées (notes 73, 74 et 75) du représentant de l'Italie au nom de l'Union européenne des 14 et 20 octobre 2003 et du 8 octobre 2003.

⁵² Arrêt du 6 novembre 2003, par. 77 ; v. aussi le par. 68.

⁵³ Rapport du Secrétaire général, A/ES-10/248, par. 6.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 8.

⁵⁵ *Rapport de la Commission du droit international*, 53^{ème} session – Assemblée générale, Documents officiels, 56^{ème} session, Suppl. n° 10 (A/56/10) [ci-après *Rapport C.D.I.* 2001], p. 235, commentaire de l'art. 30, par. 7.

pleinement du devoir qui lui incombe, au titre de la réparation, d'éliminer les conséquences de son comportement illicite tant qu'il ne se conforme pas à l'obligation d'y mettre fin⁵⁶.

i) L'obligation de mettre fin à la situation illicite

60. Deux conditions doivent être réunies pour qu'un État responsable d'un fait internationalement illicite soit tenu de mettre un terme à celui-ci. Selon les termes employés par le Tribunal arbitral dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la naissance de l'obligation de cessation exige à la fois « que l'acte illicite ait un caractère continu et que la règle violée soit toujours en vigueur »⁵⁷ au moment où les conséquences juridiques de cet acte doivent être établies. A l'aune de ces deux conditions, il ne fait pas de doute qu'Israël ait, consécutivement à la construction du mur dans le territoire occupé, pour première obligation de mettre fin à son comportement illicite.

61. En effet, la construction du mur, selon le tracé retenu par Israël, doit avant tout être comprise comme le fait générateur d'une « situation illégale »⁵⁸. C'est cette situation, prise dans la globalité des violations qu'elle comporte, qui perdure aujourd'hui en contrariété de certaines des règles les mieux établies du droit international et qui doit prendre fin. Dans cette perspective, la première mesure qu'Israël doit prendre pour remédier à l'illégalité de son comportement consiste à arrêter les travaux qu'il a entrepris dans les territoires palestiniens depuis plus de dix-huit mois, ainsi que l'Assemblée générale le lui a demandé⁵⁹.

62. Bien qu'il ne se soit pas prononcé sur le problème du mur construit par Israël ou sur les conséquences qu'il entraîne, le Conseil de sécurité a, en de nombreuses occasions, adopté un langage similaire au sujet d'autres actes accomplis par Israël dans les territoires palestiniens occupés. Ainsi, dans la résolution 452 (1979), il « demande au gouvernement et au peuple israélien de cesser d'urgence d'établir, édifier et planifier des colonies de peuplement dans les territoires occupés depuis 1967, y compris Jérusalem »⁶⁰. De même, et alors qu'était déjà connue la décision prise par Israël d'édifier un « système de clôtures, de murs, de fossés et de barrières en Cisjordanie »⁶¹, le Conseil a exigé du gouvernement de ce pays qu'il « mette fin aux mesures de destruction des infrastructures civiles » dans certaines parties des territoires occupés⁶².

ii) L'obligation de réparer les dommages causés par la situation illicite

63. Comme la Cour permanente de Justice internationale l'a rappelé dans une formule célèbre :

⁵⁶ Dans l'*Affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* par exemple, la Cour a décidé que la première des mesures que l'Iran devait prendre pour remédier à la situation consistait à « faire cesser immédiatement la détention illicite » des otages américains (arrêt du 24 mai 1980, p. 44, par. 95, point 3), a)).

⁵⁷ Sentence du 30 avril 1990, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 270, par. 114 ; voir aussi le *Rapport C.D.I.* 2001, p. 234, commentaire de l'art. 30, par. 3.

⁵⁸ V. *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain)*, avis consultatif du 21 juin 1971, *Rec.* 1971, p. 54, par. 118.

⁵⁹ Voir les résolutions ES-10/13 du 21 octobre 2003 et 58/98 du 9 décembre 2003.

⁶⁰ Résolution du 20 juillet 1979.

⁶¹ Rapport du Secrétaire général, A/ES-10/248, par. 2.

⁶² Résolution 1435 (2002), 24 septembre 2002, par. 2.

« Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite [...], est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »⁶³.

64. La restitution constitue la modalité première de la réparation⁶⁴. Aux termes de l'article 35 du projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui codifie ici une règle inspirée par la simple logique et soutenue par une jurisprudence constante⁶⁵, l'État responsable est tenu d'y procéder « dès lors et pour autant [qu'elle] n'est pas matériellement impossible ». Or, même si, à la lecture du rapport du Secrétaire général, le mur apparaît comme une structure imposante, appelée à creuser une marque tangible dans le territoire palestinien occupé⁶⁶, la destruction de la partie située sur ce territoire et la remise des choses en l'état ne semblent pas impossibles.

65. D'une part en effet, alors que la restitution s'avère souvent impossible dans les hypothèses où le préjudice procède de la destruction d'un bien, elle paraît toujours pouvoir être effectuée lorsque, comme dans le cas présent, il s'agit à l'inverse de mettre à bas une structure existante. L'opération peut parfois présenter des difficultés pratiques importantes ; en tant que telles, celles-ci ne suffisent cependant pas à rendre la restitution matériellement impossible⁶⁷. D'autre part, et surtout, Israël a souligné en plusieurs occasions le caractère temporaire de l'ouvrage qu'il construit⁶⁸, en insistant d'ailleurs pour qu'il soit désigné comme une « clôture de sécurité » et non comme « un mur de séparation » à vocation permanente⁶⁹.

66. Dans le même temps, Israël a clairement exprimé sa volonté de subordonner un éventuel démantèlement du mur, ou une modification de son tracé, à l'évolution des négociations relatives au statut final des territoires palestiniens occupés⁷⁰. Une telle affirmation n'est pas compatible avec l'esprit même du processus de réparation, tel que la Cour permanente de Justice internationale l'a défini dans un *dictum* célèbre⁷¹.

⁶³ *Usine de Chorzów*, arrêt n° 13, 13 septembre 1928, série A, n° 17, p. 47 ; voir aussi C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, arrêt du 14 février 2002, *Rec.* 2002, pp. 31-32, par. 76.

⁶⁴ Dans l'arrêt relatif à l'*Usine de Chorzów*, la C.P.J.I. souligne d'ailleurs, dans la suite immédiate du passage précité, la primauté de la restitution sur les autres formes de réparation (série A, n° 17, pp. 47-48 ; v. aussi la sentence rendue par l'arbitre unique Dupuy dans l'affaire *Texaco-Calasiatic* (19 janvier 1977, texte in *J.D.I.*, 1977, p. 350).

⁶⁵ Voir notamment l'arrêt rendu par la C.P.J.I. dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (13 septembre 1928, série A, n° 17, p. 48) et les affaires citées par la C.D.I. dans le commentaire de l'article 35 (*Rapport C.D.I.* 2001, p. 257, n. 526).

⁶⁶ A/ES-10/248, notamment pars. 9-14.

⁶⁷ Dans une perspective similaire, il convient de rappeler que le Conseil de sécurité, après avoir constaté que « les pratiques d'Israël consistant à installer des éléments de sa population et de nouveaux immigrants » dans les territoires palestiniens occupés constituaient une « violation flagrante » de la 4^{ème} Convention de Genève, a demandé au gouvernement israélien de « démanteler les colonies de peuplement existantes » (résolution 465 (1980), 1^{er} mars 1980, pars. 5 et 6).

⁶⁸ Voir *supra* par. 37.

⁶⁹ Voir le rapport du Secrétaire général, A/ES-10/248, par. 2 (astérisque).

⁷⁰ Voir en particulier la déclaration faite à l'Assemblée générale par le Représentant permanent d'Israël aux Nations Unies, lors du débat consacré à l'adoption de la résolution ES-10/14 (texte disponible sur le site internet www.Israel-UN.org ; cf. aussi le communiqué de presse AG/1463 du 8 décembre 2003).

⁷¹ « C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même » (*Usine de Chorzów* (compétence), 26 juillet 1927, série A, n° 9, p. 21).

67. Pour que le rétablissement du *statu quo ante* soit aussi complet que possible, il importe enfin que le démantèlement du mur dans le territoire palestinien occupé soit accompagné de mesures de retrait des actes juridiques qui ont permis sa construction⁷² et, si besoin est, du versement d'une indemnisation appropriée.

iii) La nécessité d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées

68. La nécessité d'offrir des assurances ou des garanties de non-répétition du fait illicite ne résulte pas automatiquement de la commission d'un tel fait mais doit être envisagée à raison des circonstances particulières de la situation considérée⁷³. Dans une large mesure, elle procède donc avant tout d'une appréciation en opportunité, essentiellement fondée sur un examen de l'ampleur des manquements au droit constatés et de la probabilité du risque que ceux-ci se reproduisent. De ce double point de vue, l'octroi de telles assurances et garanties semblerait, dans les circonstances qui font l'objet de la présente demande d'avis, approprié.

b) L'obligation de ne pas reconnaître la licéité de la situation

69. L'obligation de ne pas reconnaître une situation illicite est souvent associée à la violation d'obligations qui présentent une importance fondamentale pour la communauté internationale dans son ensemble⁷⁴.

70. En l'espèce, lors des débats relatifs à la construction du mur qui se sont tenus au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale les 14 et 20 octobre, puis le 8 décembre 2003, les représentants permanents de la France et de l'Italie auprès des Nations Unies – ce dernier s'exprimant au nom des membres de l'Union européenne – ont exprimé des préoccupations quant aux conséquences que pourrait avoir la poursuite des travaux⁷⁵. Comme cela a été précédemment indiqué, il convient cependant de prêter foi aux engagements qu'Israël a pris sur ce point et, plus particulièrement, sur le fait que le mur ne constituait pas une frontière politique⁷⁶.

71. En tout état de cause, il n'est pas nécessaire de déterminer si ces manquements au droit constitueraient des violations graves d'obligations intransgressibles du droit international pour justifier la portée de l'obligation de non-reconnaissance dans la présente situation. Une telle détermination s'avère indispensable lorsque l'État responsable cherche à obtenir du sujet lésé lui-même la reconnaissance du fait illicite accompagnée d'une renonciation à contester ses conséquences⁷⁷. Elle paraît en revanche dénuée de véritable pertinence pour ce qui a trait au comportement des tiers : soit, en effet, ceux-ci n'ont pas à se

⁷² Le Conseil de sécurité a formulé à maintes reprises des demandes similaires à propos de mesures visant à modifier le statut de Jérusalem ou à favoriser l'implantation de colonies de peuplement (voir notamment les résolutions 446 (1979), 465 (1980) et 476 (1980) des 22 mars 1979, 1^{er} mars et 30 juin 1980 respectivement).

⁷³ Dans l'article 30, § b), de son projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la C.D.I. envisage l'obligation d'offrir de telles assurances et garanties « si les circonstances l'exigent ».

⁷⁴ Dans son projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la C.D.I. évoque l'obligation de non-reconnaissance et de non-assistance dans le cas de « violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général » (art. 40, § 2, et art. 41, § 2).

⁷⁵ V. S/PV.4841, p.19, pour l'intervention française au Conseil de Sécurité le 14 octobre 2003 ; v. A/ES-10/PV.21, p. 23, pour l'intervention du Représentant italien au nom des membres de l'Union européenne le 20 octobre 2003 devant l'Assemblée générale.

⁷⁶ *Supra*, pars. 37-38.

⁷⁷ Voir le *Rapport C.D.I.* 2001, commentaire de l'article 41, p. 311, par. 9.

prononcer sur l'état d'une relation juridique intersubjective qui leur est purement étrangère, soit, à l'inverse, il existe une situation d'illégalité objective susceptible de déployer des effets *erga omnes*, à laquelle ils ne peuvent, par définition, rester indifférents⁷⁸. C'est ce second cas de figure, analogue à maints égards au problème dont la Cour a eu à connaître en 1971, qui se présente ici.

c) L'obligation de reprendre l'exécution des obligations violées

72. Il n'existe aucun motif juridique permettant de penser que les obligations qui ont été invoquées dans le présent exposé sont devenues inapplicables du fait de l'édification du mur construit par Israël dans le territoire palestinien occupé. Qu'elles procèdent du droit international général, du droit humanitaire, des principes de la protection internationale des droits de l'homme ou des accords particuliers liant Israël et la Palestine, ces obligations sont toujours en vigueur et doivent être exécutées de bonne foi par les parties. Du strict point de vue de la question soumise à la Cour, le devoir de reprendre l'exécution des obligations qui ont été violées ne figure donc sans doute pas au nombre des conséquences juridiques de la construction du mur en territoire palestinien occupé.

73. La République française considère toutefois que la Cour pourrait utilement envisager d'évoquer, pour surplus de droit, les conséquences juridiques que l'édification du mur ne saurait avoir, en rappelant notamment les parties concernées, mais aussi la communauté internationale dans son ensemble, au respect de leurs obligations internationales et, notamment, au devoir de négocier en vue du règlement pacifique des différends⁷⁹.

CONCLUSION

74. La République française prie la Cour, dans le cas où elle estimerait devoir répondre à la demande d'avis consultatif contenue dans la résolution ES-10/14 de l'Assemblée générale, de le faire à la lumière des observations qui précèdent.

A Paris, le 30 janvier 2004



Ronny ABRAHAM
Agent de la République française

⁷⁸ Sur cette « situation illégale », voir *supra* par. 61.

⁷⁹ La Cour a procédé de la sorte à plusieurs reprises ; voir not. *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, *Rec.* 1980, pp. 42-43, par. 92 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, p. 81, par. 154 ; *Incident aérien du 10 août 1999 (compétence)*, arrêt du 21 juin 2000, *Rec.* 2000, p. 34, par. 55 (concernant l'obligation de régler pacifiquement les différends internationaux).