

Cour internationale de Justice

Enregistré au Greffe le :

28 JAN. 2004 / 3

International Court of Justice

Filed in the Registry on :

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

(REQUEST FOR ADVISORY OPINION)

ORDER OF 19 DECEMBER 2003

WRITTEN STATEMENT OF
THE LEAGUE OF ARAB STATES

January 2004

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

(REQUEST FOR ADVISORY OPINION)

ORDER OF 19 DECEMBER 2003

WRITTEN STATEMENT OF
THE LEAGUE OF ARAB STATES

January 2004

Table of Contents

INTRODUCTION

- I. Terms and scope of the request
- II. The position of the League of Arab States in the proceedings before the Court

PART ONE

Procedural Questions

- III. The competence of the General Assembly and the jurisdiction of the Court

 - 1. The competence of the General Assembly to request the Advisory Opinion
 - 2. The qualification of the question as a “legal” one
- IV. The duty of the Court to render the requested Opinion
 - 1. The so-called “discretionary character” of the advisory function of the Court
 - 2. Possible arguments against the Court rendering an opinion
 - a. The allegedly political nature or motivation of the question
 - b. The alleged absence of any useful legal purpose served by an advisory opinion on the question
 - c. The allegedly nefarious effect of an advisory opinion on ongoing or future settlement efforts

PART TWO

Substantive Questions

- A. The illegality of the wall
- V. Historical Background: The Development of the Palestine question

1. The Palestinian Mandate (24 July 1922)
2. The U.N. General Assembly resolution 181 (II) on the Future Government of Palestine (November 29, 1947)
3. General Assembly resolution 194 (III): the right to return
4. The occupation of the West Bank and the Gaza Strip, 1967
5. Security Council resolution 242 (1967) of 22 November 1967
6. The Madrid Conference
7. The Oslo Accords
8. The Wye River Plantation Accord
9. Camp David II
10. The Second Intifada
11. The Road Map: President George W. Bush's vision
12. Arab Peace Initiatives

VI. The Wall: factual, humanitarian, political and socio-economic impact

VII. The Wall as an internationally unlawful act - applicable law

VIII. The Wall – a violation of fundamental rules of general international law and of the Charter of the United Nations, in particular of the right to self-determination

1. Introduction
2. The international status of the territory as a mandated territory
3. The international status of the territory flowing from the right to self-determination
 - a. The right to self-determination in international law
 - b. The competence and responsibility of the General Assembly in the realisation of the right to Self-Determination and the legal effects of the resolutions
 - c. The right to Self-Determination of the Palestinian People
 - d. The right of the Palestinian People to Permanent Sovereignty over its Natural Resources

- e. The territory over which the right to Self-Determination of the Palestinian People may be exercised
 - f. The duties of the General Assembly and the Security Council in the peace process
4. The Wall – a violation of Art. 2 (4) of the Charter

IX. The Wall – a violation of international humanitarian law

- 1. Introduction
- 2. The applicability of the Fourth Geneva Convention
- 3. Alleged justifications of measures taken by the occupying power
 - a. Military necessity or similar considerations
 - b. The irrelevance of the argument of self-defence
- 4. The duty to ensure adequate living conditions for the population of the occupied territory
- 5. The duty to respect private property in occupied territory
- 6. The duty not to expel the civilian population of the occupied territory
- 7. The duty not to transfer the occupying power's population into occupied territory
- 8. The duty not to change the status of an occupied territory

X. The Wall – a violation of human rights law and standards

- 1. The applicability of human rights law in a territory occupied during an international armed conflict
- 2. The question of the limitations of fundamental human rights – general considerations
- 3. The Covenant on Civil and Political Rights
 - a. Article 12
 - b. Article 13
 - c. Article 26
- 4. The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
- 5. The Convention on the Rights of the Child

B. The Wall - legal consequences arising from the unlawful construction of the wall

1. The law of State responsibility – the obligations of the State of Israel
2. The law of State responsibility – the rights and duties of other States
3. The responsibilities and duties of the United Nations and the Specialised Agencies
4. Personal criminal liability

C. Conclusions and submissions

INTRODUCTION

I. Terms and Scope of the Request

1.1. By resolution A/RES/ES-10/14 of 8 December 2003, adopted at its 10th Emergency Session, the General Assembly of the United Nations decided, pursuant to Article 96, paragraph 1, of the Charter of the United Nations, to request the International Court of Justice urgently to 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, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?”

1.2. The General Assembly made this request following the obstinate refusal by Israel to heed to all pleas to discontinue the construction of and to dismantle the wall which is built well inside the Palestinian Occupied Territories and does not follow the Armistice Line of 1949 that now marks the boundary between Palestine and Israel. When a draft resolution urging Israel to desist from constructing that wall was not adopted by the Security Council due to a veto by the United States,¹ the General Assembly adopted Resolution ES-10/13 which, inter alia,

“1. Demands that Israel stop and reverse the construction of the wall in the Palestinian Occupied Territory, including in an around East Jerusalem, which is in departure of the Armistice Line of 1949 and is in contradiction to relevant provisions of international law;”

¹ UN Doc. S/2003/980 of 14 October 2003.

The Secretary-General, requested by the General Assembly to report on Israel's compliance with this resolution, concluded, in his report of 24 November 2003, that Israel had not complied with its obligations.²

1.3. The scope of the request has to be interpreted in the light of this history. By Resolution ES-10/13, the General Assembly had determined that the construction of the wall was a breach of international law. As it has then been confronted with Israeli non-compliance, it seeks to be enlightened by the Court as to the legal consequences of this continued refusal to comply. The ambit of the term "legal consequences", however, is not limited to a general declaration on international responsibility. The judicial function of the Court requires that the Court reaffirm the existing legal situation, which encompasses the breach of a wide catalogue of specific and detailed rules of general and conventional international law, the Charter and relevant resolutions of the Security Council and General Assembly, including the right to self-determination, international humanitarian law, human rights law, and contractual obligations, etc. Therefore, the Court is expected to answer to layers of questions: to clearly state that and why the construction of the wall is unlawful under international law and to state the legal consequences flowing from that illegality.

1.4. In performing this task, the Court must determine the nature of that Wall which has a devastating effect on the life of the Palestinian population and possesses all the features of a permanent structure. This means that although the existence of the wall is undisputed, the Court will have to ascertain a number of facts as to the impact and lasting effect of the wall. It should do so bearing in mind that the evidence strongly suggests that Israel is determined to create facts on the ground amounting to *de facto* annexation in violation of the Charter of the United Nations. The footprint of the wall itself is a cause of huge confiscation of land. By cutting the Palestinian territories into five barely contiguous territorial units deprived of international borders, it threatens the potential of any future viable Palestinian State with effective control and with a functioning economy. In the immediate, as well as long term, the construction of an apartheid wall through Palestinian land is denying the most fundamental economic and social rights to many thousands of

² UN Doc. A/ES-10/248, paras. 28 and 29.

Palestinians, leaving many of them separated from their lands or imprisoned by the winding route of the wall or in the closed military zone along the edge of the wall. This is a structured deprivation of lands, homes, crops and means of subsistence. The clear statement of the illegal character of the wall will then constitute the basis for the Court pronouncing itself on the legal consequences thereof: cessation, restitution, compensation, and a corresponding duty of all States and of the United Nations to take measure to ensure that these consequences are implemented.

II. The standing of the League of Arab States in the Proceedings before the Court

2.1. The Palestinian question has always been the core of the Arab- Israeli conflict, and at the top of the League of Arab States' agenda since its creation in 1945. The League's Pact asserted the right of Palestine to independence. Accordingly, Palestine was granted the full membership in the Arab League.

2.2. The League of Arab States as a regional governmental organization, and being a regional agency in the meaning of the U.N. Charter, is interested in settling the Palestinian question in all its aspects, and in reaching a comprehensive, just and lasting peace for the Arab-Israeli conflict. It deployed many efforts and took several initiatives to put an end to that conflict, and has adopted the Arab Peace Initiative in the Beirut summit of March 2002.

2.3. This is the reason why the League of Arab States requested the Court's permission to submit a written statement and also to appear before the Court in the oral proceedings. Pursuant to Art. 66 of its Statute, the Court decided that the League is likely to be able to furnish information on the question before it.

*

*

*

This written statement is divided into two parts. Part One shows the competence of the Court to give an advisory opinion on the subject-matter of the request. It establishes that the request comes from an authorized organ and that the request is phrased as and addresses a legal question. It also addresses the question of admissibility, and shows that the Court has no grounds to reject the request for an advisory opinion on the basis of judicial propriety (or has no compelling reasons to refuse the request for an advisory opinion).

Part Two is divided in three sections. Section A demonstrates that the construction of the wall being built by Israel in the Occupied Palestinian Territory is incompatible with a number of fundamental rules of international law. Section B asks of the Court to state the legal consequences which flow from this violation both *ratione materiae* and *ratione personae*. Section C summarises the argument in the form of submissions.

PART ONE
Procedural Questions

III. Competence of the General Assembly and the Jurisdiction of the Court

1. The competence of the General Assembly to request the Advisory Opinion

3.1. Article 65 of the Statute of the Court stipulates that:

“The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request.”

There is no doubt that the two prerequisites for the giving of an advisory opinion: namely that the request be made by a duly authorized organ and that the question put to the Court be a legal one, are both fulfilled in the present request as detailed in the following.

3.2. According to Article 96(1), the General Assembly (like the Security Council), in contrast to other authorized organs and specialized agencies, “may request the International Court of Justice to give an advisory opinion *on any legal question*.”³ The broad scope of this article, which reflects the very broad competence of the General Assembly under UN Charter Articles 10, 11 and 13, and hence, the almost complete liberty of the Assembly in requesting an opinion of the Court, has been confirmed by the Court.⁴ Thus, there is no

³ Italics added.

⁴ Advisory Opinion on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 July 1996, para. 11.

basis whatsoever for an objection pretending that the General Assembly, in seeking an opinion on questions relevant to the exercise of its broad powers under the Charter in relation to a territory with an international status over which it has continuing responsibility, went beyond the scope of this competence.

2. The qualification of the question as a “legal” one

3.3. The General Assembly now requests an advisory opinion from the Court on a legal question. The advisory opinion requested relates to the legality of the construction of the wall under international law, which necessarily, and by definition, is a “legal question”. It concerns the *international legal aspects* of a set of facts, *i.e.* the question of the incompatibility of the construction of the wall with the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions. Furthermore, the Court is requested to advise on the legal consequences of this incompatibility under international law, including the Charter. This question, too, involves the *interpretation* of international norms which might be applicable to the circumstances leading to the present proceedings which is an essentially a judicial task. The question submitted by the General Assembly has been “framed in terms of law and raise[s] problems of international law. ... [it is by its] very nature susceptible of a reply based on law”, hence it is a question of a legal character.⁵

3.4. That the Court may be called upon, as pointed out above, to ascertain certain facts in order to assess their legal significance is part of the traditional judicial function. It does not exclude that the request concerns a legal question.⁶

3.5. In sum, the Assembly’s request for an advisory opinion satisfies the conditions of Article 65 of the Statute of the Court and Article 96(1) of the Charter both *ratione personae* (the GA being a duly authorised organ) and *ratione materiae* (the request being on a legal

⁵ *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Rep. 1975, p. 18, para. 15.

⁶ *Namibia*, ICJ Rep. 1971, p. 27; *Western Sahara, loc. cit.* p.19).

question). And, accordingly, the Court is called upon to render the advisory opinions required.

IV. The duty of the Court to render the requested Opinion

4.1. Being the principal judicial organ of the United Nations, it is the foremost and noble task of the Court to assist the political organs of the United Nations by giving them advice on legal questions. This is the object and purpose of Art. 96 para. 1 of the Charter. Thus, it is in principle a legal duty of the Court to provide such advice.

4.2. Nevertheless, it has become customary even in advisory proceedings that States, by pleading preliminary objections, to try to convince the Court not to give an opinion on the substance of the matter. In view of the accelerated procedure contained in the Order of 19 December 2003 by which the Court has limited the written statements to only one followed by oral hearings, the League of Arab States is compelled to present counter-arguments in anticipation of certain possible allegations *ex hypothesi* by some States aimed at preventing the Court from performing its judicial function. This conjecture is not fictitious; it is based on previous contentions and allegations made in connection with advisory proceedings of the Court.

1. The so-called “discretionary character” of the advisory function of the Court

4.3. In the advisory opinion concerning the *Legality of the Threat or Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* of 1996,⁷ the Court was requested by some States not to give its opinion on the basis of an alleged “discretionary” power not to do so. In giving its opinion on the request made by the General Assembly, it responded to this allegation by

⁷ Advisory Opinion on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 July 1996.

emphatically reiterating that “it should not, in principle, refuse to give an advisory opinion”.⁸ It explained that “once it has established its competence to [give an opinion] ... only ‘compelling reasons’ could lead to such a refusal”.⁹ In fact, there has been no refusal, based on discretionary power, to act upon a request for advisory opinion in the history of the present Court. In the advisory opinion concerning the *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* requested by the World Health Organization, the Court justified the refusal to give the opinion requested on the basis of the Court’s lack of jurisdiction.

4.4. But, can the Court exercise an unfettered discretion when exercising its advisory function? True, certain of its *dicta* when read out of context, may lead to such a conclusion. This issue has been argued in detail before this Court by Professor Georges Abi-Saab, on behalf of Egypt, in the public sitting held by the Court on 1 November 1995 concerning the *Legality of Nuclear Weapons*. The present case recalls these arguments.

4.5. In the advisory opinion on *Certain Expenses of the UN*,¹⁰ the Court said that its power to give advisory opinions “is of a discretionary character.”¹¹ Similarly in its opinion on the *Western Sahara*¹² it said that Article 65, paragraph 1, of the Statute, which establishes the power of the Court to give an advisory opinion, was “*permissive* and under it, that power is discretionary in character.”¹³ But, one should read what comes after that and interpret the adjective “discretionary” in the light of the total statement. In order to understand that, one has to go back to the origins of the advisory function.

⁸ *Ibid.*, para. 14.

⁹ Italics added. *Loc cit.*

¹⁰ *Certain Expenses of the UN, (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory opinion of 20 July 1962, I.C.J. Reports 1962*, p. 151.

¹¹ *Ibid.*, p. 155.

¹² *Western Sahara, Advisory opinion of 16 October 1975, I.C.J. Reports 1975*, p. 12.

¹³ *Ibid.*, p. 21. Italics added.

4.6. The advisory function of the Court was introduced by Article 14 of the Covenant of the League of Nations which provided for the establishment of the Permanent Court of International Justice (PCIJ). Besides specifying that that Court was “competent to hear and determine any dispute of an international character which the Parties thereto submit to it”, Article 14 stipulated that the Court “*may also give an advisory opinion about any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly.*”¹⁴ In French, the other official language of the League, the formula was quite different. It was not permissive as the words “may also give” suggest, but it was mandatory; it read: “Elle donnera aussi ...”.

However, the difference between the two was not as fundamental as it was made to appear. The “permissive” English formula, in the circumstances, served no more than an “enabling clause” which was not meant to define the nature or character of the activity of the Court but simply to authorize it. It does not mean that the exercise of this activity is “discretionary”, nor does it necessarily exclude that such an exercise was “mandatory”.

4.7. The issue was not solved in either the original Statute of the Court nor in its first Rules. The question was not, however, ignored during the preparation of the Rules. It was raised in relation to a draft Rule which would have reserved the right of the Court “to refrain from replying to questions put to it which require an advisory opinion on a theoretical case”. At this early stage there were doubts as to the compatibility of the advisory activity with the judicial function of the Court and whether it constituted part of that function. There were fears lest it would undermine the credibility and prestige of the Court, particularly if it had to answer any question put to it by the political organs. The Court preferred, however, not to include any regulation on advisory opinions and thus leave the question open to be dealt with according to the circumstances of each case.

In the following year the Court had to address the issue in the famous *Eastern Carelia* case.¹⁵ It is usually invoked wrongly, it is submitted, to prove that the Court has an

¹⁴ Italics added.

¹⁵ *P.C.I.J., Series B, No 5, 1923.*

“unfettered discretion” to refuse to give advisory opinions. A careful reading of the case, however, reveals a very different picture.

4.8. In that case, Finland, a Member of the League of Nations, brought before the League Council a dispute it had with a non-Member State, the Soviet Federative Republic of Russia (as it was then called). Russia energetically rejected an invitation to submit the question of *Eastern Carelia* to the examination of the Council on the basis of Article 17 of the Covenant.¹⁶ But the Finnish Government persisted and brought the case before the Council. The Council ended up putting to the Court a question, which really would have decided the central point at issue between the two parties.

The Court declined to give the opinion. Its refusal, contrary to what was largely alleged, was mainly based on the absence of Russia’s consent to the advisory procedure itself, as a State which was neither a party to the Statute of the Permanent Court nor a Member of the League of Nations, hence based on inherent limitations posed by its Statute. There was no mention or question of discretion or discretionary power.¹⁷

The record shows that the *Eastern Carelia* precedent remains a solitary one throughout the span of life of both Courts - until came the request of the WHO mentioned above - and that the ICJ in its *dicta*, while describing its power to give advisory opinions as “discretionary” - which the old Court did not say - justified this on the grounds of the Court’s lack of jurisdiction in that case.

4.9. The Advisory Opinion on *Certain Expenses* is paradigmatic in this regard. The Court said that its power to give an advisory opinion is derived from Article 65 of the Statute. The power granted is of a discretionary character. In exercising its discretion, the present Court, like the PCIJ, has always been guided by the principle which the Permanent Court stated in

¹⁶ *Ibid.*, p. 24. Article 17 dealt with the settlement of disputes between Members and non-Members with the acceptance of the non-Member.

¹⁷ It is true that having reached its decision on this solid basis in *Eastern Carelia*, the Court - probably *ex abundante cautela* - added other reasons which might seem less constraining in nature, and which are the ones usually cited in support of the “discretionary power” interpretation of the Opinion. But these were only “supporting” arguments, not the main grounds of the decision.

the case concerning the *Status of Eastern Carelia* when it said that “The Court, being a Court of justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding their activity as a Court.”¹⁸ Therefore, and in accordance with Article 65 of its Statute, the Court explained, it can give an advisory opinion only on a legal question. If a question was not a legal one, the Court had no discretion in the matter; it must decline to give the opinion requested. But even if the question was a legal one, which the Court was undoubtedly competent to answer, it may nonetheless decline to do so. As the Court said in its Opinion on the *Interpretation of Peace Treaties*,¹⁹ the permissive character of Article 65 “gives the Court the power to examine whether the circumstances of the case are of such a character as should lead it to decline to answer the Request.”²⁰

And here comes the second part of the statement. But as the Court also said in the same Opinion, that “[t]he reply of the Court, itself an ‘organ of the United Nations’, represents its participation in the activities of the Organization, and in principle should not be refused.”²¹ Still more emphatically, in its Opinion of 23 October 1956,²² the Court said that only “compelling reasons” should lead it to refuse to give a requested opinion.²³

There are similar statements in the *Western Sahara*²⁴ case and elsewhere.

4.10. Is the permissive language of the beginning reconcilable with the constraining language of the end? Is the coexistence of two apparently contradicting propositions possible? On the one hand, it is said that the power is discretionary and that the Court can,

¹⁸ *P.C.I.J., Series B, No. 5, p. 29.*

¹⁹ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania of 30 March 1950, I.C.J. Reports 1950, 65.*

²⁰ *I.C.J. Reports 1950, p. 65 at p. 72.*

²¹ *Ibid.*, p. 71; and *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951, p. 15 at p. 19.*

²² *Judgments of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon complaints made against the U.N.E.S.C.O., Advisory Opinion of October 23rd, 1956, I.C.J. Reports 1956, p. 77.*

²³ *Loc. cit.*, p. 86. Also *cf.*, *I.C.J. Reports 1962, p. 151 at p. 155.*

²⁴ *I.C.J. Reports 1975, p. 12, para. 23 at p. 21.*

therefore, decline to give the opinion even if it was competent. On the other hand, it is argued that it is the Court's main contribution to, and form of participation in, the work of the Organization, the Court being "the principal judicial organ of the United Nations", to give advisory opinions and that in principle it should not refuse to do so, unless there are "compelling reasons" for that refusal. An interpretation which reconciles the two parts of the statement is proposed.

It all hinges on how the adjective "discretionary" is construed. If what is meant by it is *unfettered* discretion, then there is no way of avoiding the inner contradiction of the statement. But if it is interpreted by using the construction of the words of the statement itself one can find the way out of contradiction. That in certain cases, while "the Court is undoubtedly competent to answer, it may nonetheless decline to do so." If this is the definition of discretion, then it is fully reconcilable with the second compelling part of the statement.

They are reconcilable because the conditions of the exercise of the consultative function, the same as with the conditions of the exercise of the contentious function, go beyond the limits of the competence of the Court which are in this field, advisory jurisdiction, that the question be legal and that it falls within the jurisdiction of the requesting organ. The other conditions relate to *admissibility* which lies beyond competence. However, unlike in the context of the contentious function, where admissibility could settle and crystalize in the form of generally recognizable and concrete conditions, admissibility presented itself in the context of the new advisory function in the form of general considerations rather than precise conditions.

4.11. The general considerations of admissibility, while leaving to the Court a wider margin of appreciation than the concrete conditions, remain within the realm of admissibility. They are considerations of "propriety" and not of "opportunity". Propriety is subject to the test of what is proper for a judicial organ to do, *i.e.*, what is compatible with the judicial function. It is not a question of unfettered discretion or convenience.

Indeed, if we consider the advisory activity of the Court as part of its judicial function, we cannot consider it at the same time as "discretionary" in the sense of unfettered discretion according to *opportunity* and *convenience*. The difference between a right and a

function is that right is a power or a faculty which we can exercise or not, keep or abandon; while a function conjugates a power with a *charge or an obligation to exercise* it in the pursuit of a specific finality. This description applies as much to the advisory function as it does to the contentious function of the Court; it is not the preserve of the advisory function.

4.12. Even in relation to the contentious function - whose contours are much clearer and conditions of admissibility well settled and crystallized - there remains an illusive margin which cannot be reduced to precise conditions. Significantly enough, when the Court had to identify it, it did so by reference to the advisory function, thus confirming the identity of the problem and the solution in both. The Court did this in the *Northern Cameroons* case²⁵ where it said that:

“Both Courts have had occasion to make pronouncements concerning requests for advisory opinions, which are applicable to the proper role of the Court in disposing of contested cases; in both situations, the Court is exercising a judicial function. That function is circumscribed by inherent limitations which are none the less imperative because they may be difficult to catalogue, and may not frequently present themselves as a conclusive bar to adjudication in a concrete case. Nevertheless, it is always a matter for the determination of the Court whether its judicial functions are involved.”²⁶

The Court then added that like the PCIJ, it has always been guided by the principle which the latter stated in the case concerning the *Status of Eastern Carelia* on 23 July 1923 when it said that:

²⁵ *Case concerning the Northern Cameroons Cameroon v. United Kingdom, Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963, I.C.J Reports 1963, p. 15.*

²⁶ *Ibid.*, p. 30.

“The Court, being a Court of justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding their activity as a Court. (*P.C.I.J., Series B, No. 5, p. 29.*)”²⁷

This *dictum* explicitly identifies and unifies the *problematique* of the “general considerations of admissibility” for the two species of the judicial function.

4.13. Consequently, the so-called “discretion” is in fact reduced to a special duty of vigilance for the Court lest in any advisory proceedings (but also in any contentious proceedings) be trespassed by those “inherent limitations” of the judicial function “which are none the less imperative because they may be difficult to catalogue”.

In other words, the “discretionary power” of the Court thus comes down to no more than a wider margin of appreciation of the general considerations of admissibility of requests for advisory opinions; considerations whose default would mean that answering the question would be incompatible with the judicial function and not merely “inopportune” or “inconvenient” for the Court or for any other instance; and would constitute one of those “compelling reasons” which alone “should lead [the Court] to refuse to give the requested opinion”.

2. Possible arguments against the Court rendering the Opinion

4.14. It may be alleged that the Court should decline to give the requested advisory opinion. It may thus be argued that the ‘propriety’ of judicial involvement with the question is more than doubtful, and that the Court should not give the requested advisory opinion in the present case because there were several “compelling reasons” for it not to do so, e.g., that the General Assembly’s request leads to the question of the Court’s integrity since there is the danger of a pointless procedure.

²⁷ *Loc. cit.*

4.15. The reasons which may be given for this negative attitude can be synthetically formulated, *inter alia*, as follows:

- That it is political or politically motivated
- That the opinion can have no useful legal effect; or alternatively, and paradoxically
- That it will definitely have a nefarious effect on the ongoing and future negotiations between the parties to the Middle East conflict.

These arguments are explained and refuted *seriatim*.

a. The allegedly political nature or motivation of the question

4.16. It may be suggested that the question posed by the General Assembly is not a legal question but a political one, and that an opinion by the Court offering advice on what is essentially a political matter could undermine its authority and effectiveness. It may also be alleged that the legality and consequences of the construction of the Wall cannot be assessed using the norms of international law without such an assessment turning from a judicial into a political one.

4.17. The mere fact that the question may have political aspects, be related to an on-going political process or have been politically motivated, or that the opinion may have political implications, cannot deprive it of its character as a legal question nor prevent the Court from rendering its advisory opinion.

The Court has stated that:

“It is not concerned with the motives which may have inspired ... [the] request ...”²⁸

It has also affirmed that:

²⁸ *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, I.C.J. Reports 1948, p. 57 at p. 61.

“in institutions in which political considerations are prominent it may be particularly necessary for an international organization to obtain an advisory opinion from the Court as to the legal principles applicable with respect to the matter under debate ...”²⁹

On another occasion, the Court said:

“It has been argued that the question put to the Court is intertwined with political questions, and that for this reason the Court should refuse to give an opinion. It is true that most interpretations of the Charter of the United Nations will have political significance, great or small. In the nature of things it could not be otherwise. The Court, however, cannot attribute a political character to a request which invites it to undertake an essentially judicial task ...”³⁰

Thus, it is not for the Court to delve into the motivation which leads a duly authorized organ to request an advisory opinion on a legal question obviously falling within the jurisdiction of that organ even when that question relates to an issue which has other important political facets or is itself, *arguendo*, essentially political. In the request before the Court, the legal questions are clear and the Court can answer them without enquiring into any apparent or hidden political motives or other political facets of the issue.

4.18. In the same vein, it may be suggested, as a basis for the contention that the Court should decline to give the opinion, that there is disagreement within the international community as to whether such a request was appropriate in light of the circumstances of the adoption of General Assembly resolution A/RES/ES-10/14 of 8 December 2003. On a previous occasion the Court had clearly indicated that the political controversy at the background of the question was not a reason for it to decline to give the advisory opinion

²⁹ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, I.C.J. Reports 1980*, p. 73, para. 33 at p. 87.

³⁰ *Certain Expenses of the UN, Advisory opinion of 20 July 1962, I.C.J. Reports 1962*, p. 151 at p. 155.

requested.³¹ “Differences of views among States on legal issues”, explained the Court, “have existed in practically every advisory proceeding; if all were agreed, the need to resort to the Court for advice would not arise.”³²

It makes no difference that resolution A/RES/ES-10/14 was adopted amidst political controversy or whether it was adopted by a large majority or not. What matters is that it was properly adopted by the constitutionally required majority. It has thus to be considered as the expression of the legally valid will of the General Assembly.

Furthermore, the way in which the decision was adopted is not a concern for the Court for the purposes of Art. 65 of the Statute, for neither the Charter nor the rules of procedure of the GA contains specific provisions regarding the method of adopting a request for an advisory opinion.

4.19. In the final analysis, the argument that the Court should not deal with a request considered to be “political” boils down to restricting the Court to only dealing with the technical details, not with the fundamental questions of the international legal order, which would mean a restraint on the Court’s powers which is, of course, totally unacceptable.

b. The alleged absence of any useful legal purpose served by an advisory opinion on the question

4.20. It may be argued that an advisory opinion on the question put to the Court would serve no useful legal purpose, and would thus be a futile exercise of the judicial function, which disqualifies the request on grounds of “propriety”. The argument may go on to

³¹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, I.C.J. Reports 1971, p. 16, para. 40 at p. 27.*

³² *Ibid.*, para. 34 at p. 24.

explain that this is because the question does not fall in any of the categories of cases on which the Court has given advisory opinions up to the present.

4.21. The list of questions and matters dealt with by the Court obviously cannot limit the ambit of its advisory jurisdiction in any way. It is not a fast and hard list. In fact, it is quite natural for a Court of law to be requested to address different issues. However, what is controlling here is not this or any other list but the Statute of the Court. And the Statute is crystal clear when it provides that “[t]he Court may give an advisory opinion on any legal question”.³³ The only condition is that the question be of a “legal nature” and falling within the jurisdiction of the requesting organ, which is for the General Assembly coextensive with the Charter.

4.22. Here again would be an impermissible confusion between the advisory and contentious functions of the Court. There is no need here, as in contentious proceedings, to prove a “legal interest” as a pre-condition of admissibility of a case before the Court. In advisory proceedings, the Charter, including the Statute, leaves it to the discretion of the requesting organ to evaluate the appropriateness and the eventual usefulness of the requested advisory opinion for its current and future work.

4.23. The Court has on numerous occasions affirmed its duty as “the principal judicial organ of the United Nations”,³⁴ to respond to such requests. It stated that:

“The reply of the Court, itself Organ of the United Nations, represents its participation in the activities of the Organization, and in principle should not be refused.”³⁵

³³ Article 65 of the Statute of the Court.

³⁴ Article 92, Charter of the United Nations.

³⁵ *Interpretation of Peace Treaties (first phase), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 65 at p. 71; and *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951*, p. 15 at p. 19.

Indeed, the Court ruled that:

“no State, ... can prevent the giving of an Advisory Opinion which the United Nations considers to be desirable in order to obtain enlightenment as to the course of action it should take.”³⁶

It is not for the Court to decide in place of the General Assembly on the “desirability” or the “opportunity” of the request or to over rule it, when the Assembly itself had already considered it desirable.

4.24. It may be argued, nevertheless, that the nature of the case is such that the Court would be unable to give an advisory opinion which would be of positive assistance to the General Assembly and other organs of United Nations. It may also be argued that the Court would be forced to overstep the bounds of its function as “the principal judicial organ of the United Nations” to become a political body.

4.25. It is submitted, however, that the advisory opinion of the Court can be of great practical value. The Court has abundantly reiterated that its advisory activity constitutes its main form of participation in the activities of the United Nations of which it is the principal judicial organ and that a request in principle should not be refused.³⁷ The present request relates to an issue that lies within the hard core of the first purpose and principal function of the United Nations, namely the maintenance of international peace and security. It also relates to other areas in which the General Assembly is directly involved such human rights, decolonisation, including principle of self-determination, etc.

The question falls squarely within the ambit of the Assembly’s large mandate under Article 10 covering “all matters falling within the Charter”, as well as Articles 2(4), 11, 12

³⁶ *I.C.J. Reports 1950*, p. 65 at p. 71.

³⁷ *Loc. Cit.*; and *I.C.J. Reports 1951*, p. 15 at p. 19.

and 14 of the Charter. Answering the request by the Court would enlighten the General Assembly on the legal context in which its activities are carried out. A statement by the Court on 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, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions, cannot fail to have a positive effect on the long-standing negotiations in the United Nations and elsewhere, at least by reducing the scope of a legal controversy.

c. The alleged nefarious effect on ongoing or future settlement efforts

4.26. It may be argued that a judgment on the legal consequences of the construction of the Wall might jeopardize the ongoing and future settlement efforts. This, it is submitted, is pure conjecture, and even odd. A pronouncement by the Court on the subject is in no way incompatible with the pursuit of negotiations, especially if they were to be conducted in the light of an authoritative declaration on the issues involved.

4.27. In the *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, the Court refused to regard the contention that a reply from the Court might adversely affect ongoing negotiations and, therefore, be contrary to the interest of the United Nations as a compelling reason to decline to exercise its jurisdiction. The Court answered this allegation by asserting that “no matter what might be its conclusions in any opinion it might give, they would have relevance for the continuing debate on the matter in the General Assembly and would present an additional element in the negotiations on the matter. ... That being so, the Court cannot regard this factor as a compelling reason to decline to exercise its jurisdiction.”³⁸

4.28. It is difficult to understand how it can be believed by some that the declaration and clarification of the law, especially when this is furnished by the highest international legal

³⁸ *I.C.J Reports, 1996*, para. 17

instance, would not only have no relevance to a solution of a dispute, but even may have a harmful effect on the achievement of such a solution?

Confirming the illegality of the construction of the Wall and the determination of its legal consequences by an authoritative statement of the Court would play a major role in clarifying the law. Therefore, such a pronouncement cannot harm the ongoing or future negotiations aimed at settling the Middle East conflict. On the contrary, a pronouncement by the Court would likely facilitate such settlement.

PART TWO

Substantive Questions

A. The illegality of the Wall

V. Historical Background: The Development of the Palestine Question

1. *The Palestinian Mandate (24 July 1922)*

5.1. At the Peace Conference following the First World War, the Allied Powers divided up the Arab Territories under the former Ottoman Empire into Mandates; Palestine being assigned to Great Britain. Incorporated into the Mandate was the 1917 Balfour Declaration, which favoured the establishment in Palestine of a homeland for the Jews. The Preamble of the Mandate document stated that

“Whereas the Principal Allied Powers have also agreed that the Mandatory should be responsible for putting into effect the declaration originally made on November 2nd 1917, by the Government of His Britannic Majesty, and adopted by the said Powers, in favour of the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people, it being clearly understood that nothing should be done which might prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish Communities in Palestine, or the rights and political status enjoyed by Jews in any other Country;”

Article 2 of the Mandate document went on to declare that

“The Mandatory shall be responsible for placing the Country under such political, administrative and economic conditions as well secure the establishment of the Jewish national home, as laid down in the preamble, and the development of self-governing institutions, and also for safeguarding the civil and religious rights of all the inhabitants of Palestine, irrespective of race and religion.”

5.2. It should be noted that Palestine had been put under British Mandate according to the Covenant of the League of Nations signed as a part of the Treaty of Versailles on June 28, 1919. Article 22 of the Covenant contained the following paragraph:

“Certain Communities formerly belonging to the Turkish Empire have reached a stage of development where their existence as independent nations can be provisionally recognized subject to the rendering of administrative advice and assistance by a Mandatory until such time as they are able to stand alone. The wishes of these communities must be of principal consideration in the selection of the Mandatory.”

Palestine and the Palestinian People were a matter of concern during the Peace Conference (1919). Such concern was reflected in the King-Crane Commission’s report on August 30, 1919.

5.3. President Wilson appointed two Americans, Henry King and Charles Crane.³⁹ Britain and France, however, declined to nominate members to the Commission⁴⁰, perhaps for fear of being confronted by recommendations from their own delegates which might conflict with their policies. The Commission’s findings were suppressed and kept secret for three years. Their report was not published until 1947.

³⁹ They were assisted by others who had already made some study of Near East questions. See John, Robert and Hadawi, Sami.

The Palestine Diary – vol. 1, 1914-1945- Beirut 1970 p. 137.

⁴⁰ In fact, the British delegates, provisionally appointed, went to Paris early in May 1919, but the French had not appointed their delegates, the British Government declared that it was willing to agree to a purely American delegation. *ibid* p. 137.

5.4. For Palestine, the King-Crane Commission, recommended serious modification of the extreme Zionist program “of unlimited immigration of Jews, looking finally to making Palestine distinctly a Jewish state.” The Balfour Declaration in favour of “a national home for the Jewish people”⁴¹ was not equivalent to making Palestine a Jewish State; nor could the establishment of such a state be accomplished without the gravest trespass upon the “civil and religious rights of existing non-Jewish Communities in Palestine”. The fact was repeatedly exposed in the Commission’s Conferences with Jewish representatives, for “the Zionists looked forward to a practically complete dispossession of the present non-Jewish inhabitants of Palestine, by various forms of purchase. Subjecting the Palestinian to unlimited Jewish immigration, and to steady financial and social pressure to surrender the land, would be a gross violation of the principle (self-determination) just quoted, and of the people’s rights, though it kept within the forms of law. The feeling against the Zionist program was not confined to Palestine, but shared very generally throughout Syria... One effect of urging the extreme Zionist program would be an intensification of anti-Jewish feeling both in Palestine and in all other portions of the world which look to Palestine as the Holy Land.”⁴¹

5.5. A telegram was sent to from President Wilson Jerusalem by Mr. Crane and Dr. King on June 20, 1919. It warned that,

“Probably at no time has race feeling been so sensitive as just now. There was deep belief in American peace declarations as in those of the British and French Governments of 9 November 1918 on right of people to self-determination. Here older population, both Moslem and Christian, take united and most hostile attitude towards any extent of Jewish sovereignty over them. We doubt if any British Government or American official here believes that it is possible to carry out Zionist program except through support of large army.”⁴²

⁴¹ Ibid p. 139.

⁴² Ibid p. 137

5.6. Palestinian demands for independence and resistance to Jewish immigration led to a rebellion in 1937. By that time the British Government received the Report of Palestine Royal Commission (Peal Commission) on July 7, 1937, which was appointed in 1936 under Lord Peal. The commission recommended the termination of the Mandate for Palestine and the creation of two sovereign independent states. During the 25 years of the Palestine Mandate, from 1922 to 1947, large-scale Jewish immigration from abroad, mainly from Eastern Europe took place, the numbers swelling in the 1930s with the notorious Nazi persecution of Jewry. Over this period the Jewish population of Palestine, composed principally of immigrants, increased from less than 10 per cent in 1917 to over 30 per cent in 1947. By the mid-1940s, the Arab inhabitants comprised about two thirds of the territory's population of 2 millions.

5.7. Faced by continuing terrorism and violence during and immediately after the Second World War, Great Britain, as the Mandatory Power, tried to implement various formulas to bring independence to a land ravaged by violence. A partition scheme, a formulae for provisional autonomy, a unified independent Palestine were all considered and abandoned. In 1947, a frustrated Great Britain, turned the problem over to the United Nations.

5.8. When the United Nations was founded on 24 October 1945, the territory of Palestine was still administrated by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under a mandate received in 1922 from the League of Nations.

Drawing attention to "*the desirability of an early settlement in Palestine*", the British Government asked that a Special Session of the General Assembly be called immediately in order to constitute and instruct a special committee to prepare a preliminary study on the question of Palestine for consideration by the Assembly at its next regular session.

***2. U.N. General Assembly resolution 181 (II) on the Future Government of Palestine
(November 29, 1947)***

5.9. At the First Special Session of the General Assembly, which began on 28 April 1947, a Special Committee on Palestine was established. At the second regular session, after an intense two-month-long debate, the General Assembly, on 29 November 1947, adopted resolution 181 (II), approving with minor changes the Plan of Partition with Economic Union as proposed by the majority in the Special Committee on Palestine. The partition plan, a detailed four-part document attached to the resolution, provided for the termination of the Mandate, the progressive withdrawal of British armed forces and the delineation of boundaries between the two States and Jerusalem.

The plan included:

1. The creation of the Arab and Jewish States not later than 1 October 1948;
2. The division of Palestine into eight parts: three were allotted to the Arab State and three to the Jewish State; the seventh, the town of Jaffa, was to form an Arab enclave within Jewish territory; and
3. The international regime for Jerusalem, the eighth division, to be administered by the United Nations Trusteeship Council.

5.10. The adoption of resolution 181 (II) was followed by outbreaks of violence in Palestine. As the situation deteriorated, the Security Council called for a special session of the General Assembly, which then met from 16 April to 14 May 1948. On 17 April, the Security Council called for the cessation of all military and paramilitary activities in Palestine, and on 23 April it established the Truce Commission to supervise and help bring about a ceasefire. For its part, the General Assembly relieved the Palestine Commission of its responsibilities and decided to appoint a mediator entrusted with promoting a peaceful settlement in cooperation with the Truce Commission. On 20 May, Count Folke Bernadotte, President of the Swedish Red Cross, was chosen as United Nations Mediator.

5.11. On 14 May 1948, the United Kingdom relinquished its Mandate over Palestine and disengaged its forces. On the following day, the Jewish Agency proclaimed the

establishment of the State of Israel on the territory allotted to it by the partition plan. Fierce hostilities immediately broke out between the Arab and Jewish communities. The next day, regular troops of the neighboring Arab States entered the territory to assist Palestinian Arabs.

The fighting was halted after several weeks, through a four week truce called for by the Security Council on 29 May 1948.

The truce went into effect on 11 June and was supervised by the United Nations Mediator with the assistance of a group of international military observers, which came to be known as the United Nations Truce Supervision Organization (UNTSO).

Despite the efforts of the Mediator, no agreement could be reached on an extension of the truce, and fighting broke out again on 8 July.

5.12. On 15 July 1948, the Security Council decided in a resolution that the situation in Palestine constituted a threat to the peace. It ordered a ceasefire and declared that failure to comply would be construed as a breach of the peace requiring immediate consideration of enforcement measures under Chapter VII of the United Nations Charter. In accordance with that resolution, the second truce came into force. By that time, Israel controlled much of the territory allotted to the Arab State by the partition resolution, including the western part of Jerusalem.

5.13. Egypt and Jordan respectively administered the remaining portions of Gaza and the West Bank of the Jordan River (which included East Jerusalem, or the old city). More fighting took place in October 1948 and March 1949, during which Israel took over other areas, some originally allotted to the Arab State. In 1950, Jordan brought the West Bank including East Jerusalem formally under its jurisdiction pending a solution to the problem.

5.14. The hostilities also created a major humanitarian crisis, with almost 750,000 Palestinians being uprooted from their land and becoming refugees. While in the middle of negotiations between the parties, Count Bernadotte was shot and killed on 17 September

1948 in the Israel-held sector of Jerusalem. Ralph Bunche, of the United States of America, was appointed as Acting Mediator.

5.15. Between February and July 1949, under United Nations auspices, armistice agreements were signed between Israel, on the one hand, and Egypt, Jordan, Lebanon and Syria on the other.

The agreements, which were similar in general content, accepted the establishment of the armistice as an indispensable step towards the restoration of peace in Palestine. They also made clear that the purpose of the armistice was not to establish or recognize any territorial, custodial or other rights, claims or interests of any party.

3. General Assembly resolution 194 (III): The right to return

5.16. At its third regular session, on 11 December 1948, the General Assembly adopted resolution 194 (III), in which it delineated ways to resolve the Palestine problem. Following suggestions contained in the report prepared by Count Bernadotte for a solution to the increasingly intractable situation in Palestine, the Assembly declared that:

- Refugees wishing to return to their homes and live at peace with their neighbours should be permitted to do so at the earliest practicable date; and
- Compensation should be paid for the property of those choosing not to return.

The Assembly also called for the demilitarization and internationalization of Jerusalem and for the protection of, and free access to, the holy places in Palestine. Resolution 194 (III) also provided for the establishment of a three member United Nations Conciliation Commission for Palestine, which was to assume the functions of the United Nations Mediator insofar as it considered necessary. It was instructed to assist the parties in achieving a final settlement on all outstanding questions and to facilitate the

repatriation, resettlement and economic and social rehabilitation of the refugees. The Assembly subsequently named France, Turkey and the United States to the Commission.

5.17. In periodic reports submitted to the General Assembly since 1952, the Commission has repeatedly stressed that its efforts to advance matters towards the implementation of resolution 194 (III) depend on substantial changes in the attitudes of the parties.

The provisions of that resolution on the right of Palestinian refugees to return have been reasserted by the Assembly virtually every year since 1948.

Meanwhile, on 11 May 1949, Israel became a member of the United Nations. In admitting Israel, the General Assembly specifically took note of Israel's declarations and explanations made earlier to the Assembly's Ad Hoc Political Committee regarding the implementation of resolutions 181 (II) and 194 (III). Those declarations and explanations referred, *inter alia*, to the international regime envisaged for Jerusalem, the problem of Arab refugees and boundary Questions.⁴³

⁴³ The preamble to the GA resolution (273) admitting Israel to United Nations membership specifically referred to Israel's undertakings to implement General Assembly resolutions 181 (II) and 194 (III), the two resolutions that formed the centre of the Palestine issue in the United Nations:

“ Having received the report of the Security Council on the application of Israel for membership in the United Nations,

“ Noting that in the judgment of the Security Council, Israel is a peace-loving State and is able and willing to carry out the obligations contained in the Charter,

“ Nothing that the Security Council has recommended to the General Assembly that it admit Israel to membership in the United Nations,

“Noting furthermore the declaration by the State of Israel that it unreservedly accepts the obligations of the United Nations Charter and undertakes to honour them from the day when it becomes a Member of the United Nations’,

“ Recalling its resolutions of 29 November 1947 and 11 December 1948 and taking note of the declarations and explanations made by the representative of the Government of Israel before the hoc Political Committee in respect of the implementation of the said resolutions,

“ The General Assembly,

“ Acting in discharge of its functions under Article 4 of the Charter and rule 125 of its rules of procedure,

“ 1. Decides that Israel is a peace-loving State which accepts the obligations contained in the Charter and is able and willing to carry out those obligations;

“ 2. Decides to admit Israel to membership in the United Nations.”

4. The occupation of the West Bank and the Gaza Strip, 1967

5.18. In the 1967 war, Israel occupied the remaining territory of Palestine, until then under Jordanian and Egyptian control (the West Bank and Gaza Strip). This included the remaining part of Jerusalem, which was subsequently annexed by Israel. The war brought about a second exodus of Palestinians, estimated at half a million.

As a result of the 1967 Arab-Israel war, approximately 360,000 Palestinians were forced to leave the West Bank and Gaza Strip for Jordan, Syria, Lebanon and Egypt. More camps were constructed to accommodate this large number of refugees.

The military victory scored by Israel against the Arab armies encouraged it to launch air strikes against Palestinian cities and towns adjacent to the 1948 truce line. The air raids pushed scores of thousands of Palestinians to flee their village and towns to seek shelter out of the range of Israel artillery bombardment to more secure places like Ramallah and Jericho cities.

However, the continued Israeli hostilities against civilian targets prompted more people to leave these cities and towns for Jordan, where UNRWA had established camps at Nemria and Karam villages east of the Jordan river.

5.19. The 1967 war was a chapter of the Israeli strategy which has been exposed and described by Mr. Moshe Shertock (Sharett), former Prime Minister of Israel, as reported by Livia Rokach:

1. The Israel political/military establishment aimed at pushing the Arab States into military confrontations which the Israeli leaders were certain of winning. The goal of these confrontations was to modify the balance of power in the region radically, transforming Israel into the major power in the Middle East.
2. In order to achieve this strategic purpose, Israeli leaders carried out large and small-scale military operations aimed at civilian populations across the

armistice lines, especially in the Palestinian territories of the West Bank and Gaza, then under the control of Jordan and Egypt respectively. These operations had a double purpose: to terrorize the populations, and to create a permanent destabilization stemming from tensions between the Arab governments and the populations who felt they were not adequately protected against Israeli aggression.

3. The objectives of the Israeli leaders were to achieve a new territorial conquest through war. They were not satisfied with the size of the State, and sought to occupy at least the borders of Palestine under the mandate.
4. They made political and military plans to disperse the Palestine refugees in order to liquidate the claim of these refugees to be allowed to go back to their homeland.
5. They planned and carried out subversive operations designed to dismember the Arab World, defeat the Arab National Movement, and create puppet regimes which would gravitate to the regional Israeli power.⁴⁴

5. Security Council resolution 242 (1967) of 22 November 1967

5.20. The Security Council met on June 5, 1967, and continued its debates until November 22, 1967. It unanimously adopted resolution 242 (1967) which states:

“ The Security Council,

Expressing its continuing concern with the grave situation in the Middle East,

⁴⁴ Rokach, Livia, *Israel's Sacred Terrorism*, Belmont, Massachusetts, 1980, pp. 4-5 and Nakhleh, *Encyclopedia of the Palestine Problem*, 1991 vol. II, p. 883.

Emphasizing the inadmissibility of the acquisition of territory by war and the need to work for a just and lasting peace in which every State in the area can live in security,

Emphasizing further that all Member States in their acceptance of the Charter of the United Nations have undertaken a commitment to act in accordance with Article 2 of the Charter.

1. Affirms that the fulfillment of Charter principles requires the establishment of a just and lasting peace which should include the application of both the following principles:

- (i) Withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict;
- (ii) Termination of all claims or states of belligerency and respect for and acknowledgement of the sovereignty, territorial integrity and political independence of every State in the area and their right to live in peace within secure and recognized boundaries free from threats or acts of force;

2. Affirms further the necessity

- (a) For guaranteeing freedom of navigation through international waterways in the area;
- (b) For achieving a just settlement of the refugee problem;
- (c) For guaranteeing the territorial inviolability and political independence of every State in the area, through measures including the establishment of demilitarized zones;

3. Requests the Secretary-General to designate a Special Representative to proceed to the Middle East to establish and maintain contacts with the States concerned in order to promote agreement and assist efforts to achieve a peaceful and accepted settlement in accordance with the provisions and principles in this resolution;

4. Requests the Secretary- General to report to the Security council on the progress of the efforts of the Special Representative as soon as possible.”

5.21. It should be noted that the General Assembly at its Fifth Emergency Session discussed the Israeli aggression on the three Arab countries from June 19 to July 3, 1967.

Although the terms of resolution 242 were clear, Israel tried to misinterpret it in order to avoid its (*i.e.*, Israel's) withdrawal from the whole occupied Arab territories.

The proper and legal interpretation of resolution 242 must be made in the light of the debates in the General Assembly and the Security Council on the subject and in accordance with the principles of international law.

5.22. Many speakers at the Fifth Emergency Session in June-July, 1967, and in meetings of the Security Council in June to November stressed the principles ⁴⁵ enshrined in the resolution which may be summarised as follows:

1. The principles are derived from Article 2 of the United Nations Charter which states that “All members shall refrain in their international relations from the

⁴⁵ General Assembly, Fifth Emergency Special Session, June United Nations General Assembly Official Records, 1526th Plenary Meetings, 19 June, 1967; 1529th Plenary Meetings, 21 June, 1967; 1530th Plenary Meetings, 21 June, 1967; 1531th Plenary Meetings, 22 June, 1967; 1532th Plenary Meetings, 22 June, 1967; 1533th Plenary Meetings, 23 June, 1967; 1536th Plenary Meetings, 26 June, 1967; 1537th Plenary Meetings, 27 June, 1967; 1538th Plenary Meetings, 27 June, 1967; 1539th Plenary Meetings, 28 June, 1967; 1542nd Plenary Meetings, 29 June, 1967; 1546th Plenary Meetings, June, 1967; and Official Records of the Security Council, 1373rd Meeting, 9 November, 1967; 1379th Meeting, 16 November, 1967; 1381st Meeting, 20 November, 1967; and 1382nd Meeting, 22 November, 1967.

threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state.”

2. United Nations members do not accept war as means of settling disputes, nor that a State should be allowed to extend its frontiers as a result of war. This means Israel must withdraw.
3. The principle of the inadmissibility of territorial acquisition by force.
4. Total withdrawal of Israel forces from all the territories occupied by Israel as a result of the war which began on 5 June, 1967.
5. Article 2 of the United Nations Charter outlaws war:
 - (a) All members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security and justice are not endangered.
 - (b) All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations.
6. International Law condemns the use of force as an instrument of national policy.
7. No aggressor can be permitted to enjoy and retain the fruits of his aggression.
8. It is not permissible for a country to acquire territory of another state in order to bargain from a position of strength.

9. Rights cannot be established, territorial disputes cannot be settled, boundaries cannot be adjusted through the use of force.

10. Israeli forces must withdraw completely from all the lands occupied in the 1967 war and must return to the boundaries of the Armistice lines which existed on the 4th of June, 1967.

It has been claimed that Resolution 242 does not demand a total withdrawal from occupied territories, but only from some of them. This is based first on the resolution's reference to the right of every State to secure and recognized boundaries. It is also based on the wording of the English version of the text which calls for "withdrawal of Israeli armed forces from territories occupied in the recent conflict", without a definite article before the word "territories". This interpretation cannot be upheld for the Council's injunction is unambiguous. The preamble refers unequivocally to "the inadmissibility of the acquisition of territory by war". This interpretation is supported also by the equally authentic French version which requires Israel to withdraw "des territoires occupés". In addition, the resolution's drafting history indicates that the Security Council had no intention of endorsing Israeli annexation of any part of the West Bank or Gaza Strip. For example, the Indian ambassador to the Council stated in no uncertain terms that "(t)he principle of the inadmissibility of force is absolutely fundamental to our approach and we cannot accept or acquiesce in any decision that leaves out territories occupied by military conquest from the provision of withdrawal."⁴⁶ The Indian representative further cited two statements of policy delivered at the General Assembly's Fifth Emergency Session on 21 June 1967 by the British Foreign Secretary, Mr. George Brown, who stated the principles guiding the attitude of the British Government:

"Clearly, such principles must derive from the United Nations Charter (with reference to Article 2(4)) ... Here the words "territorial integrity" have a direct bearing on the question of withdrawal ... I see no two ways about this; and I can

⁴⁶ S/PV.1382, 222 November 1967, para.49.

state our position very clearly. In my view, it follows from the words in the Charter that war should not lead to territorial aggrandizement.”⁴⁷

The ambassadors of a number of other States expressed similar views, including those of the U.S.S.R. and France.

5.23. Resolution 242 emphasized the principle of the inadmissibility of the acquisition of territory by force and emphasized the duty of all States to act according to Article 2(4) of the Charter and demanded the withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict. This means that all the Israeli armed forces must withdraw from all the occupied Arab Territories. The argument of Israel and its supporters that the article “the” was not used in Resolution 242 with “territories occupied in the recent conflict” and, therefore, Israel is not bound to withdraw from all the occupied territories is false. The statements of various delegations in the General Assembly and the Security Council quoted above stated clearly, “that all Israeli armed forces must be withdrawn from all the occupied Arab territories” and there is no ambiguity. The phrase used was withdrawal of Israeli armed forces from territories occupied in the recent conflict”. Does the use of “Israeli armed forces” without “the” means that some of Israel armed forced may remain in the occupied territories? Certainly not! Moreover, the words in the French text are, “Retrait des forces armées des territoires occupés lors du récent conflit” means “the armed forces” and “the occupied territories”.

The matter was summed up by the statement of Mr. Aiken, Deputy Prime Minister and Minister for External Affairs of Ireland, before the Fifth Emergency Session of the General Assembly, who stated:

“I submit, Israel has no right whatever to annex the territory of her neighbours, and if the Security Council did not insist on the restoration of the boundaries as of June 4, the very basis of the Charter would be destroyed.”⁴⁸

⁴⁷ GAOR, Fifth Emergency Special Session, 1529th meeting, paras. 14 and 15.

⁴⁸ General Assembly Fifth Emergency Session, June, United Nations General Assembly official Records. Plenary Meeting, 1538th, June 27, 1967, P.5

5.24. The Security Council, by its Resolution 338 (1973) October 22, 1973, reaffirmed resolution 242 by stating that:

“The Security Council,

1. Calls upon all parties to the present fighting to cease all firing and terminate all military activity immediately, no later than 12 hours after the moment of the adoption of this decision, in the positions they now occupy;
2. Calls upon the parties concerned to start immediately after the cease-fire the implementation of Security Council resolution 242 (1967) in all of its parts;
3. Decides that, immediately and concurrently with the cease-fire, negotiations start between the parties concerned under appropriate auspices aimed at establishing a just and durable peace in the Middle East.”

6. The Madrid Conference

5.25. A Peace Conference on the Middle East was convened in Madrid on 30 October 1991, with the aim of achieving a just, lasting and comprehensive peace settlement through direct negotiations along two tracks: between Israel and the Arab States, and between Israel and the Palestinians, based on Security Council resolutions 242 (1967) and 338 (1973) (the “land for peace” formula).

5.26. There were many documents paving the way for the Madrid peace Conference, but special attention should be given to three of these documents for their significant importance to the Palestinian issue.

5.27. President Bush’s speech in his Address to Congress on 6 March, 1991, has been repeatedly cited as the Administration’s principal policy statement on the post (Gulf) war

order in the Middle East, particularly for the four ‘future challenges’ it outlines and its reference to the principle of territory for peace. He said: ⁴⁹

“Our commitment to peace in the Middle East does not end with the liberation of Kuwait. So tonight let me outline four key challenges to be met.

First, we must work together to create shared security arrangement in the region.

Second, we must act to control the proliferation of weapons of mass destruction and the missiles used to deliver them.

And third, we must work to create new opportunities for peace and stability in the Middle East. On the night I announced Operation Desert Storm, I expressed my hope that out of the horrors of war might come new momentum for peace. We have learned in the modern age geography cannot guarantee security and security does not come from military power alone.

A comprehensive peace must be grounded in United Nations Security Council Resolutions 242 and 338 and the principle of territory for peace. This principle must be elaborated to provide for Israelis security and recognition, and at the same time for legitimate Palestinian political rights. Anything else would fail the twin tests of fairness and security. The time has come to put an end to Arab-Israeli conflict”.

5.28. The second important text is the Invitation to the Madrid Peace Conference on 30 October, 1991:

“After extensive consultations with Arab states, Israel and the Palestinians, the United States and the Soviet Union believe that an historic opportunity exists to

⁴⁹ These excerpts are taken from the full text published in the Washington Post on 7 March, 1991

advance the prospect for genuine peace throughout the region. The United States and the Soviet Union are prepared to assist the parties to achieve a just, lasting and comprehensive peace settlement, through direct negotiations along two tracks, between Israel and the Arab states, and between Israel and the Palestinians, based on United Nations Security Council Resolutions 242 and 338. The objective of this process is real peace. Toward that end, the president of the U.S. and the president of the USSR invite you to a peace conference, which their countries will sponsor, followed immediately by direct negotiations. The conference will be convened in Madrid on October 30, 1991.

...

With respect to negotiations between Israel and Palestinians who are part of the joint Jordanian-Palestinian delegation, negotiations will be conducted in phases, beginning with talks on interim self-government arrangements. These talks will be conducted with the objective of reaching agreement within one year. Once agreed, the interim self-government arrangements will last for a period of five years; beginning the third year of the period of interim self-government arrangements, negotiations will take place on permanent status. These permanent status negotiations, and the negotiations between Israel and the Arab states, will take place on the basis of Resolutions 242 and 338 ...”

5.29. The third document to be quoted in this connection is the US Letter of Assurances to Palestinians of 18 October, 1991:

“The Palestinian decisions to attend a peace conference to launch direct negotiations with Israel represents an important step in the search for a comprehensive, just and lasting peace in the region. The United States has long believed that Palestinian participation is critical to the success of our efforts.

In the context of the process on which we are embarking, we respond to your requests for certain assurances related to this process. These assurances

constitute US understanding and intentions concerning the conference and ensuring negotiations.

These assurances are consistent with United States policy and do not undermine or contradict United Nations Security Council Resolutions 242 and 338. Moreover, there will be no assurances provided to one party that are not known to all the others. By this we can foster a sense of confidence and minimize chances for misunderstandings.

As President Bush stated in his March 6, 1991 address to Congress, the United States continues to believe firmly that a comprehensive peace must be grounded in United Nations Security Council Resolutions 242 and 338 and the principle of territory for peace. Such an outcome must also provide for security and recognition for all states in the region, including Israel, and for the legitimate political rights of the Palestinians people. Anything else, the President noted, would fail the twin tests of fairness and security.

The process we are trying to create offers Palestinians a way to achieve these objectives. The United States believes that there should be an end to the Israeli occupation which can occur only through genuine and meaningful negotiations. The United States also believe that this process should create a new relationship of mutuality where Palestinians and Israelis can respect one another's security, identity, and political rights. We believe Palestinians should gain control over political, economic and other decisions that affect their lives and fate.

...

The United States understands how much importance Palestinians attach to the question of east Jerusalem. Thus, we want to assure you that nothing Palestinians do in choosing their delegation members in this phase of the process will affect their claim to east Jerusalem, or be prejudicial or precedential to the outcome of negotiations. It remains the firm position of the United States that Jerusalem must never again be a divided city and that its final status should be

decided by negotiations. Thus, we do not recognize Israel's annexation of east Jerusalem or the extension of its municipal boundaries, and we encourage all sides to avoid unilateral acts that would exacerbate local tension or make negotiations more difficult or preempt their final outcome. It is also the United States position that a Palestinian resident in Jordan with ties to a prominent Jerusalem family would be eligible to join the Jordanian side of the delegation.

...

The United States has long believed that no party should take unilateral actions that seek to predetermine issues that can only be resolved through negotiations. In this regard the United States has opposed and will continue to oppose settlement activity in the territories occupied in 1967, which remains an obstacle to peace. ...”

7. The Oslo Accords

5.30. Negotiations between the Palestinian Liberation Organization (PLO) and Israel resulted in mutual recognition in September 1993. Norwegian diplomats played a key role in the process of negotiations which ended in Oslo. The Palestinians were granted limited autonomy in the West Bank and the Gaza Strip according the Declaration of Principles on the autonomy of the Israeli-occupied territories.

5.31. A series of subsequent negotiations culminated in the mutual recognition between the Government of State of Israel and Palestine Liberation Organization, the representative of the Palestinian People, and the signing by the two parties of the Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements in Washington, D.C., on 13 September, 1993, as well as the subsequent implementation agreement. That agreement led to several other positive developments, such as the partial withdrawal of Israeli forces, the elections to the Palestinians Council and the Presidency of the Palestinian National Authority, the partial release of prisoners and the establishment of a functioning

administration in the areas under Palestinians self-rule. The involvement of the United Nations has been essential to the peace process.

5.32. In the Oslo Accords, the Palestinians recognized Israeli sovereignty over 78% of historic Palestine (23% more than Israel was granted pursuant to the 1947 UN partition plan) on the assumption that the Palestinians would be able to exercise sovereignty over the remaining 22%. The majority of Palestinians accepted this compromise.

5.33. Pursuant to the Oslo agreements, Israeli forces withdrew from Jericho and the Gaza Strip in May 1994. The Palestinian National Authority, assumed control of the areas.

In July 1994 President Arafat entered Gaza as the President of the newly founded Palestinian National Authority, a political body responsible for governing the self-rule Palestinian areas, and in the mobilization and provision of international assistance.

5.34. The UN General Assembly welcomed the Declaration of Principles as an important step forward. The Assembly also reaffirmed that “the United Nations has a permanent responsibility with respect to the question of Palestine until the question is resolved in all its aspects in a satisfactory manner in accordance with international legitimacy.”

8. The Wye River Plantation Accord

5.35. The peace process suffered many setbacks in the first few years of the Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu’s administration; a breakthrough was needed to keep the peace process alive.

The Palestinian Authority President Yasser Arafat and Prime Minister Netanyahu met at the Wye River Conference on 15 October, 1998 for intensive peace negotiations. On 23 October, 1998. A peace deal was signed, following a 21 hours marathon bargaining session and the mediation of United States President Bill Clinton and King Hussein of Jordan. The land-for-security deal was hailed as a major accomplishment.

On 14 December, 1998, in implementation of the conditions set by the Wye Plantation agreement, members of the Palestine National Council voted to remove clauses from the Palestine Liberation Organization's Charter calling for the destruction of Israel.

5.36. In December 1998, the Netanyahu government failed to obtain a confidence vote by the Israeli Knesset. The Knesset voted to dissolve and hold early elections in May 1999. This was mainly in protest over the government's handling of the peace process with the Palestinian authorities. The succeeding Israeli Prime Minister, Ehud Barak, was to lead Israel into the peace process with the Palestinians and neighbouring states.

9. Camp David II

5.37. Between 11 and 24 July, 2000, President Clinton, President Arafat and Prime Minister Barak, along with other officials and technical advisers met at Camp Dived in order to negotiate a final settlement of the Palestine-Israel conflict based on the Oslo accords.

The negotiations ended in failure. The Palestinians demanded sovereignty over East Jerusalem including the Al-Haram-Al-Sharif (Al-Aqsa Mosque). They demanded full implementation of the right of return of the refugees under UN resolution 194(III). Israel offered proposals regarding the settlements that were modified in subsequent negotiations. These were modified in various ways by U.S. compromise proposals. Israel claims that they were far reaching and generous. The Palestinians claimed that the proposals would have perpetuated the precise situation of the interim agreements, in which the West Bank is divided into numerous small areas of Palestinian sovereignty interspersed with a much larger area of Israeli sovereignty.

5.38. For a true and lasting peace between the Israeli and Palestinian peoples, there must be two viable and independent States living as equal neighbours. Israel's Camp David proposal denied the Palestinian State viability and independence by dividing Palestinian territory into four separate cantons entirely surrounded, and, therefore, controlled, by

Israel. The Camp David proposal also denied Palestinians control over their own borders, airspace and water resources while legitimising and expanding illegal Israeli settlements in Palestinian territory. Israel's Camp David proposal presented a 're-packaging' of military occupation, not an end to military occupation.

10. The Second Intifada

5.39. On 28 September, 2000, a visit to Al-Aqsa Mosque by Israeli Prime Minister Ariel Sharon (then the Likud opposition leader) sparked a massive Palestinian rage in what soon came to be known as the second *Intifada*. Ever since, daily confrontations have been taking place between Palestinians and the Israeli army, the latter backed-up by armed settlers.

An escalation of a bloody suppressive campaign against the Palestinian people has, since, been underway. That campaign aimed at the assassination of leaders and civilians, demolition of homes, siege of cities and village, in addition to the destruction of the Palestinian infrastructure. All weapons available to Israel were utilized. The campaign reached its peak with the utilization of F-16 fighter jets and Apache helicopters, as well as heavy armoury, against the Palestinian people.

5.40. The Security Council, in resolution 1322(2000,) deplored the provocation carried out at Al-Haram-Al-Sharif in Jerusalem on 28 September, 2000, and the subsequent violence there and in other holy places, as well as, in other areas throughout the territories occupied by Israel since 1967, resulting in many Palestinian death and many other casualties. It condemned acts of violence, especially the excessive use of force against Palestinians, resulting in injury and loss of human life. It called upon Israel, the occupying Power, to abide scrupulously by its legal obligations and its responsibilities under the Fourth Geneva Convention and called for the immediate cessation of violence. It also requested that new provocative actions were avoided, and that the situation be returned to normality in a way which promoted the prospects for the Middle East peace process. I further stressed the importance of establishing a mechanism for a speedy and objective

inquiry into the tragic events of the past few days with the aim of preventing their repetition, and welcomed any efforts in that regard. The Council also called for the immediate resumption of negotiations within the Middle East peace process on its agreed basis with the aim of achieving an early final settlement between the Israeli and Palestinian sides.

11. The Road Map: President George W. Bush's Vision

5.41. By a letter dated 7 May, 2003, the United Nations Secretary-General transmitted to the President of the Security Council, for the attention of the members of the Security Council, the text of the Quartet's Performance-based Roadmap to a Permanent Two-State Solution to the Israeli- Palestinian Conflict ([S/2003/529](#)) to realize the vision of President Bush of two States, Israel and Palestine, living side by side in peace and security, as affirmed in the Council's resolution 1397(2002). The Secretary-General indicated that the text of the Road Map has been prepared by the Quartet (consisting of representatives of the United States of America, the European Union, the Russian Federation and the United Nations) and was presented to the Government of Israel and the Palestinian Authority on 30 April, 2003.

5.42. The above mentioned text is a performance-based and goal-driven road map, with clear phases, timelines, target dates, and benchmarks aimed at progress through reciprocal steps by the two parties in the political, security, economic, humanitarian, and institution-building fields, under the auspices of the Quartet.

The three successive and detailed phases are as follows:

Phase I Ending terror and violence, normalizing Palestinian life, and building Palestinian Institutions - present to May 2003.

Phase II Transition: June 2003 - December 2003.

Phase III Permanent Status Agreement and end of the Israeli-Palestinian conflict 2004-2005.

5.43. By resolution 1515(2003) the Security Council endorsed the Road Map, and called on the parties to fulfill their obligations under the Road Map in cooperation with the Quartet and to achieve the vision of two States living side by side in peace and security.

12. Arab Peace Initiatives

5.44. It should be noted that the Arab States, members of the Arab League, in line with their previous peace initiatives, have reaffirmed at the Beirut Summit of March 2002 the resolution taken in June 1996 at the Cairo Extra-Ordinary Arab Summit that a just and comprehensive peace in the Middle East is the strategic option of the Arab Countries, to be achieved in accordance with international legality, which would require a comparable commitment on the part of the Israeli Government.

The Beirut Summit adopted an Arab Peace Initiative based on the statement made by Crown-Prince Abdullah bin Abdul Aziz of the Kingdom of Saudi Arabia calling for full Israeli withdrawal from all the Arab territories occupied since June 1967, in implementation of Security Council Resolutions 242 and 338, reaffirmed by the Madrid conference of 1991 and the land for peace principle, and Israel's acceptance of an independent Palestinian State, with East Jerusalem as its capital, in return for the establishment of normal relations in the context of a comprehensive settlement with Israel. This initiative was welcomed by the Security Council through resolutions 1397(2002) and 1435(2002).

5.45. It is unfortunate that neither the Arab Peace Initiative nor the Road Map received a positive reaction from the Government of Israel. Since the Road Map was made public early in the year 2002, Prime Minister Ariel Sharon was doing whatever he could to avoid, by all means, the implementation of the Road Map while declaring his readiness to join the Map. At the time when the Quartet was involved in drafting the Road Map Mr. Sharon

started to undertake the implementation of an old project which had been rejected by his predecessors: to build a huge Wall to separate Israel and its settlements in the Palestinian occupied territories including East Jerusalem.

5.46 That unilateral project is a mere pre-emptive action against the Road Map and all peace process initiatives. The construction of the Wall is a gross violation of laws and customs and specific Israeli obligations and commitments as will be shown in the following.

VI. The Wall: factual, humanitarian, political and socio-economic impact

6.1. As to the true nature and the impact of the Wall on the life of the Palestinian population, there exist a number of documents within the framework of the United Nations, by Specialised Agencies of the United Nations system, by other governmental organisations, by human rights bodies and also by non-governmental organisations. The most important documents written under the auspices of the United Nations are the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly resolution ES-10/13⁵⁰ and reports submitted by Special Rapporteurs of the Commission on Human Rights, the Report of the Special Rapporteur, John Dugard, on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967⁵¹ and that of the Special Rapporteur, Jean Ziegler, on the Right to food.⁵² Specialised Agencies (the World Bank and the IMF) have joined forces with the European Union and the Governments of the United States and of Norway in forming a Local Aid Coordinating Committee which has submitted a report with regular updates.⁵³ As to human rights treaty bodies, various conclusions, observations and general comments of the Human Rights Committee, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Committee on the Rights of the Child have to be mentioned. As to non-governmental organisations, a recent report by Amnesty International deserves attention.⁵⁴

6.2. There is a remarkable concurrence among these documents as to the evaluation of the true nature and impact of the Wall.

The Wall has been established pursuant to a number of executive decisions taken by the Israeli Cabinet, the Ministerial Committee for Security Matters, the Prime Minister and the Minister of Defence. In addition, there are regulatory instruments (Orders) relating

⁵⁰ Doc. A/ES-10/248 of 24 November 2003.

⁵¹ Doc. E/CN4/2004/6 of 8 September 2003.

⁵² Doc. E/CN.4/2004/10/Add.2 of 31 October 2003.

⁵³ The Impact of Israel's Separation Barrier on Affected West Bank Communities, Report of the Mission to the Humanitarian and Emergency Policy Group (HEPG) of the Local Aid Coordination Committee (LACC), May 2003, updates July and September 2003.

⁵⁴ Amnesty International: Israel and the Occupied Territories. Surviving under siege: The impact of movement restrictions on the right to work, September 2003.

to specific collateral measures, in particular the right to reside in, enter into or leave closed areas.⁵⁵ The construction also requires measures for the expropriation of private land.

6.3. The course of the Wall is described in the Report of the Secretary-General:

“Phases of the route completed or under construction

12. Phase A (excluding occupied East Jerusalem). This initial part of the Barrier, which runs 123 kilometres from the Salem checkpoint north of Jenin to the settlement of Elkana in the central West Bank, was declared completed 31 July 2003, although work continues in some parts. Much of Phase A construction deviates from the Green Line,⁵⁶ and incorporates Israeli settlements. United Nations offices on the ground calculate that the Barrier has put approximately 56,000 Palestinians in enclaves, areas encircled by the Barrier that open into the West Bank. They include about 5,300 Palestinians in “closed areas” between the Barrier and the Green Line where Israel requires permits or identity cards for Palestinians who reside there or want to enter the area. The enclaves include the town of Qalqiliya (pop. 41,606) and, to its south, a cluster of three villages with about 7,300 residents.

...

14. Jerusalem. The existing barrier and planned route around Jerusalem is beyond the Green Line and, in some cases, the eastern municipal boundary of Jerusalem as annexed by Israel. Completed sections include two parts totalling 19.5 kilometres that flank Jerusalem, and a 1.5-kilometre concrete wall in the eastern Jerusalem neighbourhood of Abu Dis. The planned route includes a section due east of Jerusalem that links up with the existing Abu Dis wall; levelling of land has started at its southern end. A second section runs through the northern Jerusalem suburb of Al-Ram, which will be cut off from Jerusalem, and links with the existing northern

⁵⁵ Report of the Secretary-General, *loc. cit.* para. 19 *et seq.*

⁵⁶ This is often referred to as the “Seam-Zone” (footnote not in the original).

barrier section at the Qalandia checkpoint. A third section will surround five Palestinian communities north-west of Jerusalem, creating a 2,000-acre enclave with 14,500 people. A gap remains in the planned route due east of Jerusalem near the settlement of Maale Adumim.

5. Planned phases of the route

15. Elkana to Ofer Camp. This section links the north-western end of the Jerusalem Barrier with the southern point of Phase A construction at Elkana. It includes two “depth barriers” that together create enclaves encompassing around 29,000 acres and 72,000 Palestinians in 24 communities. The route deviates up to 22 kilometres from the Green Line to include several large settlements and approximately 52,000 settlers in the “Ariel salient”. Cabinet Decision 883 of 1 October does not explain the nature of the Barrier around this area, where the Government of Israel has said it would build disconnected “horseshoes” around the settlements. However, the official map shows a planned route that seamlessly encompasses the settlement block.

16. Southern West Bank. According to the official map, this route of the Barrier in the southern West Bank runs 115 kilometres from the Har Gilo settlement near Jerusalem to the Carmel settlement near the Green Line south-east of Hebron. It cuts several kilometres into the West Bank to encompass the Gush Etzion settlement block and the settlement of Efrat, creating enclaves with around 17,000 Palestinians. Ministry of Defence documents say that construction on this stage, which has not started yet, is slated for completion in 2005.”

6.4. To highlight some important points: the Wall does not follow the 1949 Armistice Line. It is obviously designed to protect the numerous Israeli settlements in the West Bank, which are unlawful under international law. It is a means to consolidate these Israeli settlements. It is, thus, a means to create a *fait accompli* in relation to the existence of this Israeli presence which should render any future agreement to the contrary impossible. It, thus, amounts to a *de facto* annexation.

6.5. Israel contradicts this analysis by claiming that the Wall is necessary on security grounds. The legal implications of this claim will be analysed in greater detail below.⁵⁷ But they are also contradicted as a matter of fact by a number of the reports mentioned above. Thus, the Special Rapporteur of the UN Commission on Human Rights maintains:⁵⁸

“Possibly, the Wall will assist in the achievement of the Government’s publicly declared goal – to prevent suicide bombers from reaching Israeli territory. Even this, however, by some who point to the fact that most suicide bombers have passed through checkpoints and that the Wall will not deter persons determined to cross into Israel to commit acts of terrorism. That this is a valid complaint is borne out by the comments of the Israeli State Comptroller in his report of July 2002 that ‘IDF documents indicate that most of the suicide terrorists and car bombs crossed the seam area into Israel through the checkpoints, where they underwent faulty and even shoddy checks’”.

The Amnesty International Report⁵⁹ goes even further:

“However, the increasingly sweeping and stringent restrictions imposed indiscriminately on all Palestinians have not put a stop to the attacks. On the contrary, attacks intensified as restrictions on the movements of Palestinians increased, calling into question the effectiveness of indiscriminate restrictions that treat every Palestinian as a security threat and punishes entire communities for the crimes committed by a few people.”

6.6. The impact of the Wall on the life of the Palestinian population is also eloquently described in the Report of the Secretary-General:

⁵⁷ Chapters IX and X.

⁵⁸ E/CN.4/2004/6 para. 8.

⁵⁹ *Loc. cit. supra.*

“The Barrier, in both completed and planned section, appears likely to deepen the fragmentation of the West Bank created by the closure system Israel imposed after the outbreak of hostilities in September/October 2000. The main component of the closure system is a series of checkpoints and blockades that severely restrict the movement of Palestinian people and goods, causing serious socio-economic harm. Recent reports by the World Bank and the United Nations show that construction has dramatically increased such damage in communities along its route, primarily through the loss of, or severely limited access to, land, jobs, and markets. According to the Palestinian Central Bureau of Statistics, so far the Barrier has separated 30 localities from health services, 22 from schools, 8 from primary water sources and 3 from electricity networks.

Palestinians living in enclaves are facing some of the harshest consequences of the Barrier's construction and route. For example, the Barrier surrounds the town of Qalqiliya, with the only exit and entry point controlled by an Israeli military checkpoint. This has isolated the town from almost all its agricultural land, while surrounding villages are separated from its markets and services. A United Nations hospital in the town has experienced a 40 per cent decrease in caseloads. Further north, the Barrier is currently creating an enclave around the town of Nazlat Issa, whose commercial areas have been destroyed through Israel's demolition of at least seven residences and 125 shops.

Completed sections of the Barrier have had a serious impact on agriculture in what is considered the "breadbasket" of the West Bank. In 2000, the three government of Jenin, Tulkarm and Qalqiliya produced US\$ 220 million in agricultural output, or 45 per cent of total agricultural production in the West Bank. Palestinian cultivated land lying on the Barrier's route has been requisitioned and destroyed and tens of thousands of trees have been uprooted. Farmers separated from their

land, and often also from their water sources, must cross the Barrier via the controlled gates. Recent harvests from many village have perished due to the irregular opening times and the apparently arbitrary granting of denial of passage. According to a recent World Food Programme survey, this has increased food insecurity in the area, where there are 25.000 new recipients of food assistance as a direct consequence of the Barrier's construction.

The Barrier's route through Jerusalem will also severely restrict movement and access for tens of thousands of urban Palestinians. A concrete wall through the neighbourhood of Abu Dis has already effected access to jobs and essential social services, notably schools and hospitals. The northern section of the Barrier has harmed long standing commercial and social connections for tens of thousands of people, a phenomenon that will be repeated along much of the route through Jerusalem. ...”

6.7. In the light of the purpose of the Wall to protect and promote the interests of the Israeli settlers, the course of the Wall is drawn exclusively with their interest in mind, regardless of the situation, needs, existing links and economic conditions of the Palestinian communities. Therefore, it cuts the lifelines of the Palestinian populations in various ways. In this respect, it adds to the misery already caused by a number of other existing restrictions: roadblocks, closed areas and the bypass roads for the exclusive use of the settlers (which, for the Palestinians, also constitute barriers). Thus, to go from one place to another becomes impossible or prohibitively burdensome and time consuming. All reports concur in stating that the regulated crossing points for the local population, which Israel claims to have established, do not exist in practice. Thus, contrary to what Israel has claimed on various occasions, measures to mitigate the harm caused by the Wall do not exist in practice.

6.8. The combined effect of these restrictions makes it impossible

- for workers to go to or to return from their place of work;

- for self-employed persons or businesses to have contact with their clients or to deliver their commodities to their clients;
- for farmers to have access to their agricultural land or to bring their products to their traditional markets;
- for farmers to have access to necessary resources, such as fertiliser;
- for persons in need of medical treatment to reach the places where this is available, or for doctors to reach their patients;
- for children to reach their schools; and
- for entire villages to have access to water for any purpose.

As these restrictions exist on a massive scale, they have made meaningful economic activity next to impossible. As a consequence, there is unemployment, widespread misery and malnutrition.

6.9. As a reaction to this misery, the affected population compelled to leave the enclosed areas. The practical effect, if not the intended result, of these measures is inducing Palestinians to leave their traditional homes. It is a *de facto* expulsion.

VII. The Wall as an internationally unlawful act - applicable law

7.1. As has been shown above, major elements of the question put to the Court by the General Assembly relate to the legality of the construction of the Wall in the light of the applicable rules of international law. The request gives two examples of such norms, namely the Fourth Geneva Convention of 1949 and relevant Security Council and General Assembly resolutions. These resolutions, as will be shown, point to two other bodies of international law, namely the law of human rights and to fundamental principles of the Charter of the United Nations. Thus, there are three areas of international law which have to be addressed in order to determine the legality or illegality of the construction of the Wall, i.e. international humanitarian law, in particular those rules concerning occupied territory, the international law of human rights and fundamental rules of general international law and the Charter of the United Nations, in particular the right to self-determination.

7.2. The first set of rules to be considered are fundamental norms contained in the Charter of the United Nations and in general international law, of which the most important principle is the right to self-determination. It has been recognized by many resolutions of United Nations organs that the Palestinian people possesses a right to self-determination. That right has also been recognized by a number of legal instruments adopted during the process which took place in the early 1990's, in particular the so-called Oslo Accords. These instruments, *inter alia*, make it clear that the territorial basis of this right of self-determination is the territory occupied by Israel in 1967. It will be shown that the Wall violates the status of Palestine as it has been authoritatively determined by the United Nations, infringes upon the Palestinian people's right to self-determination, including its ensuing right to statehood, and also its right to permanent sovereignty over natural resources. Another fundamental rule of general international law and of the UN Charter is the prohibition of the use of force (Art. 2 (4) of the Charter). It will be shown that the Wall constitutes an acquisition of territory by the use of force which is prohibited as it constitutes a violation of the said provision.

7.3. The relevance for the occupied Palestinian territory of international humanitarian law concerning occupation has been stressed on many occasions by organs of the United Nations, by the General Assembly, the Security Council and also, in particular, by the Commission on Human Rights. As far as treaty law is concerned, the two most relevant instruments are the Hague Regulations of 1899/1907 (arts. 42 *et seq.*) and the Fourth Geneva Convention (arts. 47 *et seq.*). The Hague Regulations are not binding as a matter of treaty law, as neither Israel nor Palestine are parties thereto. There is no doubt, however, that the relevant provisions of the Hague Regulations constitute an expression of customary international law and, this will be shown in greater detail below, the same holds true for the relevant provisions of the Fourth Geneva Convention. It will be shown that the Wall violates a number of important rules contained in these instruments.

7.4. Last but not least, a third set of norms are international guarantees of human rights. A number of UN-organs have used the law of human rights as a yardstick when dealing with issues relating to Palestinian occupied territory. The applicability of this body of law is the basic assumption underlying recent action by the Commission of Human Rights and its Special Rapporteur.⁶⁰ It will be shown below in greater detail that relevant rules of the law of human rights, in particular the Covenant on Civilian Political Rights, the Covenant on Social Economic and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child apply indeed. Although Israel is a party to these three instruments, it has to be mentioned, in addition, that international human rights also apply as a matter of customary law. It will be shown that the Wall violates a number of fundamental human rights.

⁶⁰ Report submitted September 8, 2003, UN Doc. E/CN.4/2004/6, para. 5 *et seq.*

VIII. The Wall – a violation of fundamental rules of general international law and of the Charter of the United Nations, in particular of the right to self-determination

1. Introduction

8.1. This Section will show that the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem has been recognized by the United Nations and the international community as a territory with an international status – a self-determination unit - with borders based on the Armistice Line of 1949. It will also show that the United Nations has a special responsibility under the Charter and general international law for the Territory and for the achievement of statehood.

8.2. This international status, reaffirmed under the Charter and the relevant resolutions of the General Assembly and Security Council, flows from the recognition by the international community of the right to self-determination of the Palestinian people; a right also recognized as a peremptory norm and an *erga omnes* obligation. This right is exercised within a recognized territory and hence is directly linked to the notion of territorial sovereignty. It entails the right of a people to determine their internal political status, their external status as statehood and their right to permanent sovereignty over their natural resources. As a corollary to this right to self-determination, the obligation is incumbent on all members of the international community, including Israel, to recognise this right and all rights flowing from it, including respect for the unity and territorial integrity of the occupied Palestinian territory. The contours of this Territory have been established and recognized in numerous General Assembly and Security Council resolutions.

8.3. On the other hand, flowing from the fact that this self-determination unit has been occupied since 1967, this Territory also has the status of an Occupied Territory which

entails the applicability of international humanitarian law and international human rights law. This will be examined in later Chapters of this Written Statement.

The Wall constructed by Israel, which cuts deep into the West Bank, isolating communities into cantons, enclaves and “military zones” and entrenching illegal settlements, constitutes a *de facto* annexation of territories parts of the Palestinian territory.

8.4. The Wall is, thus, in direct violation of the territorial integrity of the self-determination unit which it amputates and of the legal right to self-determination and statehood of the Palestinian people. It violates one of the most fundamental principles of contemporary international law: the right to self-determination, by creating a situation which is called “Bantustanization”⁶¹. This has been stated authoritatively in a number of declarations and reports.⁶² It has been confirmed by several other sources. The European Union, sponsor of resolution ES/10-13, has declared that:

“The European Union is particularly concerned by the route marked out for the Barrier in the Occupied West Bank. The envisaged departure of the Barrier from the “Green Line” could prejudice future negotiations and make the two-State solution physically impossible to implement. It would cause further humanitarian and economic hardship to the Palestinians. Thousands of Palestinians west of the fence are being cut off from essential services in the West Bank, Palestinians east of the fence will lose access to land and water resources. In this context the EU is alarmed by the designation of land between the Barrier and the “green line” as a

⁶¹ See Chapter VI. As the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Jean Ziegler, has stated: “Creating such ‘Bantustans’ would deprive a future Palestinian State of any coherent land base and international borders, and prevent the building of a Palestinian nation...”. See *Commission on Human Rights, Economic, Social and Cultural Rights, The Right to Food, Report by the Special Rapporteur, Jean Ziegler, Addendum, Mission to the Occupied Palestinian Territories (E/CN.4/2004/10/Add.2), paras.18 and 19.*

⁶² Report of the Secretary General and the Special Rapporteur on the right to food of the Commission of Human Rights, and the Special Rapporteur on the situation of Human Rights in the Palestinian occupied territories.

closed military zone. This is a de-facto change in the legal status of Palestinians living in this area which makes life for them even harder.”⁶³

8.5. The Special Rapporteur, John Dugard, further elaborates this violation of the right to self-determination:

“The right to self-determination is closely linked to the notion of territorial sovereignty. A people can only exercise the right of self-determination within a territory. The amputation of Palestinian territory by the Wall seriously interferes with the right of self-determination of the Palestinian people as it substantially reduces the size of the self-determination unit (already small) within which that right is to be exercised.”⁶⁴

8.6. The United Nations General Assembly in its Resolution A/RES/ES-10/13 of 27 October 2003, after reaffirming the principle of the inadmissibility of the acquisition of territory by force, the principle of equal rights and self-determination of peoples, and relevant General Assembly resolutions, including resolution 181 (II) of 1947 , declares itself

“Particularly concerned that 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.”

⁶³ Statement by the Permanent Representative of Italy to the United Nations on behalf of the European Union to the General Assembly of the United Nations on Illegal Israeli Action in Occupied East Jerusalem and the Rest of the Occupied Palestinian Territory (New York, 8 December, 2003).

⁶⁴ *Ibid.*, para.15

8.7. The United Nations has a special responsibility for the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem. Over the years, it has constructed a complete legal regime applicable to it. The United Nations' competence and responsibility, and that of the General Assembly in particular, flows from the initial status of Palestine as a Mandate for which international responsibilities were assumed as a "sacred trust of civilization", not dependent on the continued existence of the League of Nations. After the termination of the Mandate, this responsibility of the General Assembly derives from the collective recognition of the right to self-determination and statehood of the Palestinian people, and continues until such time as this right is fully realized. The General Assembly has thus not forfeited its supervisory power over the Territory, including its particular responsibility to oversee any future international status agreement, to ensure its conformity with that right and to put the two-State solution into effect. There is, moreover, a duty incumbent on all States, "to promote, through joint and separate action, realization of the principle....and to render assistance to the United Nations in carrying out the responsibilities entrusted to it by the Charter regarding the implementation of the principle...".⁶⁵

2. The international status of the territory as a mandated territory

8.8. The international status of Palestine initially derived from its status as a Mandate detached from the Turkish Empire and placed in 1922 under the League of Nations mandate system with Great Britain designated as the Mandatory Power. The Court, in its Advisory Opinions rendered in the South West Africa cases, recognized that the supervisory functions over the administration of the Mandate devolved upon the United Nations after the dissolution of the League.⁶⁶

8.9. The competence of the General Assembly to exercise such supervisory functions was said to derive in part from its broad powers under Article 10 of the Charter.⁶⁷ This meant

⁶⁵ GA Resolution 2625 (XXV)

⁶⁶ *International Status of South West Africa , Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p.128, 133.

⁶⁷ *Ibid.*, p.137; *Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions*

that the General Assembly became invested with the rights, duties and obligations appurtenant to the supervisory powers of the League of Nations over the Mandate, which it exercised also by the establishment of institutional mechanisms to deal with the future of the Territory and the settlement of the Palestinian question, initially, the United Nations Special Committee on Palestine (UNSCOP). It meant, too, that it had the competence to authorize any change of status for the mandated areas, since the power of the League also included modification of the terms of the Mandate. This authority was asserted in its decision to deal with Palestine and to propose a settlement of the matter by means of the Partition Plan. The competence of the General Assembly to determine the status of Jerusalem may also be drawn in part from the combined effects of Articles 13, 14 and 28 of the Mandate⁶⁸.

Res. 181 (II) laid down the concept of a two-State solution, with a special international regime for the City of Jerusalem to be administered by the United Nations.

8.10. Resolution 181(II) constituted recognition by the international community of the right to statehood of the Arab Palestinians and meant that neither the international status of

concerning the Territory of south-West Africa, Advisory Opinion, ICJ Rep.1955, p.76; *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, 1956, p.27-28. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, ICJ Rep.1971, p.16 at p.36

⁶⁸ Art.: 13. All responsibility in connection with the Holy Places and religious buildings or sites in Palestine, including that of preserving existing rights and of securing free access to the Holy Places, religious buildings and sites and the free exercise of worship, while ensuring the requirements of public order and decorum, is assumed by the Mandatory, who shall be responsible solely to the League of Nations in all matters connected herewith. Art. 14: A special commission shall be appointed by the Mandatory to study, define and determine the rights and claims in connection with the Holy Places and the rights and claims relating to the different religious communities in Palestine. The method of nomination, the composition and the functions of this Commission shall be submitted to the Council of the League for its approval, and the Commission shall not be appointed or enter upon its functions without the approval of the Council.

Art. 28: In the event of the termination of the mandate hereby conferred upon the Mandatory, the Council of the League of Nations shall make such arrangements as may be deemed necessary for safeguarding in perpetuity, under guarantee of the League, the rights secured by Articles 13 and 14,

the territory nor the primary responsibility of the General Assembly for the achievement of statehood came to an end with the termination of the Mandate.

General Assembly Resolution 273 (III), admitting Israel into the United Nations, noted in its preamble the declaration by the State of Israel that it “unreservedly accepts the obligations of the United Nations Charter...”. It further stated: “Recalling its resolutions of 29 November 1947 and 11 December 1948 and taking note of the declarations and explanations made by the representative of the Government of Israel before the Ad hoc Committee in respect of the implementation of the said resolutions...”

8.11. It can be argued, therefore, that Israel’s admission to the United Nations was conditioned on its acceptance of Resolutions 181(II) and 194(III) which placed on it an obligation to abide by their terms, including recognition of the right to statehood of the Arab Palestinians, and to cooperate with the United Nations in their implementation.

8.12. Resolution 181(II) has become the foundation of the establishment of a Palestinian State, thus the basis of legitimacy not only of the Israeli State but also of the Palestinian State which was declared by the Palestine National Council at its 19th Extraordinary Session in Algiers on 15 November 1988.

3. The international status of the territory following from the right to self-determination

a. The right to Self-determination in international law

8.13. Once the Mandate was terminated, the international status of the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, as well as the competence and responsibility of the United Nations for the Territory, came to be determined by reference to the right to self-determination.

8.14. The principle of self-determination of peoples enshrined in Articles 1(2), 55 and 56 of the Charter has been recognized by a number of important declarations adopted by the

General Assembly, in particular resolutions 1514(XV) and 2626(XXV). The principle has also been confirmed by the International Court of Justice in its *Namibia* opinion.⁶⁹

In the *East Timor* case, the Court said that “Portugal’s assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable.”⁷⁰ This *erga omnes* character means that the right to self-determination entails a corresponding duty on the part of all States, as stated in Resolution 2625 : “to promote, through joint and separate action, realization of the principle....and to render assistance to the United Nations in carrying out the responsibilities entrusted to it by the Charter regarding the implementation of the principle...”

b. The competence and responsibility of the General Assembly in the realization of the right to Self-Determination and the legal effects of its Resolutions

8.15. The pronouncements of the General Assembly concerning the international status of the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, the right to self-determination of the Palestinian people and the determination of the illegality of the construction of the Wall in breach of this status and right undoubtedly produce definitive legal effects and provide the basis for United Nations action.

8.16. Over the years the General Assembly has established its competence to determine the status of non-self-governing territories, as well as to determine, through a process of collective recognition, the peoples entitled to exercise their right to self-determination and the legitimacy of their representatives. Its resolutions have entailed a host of legal consequences. In its past practice in relation to Non-Self-Governing territories, the General Assembly asserted its competence on numerous occasions to make such binding

⁶⁹ *Namibia, op.cit.*, p.31.

⁷⁰ *East Timor (Portugal v. Australia)*, I.C.J. Reports 1995, p. 90, at p. 102

determinations concerning the status of territories, *inter alia* in the cases of Alaska and Hawaii, Puerto Rico, Portuguese overseas territories, Southern Rhodesia and Namibia, in order to state the rights and obligations which these territories had under the Charter and general international law. This came to be an accepted part of United Nations practice, and over the years the General Assembly has been responsible for overseeing the realization of the right to self-determination by numerous former colonies and mandated territories.

8.17. The International Court of Justice has dealt with the question of General Assembly determinations in its consideration of the legal validity and effects of General Assembly resolution 2145 (XXI) by which the Assembly declared the Mandate for South West Africa revoked on the basis that South Africa had failed to fulfil its obligations under it and that consequently, South Africa had no other right to administer the territory. In its Advisory Opinion, the Court pointed to a whole number of legal consequences which flow from General Assembly declaratory resolutions and from determinations which the Court has referred to as having “operative design”.⁷¹ Thus the Court, replying to the objection that the Assembly had made pronouncements which, not being a judicial organ, it was not competent to make, stated: “To deny to a political organ of the United Nations ... the right to act, on the argument that it lacks competence to render what is described as a judicial decision, would not only be inconsistent but would amount to a complete denial of the remedies available against fundamental breaches of an international undertaking”⁷² Replying to the objection that this latter pronouncement of the Assembly was a decision on a transfer of territory, the Court stated that this was “not a finding on facts, but the formulation of a legal situation”. According to the Court, therefore, the General Assembly did not decide on a transfer of territory but was only declaring the legal situation resulting from the revocation of the mandate. “It would not be correct to assume that because the General Assembly is in principle vested with recommendatory powers, it is debarred from adopting, in specific cases within the framework of its competence, resolutions which

⁷¹ *Nambia, op.cit.*, p.50.

⁷² *Ibid.* p.49.

make determinations or have operative design”.⁷³ The Court pointed out that the General Assembly had recourse, in that case, to the Security Council, not because it did not have the necessary legal powers to terminate the Mandate, but because it had no means of execution to ensure the withdrawal of South Africa.

8.18. The Court also maintained that “a binding determination made by a competent organ of the United Nations to the effect that a situation is illegal cannot remain without consequence...This decision entails a legal consequence, namely that of putting an end to an illegal situation and was opposable to all States in the sense of barring *erga omnes* the legality of a situation which is maintained in violation of international law.”⁷⁴

8.19. Even in relation to those resolutions recognized as being recommendations, Judge Sir Hersch Lauterpacht, in his Separate Opinion on *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South West Africa*, strongly denied that they have no legal effect whatsoever, for he stated that these recommendations must be given “due consideration in good faith”. Judge Lauterpacht continued:

“an Administering State (substitute for that Occupying State) which constantly sets itself above the solemnly and repeatedly expressed judgement of the Organization, in particular as that judgment approximates to unanimity, may find that it has overstepped the imperceptible line between impropriety and illegality, between discretion and arbitrariness, between the exercise of the legal right to disregard the recommendation and the abuse of that right, and that it has exposed itself to consequences legitimately following as a legal sanction”.⁷⁵

⁷³ *Ibid.*, p.50

⁷⁴ *Namibia*, pp.52,56

⁷⁵ Separate Opinion of Judge Lauterpacht, *Advisory Opinion on Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South West Africa*, ICJ Rep.1955, pp.118-119.

c. The right to Self-Determination of the Palestinian People

8.20. The United Nations has over the years affirmed, in a series of resolutions, a corpus of rules that would act as a legal framework for any negotiated settlement and for the achievement of statehood by the Palestinians. These rules remain the principled point of departure for any resolution of the issue, including the question of legality of the construction of the Wall.

8.21. The right of the Palestinian people to self-determination, referred to in the preamble of Resolution ES 10/14, constitutes a basic assumption of the question put to the Court by the General Assembly. The General Assembly has upheld and reaffirmed on innumerable occasions the inalienable right to self-determination of the Palestinian peoples, including their right to statehood.

General Assembly Resolution 2535B (XXIV) first stated that the causes of the Palestinian problem “has arisen from the denial of their inalienable rights under the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights...”. Shortly after this, the General Assembly issued Resolution 2672 C (XXV). This resolution recognized unambiguously, the right of the Palestinian people to self-determination. In this resolution, the General Assembly stated :

“Bearing in mind the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in Articles 1 and 55 of the Charter and more recently reaffirmed in the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

1. *Recognizes* that the people of Palestine are entitled to equal rights and self-determination, in accordance with the Charter of the United Nations;
2. Declares that full respect for the inalienable rights of the people of Palestine is an indispensable element in the establishment of a just and lasting peace in the Middle East.”

8.22. Numerous other General Assembly resolutions followed. Some of those resolutions affirmed this right, while others called for the need to provide the Palestinian People with the support necessary to ensure the actual implementation of this right. General Assembly Resolution 3236 (XXIX) is significant in this respect by its strong reaffirmation of the inalienable rights of the Palestinians:

“Expressing its grave concern that the Palestinian people has been prevented from enjoying its inalienable rights, in particular its right to self-determination,

Guided by the purposes and principles of the Charter,

Recalling its relevant resolutions which affirm the right of the Palestinian people to self-determination,

1. *Reaffirms* the inalienable rights of the Palestinian people in Palestine, including:
 - a) The right to self-determination without external interference;
 - b) The right to national independence and sovereignty;
2. *Reaffirms* also the inalienable right of the Palestinians to return to their homes and property from which they have been displaced and uprooted, and calls for their return;
3. *Emphasizes* that full respect for the realization of these inalienable rights of the Palestinian people are indispensable for the solution of the Question of Palestine;
4. *Recognizes* that the Palestinian people is a principal party in the establishment of a just and durable peace in the Middle East;

5. *Further recognize* the right of the Palestinian people to regain its rights by all means in accordance with the purposes and principles of the Charter of the United Nations;
6. *Appeals* to all States and international organizations to extend their support to the Palestinian people in its struggle to restore its rights, in accordance with the Charter;
7. *Requests* the Secretary-General to establish contacts with the Palestine Liberation Organization on all matters concerning the question of Palestine;”

8.23. As for the content of the right, this has been recognized as the right of the Palestinian people to freely determine their internal status and, in regard to their external status, their right to statehood. The two-State solution is thus in conformity with this right.

d. The right of the Palestinian People to Permanent Sovereignty over Natural Resources

8.24. The principle of permanent sovereignty over natural resources is an essential element of sovereignty and of the right to self-determination, recognized in the landmark Resolution 1803 (XVIII) of 1963. It is now found in a number of instruments, not least the two Human Rights Covenants. The term “permanent” means that the right is inalienable and, thus, reflects the peremptory nature of the norm.

8.25. The principle of Permanent Sovereignty over natural resources has come today to constitute the key principle of both international economic law and international environmental law, thus blending together with the promotion of sustainable development.

8.26. The General Assembly has applied the principle of permanent sovereignty over natural resources to peoples and territories under occupation, foreign domination or apartheid. On 15 December, 1972, it affirmed the principle for the first time in respect of the population of the territories occupied by Israel.⁷⁶ Since then, a series of resolutions have been adopted dealing specifically with permanent sovereignty of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, over their natural resources which later came to embrace its national wealth and economic activities, including land and water.⁷⁷

8.27. In the latest series of such resolutions, Resolution 58/229 adopted on 23 December 2003 entitled Permanent sovereignty of the Palestinian people in the occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan over their natural resources, the General Assembly:

“Reaffirming the principle of the permanent sovereignty of peoples under foreign occupation over their natural resources,

Guided by the principles of the Charter of the United Nations, affirming the inadmissibility of the acquisition of territory by force, and recalling relevant Security Council resolutions, including resolutions 242 (1967) of 22 November 1967, 465 (1980) of 1 March 1980 and 497 (1981) of 17 December 1981,

Reaffirming the applicability of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, of 12 August 1949, to the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and other Arab territories occupied by Israel since 1967,

Expressing its concern at the exploitation by Israel, the occupying Power, of the natural resources of the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and other Arab territories occupied by Israel since 1967,

⁷⁶ GA Resolution 3005(XXVII).

⁷⁷ See e.g. GA Res.3336 (1974), 32/161 (1977), 51/190 (1996), 54/230 (1999)56/204 (2001).

Expressing its concern also at the extensive destruction by Israel, the occupying Power, of agricultural land and orchards in the Occupied Palestinian Territory during the recent period, including the uprooting of a vast number of olive trees,

Aware of the detrimental impact of the Israeli settlements on Palestinian and other Arab natural resources, especially the confiscation of land and the forced diversion of water resources, and of the dire economic and social consequences in this regard,

Aware also of the detrimental impact on Palestinian natural resources of the wall being constructed by Israel inside the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, and of its grave effect on the economic and social conditions of the Palestinian people,

...

1. *Reaffirms* the inalienable rights of the Palestinian people and the population of the occupied Syrian Golan over their natural resources, including land and water;
2. *Calls upon* Israel, the occupying Power, not to exploit, cause loss or depletion of or endanger the natural resources in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan;
3. *Recognizes* the right of the Palestinian people to claim restitution as a result of any exploitation, loss or depletion of, or danger to, their natural resources, and expresses the hope that this issue will be dealt with in the framework of the final status negotiations between the Palestinian and Israeli sides;

It is significant that the vote was overwhelmingly in favour, thus reflecting the consensus of the members of the United Nations that the Wall is a direct encroachment on the inalienable right to permanent sovereignty over natural resources of the Palestinian people.

e. The Territory over which the right to Self-Determination of the Palestinian People may be exercised

8.28. As stated above, the right to self-determination can only be exercised over a territory, hence the affirmation of the right to self-determination of the Palestinian people means the affirmation of the self-determination unit in determined boundaries. This has been recognized by both the General Assembly and Security Council as the Territory beyond the Armistice Lines of 1949 corresponding to the Territory occupied by Israel since 1967, i.e. the West Bank, including East Jerusalem, and the Gaza Strip.

8.29. The confines of the State of Palestine have been confirmed by the United Nations. In 1988, the General Assembly responded to the decision of the Palestine National Council of 15 November 1988 by adopting General Assembly resolution 43/177. This Resolution acknowledged the proclamation of an independent State of Palestine, considered to be in line with Resolution 181 (II) "*and in exercise of the inalienable rights of the Palestinian people...*"; it decided that, effective as of 15 December 1988, the designation "Palestine" should be used in place of the designation "Palestine Liberation Organizatón" in the United Nations system, without prejudice to the observer status of the PLO.

8.30. The function of Resolution 43/177 was to recognize and affirm the intrinsic legality of a situation considered to be in conformity with GA Res 181 and other resolutions recognizing the right to self-determination of the Palestinian people, including the right to a State of its own. Indeed, only the Israeli occupation has prevented the State of Palestine from exercising authority over this territory.

8.31. The Security Council has supported the General Assembly's findings concerning the international status of the Territory. It asserted its competence in respect of Palestine as early as 1948 when, acting under Chapter VII of the Charter, it adopted Resolution 54 (1948) and determined that the situation in Palestine constituted a threat to the peace under Article 39. Acting on the basis of Article 40, it called for a cease-fire, declaring that failure

to comply with the resolution by the parties concerned “would demonstrate the existence of a breach of the peace within the meaning of Article 39 of the Charter, requiring immediate consideration by the Security Council with a view to such further action under Chapter VII” as it may decide. The resolution indicates that the terms of the resolution in relation to the maintenance of the truce would remain in force “until a peaceful adjustment of the future situation of Palestine is reached”.

8.32. Resolution 242 (1967), confirmed by Resolution 338, calls for withdrawal of Israel from *all* Occupied Territories. It has reaffirmed a well-known principle of international law, namely the inadmissibility of the acquisition of territory by force which is the corollary of the fundamental Charter principle prohibiting the threat or use of force. It has determined that all legislative and administrative measures and actions taken by Israel altering the status of Jerusalem or the occupied territories, are null and void.⁷⁸

8.33. The Security Council has repeatedly undertaken to seek further action in the event of Israel’s non-compliance, although it has up to now failed to do so.⁷⁹ In its resolution 476 (1980), the Security Council “1. *Reaffirms* the overriding necessity for ending the prolonged occupation of Arab territories occupied by Israel since 1967, including Jerusalem”.

8.34. There is, thus, a whole body of binding norms that the Council has either reaffirmed or established in regard to the obligation of Israel to respect the territorial integrity of the self-determination unit. This is confirmed by the Israeli-Palestinian agreements and by the fact that the State of Palestine is now recognized by a great number of States.

⁷⁸ e.g. Security Council Resolutions 242 (1967), 465, 476, 478, 484 (1980), 681 (1990). Many of these resolutions are recalled in recent ones, for e.g. Resolution 1322 (2000)

⁷⁹ See in particular Security Council Resolution 267 (1969).

f. The duties and responsibilities of the General Assembly and the Security Council in the peace process

8.35. The collective recognition of the right to self-determination of the Palestinian People has as its corollary the recognition of the competence and special responsibility for Palestine of the United Nations which continues until the inalienable right of the Palestinian People to self-determination and full statehood has been realized. It is on the basis of this responsibility that the UN has proceeded to outline the modalities of the realization of this right to statehood and that it assumed the competence to convene a series of conferences on the Middle East, and since 1991, to endorse the peace proposals that have been put forward since the Madrid Peace Conference in 1991.

8.36. Both the General Assembly and the Security Council have, thus, been intimately concerned with peace negotiations. In Resolution 55/55 of 1 December 2000, the General Assembly expressed “*its full support* for the ongoing peace process which began in Madrid and the Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements of 1993, as well as the subsequent implementation agreements, including the Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip of 1995 and the Sharm el-Sheikh Memorandum of 1999”.

8.37. The Security Council, by its unanimous adoption of Resolution 1515, has also endorsed the Middle East Quartet’s Road Map towards a permanent, two-State solution to the Israeli-Palestinian conflict, a goal which it stated had to be achieved, *inter alia* on the basis of Council Resolutions 242 (1967), 338 (1973) and 1397 (2002). Thus, the Security Council also confirmed this primary responsibility of the United Nations.

8.38. Over the years, therefore, the United Nations has affirmed in a series of resolutions:

- 1) The legitimate inalienable right of the Palestinian people to self-determination, including the right to national independence and sovereignty, i.e. the right to establish its own independent State.

- 2) The legitimacy of its representatives – the PLO – granted Permanent Observer Status in the General Assembly and other UN bodies.
- 3) In regard to Israel's occupation of the Palestinian Territory including East Jerusalem since 1967, the principle of the inadmissibility of the acquisition of territory by force and the application of the 1949 Geneva Conventions to the Territory.
- 4) The consequent invalidity of all legislative and administrative measures and actions taken by Israel purporting to alter the character and status of the Occupied Palestinian Territory, in particular, the so-called Basic Law on Jerusalem, the establishment of settlements, the destruction of homes and property, the confiscation of land, and the policy of deportations.
- 5) The inalienable right of the Palestinians to return to their homes and property from which they have been displaced and uprooted.
- 6) The necessity for any solution of the question of Palestine to fully respect for and implement these inalienable rights of the Palestinian people.

8.39. In various ways, the construction of the Wall infringes upon fundamental principles of international law, the Charter of the United Nations and relevant resolutions of the General Assembly and Security Council:

1. It violates the international status of Palestine as authoritatively determined by the United Nations.
2. It violates the right to self-determination of the Palestinian People, including the right to statehood.
3. It violates the right of the Palestinian people to permanent sovereignty over their natural resources.

4. The Wall – a violation of Art. 2 (4) of the Charter

8.40. It has been stated above on several occasions that the Wall amounts to a *de facto* annexation. This annexation is imposed on the Palestinian People through the use of

superior military force by Israel. As any other annexation brought about by the use of force, it is unlawful.

8.41. The principle that the acquisition of territory through the use of force is prohibited is a consequence of the prohibition of the use of force. In elaborating this principle, the General Assembly, in the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations⁸⁰ formulates this rule as follows:

“The territory of a State shall not be the object of acquisition by another State resulting from the threat or use of force. No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognised as legal.”

That formulation makes no exception for a use of force in self-defence. The reason is that the annexation of territory, by definition, cannot constitute self-defence. It cannot be a means to repel an armed attack, it is a measure of a completely different nature.

8.42. This understanding of the rule is already the basis for the relevant holding of the Security Council in resolution 242 (1967)⁸¹ where it emphasizes “the inadmissibility of the acquisition of territory by war” without addressing the question which of the parties to the conflict was the aggressor and which acted in self-defence. For the application of the rule prohibiting the acquisition of territory through the use of force, that question is irrelevant. In the same sense, numerous United Nations bodies have repeatedly confirmed the rule that the acquisition of territory through use of force is illegal.

8.43. Bearing all the elements of an annexation by the use of force, the Wall constitutes a violation of Art. 2 (4) of the Charter.

⁸⁰ Resolution 2625 (XXV).

⁸¹ See above para. 5.21.

IX. The Wall – a violation of International Humanitarian Law

1. Introduction

9.1. As pointed out above, the main sources of the international legal regime of occupation in times of armed conflict are found in the Hague Regulations on Land Warfare and in the Fourth Geneva Convention. These two instruments also reflect the current state of customary international law. But in recent debate, the question whether the Fourth Convention applies as a matter of treaty law has received considerable attention.

2. The applicability of the Fourth Geneva Convention

9.2. The territory where the wall is being built was occupied by Israel in 1967. Israel claims that the Fourth Convention could not apply to this occupation because at the relevant time, this territory did not belong, as a matter of law, to Jordan nor to any other party to the Geneva Conventions (argument of the “missing reversioner”). This is a misconstruction of the scope of application of the Fourth Convention. The Convention applies according to its art. 2 para. 1 in any case of an armed conflict between two or more High Contracting parties. In 1967, there was, indeed, such an armed conflict between, on the one hand, Israel, and, on the other hand, Jordan, Egypt and Syria, all four States being parties to the Geneva Conventions. Within the framework of this conflict, Israel occupied the territory of the West Bank including East Jerusalem, and also that of the Gaza Strip, both territories not belonging to Israel as it had established itself within the boundary lines drawn by the armistice agreements in 1949. There is no legal reason whatsoever to exempt those territories from the scope of application of the Fourth Convention in that conflict between various parties to the Geneva Conventions. The argument of the missing reversioner is simply irrelevant. Although put forward on several occasions by Israel, the argument has consistently been rejected by both the Security Council and the General

Assembly.⁸² The application of the Fourth Convention once being established, the relevant provisions continue to be applicable according to art. 6 of the Convention.

9.3. In addition, however, there are two further legal considerations which require the application of the Convention. In 1988, Palestine acceded to the Conventions and to the Protocols Additional thereto.⁸³ At that time, a number of States raised objections to that accession arguing that Palestine was not a State. Be that as it may, when the Palestinian people was even recognized by Israel as a subject of international law through the conclusion of the Oslo Accords and the documents related thereto, the argument that Palestine does not have the international legal capacity required for becoming a party to the Geneva Conventions becomes untenable. It is considered to be a “power” within the meaning of common art. 60/59/139/155. That “power” is bound by the earlier declaration of accession and is also entitled to the legal benefits deriving from it.

But even if one does not accept that argument, the same result flows from an application of art. 2 para. 3 *in fine* of the Fourth Convention. Palestine is to be considered a power which “accepts and applies the provisions” of the Convention and according to the said part of art.2, is therefore bound by the Conventions, while all other High Contracting Parties are also bound in relation to that power.

For all these reasons, the Fourth Convention applies as a matter of treaty law in relation to the territory referred to as the Palestinian occupied territory. This was confirmed in no uncertain terms by the Conference of the High Contracting to the Fourth Geneva Convention, in its Declaration adopted in Geneva, 5 December 2001.⁸⁴

⁸² See, *inter alia*, the Security Council resolutions 446 (1979), 465 (1980) and 681 (1990); General Assembly resolutions ES-10/2, ES-10/3.

⁸³ For an account see F. Ouguergouz, *La Palestine et les Convention de Genève du 12 août 1949 ou l’histoire d’une adhésion avortée*, in : L. Boisson de Chazournes/V. Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, pp. 507 *et seq.*

⁸⁴http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc/docum2.Par.0006.UpFile.pdf/mg_011205_4gcdeclarn_e.pd.

“The Participating High Contracting Parties reaffirmed the applicability of the Fourth Convention to the Occupied Palestinian Territories, including East Jerusalem. Furthermore, they reiterated the need for full respect for the provisions of the said Convention in that Territory.”

9.4. As already pointed out, the rules of the Fourth Convention and of the Hague Regulations also apply as a matter of customary international law. Where there might be doubt in this respect in the case of particular rules, the question will be dealt with in more detail below.

3. Alleged justifications of measures taken by an occupying power

a. Military necessity and similar considerations

9.5. It is sometimes argued that security considerations justify the construction of the wall.⁸⁵ Whether and to what extent that argument holds true as a matter of fact is discussed elsewhere. As a matter of law, it has to be emphasized, however, that “security considerations” or “military necessity” do not constitute catch all justifications for any violation of international humanitarian law. Various rules of international humanitarian law recognize military necessity or similar concepts as a legal consideration limiting the scope of the humanitarian obligation. But the balance between military and humanitarian considerations is carefully struck in each of those provisions. It is, thus, in the interpretation of each of the relevant rules of international humanitarian law that the question whether military considerations might justify a measure taken by an occupying power has to be analysed in detail.

⁸⁵ Report of the Secretary General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13, UN Doc. A/ES-10/248, annexe I.

b. The irrelevance of the argument of self-defence

9.6. Israel also argues⁸⁶ that the construction of the wall is justified as a measure of self-defence within the meaning of art. 51 of the Charter. That argument is flawed because it disregards the field of application of the notion of self-defence. It erroneously blurs the dividing line between *ius in bello* and *ius ad bellum*. International humanitarian law as part of the *ius in bello* applies equally to both sides of an international armed conflict, whether it be the aggressor or the victim of an aggression. Also the victim of an armed attack, which under the rules of the *ius ad bellum* is entitled to act in self-defence, is bound by the rules of international humanitarian law in doing so. Thus, the argument of self-defence cannot be used to justify any deviation from the applicable rules of international humanitarian law. Thus, where a violation of international humanitarian law is at stake, the argument of self-defence has no place, it is irrelevant.

4. The duty to ensure adequate living conditions for the population of the occupied territory

9.7. It is a general principle underlying a number of specific rules of the law of occupation that it is the responsibility of the occupying power to see to it that life in occupied territory continues as normally as possible. Various aspects of this general obligation are expressed in different provisions of the applicable law. Those are, *inter alia*, the duty of the occupying power to see to it that order and safety are maintained in the occupied territory (Hague Regulations art. 43). As to the relevant provisions of the Fourth Convention, art. 55 provides that the occupying power “has the duty of ensuring the food and medical supplies of the population”. A corollary of this duty is that the obligation established by art. 59 that the occupying power shall agree to relief schemes if the territory is inadequately supplied. Art. 53, in addition, provides that the occupying power “has the duty of ensuring and maintaining ... the medical and hospital establishments and services, public health and energy in the occupied territory ...”. Finally, according to art. 50, the occupying power “shall ... facilitate the proper working of all institutions devoted to the care and education of children”.

⁸⁶ *Ibid.*

9.8. The construction of the wall systematically violates these rules. The wall renders normal life of the civilian population impossible in many areas where the wall cuts through the habitual living spaces of the Palestinian population. This means a complete disruption of the living conditions which is incompatible with the obligation of the occupying power to ensure order and safety (art. 43 Hague Regulations). That provision does not provide for any exception motivated by military reasons. The limitation of this obligation of the occupying power lies in that power's ability: It shall "take all steps in his power". Where the occupying power systematically takes steps to disrupt order and safety in the territory, this obligation is clearly violated.

9.9. The obligation underlying art. 55 and 59 is a duty to see to it that the alimentation of the population of an occupied territory is adequate. This implies not only a duty to furnish, if necessary, food supplies. That very norm is violated where the occupying power cuts off access to existing food supplies. Preventing the farmers which produce food for the population from doing just that is equivalent to cutting off access to food. As the wall in many places, and systematically so, prevents farmers from working on their agricultural land by restricting their freedom of movement, this is a violation of the fundamental obligation of the occupying power to ensure the alimentation of the civilian population.

9.10. The same argument holds true as to the duty of the occupying power to ensure access to medical supplies and medical or hospital establishments and services (art. 55 and 56 of the Fourth Convention). That obligation, too, is violated where persons needing such supplies or services are prevented from going to places where they are available. The restrictions on the freedom of movement which are the consequence of the construction of the wall have just that effect. They, thus, constitute a violation of arts. 55 and 56 of the Fourth Convention.

9.11. The duty of the occupying power to "facilitate the proper working of all institutions devoted to the care and education of children" (art. 50) is in the same way violated where the measure of an occupying power prevent children from getting to the places where

those institutions are situated. In many places, the wall prevents or will prevent children from getting access to their schools. Thus, art. 50 is violated, too.

9.12. These provisions do not provide for any exception in case of military necessity or for reasons of security. The basic limitation of the duties of the occupying power just described is its ability to ensure those supplies. The limitation clause of art. 55 and 56 is “to the fullest extent of the means available to it”. Art. 50 dealing with educational institutions, does not even contain a limitation clause of that kind. Thus, if the occupying power considers it necessary, for security reasons, to restrict the freedom of movement of the civilian population, it must provide for alternative means to ensure that this population has access to food, medical services and education.

5. The duty to respect private property in occupied territory

9.13. In a number of cases, private property of the Palestinian population was taken and destroyed by Israel because this was considered necessary to construct the wall as planned by the Israeli government.⁸⁷ This destruction of private property is a violation of art. 53 of the Fourth Convention. That provision prohibits “any destruction by the occupying power of real or personal property ... except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations”. Property was destroyed, indeed, in cases where the exception clause just cited was not applied. That exception clause does not refer to security or military necessity in general. It only provides for those exceptions which are necessitated by actual military operations. But the destruction, in the case of the wall, is not necessitated by military operations of the Israel defence force. It is explained by a perceived need to stop single individual actions by actors which do not belong to a party to the conflict, which is a different matter. Therefore, the destruction of property which took place to facilitate building the wall is not covered by the exception clause of art. 53 and is, thus, unlawful.

⁸⁷ Report of the Secretary-General, A/ES-10/248, Annex 1.

Private property is also protected by art. 52 of the Hague Regulations. That provision, however, does not even mention destruction, it being implied that the destruction of property as a measure taken by the occupying power (as distinguished from measure during combat) is simply ruled out. As to measures of requisition, they are limited to those “for the necessities of the army of occupation”. This includes, first of all, logistical needs. If one excepts the idea that it includes also security needs, those are limited to the needs of the *army* of occupation. This excludes taking into consideration purported security needs of an (unlawful!) civilian presence of the occupying power.

6. *The duty not to expel the civilian population of the occupied territory*

9.14. Art. 49 of the Fourth Convention stipulates:

“Individual or mass forcible transfers, as well as deportations from occupied territory to the territory ...of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.”

It has been shown above that it is the practical, if not the intended effect of the wall that the population of the areas cut off by that barrier move away because of the unbearable living conditions.⁸⁸

9.15. The construction of the wall thus constitutes a forbidden forcible mass transfer within the meaning article 49 of the Fourth Convention.

7. *The duty not to transfer the occupied power’s population into occupied territory*

9.16. The construction of the wall also violates art. 49 para. 6 of the Fourth Convention which prohibits the occupying power from deporting or transferring parts of its own

⁸⁸ See above paras. 6.6. – 6.8.

civilian population into the territory it occupies. In many instances the United Nations bodies have held the creation of Israeli settlements in the occupied territory to constitute a violation of this provision.⁸⁹ The establishment of those settlements, which imply moving parts of the civilian population to those settlements, constitutes a consistent policy of transferring population, adopted by Israeli governments. It is not at least a design to create population structures which enhance, according to the view of significant parts of the Israeli population, the chances of Israel living in “secure boundaries”. Thus, the establishment of those settlements is a considered means of a security policy to the detriment of the original population of the occupied territory. This is exactly the type of measure art. 49 para. 6 of the Fourth Convention is designed to prevent.

9.17. The course of the wall already built and the plans which have been published make it crystal clear that the wall is not designed to protect the state of Israel in its 1967 boundaries, but to shield the settlements against what is perceived to be a threat from the Arab side. The purpose of the measure, thus, is to consolidate and petrify a situation which has been brought about by internationally unlawful acts, a result which, consequently, is unlawful. Actions designed to consolidate an unlawful situation are unlawful, too. This is an additional reason why the construction of the wall constitutes a violation of the Fourth Geneva Convention, namely its art. 49.

8. The duty not to change the status of an occupied territory

9.18. Art. 47 of the Fourth Convention expressly stipulates that the status of protected persons may not be affected by an annexation expressed by the occupying power or any similar attempt to change the status of the territory. This prohibition to use an attempted change of status as a means to reduce the protection of the population of the occupied territory is a rule of customary law which existed before the adoption of the text of the

⁸⁹ See in particular Security Council resolution 446 (1979).

1949 Conventions and was recognized by the United States Military Tribunal in Nuremberg in its judgement in the *Krupp Trial Case*.⁹⁰

9.19. This prohibition is rendered illusionary or futile by the construction of the wall. The construction of the wall, with its effect of displacing or expelling the Palestinian population from the territories sealed off by the wall, not only constitutes *de facto* an annexation, it is worse than a formal annexation. A formal illegal act could be considered as null and void. But the Wall is a fact which it is futile to consider as null and void. Thus, it indeed deprives the population of the protection to which it is entitled according to the Fourth Convention. It is in this sense that the Security Council⁹¹

“Calls once more upon Israel ... to desist from taking any action which would result in changing the legal status and geographical nature and materially affect the demographic composition of the Arab territories occupied since 1967, including Jerusalem, and, in particular, not to transfer parts of its own population into the occupied Arab territories;”

9.20. Thus, the wall is a measure which is designed to *de facto* deprive the civilian population of the Palestinian occupied territory of its protection ensured by art. 47 of the Fourth Convention. Therefore, the construction also constitutes a violation of that provision.

⁹⁰ Trials of War Criminals vol. X, 1949, pp. 130 et seq.

⁹¹ Resolution 446 (1979).

X. The Wall – a violation of human rights law and standards

1. *The applicability of the human rights law in a territory occupied during an international armed conflict*

10.1. Whether international treaties relating to the protection of human rights apply in a given situation depends, first of all, on how their scope of application is defined by these instruments. It is sometimes claimed,⁹² however, that the scope of application, as far as a situation of armed conflict is concerned, is limited by the application of the *lex specialis* rule, which, it is claimed, would require the exclusive application of international humanitarian law. But this thesis does not withstand a critical analysis. It is contradicted by the fact that human rights and international humanitarian law have always been seen as overlapping and complementary areas of international law which are not mutually exclusive. This becomes clear if one considers the recent development of both areas of the law. The International Conference on Human Rights held in Teheran in 1968 adopted, under the title “Respect for Human Rights in Armed Conflicts”, Resolution XIII which is one of the most important events which triggered the further development of international humanitarian law and led to the adoption of the Protocols Additional to the Geneva Conventions in 1977. The following preambular paragraph clearly shows the complementarity of human rights and humanitarian law:

“Considering .. that the widespread violence and brutality of our times, including massacres, summary executions, tortures, inhuman treatment of prisoners, killing of civilians in armed conflicts and the use of chemical and biological means of warfare, including napalm bombing, *erode human rights* and engender counter-brutality;”⁹³

⁹² See the position of Israel as reported by the Secretary-General, UN Doc. A/ES-10/248, Annex I.

⁹³ Emphasis added.

10.2. The resolution then goes on to point to the classical formulation which reflects the common and therefore complementary protective purpose of human rights and international humanitarian law which is the famous Martens clause contained in Hague Convention No. 3:

“... the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of public conscience.”

In our times, it is imperative to determine the content of these “laws of humanity” and the “dictates of public conscience” by reference to the law of human rights.

10.3. The General Assembly of the United Nations, by its Resolution 2444 (XXIII) of 19 December 1968, still under the heading of “Respect for Human Rights in Armed Conflicts”, endorsed the resolution of Teheran Conference asking for a better implementation and the further development of the laws of armed conflict. The Report of the Secretary-General submitted pursuant to that resolution also carried the title “Human Rights in Armed Conflict”.

10.4. Since then, the fact that the law of human rights and international humanitarian law are complementary and not mutually exclusive has been confirmed by many United Nations and international treaty bodies. A recent example is the General Comment on Article 2 CCPR under discussion in the Human Rights Committee:

“9. States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party. As indicated in General Comment 15 adopted at the twenty-seventh session (1986), the

enjoyment of Covenant rights is not limited to citizens of States Parties but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, such as asylum seekers, refugees, migrant workers and other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party. This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State party acting outside its territory, including a national contingent of a State party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation.”

10.5. Turning to the actual text of various human rights treaties, the principle of non-exclusivity of human rights and humanitarian law is also reflected in various treaty provisions. The CCPR, according to its article 4, applies “in time of public emergency which threatens the life of the nation”, of which a war is a clear example. In this sense, the European Convention of Human Rights speaks of “war or *other* public emergency” which clearly implies that war is a public emergency in the sense of these human rights treaties.

10.6. A clear example of the cumulative effect of the international protection provided by human rights law and international humanitarian law is the Convention on the Rights of the Child. As part and parcel of this nearly universally ratified human rights treaty, it is provided:

“Article 38

1. States Parties undertake to respect and ensure respect for rules of international humanitarian law applicable to them in armed conflict which are relevant to the child.”

10.7. The argument of the general mutual exclusivity of human right law and humanitarian law has, thus, to be rejected. In order to determine the applicability of human rights treaties in times of armed conflict, it is necessary to turn more precisely to the interpretation of the provisions defining their scope of application.

10.8. According to art. 2 para. 1 CCPR, States Parties ensure the rights guaranteed by this treaty “to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction”. These conditions of the scope of application are not cumulative, they are alternative. This has been recognized by the General Comment of the Human Rights Committee just quoted (“This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State party acting outside its territory”). It has been confirmed in the Conclusions of the Human Rights Committee relating to the Palestinian Occupied Territories:⁹⁴

“The Committee therefore reiterates that, in the current circumstances, the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party's authorities or agents in those territories that affect the enjoyment of rights enshrined in the Covenant and fall within the ambit of State responsibility of Israel under the principles of public international law.”

10.9. Similar provisions of other human rights instruments have been interpreted in the same way. The corresponding provision of the European Convention on Human Rights uses the same terminology. The relevant part of Art. 1 reads as follows:

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined (in this Convention)”.

Interpreting this provision in relation to a situation where the control exercised by Turkish troops in Northern Cyprus was at stake, the European Court of Human rights held:⁹⁵

“62 ...the Court recalls that ... the concept of ‘jurisdiction’ under this provision is not restricted to national territory of the High Contracting Parties ... (T)he responsibility of the High contracting Parties can be involved because of acts of their

⁹⁴ CCPR/CO/78/ISR of 21/08/2003, para. 11.

⁹⁵ *Loizidou case, (Preliminary Objections)*, Judgement of 23 March 1995, ser. A No. 310.

authorities, whether performed within or outside national boundaries, which produce effects outside their territory ...

Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of a military action – whether lawful or unlawful – it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration.

63. In this connection the respondent Government have acknowledged that the applicant's loss of control of her property stems from the occupation of the northern part of Cyprus by Turkish troops and by the establishment there of the "TRNC". Furthermore, it has not been disputed that the applicant was prevented by Turkish troops from gaining access to her property.

64. It follows that such acts are capable of falling within Turkish "jurisdiction" within the meaning of Article 1 of the Convention."

For the purposes of the present proceedings, it must be stressed that the concept of "jurisdiction" is not one of a "*de iure*" exercise of governmental powers, but one of mere *de facto* control. For in the case decided by the ECHR, Turkey did not claim to exercise *de iure* in Northern Cyprus, nor did it exercise such powers. There is the government of the "TRNC" which claims to exercise *de iure*. But the Court disregarded this claim and emphasised the *de facto* control exercised by Turkey as the basis for applying the Convention. In applying the Convention, the Court also considered explicitly ("whether lawful or unlawful") as irrelevant whether Turkey's presence in Northern Cyprus was lawful under the *ius ad bellum*.

In a recent case,⁹⁶ the Court denied that a foreign territory bombarded from the air was subject to the jurisdiction of the bombarding State. But the Court did not put into question its earlier holding in the *Loizidou case*.

10.10. As to the CCPR, the conclusion is clear: this treaty applies to the relationship of an occupying power and the population of an occupied territory as this population is “subject to its jurisdiction” within the meaning of article 2 para. 1 of the CCPR.

The same holds true for the Convention on the Rights of the Child. Its article 2 uses the very same terminology:

“1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction ...”

10.11. The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights contains no similar provision limiting its scope of application. There is nothing to suggest that the scope of application of this Covenant is limited to serving as a yardstick for measures taken by States Parties exclusively on their national territory. Quite to the contrary: Article 2 stresses the international or transboundary aspect of the obligations established by the CESCR. The realization of the rights shall be achieved

“individually and through international assistance and cooperation”.

This implies that States must not only promote those rights on their national territory, but are also bound to facilitate the enjoyment of these rights elsewhere in the world. It is only a

⁹⁶ *Banković case*, Judgement of 12 December 2000.

logical consequence of this perspective of the scope of the obligations established by the CESCR that they apply to the functions exercised by an occupying power in occupied territory.

10.12. It is in this sense that the Committee on Economic, Social and Cultural Rights has indeed construed the application of the CESCR. In its Concluding Observations adopted in 1998, the Committee states in relation to the territories occupied by Israel:⁹⁷

“The Committee is of the view that the State’s obligations under the Covenant apply to all territories and populations under its effective control. The Committee therefore regrets that the State party was not prepared to provide adequate information in relation to the occupied territories.”

Since then, the Committee has repeated reiterated this stance.⁹⁸

2. The question of the limitations of fundamental human rights – general considerations

10.13. In a number of fora, it was claimed by Israel that measures it had taken were necessary to fight against acts considered as terrorism. If put forward on this level of generality, the claim tries to use the “fight against terrorism” as a catch all exception to the guarantees of human rights. This is just a misconception of the true content of the protection provided to the individual by human rights norms and of their limitations. This general claim has therefore repeatedly been rejected by UN bodies. These bodies emphasize that measures taken to fight terrorism must nevertheless respect all relevant

⁹⁷ UN Doc. E/C.12/1/Add. 27 of 4 December 1998.

⁹⁸ Doc. E/C.12/1/Add. 90 of 23 May 2003, para. 15; E/C.12/1/Add. 69 of 31 August 2001, para. 11.

norms of international law, in particular the relevant protections provided by the law of human rights, international humanitarian law and refugee law. In its resolution 1456 (2003),⁹⁹ the Security Council holds:

“6. States must ensure that any measure to combat terrorism comply with all their obligations under international law, and should adopt such measures in accordance with international law, in particular international human rights, refugee and humanitarian law.”

Resolutions of the General Assembly contain similar language:

“The General Assembly

...

1. *Affirms* that States must ensure that any measure taken to combat terrorism complies with their obligations under international law, in particular international human rights, refugee and humanitarian law;”¹⁰⁰

10.14. This does not mean that human rights guarantees can never be limited for the sake of the security of a state or the fight against crime. All human rights guarantees are subject to some kind of limitation. But those limitations must respect the relevant limitation clauses contained in the respective provisions of the international instrument in question. No limitation is unlimited. Measures restricting the protection of human rights must in particular respect the principle of proportionality. This has to be assessed in relation to each of the guarantees alleged to be violated.

10.15. Before proceeding to this analysis of the relevant treaty provisions, it is necessary to briefly analyse another possible exception, namely the derogation of certain rights. Art. 4 CCPR provides for such derogations, but subject to strict limitations. Israel is of the

⁹⁹ Resolution dated 20 January 2003.

¹⁰⁰ Res. 57/219 of 18 December 2002; see the similar text in GA Res. 58/187 of 22 December 2003 and in Resolution 2003/28 of 25 April 2003 of the Commission on Human Rights.

opinion that the state of emergency proclaimed in May 1948 continues to exist and has so notified the Secretary-General of the United Nations¹⁰¹ in an attempt to observe the procedural requirements of article 4 para. 3 CCPR. Whether such a sweeping reference to an earlier state of emergency satisfies the requirements established by article 4 CCPR is at least doubtful. But in any case, that derogation attempted by Israel only concern Article 9 CCPR, which is not relevant in the present context, as will be shown below. Thus, the derogation clause of article 4 CCPR does not provide any justification for the measures which are the object of the request submitted to the International Court of Justice in the present case.

10.16. There are no such derogation clauses in the CDESCR and in the Convention on the Rights of the Child.

3. The Covenant on Civil and Political Rights: Articles 12, 13 and 26

a. Article 12

10.17. Art. 12 CCPR reads:

Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.”

The Wall, and a number of equivalent measures taken by Israel, obviously constitute a restriction of the liberty of movement. A Palestinian affected by the wWall can no longer move where he or she wants to move. He or she is prevented from going to the places necessary for the requirements of conducting a decent life: from reaching his agricultural land in order to cultivate it, from going to his or her place of employment, from seeing members of his or her family, from addressing competent public authorities, from going to

¹⁰¹ Notification of 3 October 1991, Source: United Nations Information Service.

school. In many places, he or she can only go into one permitted direction, where he or she does not want to go.

10.18. In order to be permissible, that infringement of the liberty of movement would have to be covered by the limitation clause of art. 12 para. 3. This is not the case.

First, a limitation must be “provided by law”. This means that the limitation must, at least as a rule, have its basis in some kind of statute. An executive decision of the government is not sufficient for this purpose. But the construction of the Wall is a simple fact, based on various decisions of the Israeli Cabinet, the Ministerial Committee for Security Matters, the Prime Minister and the Minister of Defence. The decision has not taken the form of a decree or a similar regulatory instrument. Thus, the formal requirement of a permissible limitation is not fulfilled.

10.19. Furthermore, the limitation must be “necessary to protect national security, public order” etc.

The first condition which must be fulfilled is that the measure must be taken to attain one of the purposes specifically listed, broad as these purposes may be. It has been demonstrated¹⁰² that the true purpose of the wall is the petrification and consolidation of the unlawful establishment of Israeli settlements and the erosion of Palestinian living conditions in order to induce them to finally leave the territory cut off by the wall. This is, without any doubt, not one of the purpose which could justify a limitation of the liberty of movement within the meaning of art. 12 para. 3.

10.20. But in order to be justified under the terms of para. 3, the measure would have to be “necessary” for that purpose. This is not the case. Reliable reports, including from Israeli sources, suggest that the Wall is not able to provide protection against the alleged security concern. A measure¹⁰³ not even capable to achieve a certain purpose can never be necessary for attaining it.

¹⁰² See above para. 6.4.

¹⁰³ See above para. 6.5.

10.21. Assuming, nevertheless, *arguendi causa*, that the measures taken are capable of reducing that risk, the test of “necessity” implies the question whether there are other measures also capable of reducing that risk, but constituting a lesser infringement of the liberty of movement. If there are such alternative measures constituting a lesser infringement, the measure actually taken is not “necessary”. What is necessary can only be determined by reference to a particular purpose or goal. In this respect, it is quite clear that the legitimate purpose, if any, to be pursued by the restrictive measures can only be warding off a threat to Israel itself. As a consequence of the basic rule “*ex iniuria ius non oritur*”, it cannot be a lawful and legitimate purpose to defend an unlawful situation. Therefore, the defence of the settlements which are unlawful under international law cannot constitute a legitimate purpose of national security which could justify a limitation of the rights guaranteed by art. 12 CCPR. Whether the wall is necessary to protect the settlements is therefore legally irrelevant. For the purpose of protecting the territory of the State of Israel, the Wall is an unnecessary infringement of the liberty of movement in the occupied territory. For that purpose, it would be enough to build a wall along the Israeli border, the so-called Green Line. Therefore, the construction of the Wall fails the test of being necessary for a legitimate purpose, which is the prerequisite for a lawful limitation within the meaning for art. 12 para. 3 CCPR.

10.22. Be that as it may, the measure taken by Israel fails anyway the test a limitation of fundamental rights has to pass: this is respect for the principle of proportionality. To deprive an entire population of its access to their lifelines¹⁰⁴ is excessive in relation to the threats of individual actions which may be taken by suicide bombers, abominable as the results of some of those attacks have been. The Wall makes freedom of movement for a large part of the population of the occupied territories a completely illusory right. Thus, the measure destroys the very essence of the right, a result which is never justifiable in terms of a limitation.

10.23. The Wall constitutes a violation of art. 12 CCPR.

¹⁰⁴ See above para. 6.7.

b. Article 13

10.24. Art. 13 prohibits the expulsion of aliens, while Art. 12 para. 4 guarantees the right to enter one's own country. It was perhaps beyond the imagination of the drafters of the Covenant that a person might also be expelled from his or her own country. But the prohibition of such an expulsion has to be derived from a systematic interpretation of both provisions read together. As described above,¹⁰⁵ the Wall, by destroying the possibility to conduct a decent life in the areas cut off by the wall, has the practical effect of expelling people from those areas and finally to leave Palestine. That expulsion is not accompanied by the procedural guarantees required for any such measure according to Art. 13. It, thus, cannot be justified.

10.25. The Wall constitutes a violation of article 13 CCPR.

c. Article 26

10.26. Art. 26 prohibits, in a very comprehensive at, all forms of discrimination. The article also provides an illustrative list of forbidden criteria of distinction.

The wall is a measure clearly targeted against the Palestinian population. It is designed to separate areas of settlements on the basis of an ethnic criterion. It systematically restrict the freedom of movement, and thereby undermines the living conditions, of the Palestinian population, not of any other group. It is, thus, an instrument of discrimination based on the ground of "ethnic origin" within the meaning of Art. 26.

10.27. The Wall constitutes a violation of art. 26 CCPR.

¹⁰⁵ *Ibid.*

4. *The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*

10.28. The rights guaranteed by the CESCR are promotional in nature. The Parties “undertake to take steps ..., to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant ...” Thus, where the Covenant recognizes a right to work (article 6), this does not mean that each individual must have a judicially enforceable right against the state to get, or not to lose, an employment. The obligation imposed upon States by the Covenant is of a different nature: The State is obliged to take different political, legislative or other steps to promote full employment. But this positive or affirmative obligation to promote a goal (in the case of article 6: employment) has as a consequence also a negative duty, a prohibition. The promotional duty is violated where the State takes steps which make it impossible, for the persons affected, to attain the goal. In other words: the right to work is violated if a State prevent persons from exercising a gainful activity he or she would otherwise have. It is in this negative or prohibitive aspect that the construction of the wall violates a number of rights guaranteed in the CESCR. On the basis of this legal reasoning, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights has repeatedly expressed its concern about the violations of these rights in the Palestinian occupied territories.¹⁰⁶

10.29. More concretely, the construction of the wall violates the following rights:

The wall makes it impossible for many people to have access to their place of work.¹⁰⁷ Therefore, it violates the right to work (article 6).

The wall systematically separates families. Therefore, the duty of the State to accord the widest possible protection and assistance to the family (article 10) is violated.

¹⁰⁶ Concluding Observations of the Committee, UN Doc. E/C.12/1/Add.27 paras. 8 et seq., 69 paras. 11 et seq., 69 paras. 15 *et seq.*

¹⁰⁷ See above para. 6.8.

The wall makes it impossible for many people to exercise activities necessary to gain a livelihood, by separating them from the place where such activities are to be exercised, be dependant work or the cultivation of farmers' agricultural land.¹⁰⁸ Therefore, the right to an adequate standard of living (article 11) is violated.

The wall bars many people from access to medical treatment centers or hospitals.¹⁰⁹ Medical doctors cannot go to their patients. Therefore the right to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health (article 12) is violated.

The wall deprives children of access to their schools.¹¹⁰ Therefore, the right to education (article 13) is violated.

5. The Convention on the Rights of the Child

10.31. The Convention on the Rights of the Child, in addition to addressing a number of issues specifically relevant for the situation of children (e.g. adoption, tutelage, separated parents), takes over a number of provisions of the two Covenants and reformulates them with a special emphasis on the needs and the special vulnerability of children. In respect of social rights, the provisions of the Convention are also of a promotional nature. The formulations used in article 4 of the Convention resemble those of article 2 CESCR, discussed above. Thus, what has been said above concerning the violation of certain rights also applies in the case of the Convention. The rights

- to the enjoyment of the highest attainable standard of health and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health (article 24 of the Convention);
- to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development (article 27);
- to education (article 28)

are thus violated.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

B. The Wall – legal consequences arising from the unlawful construction of the Wall

11.1. The legal consequences deriving from the fact that Israel violated a number of norms of international law are twofold. These violations trigger the international responsibility of the State of Israel and the criminal liability of the decision-makers.

1. The law of State responsibility – the obligations of the State of Israel

11.2. The violations committed by Israel constitute unlawful acts engaging the international responsibility of Israel towards Palestinian People, the victim of these unlawful acts.

11.3. The first legal consequence arising under the law of State responsibility is a duty to cease the act (article 30 ILC Draft Articles on the Responsibility of States). It is of particular importance that the Court clarifies this obligation as the construction of the Wall continues. That construction must cease immediately.

11.4. Furthermore, Israel is under a duty to make full reparation for the injury caused by this unlawful act (art. 31 ILC Draft). This reparation includes, first, restitution. There is, thus, a duty “to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed” (article 35 ILC Draft). This means that the Wall has to be torn down by Israel. It also means that the land used for the purpose of building the Wall must be given back to the PNA or to the original owners. That restitution in kind takes precedence over any payment of compensation.

11.5. The Wall itself is a fact based on a simple governmental decision.¹¹¹ But there are a number of regulatory acts related to the construction of the Wall, for instance Orders dated October 2nd 2003 establishing restrictions on the right to enter or leave, or to reside in, the so-called Seam-Zone between the Wall and the 1949 Armistice Line. As a form of restitution, such regulatory acts must be rescinded.

11.6. The existence of the Wall has, in addition, resulted in considerable financial losses suffered by Palestinians. It has been stated, *inter alia*, that Palestinian were prevented from using their property, including their agricultural land, that persons were barred from their places of work and were thus unable to earn money. Palestine is entitled to claim from Israel reparation of these financial damages suffered by its population.

2. The law of State responsibility – the rights and duties of third States

11.7. The norms which have been violated by Israel constitute *erga omnes*-obligations, which means that they are “owed to the international community as a whole” (article 48 (1)(b) ILC Draft). There is no doubt that the fundamental principles of Charter law, international humanitarian law and the law of human rights fall within this category of norms. Thus, other States may “take lawful measures” against Israel “to ensure the cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached” (article 54 ILC Draft), i.e. in the interest of Palestine and the Palestinians affected by the Wall.

11.8. In relation to international humanitarian law, this right even constitutes a duty according to common article 1 of the Conventions:

“The High Contracting Parties undertake to respect *and to ensure respect* for the present Convention in all circumstances.”

¹¹¹ See above para. 10.18.

Various United Nations bodies as well as the Conference of the Parties to the Fourth Convention have repeatedly called upon all States to use means at their disposal in order to make Israel desist from unlawful measures taken in relation to the occupied Palestinian territories, in particular from measures violating the Fourth Convention.¹¹²

11.9. In addition, most of the norms violated by Israel constitute peremptory norms of international law, *ius cogens*. This applies to the basic principles of the law of the United Nation, to international humanitarian Law, at least to its core rules, and to the law of human rights. Thus, Israel's violations have to be qualified as a "serious breach of an obligation arising under a peremptory norm of general international law" according to article 40 ILC Draft. The breach is serious because it involves, indeed, "a gross and systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation" (Art. 40 para. 2). According to article 41, this qualification of the breach entails the following consequences:

- States shall cooperate to ensure the cessation of the construction;
- no State shall render assistance to that construction;
- no State shall recognize any situation created by or as a consequence of the construction.

11.10. The latter point is of particular importance as the construction has a dangerous potential of leading to a new *de facto* partition of the remainder of Palestine which may be followed by attempts to achieve a *de iure* recognition. States are under a duty to abstain from this type of recognition.

¹¹² See in particular the references quoted *supra* para. 9.2. and 9.3.

3. The responsibilities and duties of the United Nations and the Specialised Agencies

11.11. An appropriate reaction to the unlawful act committed by Israel, as now determined by the Court, squarely falls within ambit of the tasks and responsibilities of UN organs.

11.12. It has been pointed out above¹¹³ that the General Assembly bears a particular responsibility in this respect in the light of its powers and functions as a successor of the supervisory organ of the mandates system and due to its special responsibility for the defence and promotion of the right of self-determination. As the Wall frustrates this very right, it is necessary for the General Assembly to take the measures required to redress this frustration.

11.13. As to the Security Council, it has dealt with the question of Palestine in the exercise of its powers under Ch. VII of the Charter since 1948. Regrettably, since that time, a situation as defined in Art. 39 of the Charter has not ceased to exist. Consequently, the Security Council is still discussing that question as a matter of Ch. VII. The construction has aggravated the situation. It is, thus, part of the duties and responsibilities of the Security Council according to Art. 24 of the Charter to take the measures necessary to restore peaceful condition in the area, a goal that cannot be reached if the Wall continued to exist and to be even extended.

11.14. All agencies of the United Nations system are under the duty to support, within their specific field of competences, the fulfilment of the functions of these political organs.

¹¹³ See above Section VIII.

4. Personal criminal liability

11.15. As to personal criminal responsibility of persons who decided on the construction of the wall, two questions arise:

- Does the construction of the wall constitute a war crime which falls within the jurisdiction of the International Criminal Court?
- Does it constitute a grave breach of the Geneva Conventions, which would entail a duty of all States to prosecute the relevant decision-maker?

The answer to the first question is no. Neither Israel nor Palestine are parties to the statute of the ICC.

11.16. In relation to the second question, two issues have to be distinguished: the destruction of property in connection with the construction and the consolidation of the unlawful Israeli settlements as a violation of article 49 of the Fourth Convention.

11.17. “Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly” constitutes a grave breach of the Fourth Convention (article 147). It has been shown above that there was, in connection with the construction of the wall, destruction of property¹¹⁴ that was not justified by military necessity. It was conducted in violation of article 53 of the Fourth Convention,

¹¹⁴ See above Section IX.

thus unlawfully. This destruction must also be qualified as “wanton”. Consequently, these destructions constitute a grave breach of the Fourth Convention.

11.18. The transfer of the civilian population of the occupying power and, thus, the creation and consolidation of the Israeli settlements in the occupied Palestinian territories also constitutes a grave breach, although that transfer is not mentioned in the list of grave breaches contained in article 147 of the Fourth Convention. It has been declared, however, to constitute a grave breach by article 85 para. 4 (a) of Protocol I additional to the Geneva Conventions. Israel, however, is not a Party to the Protocol. In this respect, it must be noted, however, that article 8 (2)(b)(viii) of the Statute of the ICC lists as a war crime

“The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies ...”

The list of war crimes found in article 8 has to be considered to be an expression of customary international law. The texts are taken from many different treaties, such as Hague Convention No. 3, the Protocols additional to the Geneva Conventions, the Hague Convention on the Protection of Cultural Property.¹¹⁵ It seems impossible that all these treaties apply in a given conflict as a matter of treaty law. The list, thus, can only be explained if the rules referred to in it constitute customary international law. Thus, there is a customary law addition to the list of grave breaches contained in the Fourth Convention, namely the transfer of the occupying power’s population into the occupied territory. The settlement policy and the construction of the Wall in order to consolidate this policy¹¹⁶ are part and parcel of this grave breach.

¹¹⁵ For details see *M. Bothe, War Crimes*, in: *A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. 1, pp. 379 *et seq.*, 395 *et seq.*

¹¹⁶ See above Section IX.

Thus, both the destruction of property effectuated for the purpose of building the wall and the construction itself constitute grave breaches of the Geneva Conventions. As to the duties which the Convention imposes on the Parties in relation to grave breaches, Art. 146 is clear: *All* Parties are under an obligation to prosecute an alleged offender or to extradite him or her to a Party willing to prosecute. This has been, *inter alia*, confirmed by the Conference of the High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention in its Declaration adopted on 5 December 2001:

“They reaffirm the obligations of the High Contracting Parties under articles 146, 147 and 148 of the Fourth Convention with regard to penal sanctions, grave breaches and responsibilities of the High Contracting Parties.”

C. Conclusions and submissions

It is respectfully submitted to the Court that the question put to it by the General Assembly should be addressed in the following way:

1. The construction of the wall constitutes an internationally wrongful act as it violates a number of fundamental rules and principles of international law, in particular:

- a. the right of the Palestinian People to self-determination, including its right to statehood;
- b. the inadmissibility of the acquisition of territory through the use of force;
- c. the United Nations Charter and relevant resolutions of the General Assembly and the Security Council;
- d. international humanitarian law, in particular the Fourth Geneva Convention;
- e. the international law of human rights, in particular:
 - relevant provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights;
 - relevant provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; and
 - relevant provisions of the Convention of the Rights of the Child.

2. These wrongful acts engage the international responsibility of the State of Israel. Therefore, Israel is obliged to:

- a. cease immediately the construction of the wall;
- b. immediately rescind all legal and administrative measures taken for the purpose of constructing the wall;
- c. as a form of restitution
 - demolish those parts of the wall which are already built;
 - restitute to the lawful Palestinian owners all land and other property taken in connection with the building of the wall.

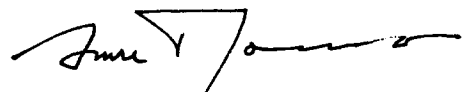
3. All measures taken by Israel in connection with building the wall are null and void. Therefore, all States are under a duty not to recognize any situation created by or as a consequence of its construction.

4. All States are under a duty to cooperate in order to induce Israel to comply with the obligations stated *sub 2*.

5. The competent organs of the United Nations and the United Nations system, in particular the General Assembly and the Security Council, have the duty to take the measures necessary to induce Israel to comply with the obligations stated *sub 2* in order to implement the relevant resolutions adopted by the General Assembly and the Security Council since 1947.

6. The construction of the wall constitutes a grave breach of the Fourth Geneva Convention. Therefore, all States are under a duty to prosecute persons who bear the responsibility for this construction and measures relating thereto unless they extradite an alleged offender to a State willing to prosecute him or her.

Amre Moussa



The Secretary General

of the League of Arab States

EXPOSE ECRIT DE LA LIGUE DES ETATS ARABES

[Traduction]

TABLE DES MATIERES

	page
INTRODUCTION.....	3
I. Les termes et la portée de la demande.....	3
II. La position de la Ligue des Etats arabes dans la présente procédure.....	5
PREMIERE PARTIE — LES QUESTIONS DE PROCEDURE.....	6
III. Compétence de l'Assemblée générale et de la Cour.....	6
1. L'Assemblée générale était-elle compétente pour demander l'avis consultatif?.....	6
2. La question posée présente-t-elle un caractère «juridique»?.....	6
IV. La Cour a pour devoir de donner l'avis demandé.....	7
1. Le «caractère discrétionnaire» de la fonction consultative de la Cour.....	7
2. Arguments susceptibles d'être invoqués à l'appui d'une invitation à la Cour de ne pas rendre l'avis demandé.....	12
a) <i>La question posée aurait une nature ou une motivation «politique»</i>	12
b) <i>Un avis consultatif sur la question serait dépourvu d'effet juridique utile</i>	14
c) <i>L'avis consultatif demandé aurait une incidence négative sur les efforts de règlement en cours ou futurs</i>	15
DEUXIEME PARTIE — LES QUESTIONS DE FOND.....	17
A. L'illicéité du mur.....	17
V. Le contexte historique : genèse de la question palestinienne.....	17
1. La Palestine sous mandat britannique (24 juillet 1922).....	17
2. La résolution 181 (II) de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le gouvernement futur de la Palestine (29 novembre 1947).....	19
3. La résolution 194 (III) de l'Assemblée générale : le droit au retour.....	21
4. L'occupation de la Cisjordanie et de la bande de Gaza (1967).....	22
5. La résolution 242 (1967) adoptée par le Conseil de sécurité le 22 novembre 1967.....	23
6. La conférence de Madrid.....	26
7. Les accords d'Oslo.....	29
8. Le mémorandum de Wye River.....	30
9. Camp David II.....	30

10. La seconde Intifada.....	31
11. La feuille de route : la vision du président George W. Bush.....	31
12. Les initiatives arabes en faveur de la paix.....	32
VI. Les incidences du mur sur le plan factuel, humanitaire, politique et socio-économique.....	33
VII. Le mur en tant que fait internationalement illicite : le droit applicable.....	37
VIII. Le mur — une violation des règles fondamentales de droit international général et de la Charte des Nations Unies, en particulier du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes	38
1. Introduction	38
2. Le statut international du territoire en tant que territoire sous mandat.....	40
3. Le statut international du territoire découlant du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes	42
a) <i>Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes en droit international</i>	42
b) <i>La compétence et la responsabilité de l’Assemblée générale en ce qui concerne la réalisation du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes et les effets juridiques de ses résolutions</i>	42
c) <i>Le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même</i>	44
d) <i>Le droit du peuple palestinien à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles</i>	46
e) <i>Le territoire sur lequel peut s’exercer le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même</i>	47
f) <i>Les devoirs et responsabilités de l’Assemblée générale et du Conseil de sécurité dans le cadre du processus de paix</i>	48
4. Le mur est une violation du paragraphe 4 de l’article 2 de la Charte.....	50
IX. Le mur — une violation du droit international humanitaire	50
1. Introduction	50
2. L’applicabilité de la quatrième convention de Genève	51
3. Prétendues justifications de mesures prises par une puissance occupante	52
a) <i>Nécessité militaire et considérations similaires</i>	52
b) <i>L’argument de la légitime défense n’est pas pertinent</i>	52
4. Le devoir de garantir des conditions de vie satisfaisantes à la population du territoire occupé.....	52
5. Le devoir de respecter la propriété privée en territoire occupé	54
6. Le devoir de ne pas expulser la population civile du territoire occupé	54
7. Le devoir de ne pas transférer la population de la puissance occupante dans le territoire occupé.....	55
8. Le devoir de ne pas changer le statut d’un territoire occupé	55

X.	Le mur — une violation du droit et des normes relatifs aux droits de l’homme	56
1.	L’applicabilité du droit relatif aux droits de l’homme dans un territoire occupé lors d’un conflit armé international	56
2.	La question des restrictions des droits fondamentaux — considérations d’ordre général.....	60
3.	Le pacte international relatif aux droits civils et politiques : les articles 12, 13 et 26	61
	a) <i>L’article 12</i>	61
	b) <i>L’article 13</i>	63
	c) <i>L’article 26</i>	63
4.	Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels	63
5.	La convention relative aux droits de l’enfant	64
B.	Les conséquences juridiques de la construction illicite du mur.....	65
1.	Les obligations d’Israël au titre des règles relatives à la responsabilité des Etats	65
2.	Les droits et obligations des Etats tiers au titre des règles relatives à la responsabilité des Etats.....	65
3.	Les responsabilités et les obligations de l’Organisation des Nations Unies et de ses institutions spécialisées.....	66
4.	La responsabilité pénale individuelle	67
C.	Observations finales et conclusions.....	68

INTRODUCTION

I. Les termes et la portée de la demande

1.1. Par sa résolution A/RES/ES-10/14 du 8 décembre 2003 adoptée à sa dixième session extraordinaire d’urgence, l’Assemblée générale des Nations Unies a décidé, conformément au paragraphe 1 de l’article 96 de la Charte des Nations Unies, de demander à la Cour internationale de Justice 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, compte tenu des règles et des principes de 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 ?»

1.2. La demande de l’Assemblée générale fait suite au refus d’Israël qui s’obstine à rester insensible à tous les appels l’exhortant à cesser la construction du mur qui se prolonge bien à l’intérieur des territoires palestiniens occupés et à démanteler les parties existantes de ce mur qui ne suit pas la ligne d’armistice de 1949 constituant actuellement la frontière entre la Palestine et Israël.

Lorsque le Conseil de sécurité ne put, en raison d'un veto des Etats-Unis¹, adopter un projet de résolution enjoignant à Israël de mettre fin à la construction de ce mur, l'Assemblée générale adopta la résolution ES-10/13 qui, notamment, «exige 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». L'Assemblée générale l'ayant prié de rendre compte de la façon dont Israël respectait cette résolution, le Secrétaire général a conclu, dans son rapport du 24 novembre 2003, qu'Israël ne s'était pas conformé à ses obligations².

1.3. La portée de la demande doit être appréciée à la lumière de cet historique. Par la résolution ES-10/13, l'Assemblée générale a établi que la construction du mur constituait une violation du droit international. Israël ne respectant pas cette résolution, l'Assemblée générale demande que la Cour l'éclaire sur les conséquences, en droit, de l'obstination d'Israël à refuser de s'exécuter. Cela étant, l'expression «conséquences en droit» n'appelle pas simplement une déclaration générale sur la responsabilité internationale. De par sa fonction judiciaire, la Cour est tenue de réaffirmer la situation juridique existante, caractérisée notamment par la violation d'un large éventail de principes précis et détaillés qui font partie du droit international général et du droit international conventionnel et qui figurent dans la Charte des Nations Unies et les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, comme le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le droit international humanitaire, les droits de l'homme, les obligations contractuelles, etc. Par conséquent, la Cour est appelée à répondre à une série de questions qui se superposent : elle est appelée à déclarer clairement que la construction du mur est illicite au regard du droit international, à en expliquer les raisons et à énoncer les conséquences juridiques découlant de cette illicéité.

1.4. Pour ce faire, la Cour devra déterminer la nature de ce mur qui a un effet dévastateur sur la vie du peuple palestinien et présente toutes les caractéristiques d'une structure permanente. Cela signifie que, même si ce mur existe bel et bien, la Cour n'en devra pas moins vérifier un certain nombre de faits quant à son incidence et à ses effets à long terme. Ce faisant, elle ne devra pas oublier que tous les éléments de preuve donnent à penser qu'Israël est déterminé à créer une situation sur le terrain qui revient à une annexion de fait, en violation de la Charte des Nations Unies. Par sa seule présence, le mur oblige à confisquer une superficie énorme. En découpant les territoires palestiniens en cinq unités territoriales tout juste contiguës, privées de frontières internationales, il compromet les chances qu'aurait un futur Etat palestinien viable de se doter de véritables mécanismes de contrôle et d'une économie prospère. Dans l'immédiat comme sur le long terme, construire un mur de l'apartheid à travers le territoire palestinien revient à bafouer les droits économiques et sociaux les plus fondamentaux de milliers de Palestiniens dont un grand nombre se trouvent ainsi coupés de leurs terres ou emprisonnés dans les sinuosités du mur ou dans la zone militaire fermée qui en longe les parois. Il s'agit là d'une politique organisée de confiscation de terres, de logements, de récoltes et de moyens de subsistance. Déclarer clairement l'illicéité du mur permettra ensuite à la Cour de se prononcer sur les conséquences juridiques de l'édification du mur : cessation, restitution, indemnisation, et obligation incombant de ce chef à tous les Etats ainsi qu'à l'Organisation des Nations Unies de prendre des mesures pour mettre ces conséquences en œuvre.

¹ Nations Unies, doc. S/2003/980 du 14 octobre 2003.

² Nations Unies, doc. A/ES-10/248, par. 28-29.

II. La position de la Ligue des Etats arabes dans la présente procédure

2.1. La question palestinienne a toujours occupé une place centrale dans le conflit arabo-israélien et s'inscrit en tête des préoccupations de la Ligue des Etats arabes depuis sa création en 1945. Le pacte de la Ligue a proclamé le droit de la Palestine à l'indépendance et c'est pourquoi la Palestine a été admise comme membre à part entière de la Ligue arabe.

2.2. En tant qu'organisation gouvernementale régionale et qu'organisme régional au sens de la Charte des Nations Unies la Ligue des Etats arabes est attachée au règlement de la question palestinienne sous tous aspects et à l'apaisement global, juste et durable du conflit arabo-israélien. Elle a mené une action soutenue et pris plusieurs initiatives pour mettre un terme à ce conflit, adoptant notamment l'initiative de paix arabe lors du sommet de Beyrouth en mars 2002.

2.3. Voilà la raison pour laquelle la Ligue des Etats arabes a demandé à la Cour de l'autoriser à déposer un exposé écrit ainsi qu'à se présenter devant elle lors de la procédure orale. Conformément à l'article 66 de son Statut, la Cour a décidé que la Ligue était susceptible de fournir des renseignements sur la question dont elle est saisie.

*

* *

Le présent exposé écrit comprend deux parties. La première établit la compétence de la Cour pour rendre un avis consultatif sur l'objet de la demande. Nous y démontrons que la demande émane d'un organe autorisé, qu'elle porte sur une question juridique et qu'elle est libellée comme telle. Nous y examinons aussi la question de la recevabilité et montrons que la Cour n'a aucune raison l'incitant à rejeter la demande d'avis consultatif afin de rester fidèle à sa fonction judiciaire (ou qu'aucune raison ne la contraint à refuser d'en connaître).

La deuxième partie comprend trois sections. Dans la section A, nous démontrons que la construction du mur dans le Territoire palestinien occupé est incompatible avec un certain nombre de principes fondamentaux du droit international. Dans la section B, la Cour est priée de dire quelles sont les conséquences juridiques de cette violation tant *ratione materiae* que *ratione personae*. Dans la section C, nous faisons le point de notre argumentation sous forme de conclusions.

PREMIERE PARTIE

LES QUESTIONS DE PROCEDURE

III. Compétence de l'Assemblée générale et de la Cour

1. L'Assemblée générale était-elle compétente pour demander l'avis consultatif ?

3.1. Selon l'article 65 du Statut de la Cour, «[l]a Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis». Que les deux conditions requises pour la délivrance d'un avis consultatif — à savoir que la requête en ce sens émane d'un organe dûment autorisé à cet effet et que la question posée à la Cour soit de nature juridique — soient l'une et l'autre réunies dans la présente requête ne fait aucun doute, ainsi que nous l'exposons en détail ci-après.

3.2. Selon le paragraphe 1 de l'article 96 [de la Charte des Nations Unies], l'Assemblée générale (comme le Conseil de sécurité), contrairement aux autres organes et institutions spécialisées autorisés, «peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique»³. La Cour a confirmé⁴ qu'il y avait lieu de donner une interprétation large à cet article, lequel reflète le caractère particulièrement étendu de la compétence que l'Assemblée générale tient des articles 10, 11 et 13 de la Charte des Nations Unies, et, par voie de conséquence, la liberté quasi totale qu'elle a de demander un avis à la Cour. Aussi n'existe-t-il pas la moindre base à une exception selon laquelle l'Assemblée générale, en demandant un avis sur des questions touchant à l'exercice des compétences étendues qu'elle tient de la Charte en rapport avec un territoire doté d'un statut international et à l'égard duquel elle est investie d'une responsabilité continue, aurait outrepassé sa compétence.

2. La question posée présente-t-elle un caractère «juridique» ?

3.3. L'Assemblée générale demande aujourd'hui à la Cour un avis consultatif sur une question d'ordre juridique. L'avis consultatif demandé concerne la licéité en droit international de la construction du mur, ce qui, nécessairement et par définition, constitue bien une «question juridique». Celle-ci concerne les *aspects juridiques internationaux* d'un ensemble de faits; en d'autres termes, elle revient à s'interroger sur la compatibilité de la construction du mur avec les règles et principes de droit international, parmi lesquels la quatrième convention de Genève de 1949, ainsi qu'avec les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale. La Cour est en outre invitée à se prononcer sur les conséquences juridiques d'une éventuelle incompatibilité de la construction de ce mur avec le droit international, et notamment avec la Charte. Cette question suppose également l'*interprétation* de normes internationales susceptibles de s'appliquer aux circonstances qui ont débouché sur la présente procédure, ce qui constitue par nature une tâche judiciaire. La question soumise par l'Assemblée générale a été «libellé[e] en termes juridiques et soulèv[e] des problèmes de droit international ... elle [est], par [sa] nature même, susceptibl[e] de recevoir une réponse fondée en droit»; il s'agit donc d'une question présentant un caractère juridique⁵.

³ Les italiques sont de nous.

⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, 8 juillet 1996, par. 11.

⁵ *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 18, par. 15.

3.4. Que la Cour soit appelée, ainsi que cela a été indiqué plus haut, à établir certains faits de manière à apprécier leur portée juridique relève de sa fonction judiciaire traditionnelle. Il ne s'en agit pas moins d'une question juridique⁶.

3.5. En résumé, la requête pour avis consultatif de l'Assemblée satisfait aux conditions prévues tant à l'article 65 du Statut de la Cour qu'au paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte, aussi bien *ratione personae* (l'Assemblée générale constituant un organe dûment autorisé) que *ratione materiae* (la requête portant sur une question d'ordre juridique). La Cour doit par conséquent donner l'avis consultatif qui lui est demandé.

IV. La Cour a pour devoir de donner l'avis demandé

4.1. La Cour constituant l'organe judiciaire principal des Nations Unies, sa plus haute mission est d'assister les organes politiques des Nations Unies en les conseillant sur des questions juridiques. Tels sont le but et l'objet du paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte. Prodiguer de tels conseils relève ainsi en principe des obligations juridiques de la Cour.

4.2. Il n'en est pas moins devenu habituel, même dans les procédures consultatives, que les Etats, en plaidant des exceptions préliminaires, s'efforcent de convaincre la Cour de ne pas rendre un avis sur le fond de la question. Compte tenu de la procédure accélérée qui a été prévue par l'ordonnance du 19 décembre 2003, par laquelle la Cour a limité les exposés écrits à un seul, suivis d'une procédure orale, la Ligue des Etats arabes se trouve contrainte de présenter par anticipation des arguments destinés à contrer certaines thèses que pourraient éventuellement formuler certains Etats en vue d'empêcher la Cour de s'acquitter de sa fonction judiciaire. Il ne s'agit là nullement d'une supposition gratuite, mais d'une hypothèse qui repose sur des affirmations et des arguments déjà avancés dans le cadre de précédentes procédures consultatives de la Cour.

1. Le «caractère discrétionnaire» de la fonction consultative de la Cour

4.3. Dans la procédure consultative concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, en 1996⁷, un certain nombre d'Etats avaient demandé à la Cour de ne pas se prononcer au motif qu'elle détiendrait un pouvoir «discrétionnaire» le lui permettant. Au moment de rendre l'avis qui lui avait été demandé par l'Assemblée générale, la Cour répondit à cette allégation en réaffirmant avec insistance qu'«elle ne devrait pas, en principe, refuser de donner un avis consultatif»⁸, expliquant qu'«une fois qu'elle a établi sa compétence pour [donner un avis consultatif] ... seules des «raisons décisives» pourraient l'... inciter [à un tel refus]»⁹. De fait, dans toute son histoire, la présente Cour n'a jamais fait usage de son pouvoir discrétionnaire pour refuser de faire droit à une demande d'avis consultatif. Dans l'avis consultatif concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* qui lui avait été demandé par l'Organisation mondiale de la Santé, la Cour a justifié le refus de donner l'avis recherché par son défaut de compétence en l'espèce.

⁶ *Namibie, C.I.J. Recueil 1971*, p. 27; *Sahara occidental, loc cit.*, p. 19.

⁷ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, 8 juillet 1996.

⁸ *Ibid.*, par. 14.

⁹ *Loc cit.*; les italiques sont de nous.

4.4. Mais la Cour peut-elle s'autoriser une discrétion absolue dans l'exercice de sa fonction consultative ? Il est vrai que certains de ses *dicta* peuvent, lus hors contexte, conduire à une telle conclusion. Cette question a été développée en détail devant cette Cour par le professeur Georges Abi-Saab, au nom de l'Égypte, lors d'une plaidoirie tenue le 1^{er} novembre 1995 en l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. La présente affaire invite à relire cette argumentation.

4.5. Dans l'avis consultatif qu'elle a donné sur la question de *Certaines dépenses des Nations Unies*¹⁰, la Cour a indiqué que son pouvoir de donner un avis consultatif revêtait «un caractère discrétionnaire»¹¹. De même, dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental*¹², elle a indiqué que le paragraphe 1 de l'article 6 du Statut, qui confère à la Cour le pouvoir de donner des avis consultatifs, était «*permissif* et [que] le pouvoir qu'il lui attribu[ait] ainsi a[vait] un caractère discrétionnaire»¹³. Il convient toutefois de poursuivre cette lecture et d'interpréter l'adjectif «discrétionnaire» à la lumière de l'ensemble du texte. Afin de le comprendre, il y a lieu de remonter aux origines de la fonction consultative.

4.6. La fonction consultative de la Cour trouve son origine dans l'article 14 du Pacte de la Société des Nations, lequel prévoyait la création d'une Cour permanente de Justice internationale (CPJI). Ayant disposé que cette juridiction «connaîtra[it] de tous différends d'un caractère international que les parties lui soumettr[ai]ent», son article 14 précisait : «*The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly*»¹⁴. En français, l'autre langue officielle de la Société des Nations, la formule était tout à fait différente; elle ne présentait pas de caractère permissif comme les mots anglais «*may also give*» le donnaient à entendre, mais un caractère obligatoire, puisque le texte se lisait ainsi : «Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée.»

Toutefois, la différence entre ces deux formulations n'était pas aussi profonde qu'il aurait pu paraître. La formule anglaise «permissive», dans ce contexte, n'était guère plus qu'une clause dispositive, pour ainsi dire, qui n'entendait pas définir la nature ou le caractère de l'activité de la Cour, mais simplement l'autoriser. Il ne s'ensuit pas que l'exercice de cette activité soit «discrétionnaire», pas davantage que cette formulation n'exclut que cet exercice soit «obligatoire».

4.7. Cette question ne fut résolue ni dans le Statut initial de la Cour, ni dans son premier Règlement. Elle ne fut toutefois pas ignorée lors de l'élaboration de ce dernier. Elle fut en effet soulevée dans le cadre d'un projet d'article du Règlement qui aurait réservé à la Cour le droit de s'abstenir de répondre à des questions qui lui seraient posées et qui exigeraient qu'elle rende un avis consultatif sur une situation théorique. A ce stade précoce, des doutes avaient surgi quant à la compatibilité entre l'activité consultative et la fonction judiciaire de la Cour, et on se demandait aussi si cette activité consultative faisait partie de ladite fonction judiciaire. D'aucuns craignaient en effet qu'il fût ainsi porté atteinte à la crédibilité et au prestige de la Cour, en particulier si celle-ci était appelée à se prononcer sur des questions qui lui seraient soumises par des organes

¹⁰ *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif*, 20 juillet 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 151.

¹¹ *Ibid.*, p. 155.

¹² *Sahara occidental, avis consultatif*, 16 octobre 1975, *C.I.J. Recueil 1975*, p. 12.

¹³ *Ibid.*, p. 21; les italiques sont de nous.

¹⁴ Les italiques sont de nous.

politiques. La Cour préféra toutefois ne pas régler cette question des avis consultatifs et laisser ainsi la question ouverte, à charge pour elle de la régler au vu des circonstances de chaque espèce.

L'année suivante, la Cour eut à se pencher sur cette question dans le cadre de la célèbre affaire de la *Carélie orientale*¹⁵. Celle-ci nous semble généralement invoquée à tort pour prouver que la Cour dispose d'un «pouvoir discrétionnaire illimité» pour refuser de rendre un avis consultatif. Une lecture attentive de l'avis révèle toutefois un tableau très différent.

4.8. Dans cette affaire, la Finlande, qui était Membre de la Société des Nations, avait porté devant le Conseil de cette dernière un différend qui l'opposait à un Etat non membre, à savoir ce qui était alors la République fédérative soviétique de Russie. Cette dernière s'opposa énergiquement à l'invitation qui lui avait été faite de soumettre la question de la *Carélie orientale* à l'examen du Conseil, sur la base de l'article 17 du Pacte¹⁶. Toutefois, le Gouvernement finlandais persista et porta l'affaire devant le Conseil. Celui-ci finit par soumettre une question à la Cour qui, si elle l'avait tranchée, se serait ainsi prononcée sur la question au centre du différend opposant les deux Parties.

La Cour décida de s'abstenir de rendre l'avis demandé. Son refus, contrairement à ce que beaucoup affirmèrent à l'époque, reposait essentiellement sur l'absence de consentement à une procédure consultative de la part de la Russie, en tant que celle-ci n'était ni partie au Statut de la Cour permanente, ni membre de la société des Nations, c'est-à-dire sur des limites intrinsèques au Statut. Il ne fut pas fait mention d'un quelconque caractère discrétionnaire¹⁷.

Le précédent de la *Carélie orientale* demeura unique dans l'histoire de l'une et l'autre Cour, jusqu'à ce que l'OMS soumette sa requête pour avis consultatif citée plus haut; une lecture de la jurisprudence de la CIJ montre que celle-ci, dans ses *dicta*, tout en qualifiant de «discrétionnaire» son pouvoir de rendre des avis consultatifs — ce que l'ancienne Cour n'avait pas dit —, justifia son refus par son absence de compétence en l'espèce.

4.9. L'avis consultatif concernant *Certaines dépenses des Nations Unies* est représentatif à cet égard. Dans celui-ci, la Cour a dit que son pouvoir de rendre un avis consultatif dérivait de l'article 65 du Statut. Le pouvoir ainsi conféré à la Cour revêt un caractère discrétionnaire. Dans l'exercice de celui-ci, la Cour actuelle, de même que la CPJI, s'est toujours inspirée d'un principe que la Cour permanente avait exposé dans l'affaire concernant le *Statut de la Carélie orientale* lorsqu'elle avait affirmé que «[l]a Cour, étant une cour de justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs.»¹⁸ Dès lors, expliqua la Cour, et conformément à l'article 65 de son Statut, elle ne pouvait rendre d'avis consultatif que sur une question de nature juridique. Dans le cas contraire, elle n'avait nulle discrétion à cet égard, et se devait de s'abstenir de rendre l'avis demandé. Mais, même dans le cas où la question aurait été de nature juridique et où la Cour aurait été sans conteste compétente pour y répondre, elle n'en pouvait pas moins décider de refuser de le faire. Ainsi que la Cour l'a dit dans

¹⁵ *C.P.J.I. série B n° 5*, 1923.

¹⁶ *Ibid.*, p. 24. Cet article 17 concernait le règlement des différends entre Etats Membres et non membres, sous réserve de l'acceptation de l'Etat non membre.

¹⁷ Il est vrai que, ayant, dans cette affaire de la *Carélie orientale*, rendu sa décision sur ces motifs solides, la Cour, sans doute par excès de prudence, ajouta d'autres motifs qui pourraient sembler moins contraignants de nature, et qui sont généralement ceux que l'on invoque pour justifier une interprétation de cet avis fondée sur le «caractère discrétionnaire». Mais il ne s'agissait là que d'arguments auxiliaires, et non du principal motif de la décision.

¹⁸ *C.P.J.I. série B n° 5*, p. 29.

son avis sur l'*Interprétation des traités de paix*¹⁹, le caractère permissif de l'article 65 lui «donne ... le pouvoir d'apprécier si les circonstances de l'espèce sont telles qu'elles doivent la déterminer à ne pas répondre à une demande d'avis»²⁰.

Ici s'insère la deuxième partie du raisonnement. Mais, ainsi qu'elle l'a indiqué dans le même avis, «la réponse [de la Cour] constitue une participation de [cette dernière], elle-même «organe des Nations Unies», à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée»²¹. De manière encore plus significative, la Cour a, dans son avis du 23 octobre 1956²², déclaré que seules des «raisons décisives» pourraient la déterminer à refuser de donner l'avis demandé²³.

Des déclarations similaires ont été formulées dans le cadre, notamment, de l'affaire du *Sahara occidental*²⁴.

4.10. La terminologie permissive du début peut-elle être conciliée avec le langage impératif de la fin ? La coexistence entre deux propositions contradictoires est-elle possible ? D'une part, il est dit que le pouvoir de la Cour est discrétionnaire et que celle-ci peut donc refuser de donner l'avis demandé même si elle est compétente. D'autre part, il est dit que donner des avis consultatifs constitue la principale contribution et forme de participation de la Cour à l'action de l'Organisation, dans la mesure où elle en constitue «l'organe judiciaire principal», et que, en principe, elle ne devrait pas refuser de le faire, à moins que des «raisons décisives» ne l'obligent au refus. Nous proposons ci-après une interprétation conciliant les deux parties de ce développement.

Elle repose toute entière sur la façon dont doit être interprété l'adjectif «discrétionnaire». S'il faut entendre par là un pouvoir discrétionnaire illimité, alors il est impossible d'éviter la contradiction interne du raisonnement. Mais si on l'entend en suivant l'interprétation des termes tels qu'ils découlent du sens du raisonnement lui-même, voilà qui permet de sortir de la contradiction, à savoir que, dans certains cas, si «la Cour a indubitablement compétence de répondre [à la question qui lui est posée], elle peut néanmoins refuser de le faire». Si telle est la définition du caractère discrétionnaire, elle est alors parfaitement conciliable avec la deuxième partie, impérative, de l'affirmation.

Si elles sont conciliables entre elles, c'est parce que les conditions d'exercice de la fonction consultative, tout comme les conditions d'exercice de la fonction contentieuse, n'ont rien à voir avec les limites posées à la compétence de la Cour qui, dans ce domaine — celui de la compétence consultative —, se ramènent au critère du caractère juridique de la question posée et de la compétence de l'organe dont elle émane pour poser cette question. Les autres conditions concernent la *recevabilité*, laquelle se situe au-delà de la compétence. Toutefois, contrairement à ce qui est le cas avec la fonction contentieuse, dans le cadre de laquelle la recevabilité peut se manifester et se cristalliser sous la forme de conditions concrètes et largement reconnaissables, la recevabilité se présentait à l'époque, dans le contexte de la nouvelle fonction consultative, sous la forme de considérations générales plutôt que de conditions précises.

¹⁹ *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, avis consultatif*, 30 mars 1950, *C.I.J. Recueil 1950*.

²⁰ *C.I.J. Recueil 1950*, p. 72.

²¹ *Ibid.*, p. 71; voir également *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 19.

²² *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif*, 23 octobre 1956, *C.I.J. Recueil 1956*, p. 77.

²³ *Loc. cit.*, p. 86. Voir également *C.I.J. Recueil 1962*, p. 155.

²⁴ *C.I.J. Recueil 1975*, p. 21, par. 23.

4.11. Les considérations générales relatives à la recevabilité, tout en laissant à la Cour une marge d'appréciation plus large que lorsqu'elle doit s'assurer que des conditions concrètes sont réunies, relèvent toujours de la recevabilité. Il s'agit de considérations qui touchent à la conformité à la fonction judiciaire (*propriety*) et non à l'opportunité (*opportunity*). Le premier concept, celui de «*propriety*», conduit à apprécier ce qui est attendu d'un organe judiciaire, c'est-à-dire à apprécier ce qui est compatible avec la fonction judiciaire; il ne s'agit pas ici de discrétion ou de commodité illimitée.

De fait, si nous considérons l'activité consultative de la Cour comme faisant partie intégrante de sa fonction judiciaire, nous ne pouvons la considérer en même temps comme «discrétionnaire» au sens le plus large, c'est-à-dire au sens qui rejoindrait l'*opportunité* et la *commodité*. La différence entre un droit et une fonction réside en ceci qu'un droit constitue un pouvoir ou une faculté qui peut ou non être exercé ou conservé ou auquel il peut être renoncé, alors qu'une fonction conjugue un pouvoir avec une *charge* ou une *obligation* de l'exercer dans une finalité précise. Cette description s'applique autant à la fonction consultative qu'à la fonction contentieuse de la Cour et n'est pas le privilège de la première.

4.12. Même pour ce qui concerne la fonction contentieuse — dont les limites sont beaucoup plus précises, avec des conditions de recevabilité bien établies et bien matérialisées —, une marge imperceptible demeure qui ne peut se réduire à des conditions précises. Il est assez significatif que, lorsque la Cour a eu à la définir, elle l'ait fait par référence à la fonction consultative, confirmant ainsi la relation d'identité entre le problème et la solution dans l'un et l'autre cas. C'est dans le cadre de l'affaire du *Cameroun septentrional*²⁵ qu'elle l'a fait, affirmant :

«Les deux Cours ont eu l'occasion de formuler, à propos de demandes d'avis consultatifs, des observations qui s'appliquent également au rôle que doit jouer la Cour en matière contentieuse; dans les deux cas, la Cour exerce une fonction judiciaire. Cette fonction est soumise à des limitations inhérentes qui, pour n'être ni faciles à classer, ni fréquentes en pratique, n'en sont pas moins impérieuses en tant qu'obstacles décisifs au règlement judiciaire. Quoi qu'il en soit, c'est toujours à la Cour qu'il appartient de déterminer si ses fonctions judiciaires sont en jeu.»²⁶

La Cour ajoutait que, tout comme la CPJI, elle s'était toujours inspirée du principe posé par celle-ci le 23 juillet 1923 dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*, où elle avait relevé que, «[l]a Cour, étant une cour de justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs.»²⁷ (*C.P.J.I. série B n° 5*, p. 29.)

Ce *dictum* explicite et harmonise la problématique des «conditions générales de recevabilité» pour les deux aspects de la fonction judiciaire de la Cour.

4.13. Il en découle que le caractère «discrétionnaire» se réduit en réalité à un devoir particulier de vigilance qui s'impose à la Cour, en tant que celle-ci doit veiller à ce que, dans une procédure consultative (mais également dans une procédure contentieuse), les «limitations inhérentes» de la fonction judiciaire, qui, «pour n'être pas [faciles] à classer ... n'en sont pas moins impérieuses», ne soient pas dépassées.

²⁵ Affaire du *Cameroun septentrional* (*Cameroun c. Royaume-Uni*), *exceptions préliminaires*, arrêt du 2 décembre 1963, *C.I.J. Recueil 1963*, p. 15.

²⁶ *Ibid.*, p. 30.

²⁷ *Loc. cit.*

En d'autres termes, le «pouvoir discrétionnaire» de la Cour ne se ramène guère qu'à une marge d'appréciation accrue des considérations générales de recevabilité des requêtes pour avis consultatif, considérations dont l'absence signifierait que répondre à la question serait incompatible avec la fonction judiciaire, et ne relèverait pas simplement d'une absence d'«opportunité» ou de «commodité» pour la Cour ou toute autre instance, constituant ainsi l'une de ces «raisons décisives» qui seules pourraient «conduire [la Cour] à refuser de donner l'avis demandé».

2. Arguments susceptibles d'être invoqués à l'appui d'une invitation à la Cour de ne pas rendre l'avis demandé

4.14. L'on pourrait avancer que la Cour devrait en l'espèce s'abstenir de donner l'avis consultatif demandé, et affirmer qu'une prise de position de sa part à cet égard ne saurait guère être conforme à sa fonction judiciaire, qu'enfin elle ne devrait pas donner l'avis consultatif demandé, plusieurs «raisons décisives» s'y opposant, notamment du fait que la requête soumise par l'Assemblée générale pourrait nuire à l'intégrité de la Cour en raison du risque qui existerait de voir se dérouler une procédure sans objet.

4.15. Les raisons dont ce refus pourrait être assorti peuvent en gros se regrouper en trois catégories :

- la question posée serait politique ou reposerait sur des motivations politiques;
- l'avis demandé ne saurait avoir d'effet juridique utile; ou inversement
- l'avis demandé aurait un effet négatif certain sur les négociations en cours et à venir entre les parties au conflit du Proche-Orient.

Ces arguments sont développés et réfutés l'un après l'autre ci-dessous.

a) *La question posée aurait une nature ou une motivation «politique»*

4.16. L'un des arguments pourrait être que la question posée par l'Assemblée générale est de nature non pas juridique mais politique, et qu'un avis rendu par la Cour sur une question qui serait essentiellement politique risquerait de nuire à son autorité et à son efficacité. Il pourrait également être avancé que la licéité et les conséquences de la construction du mur ne sauraient être appréciées au regard de normes de droit international sans que cette appréciation, d'un tour judiciaire, prenne un tour politique.

4.17. Le simple fait que la question puisse présenter des aspects politiques, être liée à un processus politique en cours, ou reposer sur des motifs politiques, ou encore que l'avis risque d'avoir des conséquences politiques, ne saurait priver cette question de son caractère juridique ni empêcher la Cour de donner l'avis consultatif qui lui est demandé.

La Cour a fait observer qu'elle: «n'a[vait] point à s'arrêter aux mobiles qui ont pu inspirer [la] demande...»²⁸ Elle a également affirmé que : «lorsque des considérations politiques jouent un rôle marquant[,] il peut être particulièrement nécessaire à une organisation internationale d'obtenir un avis consultatif de la Cour sur les principes juridiques applicables à la matière en discussion...»²⁹. En une autre occasion, la Cour a dit :

«On a fait valoir que la question posée à la Cour touchait à des questions d'ordre politique et que, pour ce motif, la Cour d[eva]it se refuser à donner un avis. Certes, la plupart des interprétations de la Charte des Nations Unies présentent une importance politique plus ou moins grande. Par la nature des choses, il ne saurait en être autrement. Mais la Cour ne saurait attribuer un caractère politique à une requête qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire...»³⁰

Il ne revient donc pas à la Cour de s'attarder sur les motifs qui ont conduit un organe dûment autorisé à lui soumettre une requête pour avis consultatif sur une question juridique relevant manifestement de la compétence de cet organe, même lorsque cette question touche à une matière qui présente des aspects politiques importants ou qui est elle-même, *arguendo*, de nature essentiellement politique. Dans la requête aujourd'hui soumise à la Cour, les questions juridiques sont clairement énoncées et la Cour peut y répondre sans s'interroger sur l'existence de motifs politiques apparents ou cachés, ou sur d'autres aspects politiques de la question.

4.18. Dans la même perspective, et à l'appui de l'affirmation selon laquelle la Cour devrait refuser de donner l'avis qui lui est demandé, il pourrait être avancé qu'il existe, au sein de la communauté internationale, un désaccord quant à la question de savoir si une telle requête était appropriée compte tenu des circonstances de l'adoption, le 8 décembre 2003, de la résolution de l'Assemblée générale ES-10/14. La Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer clairement que l'existence, en toile de fond à la question posée, d'une controverse politique ne constituait pas pour elle une raison de refuser de donner l'avis qui lui était demandé³¹. Elle a précisé : «[p]resque toutes les procédures consultatives ont été marquées par des divergences de vues entre Etats sur des points de droit; si les opinions des Etats concordaient, il serait inutile de demander l'avis de la Cour»³².

Il importe peu que la résolution A/RES/ES-10/14 ait été adoptée au milieu d'une controverse politique ou qu'elle ait été adoptée par une large majorité ou non. Ce qui compte c'est qu'elle ait été adoptée dans les formes et à la majorité requise par les textes. Elle doit donc être considérée comme l'expression d'une volonté juridiquement valide de l'Assemblée générale.

En outre, la façon dont la décision a été adoptée est sans pertinence pour la Cour au regard de l'article 65 du Statut, car ni la Charte, ni le Règlement de l'Assemblée générale ne comportent de dispositions spécifiques concernant l'adoption d'une requête pour avis consultatif.

²⁸ *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, p.61.*

²⁹ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980, p. 87, par. 33.*

³⁰ *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 155.*

³¹ *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, 21 juin 1971, C.I.J. Recueil 1971, p. 27, par. 40.*

³² *Ibid.*, p. 34, par. 34.

4.19. En dernière analyse, l'argument selon lequel la Cour ne devrait pas connaître d'une requête pour avis consultatif considérée comme revêtant un caractère «politique» reviendrait à l'obliger à se confiner à l'examen de seuls aspects techniques et non de questions fondamentales touchant à l'ordre juridique international, limitant ainsi ses pouvoirs, chose bien évidemment totalement inacceptable.

b) Un avis consultatif sur la question serait dépourvu d'effet juridique utile

4.20. Un autre argument pourrait être qu'un avis consultatif sur la question posée à la Cour serait sans effet juridique utile, et ne traduirait ainsi qu'un exercice futile de la fonction judiciaire, ce qui reviendrait à disqualifier cette requête au motif qu'elle ne serait pas conforme à la finalité judiciaire des fonctions de la Cour. Pourrait notamment être invoqué à l'appui un argument supplémentaire selon lequel la question posée ne relèverait d'aucune des catégories de questions sur lesquelles la Cour a eu à rendre un avis consultatif jusqu'à présent.

4.21. Il est évident que la liste des questions et des sujets déjà traités par la Cour ne saurait en aucune façon limiter l'étendue de sa compétence consultative. Il ne s'agit pas là d'une liste fixe et définitive. Il est en réalité parfaitement naturel pour une cour de justice d'être invitée à connaître de différentes questions. Toutefois, ce qui est ici décisif, ce n'est pas cette liste ou une quelconque autre liste mais le Statut de la Cour, et celui-ci est parfaitement clair lorsqu'il dispose que «[l]a Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique»³³. La seule condition est que cette question soit de nature «juridique» et relève de la compétence de l'organe dont elle émane, compétence qui, pour l'Assemblée générale, est exactement définie par la Charte.

4.22. Le risque existe là encore de commettre une confusion impardnable entre les fonctions consultative et contentieuse de la Cour. Il n'y a nul besoin ici, contrairement à ce qui est le cas dans les procédures contentieuses, de prouver, comme condition préalable à la recevabilité d'une affaire soumise à la Cour, l'existence d'un *intérêt d'ordre juridique*. Dans les procédures consultatives, la Charte, tout comme le Statut, laisse à la discrétion de l'organe dont émane la demande d'avis consultatif de juger de son caractère approprié et de son éventuelle utilité pour ses travaux actuels et futurs.

4.23. La Cour a maintes fois eu l'occasion d'affirmer qu'il était de son devoir, en tant qu'«organe judiciaire principal des Nations Unies»³⁴, de répondre à de telles requêtes. Elle a ainsi déclaré : «La réponse constitue une participation de la Cour, elle-même «organe des Nations Unies», à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée.»³⁵ Elle a par ailleurs précisé que : «aucun Etat, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donnée suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité».³⁶ Ce n'est pas à la Cour de décider, en lieu et place de l'Assemblée générale, du caractère «souhaitable» ou «opportun» de la requête ou de revenir sur cette question lorsque l'Assemblée a elle-même jugé qu'une telle requête était souhaitable.

³³ Statut de la Cour, art. 65.

³⁴ Charte des Nations Unies, art. 92.

³⁵ *Interprétation des traités de paix, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71; et *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 19.

³⁶ *C.I.J. Recueil 1950*, p. 71.

4.24. L'argument pourrait toutefois être avancé selon lequel, compte tenu de la nature de la présente espèce, la Cour ne serait pas en mesure de donner un avis consultatif qui soit d'un réel secours pour l'Assemblée générale et les autres organes des Nations Unies. Ou encore que la Cour serait amenée à outrepasser les limites de sa fonction en tant qu'«organe judiciaire principal des Nations Unies», se transformant en un organe politique.

4.25. Nous estimons toutefois que l'avis consultatif de la Cour pourrait être en l'occurrence d'un grand intérêt pratique. La Cour a maintes fois réaffirmé que son activité consultative constituait sa forme première de participation à l'action des Nations Unies, dont elle est l'organe judiciaire principal, et qu'elle ne devrait en principe pas refuser de donner suite à une requête en ce sens³⁷. La présente requête touche à une question qui se trouve au cœur même de l'objet essentiel et de la fonction principale des Nations Unies, à savoir le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle touche également à d'autres domaines auxquels l'Assemblée générale est directement partie prenante, tels que les droits de l'homme et la décolonisation, et notamment le principe de l'autodétermination, etc.

Cette question relève directement du mandat étendu confié à l'Assemblée générale par l'article 10 de la Charte, à savoir «toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de ... [celle-ci]», ainsi que par les articles 2, paragraphe 4, 11, 12 et 14 de la Charte. En répondant à la question qui lui est soumise, la Cour éclairerait l'Assemblée générale sur le contexte juridique dans lequel celle-ci mène son action. Une déclaration de la Cour sur les conséquences juridiques de l'édification, par Israël, puissance occupante, d'un mur en Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, tel que décrit dans le rapport du Secrétaire général, déclaration s'inspirant des normes et principes du droit international, et notamment de la quatrième convention de Genève de 1949, ainsi que des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, ne pourrait qu'avoir une incidence positive sur les négociations en cours depuis longtemps dans le cadre des Nations Unies et ailleurs, au moins en ce qu'elle limiterait le champ de la controverse juridique.

c) *L'avis consultatif demandé aurait une incidence négative sur les efforts de règlement en cours ou futurs*

4.26. Un autre argument serait qu'un avis sur les conséquences juridiques de la construction du mur risquerait de mettre en péril les efforts de règlement actuels et futurs. Nous estimons qu'il s'agit là d'une conjecture pure et simple, voire d'une aberration. Un prononcé de la Cour sur le sujet ne saurait être incompatible avec la poursuite des négociations, surtout si celles-ci devaient être menées à la lumière d'une déclaration autorisée sur les questions en jeu.

4.27. A l'occasion de la demande d'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a refusé de considérer comme une raison décisive pour refuser d'exercer sa compétence l'affirmation selon laquelle une réponse de sa part pourrait avoir une incidence négative sur les négociations alors en cours et, ainsi, être contraire à l'intérêt des Nations Unies. La Cour a répondu à cette allégation en affirmant que

«quelles que soient les conclusions auxquelles elle pourrait parvenir dans l'avis qu'elle donnerait, [celles-ci] seraient pertinentes au regard du débat qui se poursuit à l'Assemblée générale, et apporteraient dans les négociations sur la question un élément supplémentaire... Dans ces conditions, la Cour ne saurait considérer ce facteur comme une raison décisive de refuser d'exercer sa compétence.»³⁸

³⁷ *Loc. cit.*; voir également *C.I.J. Recueil 1951*, p. 19.

³⁸ *C.I.J. Recueil 1996*, par. 17.

4.28. Il est difficile de comprendre comment d'aucuns pourraient penser que dire et préciser le droit, en particulier lorsqu'il s'agit de la plus haute instance judiciaire internationale, pourrait non seulement être dénué de pertinence au regard du règlement d'un différend, mais en outre avoir une incidence négative sur la possibilité de parvenir à un tel règlement.

En confirmant, par une déclaration autorisée, l'illicéité de la construction du mur et en énonçant par là même les conséquences juridiques de cette construction, la Cour contribuerait grandement à préciser le droit à cet égard. Telle est la raison pour laquelle un tel prononcé ne saurait nuire aux négociations actuelles ou futures visant à mettre un terme au conflit au Proche-Orient. Au contraire, un prononcé de la Cour faciliterait probablement un tel règlement.

DEUXIEME PARTIE

LES QUESTIONS DE FOND

A. L'illicéité du mur

V. Le contexte historique : genèse de la question palestinienne

1. La Palestine sous mandat britannique (24 juillet 1922)

5.1. Lors de la conférence de la paix qui se tint à l'issue de la première guerre mondiale, les Puissances alliées partagèrent les territoires arabes de l'Empire ottoman disloqué en constituant des mandats et ont attribué la Palestine à la Grande-Bretagne. Le texte du mandat reprenait les termes de la déclaration Balfour de 1917, qui encourageait l'établissement en Palestine d'un foyer national pour le peuple juif. Le préambule du mandat était ainsi libellé :

«Considérant que les principales Puissances alliées ont en outre convenu que le mandataire serait responsable de la mise à exécution de la déclaration originairement faite le 2 novembre 1917 par le Gouvernement britannique et adoptée par lesdites Puissances, en faveur de l'établissement en Palestine d'un foyer national pour le peuple juif, étant bien entendu que rien ne sera fait qui puisse porter préjudice aux droits civils et religieux des communautés non juives en Palestine, non plus qu'aux droits et au statut politique dont jouissent les Juifs dans tout autre pays.»

Il était ajouté à l'article 2 du mandat que

«Le mandataire assumera la responsabilité d'instituer dans le pays un état de choses politique, administratif et économique de nature à assurer l'établissement du foyer national pour le peuple juif, comme il est prévu au préambule, et à assurer également le développement d'institutions de libre gouvernement, ainsi que la sauvegarde des droits civils et religieux de tous les habitants de la Palestine, à quelque race ou religion qu'ils appartiennent.»

5.2. Il convient de rappeler que la Palestine avait été placée sous mandat britannique en vertu du Pacte de la Société des Nations qui, en tant que partie du traité de Versailles, fut signé le 28 juin 1919. A l'article 22 du Pacte figurait le paragraphe suivant :

«Certaines communautés, qui appartenaient autrefois à l'Empire ottoman, ont atteint un degré de développement tel que leur existence comme nations indépendantes peut être reconnue provisoirement, à la condition que les conseils et l'aide d'un mandataire guident leur administration jusqu'au moment où elles seront capables de se conduire seules. Les vœux de ces communautés doivent être pris d'abord en considération pour le choix du mandataire.»

Le sort de la Palestine et du peuple palestinien fut un sujet de préoccupation pour les participants à la conférence de la paix (1919). Ces préoccupations se retrouvent dans le rapport de la commission King-Crane du 30 août 1919.

5.3. Le président Wilson désigna deux Américains, Henry King et Charles Crane, pour le représenter à cette commission³⁹. A l'inverse, la Grande-Bretagne et la France refusèrent de s'y faire représenter⁴⁰, craignant peut-être que leur propre délégation ne formule des recommandations contraires à leur politique. Les conclusions de la commission furent passées sous silence et tenues secrètes pendant trois ans. Elles ne furent publiées qu'en 1947.

5.4. Pour la Palestine, la commission King-Crane recommandait de modifier nettement le programme sioniste radical «d'immigration juive illimitée, visant en définitive à transformer la Palestine en véritable Etat juif». La déclaration Balfour qui favorisait la création d'un «foyer national pour le peuple juif» ne revenait pas à faire de la Palestine un Etat juif et la création d'un tel Etat devait nécessairement porter une atteinte extrêmement grave aux «droits civils et religieux des communautés non-juives présentes en Palestine». Ce fait fut maintes fois exposé lors des réunions de la commission avec des représentants juifs, car

«en étendant leur emprise de différentes façons, les sionistes espéraient ardemment l'éviction quasi-totale des non-juifs qui habitaient alors la Palestine. Or, le fait de soumettre les Palestiniens à une immigration juive illimitée, et d'exercer à leur endroit une pression financière et sociale constante pour les obliger à abandonner leur terre, constituerait une violation flagrante du principe (de l'autodétermination) invoqué plus haut ainsi que des droits de ce peuple, même si la manœuvre respectait les formes légales. Cette vision du programme sioniste n'était pas propre à la Palestine, mais était également très répandue dans toute la Syrie... Accélérer le programme sioniste radical aurait notamment pour effet d'aviver les sentiments antisémites aussi bien en Palestine que dans toutes les autres parties du monde où la Palestine est vue comme la Terre sainte.»⁴¹

5.5. Le 20 juin 1919, MM. Crane et King adressèrent de Jérusalem un télégramme au président Wilson. Ils le mettaient en garde :

«La question raciale n'a probablement jamais été aussi sensible qu'à l'heure actuelle. La population croyait profondément aux déclarations de paix américaines et à celles faites le 9 novembre 1918 par les Gouvernements britannique et français sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Ici, les plus âgés, tant musulmans que chrétiens, adoptent une attitude solidaire et on ne peut plus hostile contre tout déploiement de la souveraineté juive à leur égard. Nous voyons difficilement comment un membre de l'administration britannique ou un représentant américain se trouvant sur le terrain pourrait penser qu'il est possible de mener à bien le programme sioniste autrement qu'avec le soutien d'une grande armée.»⁴²

5.6. Les appels à l'indépendance de la Palestine et sa résistance à l'immigration juive provoquèrent une rébellion en 1937. Le Gouvernement britannique reçut le 7 juillet 1937 le rapport établi par la commission royale de Palestine (la commission Peel), qui avait été constituée en 1936 sous la direction de Lord Peel. Cette commission recommandait de mettre fin au mandat sur la Palestine et de créer deux Etats souverains indépendants. Les vingt-cinq ans du mandat

³⁹ Ceux-ci bénéficiaient du concours d'autres personnes qui s'étaient déjà penchées sur les questions relatives au Proche-Orient; voir John, Robert et Hadawi, Sami, *The Palestine Diary*, vol. 1, 1914-1945, Beyrouth 1970, p. 137.

⁴⁰ En réalité, la délégation britannique, désignée à titre provisoire, se rendit à Paris au début de mai 1919, mais la France n'ayant pas désigné de délégation, le Gouvernement britannique déclara qu'il accepterait une représentation purement américaine. *Ibid.*, p. 137.

⁴¹ *Ibid.*, p. 139.

⁴² *Ibid.*, par. 137.

britannique sur la Palestine, de 1922 à 1947, furent marqués par une immigration massive de Juifs venus de l'étranger, surtout d'Europe de l'Est, les chiffres culminant dans les années trente quand les Nazis pratiquent leur sinistre persécution de la communauté juive. Pendant cette période, la population juive de Palestine, composée principalement d'immigrants, qui représentait moins de 10 % de la population totale en 1917 passe à plus de 30 % en 1947. Vers le milieu des années quarante, les Arabes représentaient les deux tiers des deux millions d'habitants environ qui peuplaient ce territoire.

5.7. Face à des actes de terrorisme et de violence perpétrés sans relâche pendant la seconde guerre mondiale et immédiatement après, la Grande-Bretagne, en tant que puissance mandataire, tenta de mettre en œuvre différentes formules pour donner son indépendance à un pays ravagé par la violence. Plan de partage, formule d'autonomie provisoire, unification et indépendance de la Palestine : toutes ces solutions furent examinées et abandonnées. En 1947, la Grande-Bretagne, devant l'échec, confia le problème à l'Organisation des Nations Unies.

5.8. Quand l'Organisation des Nations Unies fut créée le 24 octobre 1945, le territoire de la Palestine était toujours administré par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en vertu d'un mandat qui lui avait été conféré en 1922 par la Société des Nations.

Appelant l'attention de l'Organisation sur «la nécessité de régler au plus tôt la question palestinienne», le Gouvernement britannique demanda la convocation immédiate d'une session extraordinaire de l'Assemblée générale afin de constituer une commission spéciale et de la charger de faire une étude préliminaire sur la question de la Palestine que l'Assemblée examinerait à sa session ordinaire suivante.

2. La résolution 181 (II) de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le gouvernement futur de la Palestine (29 novembre 1947)

5.9. A cette première session extraordinaire de l'Assemblée générale qui s'ouvrit le 28 avril 1947, il fut donc constitué une commission spéciale chargée de la question palestinienne. Lors de sa deuxième session ordinaire, après un débat intensif qui dura deux mois, l'Assemblée générale adopta, le 29 novembre 1947, sa résolution 181 (II) dans laquelle elle approuvait, à quelques légers changements près, le plan de partage avec union économique proposé par la majorité des membres de la commission spéciale sur la Palestine. Ce plan de partage, document détaillé en quatre parties qui était joint à la résolution, prévoyait la fin du mandat, le retrait progressif des forces armées britanniques et la délimitation de frontières entre les deux Etats et Jérusalem.

Selon le plan :

1. la création des Etats arabe et juif était prévue pour le 1^{er} octobre 1948 au plus tard;
2. la Palestine était divisée en huit parties : trois devaient devenir des divisions arabes et trois des divisions juives. La septième, la ville de Jaffa, devait devenir une enclave arabe à l'intérieur du territoire juif; et
3. le régime international de Jérusalem, qui était la huitième division, serait géré par le Conseil de tutelle des Nations Unies.

5.10. L'adoption de la résolution 181 (II) fut suivie d'une série d'actes de violence en Palestine. Devant la dégradation de la situation, le Conseil de sécurité décida de convoquer une session extraordinaire de l'Assemblée générale qui se réunit du 16 avril au 14 mai 1948. Le

17 avril, le Conseil de sécurité demanda la cessation de toutes les activités militaires et paramilitaires en Palestine et, le 23 avril, créa une commission de la trêve chargée de mettre en place et de superviser un cessez-le-feu. L'Assemblée générale, pour sa part, releva la commission sur la Palestine de ses fonctions et décida de nommer un médiateur chargé de promouvoir un règlement pacifique en coopération avec la commission de la trêve. Le 20 mai, le comte Folke Bernadotte, président de la Croix-Rouge suédoise, fut nommé médiateur des Nations Unies.

5.11. Le 14 mai 1948, le Royaume-Uni mit fin à son mandat sur la Palestine et en retira ses forces. Le lendemain, l'Agence juive proclama la création de l'Etat d'Israël sur le territoire qui lui avait été attribué par le plan de partage. De sanglantes hostilités éclatèrent immédiatement entre les communautés arabe et juive. Le jour suivant, des troupes régulières des Etats arabes limitrophes pénétrèrent sur le territoire pour venir en aide aux Arabes palestiniens.

Les combats prirent fin après plusieurs semaines lorsque le Conseil de sécurité proclama, le 29 mai 1948, une trêve de quatre semaines.

La trêve, entrée en vigueur le 11 juin, fut supervisée par le médiateur des Nations Unies, avec le concours d'un groupe d'observateurs militaires internationaux qui par la suite prit le nom d'Organisme des Nations Unies chargé de la surveillance de la trêve (ONUST).

En dépit de l'action menée par le médiateur, il ne fut pas possible de convenir d'une prolongation de la trêve et les combats reprirent le 8 juillet.

5.12. Le 15 juillet 1948 le Conseil de sécurité décida, dans une résolution, que la situation en Palestine constituait une menace pour la paix. Il ordonna un cessez-le-feu et déclara que toute inobservation du cessez-le-feu serait considérée comme une rupture de la paix qui exigerait l'examen immédiat de mesures coercitives en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En application de cette résolution, la deuxième trêve entra en vigueur. Israël contrôlait alors une grande part du territoire qui avait été attribué à l'Etat arabe dans la résolution relative au partage, y compris la partie occidentale de Jérusalem.

5.13. L'Egypte et la Jordanie administraient chacune certains secteurs du reste de Gaza et de la Cisjordanie (qui comprenait Jérusalem-Est, ou la vieille ville). De nouveaux combats eurent lieu en octobre 1948 et en mars 1949, à l'occasion desquels Israël s'empara d'autres zones dont certaines avaient initialement été attribuées à l'Etat arabe. En 1950, la Jordanie soumit officiellement à sa juridiction la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est, tant que le problème ne serait pas résolu.

5.14. Les hostilités provoquèrent également une terrible crise humanitaire, puisque près de sept cent cinquante mille Palestiniens furent alors déracinés et sont devenus des réfugiés. Alors qu'il poursuivait ses négociations avec les parties, le comte Bernadotte fut tué de plusieurs coups de feu, le 17 septembre 1948, dans le secteur de Jérusalem occupé par Israël. Ralph Bunche, des Etats-Unis d'Amérique, fut nommé médiateur par intérim.

5.15. Entre février et juillet 1949, des accords d'armistice furent signés sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies entre Israël, d'une part, et, de l'autre, l'Egypte, la Jordanie, le Liban et la Syrie.

Ces accords, dont la teneur était pour l'essentiel à peu près la même, visaient à accepter l'armistice parce que c'était une mesure indispensable sur la voie du rétablissement de la paix en Palestine. Par ailleurs, ils stipulaient clairement que le but de l'armistice n'était ni de créer, ni de reconnaître à l'une quelconque des parties, quelque droit, prétention ou intérêt qui soit de nature territoriale, relève d'un régime de garde ou soit de toute autre nature.

3. La résolution 194 (III) de l'Assemblée générale : le droit au retour

5.16. A sa troisième session ordinaire, le 11 décembre 1948, l'Assemblée générale adopta sa résolution 194 (III) dans laquelle elle définissait des modalités de règlement du problème palestinien. Suivant des suggestions formulées par le comte Bernadotte dans le rapport qu'il consacrait au règlement de la situation en Palestine, de plus en plus inextricable, l'Assemblée déclara que :

- les réfugiés souhaitant retourner dans leur foyer et vivre en paix avec leurs voisins devaient être autorisés à le faire à une date aussi rapprochée que possible; et que
- ceux qui décideraient de ne pas rentrer devaient être indemnisés pour la perte de leurs biens.

L'Assemblée demandait également la démilitarisation et l'internationalisation de Jérusalem ainsi que la protection des lieux saints en Palestine et voulait voir garantir la liberté d'accès à ces lieux. La résolution 194 (III) prévoyait en outre la création d'une commission de conciliation des Nations Unies pour la Palestine composée de trois Etats Membres et chargée d'assumer, dans la mesure où elle le jugerait nécessaire, les fonctions assignées au médiateur des Nations Unies. La commission reçut pour mandat d'aider les parties intéressées à régler de façon définitive toutes les questions sur lesquelles elles ne se seraient pas mises d'accord et de faciliter le rapatriement, la réinstallation et le relèvement économique et social des réfugiés. L'Assemblée désigna ensuite la France, la Turquie et les Etats-Unis comme membres de la commission.

5.17. Dans les rapports qu'elle a présentés régulièrement à l'Assemblée générale à partir de 1952, la commission a maintes fois souligné que l'action qu'elle menait pour assurer la mise en oeuvre de la résolution 194 (III) ne pourrait aboutir que si les parties modifiaient sensiblement leur attitude.

Les dispositions de cette résolution, qui a établi le droit au retour des réfugiés palestiniens, ont été réaffirmées par l'Assemblée générale pratiquement tous les ans depuis 1948.

Entre-temps, le 11 mai 1949, Israël devint Membre de l'Organisation des Nations Unies. En admettant Israël à l'Organisation, l'Assemblée générale prit expressément acte des déclarations et explications que cet Etat avait fournies plus tôt devant la commission politique spéciale de l'Assemblée au sujet de la mise en oeuvre des résolutions 181 (II) et 194 (III). Ces déclarations et explications avaient notamment trait au régime international envisagé pour Jérusalem, au problème des réfugiés arabes ainsi qu'aux questions de frontière⁴³.

⁴³ Dans le préambule de sa résolution 273 portant admission d'Israël à l'Organisation des Nations Unies, l'Assemblée générale renvoyait expressément aux engagements pris par cet Etat en vue de mettre en oeuvre les résolutions 181 (II) et 194 (III) de l'Assemblée, soit les deux résolutions cardinales sur la question palestinienne aux Nations Unies :

«Ayant reçu le rapport du Conseil de sécurité relatif à la demande d'admission d'Israël à l'Organisation des Nations Unies,

Notant que, de l'avis du Conseil de sécurité, Israël est un Etat pacifique, capable de remplir les obligations de la Charte et disposé à le faire,

4. L'occupation de la Cisjordanie et de la bande de Gaza (1967)

5.18. Lors de la guerre de 1967, Israël occupa le reste du territoire palestinien qui se trouvait jusqu'alors sous contrôle jordanien et égyptien (la Cisjordanie et la bande de Gaza). Ce territoire comprenait le secteur restant de Jérusalem qu'Israël annexa par la suite. La guerre déclencha un deuxième exode de Palestiniens, estimé à un demi-million de personnes.

A la suite de la guerre arabo-israélienne de 1967, près de 360 000 Palestiniens furent contraints de quitter la Cisjordanie et la bande de Gaza pour la Jordanie, la Syrie, le Liban et l'Égypte. De nouveaux camps furent construits pour héberger cette vague massive de réfugiés.

Fort de sa victoire militaire contre les armées arabes, Israël lança des frappes aériennes contre les villes et localités palestiniennes adossées à la ligne héritée de la trêve de 1948. Les attaques aériennes obligèrent des milliers de Palestiniens à fuir les villages et les villes qu'ils habitaient pour échapper aux bombardements de l'artillerie israélienne et se réfugier en des lieux plus sûrs comme les villes de Ramallah et Jéricho.

Mais la persistance des attaques d'Israël contre des cibles civiles incita à nouveau des Palestiniens à quitter ces villes et ces localités pour gagner la Jordanie, où l'UNRWA (Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient) avait installé des camps dans les villages de Nemria et Karam, à l'est du Jourdain.

5.19. Cette guerre de 1967 fut un volet de la stratégie israélienne qui fut dénoncé et décrit par M. Moshe Shertock (Sharett), ancien premier ministre d'Israël. Voici comment Mme Livia Rokach relate ses propos :

1. les membres influents du milieu politico-militaire, en Israël, cherchaient à pousser les Etats arabes aux affrontements militaires, confrontation que les dirigeants israéliens étaient certains de remporter. La confrontation avait pour objectif de modifier radicalement l'équilibre du pouvoir dans la région et de faire d'Israël la principale puissance du Moyen-Orient;
2. pour réaliser cet objectif stratégique, les dirigeants israéliens lancèrent des opérations militaires à petite et grande échelle contre les populations civiles vivant de l'autre côté des lignes d'armistice, surtout dans les territoires palestiniens de Cisjordanie et de Gaza qui étaient alors respectivement sous contrôle jordanien et égyptien. Ces opérations avaient un double but : terroriser les populations et instaurer un climat de déstabilisation permanente résultant des tensions entre les gouvernements arabes et les populations qui ne se sentaient pas suffisamment protégées contre l'agression israélienne;

Notant que le Conseil de sécurité a recommandé à l'Assemblée générale d'admettre Israël à l'Organisation des Nations Unies,

Prenant acte, en outre, de la déclaration par laquelle l'Etat d'Israël «accepte sans réserve aucune les obligations découlant de la Charte des Nations Unies et s'engage à les observer du jour où il deviendra Membre des Nations Unies»,

Rappelant ses résolutions du 29 novembre 1947 et du 11 décembre 1948, et prenant acte des déclarations faites et des explications fournies devant la Commission politique spéciale par le représentant du Gouvernement d'Israël en ce qui concerne la mise en œuvre desdites résolutions,

L'Assemblée générale,

Remplissant les fonctions qui lui incombent aux termes de l'Article 4 de la Charte et de l'article 125 de son règlement intérieur,

1. *Décide* qu'Israël est un Etat pacifique qui accepte les obligations de la Charte, qui est capable de remplir lesdites obligations et disposé à le faire;
2. *Décide* d'admettre Israël à l'Organisation des Nations Unies.»

3. le projet des dirigeants israéliens était d'opérer une nouvelle conquête territoriale par la guerre. Ils n'étaient pas satisfaits de la dimension de leur Etat et cherchaient à occuper, à tout le moins, le territoire situé dans les frontières que le mandat avait attribuées à la Palestine;
4. ils établirent des plans politiques et militaires visant à disperser les réfugiés palestiniens pour se débarrasser de leur revendication, les réfugiés voulant être autorisés à regagner leur patrie;
5. ils planifièrent et menèrent des opérations subversives destinées à démembrer le monde arabe, à faire échec au mouvement national arabe et à créer des régimes fantoches qui serviraient les intérêts du pouvoir israélien dans la région⁴⁴.

5. La résolution 242 (1967) adoptée par le Conseil de sécurité le 22 novembre 1967

5.20. Le Conseil de sécurité se réunit le 5 juin 1967 et poursuivit ses débats jusqu'au 22 novembre 1967. Il adopta à l'unanimité de ses membres la résolution 242 (1967) qui s'énonce comme suit :

«Le Conseil de sécurité,

Exprimant l'inquiétude que continue de lui causer la grave situation au Moyen-Orient,

Soulignant l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre et la nécessité d'œuvrer pour une paix juste et durable permettant à chaque Etat de la région de vivre en sécurité,

Soulignant en outre que tous les Etats Membres, en acceptant la Charte des Nations Unies, ont contracté l'engagement d'agir conformément à l'article 2 de la Charte,

1. *Affirme* que l'accomplissement des principes de la Charte exige l'instauration d'une paix juste et durable au Moyen-Orient qui devrait comprendre l'application des deux principes suivants :

- i) retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit;
- ii) cessation de toutes assertions de belligérance ou de tous états de belligérance et respect et reconnaissance de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de chaque Etat de la région et de leur droit de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'actes de force.

2. *Affirme* en outre la nécessité

- a) de garantir la liberté de navigation sur les voies d'eau internationales de la région;
- b) de réaliser un juste règlement du problème des réfugiés;
- c) de garantir l'inviolabilité territoriale et l'indépendance politique de chaque Etat de la région par des mesures comprenant la création de zones démilitarisées.

⁴⁴ Rokach, Livia, *Israel's Sacred Terrorism*, Belmont, Massachusetts, 1980, p. 4-5; Nakhleh, *Encyclopedia of the Palestine Problem*, 1991, vol. II, p. 883.

3. *Prie* le Secrétaire général de désigner un représentant spécial pour se rendre au Moyen-Orient afin d'y établir et d'y maintenir des rapports avec les Etats intéressés en vue de favoriser un accord et de seconder les efforts tendant à aboutir à un règlement pacifique et accepté, conformément aux dispositions et aux principes de la présente résolution.

4. *Prie* le Secrétaire général de présenter aussitôt que possible au Conseil de sécurité un rapport d'activité sur les efforts du représentant spécial.»

5.21. Il convient de rappeler que l'Assemblée générale, à sa cinquième session extraordinaire d'urgence, avait débattu de la question de l'agression israélienne lancée contre les trois pays arabes du 19 juin au 3 juillet 1967.

Bien que le libellé de la résolution 242 fût clair, Israël tenta d'en déformer le sens pour éviter d'avoir à se retirer de l'ensemble des territoires arabes occupés.

Pour bien interpréter la résolution 242 sur le plan juridique, il faut la lire à la lumière des débats qui se déroulèrent à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité à ce sujet et se conformer aux principes du droit international.

5.22. Bon nombre des orateurs présents à la cinquième session extraordinaire d'urgence de juin et juillet 1967 et aux séances tenues par le Conseil de sécurité entre juin et novembre ont mis en exergue les principes⁴⁵ consacrés par la résolution, lesquels peuvent se résumer comme suit :

1. les principes découlent de l'article 2 de la Charte des Nations Unies qui dispose que «[l]es Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force ... contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat»;
2. les Membres des Nations Unies n'admettent pas que la guerre serve de mode de règlement des différends, pas plus qu'ils n'admettent qu'un Etat agrandisse son territoire à la suite d'une guerre. Ce qui signifie qu'Israël doit se retirer;
3. la résolution réaffirme le principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la force;
4. elle exige le retrait total des forces israéliennes de tous les territoires occupés par Israël à la suite de la guerre qui a débuté le 5 juin 1967;
5. l'article 2 de la Charte des Nations Unies proscrit la guerre :
 - a) les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger;
 - b) les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies;

⁴⁵ Assemblée générale, cinquième session extraordinaire d'urgence, juin 1967 : Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, 1526^e séance plénière, 19 juin 1967; 1529^e séance plénière, 21 juin 1967; 1530^e séance plénière, 21 juin 1967; 1531^e séance plénière, 22 juin 1967; 1532^e séance plénière, 22 juin 1967; 1533^e séance plénière, 23 juin 1967; 1536^e séance plénière, 26 juin 1967; 1537^e séance plénière, 27 juin 1967; 1538^e séance plénière, 27 juin 1967; 1539^e séance plénière, 28 juin 1967; 1542^e séance plénière, 29 juin 1967; 1546^e séance plénière, juin 1967. Voir également les *Documents officiels du Conseil de sécurité*, 1373^e séance, 9 novembre 1967; 1379^e séance, 16 novembre 1967; 1381^e séance, 20 novembre 1967; 1382^e séance, 22 novembre 1967.

6. le droit international condamne l'emploi de la force comme instrument de politique nationale;
7. aucun agresseur ne saurait être autorisé à bénéficier des acquis obtenus par son agression et à les conserver;
8. un pays ne peut acquérir le territoire d'un autre Etat à dessein d'avoir plus de poids à la table des négociations;
9. aucun droit ne peut être établi, aucun différend territorial ne peut se régler, aucune frontière ne peut être modifiée par l'emploi de la force;
10. les forces israéliennes doivent se retirer complètement de toutes les terres occupées lors de la guerre de 1967 et doivent en revenir aux frontières constituées par les lignes d'armistice qui existaient le 4 juin 1967.

D'aucuns ont prétendu que la résolution 242 n'exigeait pas un retrait total des territoires occupés, mais seulement le retrait de certains d'entre eux. Cette interprétation se fonde avant tout sur le fait que la résolution évoque le droit de tout Etat à des frontières sûres et reconnues. Cette interprétation se fonde aussi sur le libellé anglais du texte qui demande le «withdrawal of Israel forces from territories occupied in the recent conflict», sans qu'il y ait d'article défini devant le terme «territories». Mais cette interprétation ne tient pas car l'injonction du Conseil est dépourvue d'ambiguïté. Le préambule déclare sans équivoque «l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre». Cette interprétation est également confortée par la version française du texte qui fait tout autant foi que la version anglaise et impose à Israël de se retirer «des territoires occupés». En outre, l'histoire de la rédaction de la résolution indique que le Conseil de sécurité n'avait nullement l'intention d'approuver l'annexion, par Israël, de la moindre partie de la Cisjordanie ni de la bande de Gaza. Par exemple, l'ambassadeur de l'Inde auprès du Conseil de sécurité avait dit tout à fait clairement que

«[L]e principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force est dans notre esprit absolument fondamental et nous ne pouvons accepter ou ratifier une décision dans laquelle l'obligation du retrait ne s'appliquerait pas à certains territoires occupés à la suite d'une conquête militaire»⁴⁶.

Le représentant de l'Inde a cité en outre deux déclarations de politique générale faites à la cinquième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale, le 21 juin 1967, par le secrétaire britannique aux affaires étrangères, M. George Brown, qui définit les principes dont le Gouvernement britannique s'inspirait alors pour adopter sa position :

«Il est clair que ces principes doivent découler de la Charte des Nations Unies [citation du paragraphe 4 de l'article 2]... Ici, les mots «intégrité territoriale» sont en relation directe avec la question du retrait... Je ne vois pas deux façons d'en traiter, et je puis exposer très nettement notre position. A mon sens, il découle des termes de la Charte que la guerre ne doit pas conduire à des agrandissements territoriaux.»⁴⁷

Les ambassadeurs de plusieurs autres Etats, dont l'URSS et la France, se sont exprimés dans le même sens.

⁴⁶ S/PV.1382, 22 novembre 1967, par. 49.

⁴⁷ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session extraordinaire d'urgence*, 1529^e séance, par. 14-15.

5.23. La résolution 242 mettait en évidence le principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la force ainsi que l'obligation faite à tous les Etats d'agir conformément au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte, et demandait que les forces armées israéliennes se retirent des territoires occupés lors du récent conflit. Cela veut dire que toutes les forces armées israéliennes devaient se retirer de tous les territoires arabes occupés. Israël et ses partisans ont tort de soutenir que, en l'absence de l'article défini «the» devant la formule «territories occupied in the recent conflict» dans la résolution 242, Israël n'est pas tenu de se retirer de tous les territoires occupés. Dans les déclarations citées ci-dessus, divers représentants ont dit clairement devant l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité que «[toutes les] forces armées israéliennes [devaient se retirer de tous les] territoires occupés lors du récent conflit», et il n'y a pas là d'ambiguïté. Le membre de phrase anglais se lisait : «Withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict». Qu'on ait omis de dire «the» devant l'expression «Israeli armed forces» veut-il dire que certaines de ces forces peuvent demeurer dans les territoires occupés ? Sûrement pas ! D'ailleurs, le texte français dit «Retrait des forces armées des territoires occupés lors du récent conflit», ce qui veut dire «the armed forces» et «the occupied territories».

La question fut résumée dans la déclaration faite à la cinquième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale par M. Aiken, premier ministre par intérim et ministre des affaires étrangères de l'Irlande, qui dit alors : «A mon avis, Israël n'a aucun droit d'annexer le territoire de ses voisins, et si le Conseil de sécurité n'insistait pas sur le retour aux frontières du 4 juin, la base même de la Charte en serait détruite.»⁴⁸

5.24. Le Conseil de sécurité, par sa résolution 338 (1973) du 22 octobre 1973, réaffirma ce que disait la résolution 242 comme suit :

«Le Conseil de sécurité,

1. *Demande* à toutes les parties aux présents combats de cesser le feu et de mettre fin à toute activité militaire immédiatement, douze heures au plus tard après le moment de l'adoption de la présente décision, dans les positions qu'elles occupent maintenant.

2. *Demande* aux parties en cause de commencer immédiatement après le cessez-le-feu l'application de la résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité, en date du 22 novembre 1967, dans toutes ses parties.

3. *Décide* que, immédiatement et en même temps que le cessez-le-feu, des négociations commenceront entre les parties en cause sous les auspices appropriés en vue d'instaurer une paix juste et durable au Moyen-Orient.»

6. La conférence de Madrid

5.25. Une conférence sur la paix au Moyen-Orient fut convoquée à Madrid le 30 octobre 1991 et son objet était de parvenir à un règlement de paix juste, durable et global par des négociations directes sur deux fronts — entre Israël et les Etats arabes, d'une part, et entre Israël et la Palestine, d'autre part — sur la base des résolutions 242 (1967) et 338 (1973) du Conseil de sécurité (ce fut la formule «terre contre paix»).

⁴⁸ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session extraordinaire d'urgence*, 1538^e séance plénière, 27 juin 1967, p. 5.

5.26. De nombreux documents ont ouvert la voie à cette conférence de la paix de Madrid, mais trois d'entre eux méritent d'être relevés car ils revêtent une importance particulière pour la question palestinienne.

5.27. L'allocution du président Bush devant le Congrès des Etats-Unis, le 6 mars 1991, a souvent été citée comme la grande déclaration de politique générale de l'administration américaine au sujet de l'après-guerre (du Golfe) au Moyen-Orient, surtout pour les «quatre grands défis» dont le président fait état et la définition du principe «terre contre paix». Le président Bush déclarait⁴⁹ :

«Notre engagement pour la paix au Moyen-Orient ne prend pas fin avec la libération du Koweït. Permettez-moi de présenter ce soir quatre défis clés qu'il nous faudra relever.

Tout d'abord, nous devons oeuvrer de concert pour mettre en place des arrangements de sécurité collectifs dans la région.

Ensuite, nous avons des mesures à prendre pour régler la prolifération des armes de destruction massive et des missiles utilisés pour les véhiculer.

Et enfin, nous devons œuvrer pour faire naître de nouvelles chances de paix et de stabilité au Moyen-Orient. Le soir où j'annonçai l'opération «tempête du désert», je disais espérer que les horreurs de la guerre insuffleraient à la paix un nouvel élan. Nous savons aujourd'hui que la géographie ne peut garantir la sécurité et que la sécurité ne peut être instaurée uniquement par la force militaire.

Une paix globale doit nécessairement reposer sur les résolutions 242 et 338 du Conseil de sécurité et sur le principe «terre contre paix». Il faut développer ce principe pour offrir sécurité et reconnaissance aux Israéliens et en même temps garantir aux Palestiniens les droits politiques qui sont légitimement les leurs. C'est là la seule approche qui puisse répondre au double critère de l'équité et de la sécurité. Il est temps de mettre un terme au conflit arabo-israélien.» *[Traduction du Greffe.]*

5.28. Le deuxième texte important est la lettre d'invitation à la conférence de Madrid du 30 octobre 1991 :

«Après avoir longuement consulté les Etats arabes, Israël et les Palestiniens, les Etats-Unis et l'Union soviétique considèrent qu'il se présente une occasion historique de progresser sur la voie d'une paix véritable dans la région. Les Etats-Unis et l'Union soviétique sont prêts à apporter leur concours aux parties pour parvenir à un règlement de paix juste, durable et global, par des négociations directes menées à deux niveaux, entre Israël et les Etats arabes, et entre Israël et les Palestiniens, sur la base des résolutions 242 et 338 du Conseil de sécurité des Nations Unies. L'objectif de ce processus est une paix réelle. A cette fin, le président des Etats-Unis et le président de l'URSS vous convient à une conférence sur la paix, qui sera parrainée par leurs deux pays et qui sera immédiatement suivie de négociations directes. La conférence se tiendra à Madrid le 30 octobre 1991.

En ce qui concerne les négociations entre Israël et les Palestiniens qui font partie de la délégation jordano-palestinienne commune, elles seront menées en [plusieurs] phases et commenceront par des discussions sur des arrangements transitoires d'autonomie [*self-government*]. Ces discussions seront organisées pour

⁴⁹ Ces passages sont extraits du texte intégral publié dans le *Washington Post* du 7 mars 1991.

aboutir à un accord dans un délai d'un an. Une fois accepté, le dispositif intérimaire d'autonomie sera mis en place pour une période de cinq ans. Lors de la troisième année de la période commenceront les négociations sur le statut permanent. Ces négociations sur le statut permanent et les négociations entre Israël et les Etats arabes se dérouleront sur la base des résolutions 242 et 338...» [Traduction du Greffe.]

5.29. Le troisième document qu'il faut citer ici est la lettre d'assurances adressée aux Palestiniens par les Etats-Unis le 18 octobre 1991 :

«La décision des Palestiniens d'assister à une conférence sur la paix pour amorcer des négociations directes avec Israël constitue un pas important dans la recherche d'une paix globale, juste et durable dans la région. Les Etats-Unis considèrent depuis longtemps que la participation des Palestiniens est absolument indispensable si nous voulons le succès.

S'agissant du processus que nous allons entreprendre, nous savons que vous sollicitez certaines assurances à cet égard, et nous vous les donnons en indiquant comment nous concevons cette conférence, et quelles sont nos intentions de même que notre volonté d'assurer des négociations.

Les présentes assurances répondent à la politique des Nations Unies et elles ne vont ni saper, ni contredire les dispositions des résolutions 242 et 338 du Conseil de sécurité. En outre, nous ne donnerons pas d'assurances à l'une des parties sans en informer toutes les autres. C'est là le moyen de créer la confiance et de réduire les risques de malentendus.

Comme le président Bush l'a déclaré quand il s'est adressé le 6 mars 1991 au Congrès, les Etats-Unis demeurent résolument convaincus qu'une paix globale doit nécessairement reposer sur les résolutions 242 et 338 du Conseil de sécurité des Nations Unies ainsi que sur le principe «terre contre paix». Cette paix doit également offrir sécurité et reconnaissance à tous les Etats de la région, y compris Israël, et garantir au Peuple palestinien les droits politiques qui sont légitimement les siens. C'est là la seule approche qui puisse répondre au double critère de l'équité et de la sécurité, déclarait le président.

Le processus que nous essayons de mettre en marche donne aux Palestiniens un moyen de réaliser ces objectifs. Les Etats-Unis estiment qu'il doit être mis fin à l'occupation israélienne, ce qui n'est possible que par le biais de négociations sincères et véritables. Les Etats-Unis pensent aussi que ce processus devrait donner naissance à une nouvelle relation de réciprocité grâce à laquelle Palestiniens et Israéliens respecteront leur sécurité, leur identité et leurs droits politiques mutuels. Nous estimons que les Palestiniens devraient prendre en mains les décisions politiques, économiques, notamment, qui concernent leur vie et leur avenir.

.....

Les Etats-Unis mesurent toute l'importance que les Palestiniens attachent à la question de Jérusalem-Est. Nous tenons donc à vous assurer qu'aucun des choix que les Palestiniens pourront faire au moment de désigner les membres de leur délégation ne préjugera leur revendication sur Jérusalem-Est, ni n'entravera ou ne prédéterminera l'issue des négociations. Les Etats-Unis s'en tiennent toujours aussi fermement à leur position, qui est que Jérusalem ne devra plus jamais être une ville divisée et que son statut définitif doit être décidé par voie de négociations. C'est pourquoi nous refusons d'admettre l'annexion par Israël de Jérusalem-Est ou l'extension de ses frontières

internes, et nous encourageons toutes les parties à s'abstenir de tous actes unilatéraux susceptibles d'exacerber les tensions sur le terrain, de compliquer les négociations ou encore d'en infléchir le résultat final. Les Etats-Unis considèrent de même qu'un Palestinien résidant en Jordanie mais ayant des liens familiaux importants à Jérusalem pourra faire la partie des membres jordaniens de la délégation.

.....

Les Etats-Unis sont convaincus depuis fort longtemps qu'aucune partie ne doit entreprendre d'actions unilatérales pour tenter de régler des questions qui ne peuvent l'être que par la seule voie des négociations. A cet égard, les Etats-Unis se sont opposés, et continueront de s'opposer, à l'implantation de colonies de peuplement dans les territoires occupés en 1967, laquelle continue de faire obstacle à la paix...»
[Traduction du Greffe.]

7. Les accords d'Oslo

5.30. Les négociations entre l'Organisation de libération de la Palestine (l'OLP) et Israël ont abouti en septembre 1993 à une reconnaissance mutuelle. Les diplomates norvégiens ont joué un rôle clef dans les négociations qui se sont terminées à Oslo. Les Palestiniens se sont vu accorder une autonomie limitée en Cisjordanie et dans la bande de Gaza conformément à la déclaration des principes relatifs à l'autonomie des territoires occupés par Israël.

5.31. Il s'en est suivi une série de négociations qui ont abouti à une reconnaissance mutuelle entre le Gouvernement de l'Etat d'Israël et l'Organisation de libération de la Palestine, l'organisation représentative de la population palestinienne, et à la signature par les deux parties, le 13 septembre 1993, à Washington (D.C.), de la déclaration des principes sur les arrangements intérimaires d'autonomie, ainsi qu'à l'accord d'application ultérieur. Cet accord a ouvert la voie à plusieurs autres événements encourageants : retrait partiel de l'armée israélienne, élections du Conseil palestinien et de la présidence de l'Autorité nationale palestinienne, libération d'une partie des prisonniers et mise en place d'une administration opérationnelle dans les régions autonomes relevant de l'Autorité palestinienne. L'Organisation des Nations Unies a tenu un rôle essentiel dans le processus de paix.

5.32. Dans les accords d'Oslo, les Palestiniens ont reconnu la souveraineté d'Israël sur 78 % du territoire de la Palestine historique (soit 23 % de plus que ce qui avait été accordé à Israël par l'Organisation des Nations Unies dans le plan de partage de 1947), à condition que les Palestiniens soient en mesure d'exercer leur souveraineté sur les 22 % restants. Dans leur majorité les Palestiniens ont accepté ce compromis.

5.33. Conformément aux accords d'Oslo, l'armée israélienne s'est retirée de Jéricho et de la bande de Gaza en mai 1994. L'Autorité nationale palestinienne a pris le contrôle de ces régions.

En juillet 1994, le président Arafat est entré à Gaza en qualité de président de l'Autorité nationale palestinienne qui venait d'être créée et qui est un organisme politique chargé de gouverner les zones palestiniennes autonomes ainsi que de faire appel à l'aide internationale et d'organiser celle-ci.

5.34. L'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies a salué la déclaration relative aux principes comme un grand pas en avant. L'Assemblée a également réaffirmé que «l'Organisation des Nations Unies a une responsabilité permanente à assumer en ce qui concerne la question de la Palestine, jusqu'à ce que cette question soit réglée sous tous ses aspects de manière satisfaisante et dans le respect de la légitimité internationale» [Nations Unies, doc. A/RES/48/158].

8. Le mémorandum de Wye River

5.35. Le processus de paix a subi plusieurs revers au cours des premières années du gouvernement du premier ministre israélien Benjamin Netanyahu; il fallut sortir de l'impasse pour le sauvegarder.

Le président de l'Autorité palestinienne, Yasser Arafat, et le premier ministre Netanyahu se sont vus le 15 octobre 1998 au sommet de Wye River pour mener des négociations de paix intensives. Le 23 octobre 1998, un accord de paix fut signé à la suite d'une séance de négociations marathon de vingt-et-une heures, avec la médiation du président des Etats-Unis Bill Clinton et du roi Hussein de Jordanie. Cet accord «terre contre paix» fut salué comme un succès.

Le 14 décembre 1998, pour donner suite aux conditions stipulées dans le mémorandum de Wye River, les membres du Conseil national palestinien ont voté la suppression des dispositions appelant à la destruction d'Israël qui figuraient dans la charte de l'Organisation de libération de la Palestine.

5.36. En décembre 1998, la Knesset n'a pas renouvelé sa confiance au gouvernement Netanyahu. Le parlement israélien décida de se dissoudre et de fixer à mai 1999 des élections anticipées, voulant ainsi essentiellement protester contre la façon dont le gouvernement gérait le processus de paix avec les autorités palestiniennes. Ce fut le premier ministre israélien qui succéda à Netanyahu, Ehud Barak, qui fit entrer Israël dans le processus de paix avec les Palestiniens et les Etats voisins.

9. Camp David II

5.37. Entre le 11 et le 24 juillet 2000, le président Clinton, le président Arafat et le premier ministre Barak accompagnés d'autres responsables et conseillers techniques se sont réunis à Camp David afin de négocier un règlement définitif du conflit israélo-palestinien sur la base des accords d'Oslo.

Ces négociations ont échoué. Les Palestiniens ont revendiqué la souveraineté sur Jérusalem-Est y compris Al-Haram-Al-Charif (la mosquée d'Al-Aqsa). Ils ont demandé l'application intégrale du droit au retour des réfugiés conformément à la résolution 194 (III) de l'Organisation des Nations Unies. Israël a formulé des propositions au sujet des colonies de peuplement, propositions qui furent modifiées lors de négociations ultérieures. Elles furent modifiées de diverses façons sous l'effet de propositions de compromis émanant des Etats-Unis. Israël soutient que ces propositions avaient une grande portée et étaient généreuses. Les Palestiniens ont quant à eux soutenu que ces propositions auraient pérennisé la situation précise existant au moment où furent conclus les accords intérimaires, dans lesquels la Cisjordanie est subdivisée en de nombreux petits secteurs relevant de l'Autorité palestinienne qui sont éparés sur une région bien plus vaste où s'exerce la souveraineté israélienne.

5.38. Pour que s'instaure une paix véritable et durable entre les peuples israélien et palestinien, il faut qu'existent deux Etats viables et indépendants vivant côte à côte sur un pied d'égalité. En divisant le territoire palestinien en quatre cantons distincts totalement enclavés et, par conséquent, contrôlés par Israël, ce dernier a, dans sa proposition de Camp David, ôté à l'Etat palestinien la possibilité d'être viable et indépendant. Avec cette même proposition, il a également ôté aux Palestiniens la possibilité d'assurer le contrôle de leurs propres frontières, de leur espace aérien et de leurs ressources en eau, en même temps qu'il légitimait et multipliait les colonies israéliennes illicites en territoire palestinien. La proposition israélienne de Camp David revenait à présenter l'occupation militaire sous un «nouvel emballage», et ne mettait pas fin à l'occupation militaire.

10. La seconde Intifada

5.39. Le 28 septembre 2000, une visite à la mosquée d'Al-Aqsa du premier ministre israélien Ariel Sharon (qui était alors chef du Likoud, lequel était dans l'opposition) a déclenché une fureur considérable chez les Palestiniens, et le mouvement prit rapidement le nom de seconde Intifada. Depuis, des confrontations quotidiennes opposent les Palestiniens et l'armée israélienne, cette dernière étant soutenue par des colons armés.

Il y a, depuis, surenchère dans la campagne de répression sanglante qui vise la population palestinienne. Cette campagne a pour objectif d'assassiner des dirigeants et des civils, de démolir des habitations, d'assiéger des villes et des villages en sus de la destruction programmée des infrastructures palestiniennes. Israël a utilisé toutes les armes dont il disposait. La campagne a atteint son apogée avec le recours à des chasseurs F-16 et des hélicoptères Apache ainsi que des blindés qui sont mobilisés contre la population palestinienne.

5.40. Dans sa résolution 1322 (2000), le Conseil de sécurité a déploré l'acte de provocation commis le 28 septembre 2000 au Haram-Al-Charif, à Jérusalem, de même que les violences qui y ont eu lieu par la suite ainsi que dans d'autres lieux saints et dans d'autres secteurs sur l'ensemble des territoires occupés par Israël depuis 1967 et qui ont causé la mort de nombreux Palestiniens et fait bien d'autres victimes. Le Conseil a condamné les actes de violence, particulièrement le recours excessif à la force contre les Palestiniens, qui ont fait des blessés et causé des pertes en vies humaines. Le Conseil a demandé à Israël, puissance occupante, de se conformer scrupuleusement à ses obligations juridiques et aux responsabilités qui lui incombent en vertu de la quatrième convention de Genève et a exigé que les violences cessent immédiatement. Il a également exigé que n'ait lieu aucun nouvel acte de provocation et que s'opère un retour à la normale d'une manière qui améliore les perspectives du processus de paix au Moyen-Orient. Le Conseil a souligné qu'il importait de mettre en place un mécanisme en vue de la réalisation d'une enquête rapide et objective sur les événements tragiques des quelques jours précédents, l'objectif étant d'empêcher ces événements de se reproduire et il s'est félicité de toute action entreprise en ce sens. Le Conseil a également lancé un appel à la reprise immédiate des négociations dans le cadre du processus de paix du Moyen-Orient et sur la base des éléments convenus, l'objectif étant d'aboutir sans tarder à un règlement définitif entre les parties israélienne et palestinienne.

11. La feuille de route : la vision du président George W. Bush

5.41. Par une lettre en date du 7 mai 2003, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a transmis au président du Conseil de sécurité, à l'attention des membres du Conseil, le texte du Quatuor, c'est-à-dire une «feuille de route» axée sur des résultats en vue d'un règlement permanent du conflit israélo-palestinien (S/2003/529) laquelle doit permettre de réaliser la vision du président Bush : créer deux Etats, Israël et la Palestine, vivant côte à côte dans la paix et la

sécurité, comme le Conseil l'a affirmé dans sa résolution 1397 (2002). Le Secrétaire général a précisé que le texte de la feuille de route avait été établi par le Quatuor (qui comprend les représentants des Etats-Unis d'Amérique, de la Fédération de Russie, de l'Union européenne et de l'Organisation des Nations Unies) et avait été présenté au Gouvernement israélien et à l'Autorité palestinienne le 30 avril 2003.

5.42. Le texte évoqué ci-dessus est une feuille de route axée sur des résultats et des objectifs, qui comporte des phases, des délais, des dates butoirs et des critères clairement énoncés visant à permettre aux deux parties, au moyen de mesures réciproques, de progresser dans les domaines politique, sécuritaire, économique, humanitaire et de la création d'institutions, sous les auspices du Quatuor.

Les trois phases successives et circonstanciées qui sont prévues se présentent comme suit :

- phase I fin du terrorisme et de la violence, normalisation de la vie des Palestiniens et mise en place des institutions palestiniennes — d'ici à mai 2003;
- phase II la transition (juin–décembre 2003);
- phase III accord sur le statut définitif et fin du conflit israélo-palestinien (2004–2005).

5.43. Par sa résolution 1515 (2003), le Conseil de sécurité a approuvé la feuille de route et a demandé aux parties de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de celle-ci en coopération avec le Quatuor et de concrétiser la vision de deux Etats, Israël et la Palestine, vivant côte à côte dans la paix et la sécurité.

12. Les initiatives arabes en faveur de la paix

5.44. Il y a lieu de noter que les Etats arabes membres de la Ligue arabe ont, conformément à leurs précédentes initiatives de paix, réaffirmé en mars 2002 à une réunion au sommet tenue à Beyrouth, la résolution prise en juin 1996 au sommet arabe extraordinaire du Caire selon laquelle les pays arabes ont fait le choix stratégique d'une paix juste et globale au Moyen-Orient, qu'il faut réaliser conformément au droit international et qui exige de la part du Gouvernement israélien un engagement comparable.

Au sommet de Beyrouth il a été adopté une initiative de paix des Etats arabes reposant sur la déclaration du prince héritier Abdullah ben Abdul Aziz du Royaume d'Arabie saoudite qui en appelait au retrait intégral d'Israël de tous les territoires arabes occupés depuis juin 1967, en application des résolutions 242 et 338 du Conseil de sécurité réaffirmées à la conférence de paix de Madrid de 1991, sur l'adhésion au principe «terre contre paix» et sur l'acceptation par Israël d'un Etat palestinien indépendant avec Jérusalem-Est pour capitale, en échange de l'établissement de relations normales avec Israël dans le cadre d'un règlement global du conflit. Cette initiative a été saluée par le Conseil de sécurité dans ses résolutions 1397 (2002) et 1435 (2002).

5.45. Il est regrettable que ni cette initiative de paix arabe ni la feuille de route n'aient reçu de réaction favorable du Gouvernement israélien. Depuis que la feuille de route a été rendue publique au début de 2002, le premier ministre Ariel Sharon n'a ménagé aucun effort pour éviter, par tous les moyens, sa mise en œuvre, bien qu'il se déclare disposé à y adhérer. Au moment où le Quatuor rédigeait la feuille de route, M. Sharon s'est attelé à l'exécution d'un projet ancien qui avait été rejeté par ses prédécesseurs : construire un énorme mur pour isoler Israël et ses colonies de peuplement situées dans les territoires palestiniens occupés, y compris Jérusalem-Est.

5.46. Ce projet unilatéral n'est qu'une action préventive dirigée contre la feuille de route et contre toutes les autres initiatives relevant du processus de paix. La construction du mur est une violation flagrante des lois et des coutumes ainsi que des obligations et des engagements propres à Israël, comme nous allons le montrer maintenant.

VI. Les incidences du mur sur le plan factuel, humanitaire, politique et socio-économique

6.1. La nature véritable du mur et ses incidences sur la vie de la population palestinienne ont été décrites dans bon nombre de documents émanant de l'Organisation des Nations Unies et de ses institutions spécialisées, d'autres organisations gouvernementales, d'organismes de défense des droits de l'homme, ainsi que d'organisations non gouvernementales (ONG). Parmi les documents publiés sous l'égide des Nations Unies, les plus importants sont le rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale⁵⁰, et les rapports des rapporteurs spéciaux de la Commission des droits de l'homme, notamment celui de M. John Dugard sur la situation des droits de l'homme dans les Territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967⁵¹ et celui de M. Jean Ziegler sur le droit à l'alimentation⁵². Des institutions spécialisées telles que la Banque mondiale et le FMI se sont jointes à l'Union européenne et aux Gouvernements des Etats-Unis et de la Norvège pour former un comité local de coordination de l'aide, qui a soumis, lui aussi, un rapport suivi de mises à jour régulières⁵³. En ce qui concerne les organes de suivi des instruments relatifs aux droits de l'homme, il convient de mentionner les différentes conclusions, observations et remarques générales formulées par le Comité des droits de l'homme, le comité sur les droits économiques, sociaux et culturels et le comité des droits de l'enfant. Quant aux ONG, un rapport récemment publié par Amnesty International mérite notre attention⁵⁴.

6.2. Ces documents sont remarquablement concordants dans leur évaluation de la nature véritable du mur et de ses incidences.

Le mur a été mis en place en vertu d'un certain nombre de décisions du conseil des ministres israélien, du comité ministériel israélien chargé de la sécurité nationale, du premier ministre et du ministre de la défense. En outre, les autorités israéliennes ont édicté, par une série d'instruments réglementaires («les ordonnances»), des mesures indirectes particulières qui concernent notamment le droit de résider dans les zones fermées, d'y entrer ou d'en sortir⁵⁵. La construction du mur entraîne également des mesures d'expropriation de terrains privés.

6.3. Le tracé du mur est décrit dans le rapport du Secrétaire général :

«Phases du projet de construction : travaux achevés et travaux en cours

12. Phase A (à l'exclusion de Jérusalem-Est occupée). Les travaux réalisés sur ce premier tronçon de la barrière, qui s'étend sur 123 kilomètres à partir du poste de contrôle de Salem situé au nord de Djénine jusqu'à la colonie de peuplement d'Elkana située au centre de la Cisjordanie, ont été déclarés achevés le 31 juillet 2003, mais ils

⁵⁰ Nations Unies, doc. A/ES-10/248 du 24 novembre 2003.

⁵¹ Nations Unies, doc. E/CN.4/2004/6 du 8 septembre 2003.

⁵² Nations Unies, doc. E/CN.4/2004/10/add.2 du 31 octobre 2003.

⁵³ The Impact of Israel's Separation Barrier on Affected West Bank Communities, rapport de la mission auprès du groupe chargé de la politique humanitaire et des interventions d'urgence du comité local de coordination de l'aide, mai 2003, et rapports de suivi en date de juillet et septembre 2003.

⁵⁴ Amnesty International, Israël et Territoires occupés. Survivre en état de siège : entraves à la liberté de mouvement et droit au travail, septembre 2003.

⁵⁵ Rapport du Secrétaire général, *loc. cit.*, par. 19 et suiv.

se poursuivent dans certains secteurs. La barrière édifée dans le cadre de cette phase s'écarter de la Ligne verte⁵⁶ sur une grande partie du parcours et incorpore des colonies israéliennes. Les bureaux des Nations Unies implantés sur le terrain ont calculé qu'elle avait enfermé quelque 56 000 Palestiniens dans des enclaves — zones encerclées ouvertes en direction de la Cisjordanie. On y recense environ 5 300 Palestiniens dans des «zones fermées» situées entre la barrière et la Ligne verte, où Israël exige des permis ou des cartes d'identité pour les Palestiniens qui résident dans ces zones ou souhaitent s'y rendre. Les enclaves englobent la ville de Qalqiliya (41 606 habitants) et, au sud de celle-ci, une agglomération de trois villages qui compte environ 7 300 habitants.

.....

14. Jérusalem. La barrière existante et le tracé prévu autour de Jérusalem se trouvent au-delà de la Ligne verte et, dans certains cas, au-delà de la limite orientale de la municipalité de Jérusalem telle qu'elle a été annexée par Israël. Les deux tronçons achevés représentent au total 19,5 kilomètres sur le pourtour de Jérusalem et 1,5 kilomètre de mur en béton dans le quartier d'Abou Dis à Jérusalem-Est. Le tracé prévu comprend un tronçon à l'est de Jérusalem qui relie le mur actuel d'Abou Dis; les travaux de nivellement du terrain ont débuté à son extrémité sud. Un deuxième tronçon traverse la banlieue d'Al-Ram, au nord de Jérusalem, qui sera coupée de Jérusalem, et rejoint le tronçon nord actuel de la barrière au poste de contrôle de Qalandia. Un troisième tronçon entourera cinq communautés palestiniennes au nord-ouest de Jérusalem, créant une enclave de 800 hectares comptant quatorze mille cinq cent habitants. Il manque encore un maillon dans l'itinéraire prévu à l'est de Jérusalem, près de la colonie de Maale Adumim.

5. Phases prévues du tracé

15. D'Elkana à Ofer Camp. Ce tronçon relie l'extrémité nord-ouest de la barrière de Jérusalem à la pointe sud des travaux de construction de la phase A, à Elkana. Il comprend deux «barrières avancées» qui créent à elles deux des enclaves couvrant environ 11 600 hectares et soixante douze mille Palestiniens répartis sur vingt-quatre communautés. Le tracé s'écarter d'une distance allant jusqu'à 22 kilomètres de la Ligne verte pour inclure plusieurs colonies importantes et environ cinquante deux mille colons dans la «pointe d'Ariel». La décision du conseil des ministres n° 883 du 1^{er} octobre ne donne pas de précisions sur la nature de la barrière autour de cette zone, où le Gouvernement israélien disait vouloir construire des «fers à cheval» entourant les colonies mais séparés les uns des autres. Or, selon la carte officielle, le tracé prévu est sans interruption et englobe cet ensemble de colonies.

16. Cisjordanie méridionale. Selon la carte officielle, le tracé de la barrière dans la Cisjordanie méridionale s'étend sur 115 kilomètres, de la colonie de Har Gilo, près de Jérusalem, à la colonie de Carmel, près de la Ligne verte au sud-est d'Hébron. Il pénètre de plusieurs kilomètres à l'intérieur de la Cisjordanie pour englober le bloc de colonies de Gush Etzion et la colonie d'Efrat, créant des enclaves où résident près de dix-sept mille Palestiniens. Selon les documents du ministère de la défense, les travaux de construction de ce tronçon, qui n'ont pas encore démarré, doivent en principe s'achever en 2005.»

⁵⁶ La zone ainsi créée est souvent appelée «zone de jointure» ou «zone de séparation hermétique»; cette note de bas de page est de nous.

6.4. Il convient de relever que le mur ne suit pas la ligne d'armistice de 1949. Il vise manifestement à protéger les nombreuses colonies de peuplement israéliennes de Cisjordanie, qui sont illicites au regard du droit international. C'est un moyen de consolider ces colonies israéliennes. C'est donc un moyen de convertir en fait accompli cette présence israélienne, qui ne pourrait alors plus être contestée ultérieurement dans un quelconque accord. Le mur équivaut par conséquent à une annexion *de facto*.

6.5. Israël réfute cette analyse en affirmant que le mur est nécessaire pour des motifs de sécurité. Nous examinerons plus en détail ci-après les conséquences juridiques de cet argument⁵⁷, qui est d'ailleurs également récusé dans plusieurs des rapports cités plus haut. C'est ainsi que le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies dit ceci⁵⁸ :

«Il est possible que la construction du mur contribue à la réalisation de l'objectif déclaré du gouvernement, qui est d'empêcher les attentats-suicide sur le territoire israélien. Toutefois, certains observateurs mettent en doute cette éventualité, faisant observer que la plupart des auteurs d'attentats-suicide à la bombe sont passés par les postes de contrôle et que le mur ne découragera pas les personnes déterminées à entrer en Israël pour y commettre des actes de terrorisme. Les observations formulées par le contrôleur général d'Israël dans son rapport de juillet 2002 vont d'ailleurs dans ce sens. Celui-ci signalait en effet que, d'après les documents des Forces de défense israéliennes, la plupart des auteurs d'attentats-suicide à la bombe et d'attentats à la voiture piégée traversaient la zone de séparation hermétique en passant par les postes de contrôle, où ils subissaient des contrôles sommaires et insuffisants.»

Amnesty International va même plus loin en soulignant que⁵⁹ :

«Toutefois, les restrictions de plus en plus nombreuses et sévères imposées sans distinction à tous les Palestiniens n'ont pas permis de mettre un terme [aux] attaques. Celles-ci se sont au contraire multipliées à mesure que les restrictions se renforçaient, ce qui remet en cause l'efficacité des restrictions imposées sans distinction, qui considèrent que tous les Palestiniens mettent en danger la sécurité et sanctionnent des groupes entiers pour les crimes commis par quelques individus.»

6.6. Les incidences du mur sur la vie de la population palestinienne sont elles aussi décrites avec justesse dans le rapport du Secrétaire général :

«Il semble que la barrière, s'agissant de ses tronçons tant achevés que prévus, va probablement accentuer la fragmentation de la Cisjordanie créée par le système du bouclage imposé après le déclenchement des hostilités en septembre/octobre 2000. La principale composante du système de bouclage est une série de portes de contrôle et de barrages qui entravent fortement la circulation des personnes et des biens palestiniens et causent un préjudice socio-économique grave. Il ressort de récents rapports de la Banque mondiale et de l'ONU que la construction de la barrière a considérablement accru ces dégâts dans les communautés situées le long de son tracé, essentiellement à cause de la perte de terres, d'emplois et de marchés ou des grandes restrictions à

⁵⁷ Chapitres IX et X.

⁵⁸ Nations Unies, doc. E/CN.4/2004/6, par. 8.

⁵⁹ *Loc. cit., supra*.

l'accès à ces ressources. Selon le bureau central de statistique palestinien, la barrière a, à ce jour, coupé trente localités des services de santé, vingt-deux des établissements scolaires, huit des sources primaires d'eau et trois du réseau électrique.

Les Palestiniens vivant dans les enclaves doivent faire face à certaines des conséquences les plus dures de la construction de la barrière et de son tracé. À titre d'exemple, la barrière contourne la ville de Qalqiliya, dont le seul point d'entrée et de sortie est contrôlé par un barrage militaire israélien. La ville est donc isolée de pratiquement toutes ses terres agricoles, tandis que les villages environnants sont séparés de leurs marchés et des services. Un hôpital des Nations Unies situé dans la ville a connu une baisse de fréquentation de 40 %. Plus au nord, la barrière crée actuellement une enclave autour de la ville de Nazlat Issa, dont les zones commerçantes ont été détruites, Israël ayant démoli au moins sept habitations et cent vingt-cinq boutiques.

Les tronçons achevés de la barrière ont eu de sérieuses répercussions sur l'agriculture dans ce qui est considéré comme le «grenier à blé» de la Cisjordanie. En 2000, les trois gouvernorats de Djénine, Tulkarm et Qalqiliya ont produit pour 220 millions de dollars des Etats-Unis de denrées agricoles, soit 45 % du total de la production agricole de la Cisjordanie. Les terres palestiniennes cultivées se trouvant sur le tracé de la barrière ont été réquisitionnées et les cultures détruites, et des dizaines de milliers d'arbres ont été déracinés. Les agriculteurs séparés de leurs terres, et souvent également de leurs sources d'approvisionnement en eau, doivent traverser la barrière par les portes contrôlées. Les habitants de nombreux villages ont perdu leur dernière récolte en raison des horaires irréguliers d'ouverture des portes et de l'arbitraire qui semble présider à l'octroi ou au refus du droit de passage. Selon une enquête récente du programme alimentaire mondial, cette situation a aggravé l'insécurité alimentaire dans la région, qui compte vingt-cinq mille nouveaux bénéficiaires d'aide alimentaire par suite directe de la construction de la barrière.

Le tracé du tronçon de la barrière qui traverse Jérusalem limitera aussi fortement les déplacements et l'accès de dizaines de milliers de Palestiniens vivant en milieu urbain. Un mur en béton traversant le quartier d'Abou Dis a déjà eu des répercussions sur l'accès aux emplois et aux services sociaux essentiels, notamment aux écoles et aux hôpitaux. Le tronçon nord de la barrière a porté préjudice aux relations commerciales et sociales qui existent de longue date entre des dizaines de milliers de personnes, phénomène qui se renouvellera le long de la majeure partie du tracé traversant Jérusalem...»

6.7. L'objet du mur étant de défendre et de favoriser les intérêts des colons israéliens, son tracé est établi exclusivement en fonction de ces intérêts, sans qu'il soit tenu compte de la situation des communautés palestiniennes, de leurs besoins, de leurs liens ni des conditions économiques dans lesquelles elles vivent. Le mur prive ainsi les populations palestiniennes de leurs liens essentiels avec l'extérieur, de plusieurs manières. Ce faisant, il ne fait qu'aggraver les souffrances qu'elles endurent déjà à cause de plusieurs autres restrictions : barrages routiers, zones fermées et rocade réservées exclusivement aux colons (ce qui est une autre forme de barrière imposée aux Palestiniens). Se rendre d'un endroit à un autre devient une tâche impossible ou excessivement longue et pénible. Tous les auteurs des rapports s'accordent à dire que les points de passage réglementés, qu'Israël affirme avoir mis en place pour la population locale, n'existent pas en réalité. Par conséquent, contrairement à ce qu'Israël a soutenu à diverses reprises, aucune mesure n'a été prise dans la pratique pour atténuer les méfaits dus au mur.

6.8. Les effets combinés de ces différentes restrictions empêchent :

- les employés de se déplacer entre leur domicile et leur lieu de travail;
- les entrepreneurs et les travailleurs indépendants de rendre visite à leurs clients ou de livrer leurs commandes;
- les agriculteurs d'accéder à leurs champs ou d'apporter leurs produits sur les marchés où ils les vendent habituellement;
- les agriculteurs d'avoir accès à des articles dont il ont besoin, tels que les engrais;
- les personnes qui ont besoin de soins médicaux de se rendre dans les endroits où les soins sont dispensés, et les médecins de rendre visite à leurs patients;
- les enfants de se rendre dans leurs établissements scolaires; et
- des villages entiers d'avoir accès aux sources d'approvisionnement en eau, quelle qu'en soit l'utilisation.

Comme ces restrictions sont appliquées sur une très grande échelle, il devient pratiquement impossible d'exercer une véritable activité économique, ce qui entraîne à son tour chômage, souffrance généralisée et malnutrition.

6.9. Face à ces épreuves, la population touchée n'a d'autre choix que de quitter les zones fermées. Dans la pratique, les mesures israéliennes ont pour effet, voire pour objectif, d'inciter les Palestiniens à abandonner leurs foyers traditionnels. C'est une expulsion *de facto*.

VII. Le mur en tant que fait internationalement illicite : le droit applicable

7.1. Nous avons vu plus haut que la question posée à la Cour par l'Assemblée générale touche principalement à la licéité de la construction du mur au regard des règles applicables du droit international. La requête cite deux exemples de ces normes applicables, à savoir la quatrième convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale. Nous allons voir que ces résolutions renvoient elles-mêmes à deux autres ensembles de normes de droit international, le droit relatif aux droits de l'homme et les principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies. Ce sont donc trois domaines du droit international qu'il faut prendre en considération pour déterminer si la construction du mur est licite ou non : le droit international humanitaire, en particulier ses règles relatives aux territoires occupés, le droit international relatif aux droits de l'homme, et les principes fondamentaux du droit international général ainsi que de la Charte des Nations Unies, en particulier le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

7.2. Le premier ensemble de règles à prendre en considération est celui des normes fondamentales énoncées dans la Charte des Nations Unies et le droit international général, dont le principe le plus important est le droit à l'autodétermination. Le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même a été reconnu dans bon nombre de résolutions des Nations Unies. Il a également été reconnu dans plusieurs instruments juridiques adoptés au cours du processus qui eut lieu au début des années quatre-vingt dix, notamment dans les accords dits d'Oslo. Ces instruments, parmi d'autres, disposent clairement que l'assise territoriale du droit du peuple palestinien à l'autodétermination est le territoire occupé par Israël en 1967. Nous allons montrer

que le mur viole le statut de la Palestine tel qu'il a été établi avec autorité par l'Organisation des Nations Unies, et porte atteinte au droit du peuple palestinien à disposer de lui-même, partant, à son droit de se doter du statut d'Etat ainsi qu'à son droit d'exercer une souveraineté permanente sur ses ressources naturelles. Un autre principe fondamental du droit international général et de la Charte des Nations Unies est l'interdiction de l'emploi de la force (article 2, paragraphe 4 de la Charte). Nous allons montrer que le mur équivaut à une acquisition de territoire par la force, ce qui est un acte prohibé puisque contraire à cette disposition.

7.3. L'applicabilité au Territoire palestinien occupé des règles du droit international humanitaire relatives à l'occupation a été soulignée à maintes reprises par des organes des Nations Unies, notamment l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité et en particulier la Commission des droits de l'homme. En matière de droit conventionnel, les deux instruments les plus pertinents sont, d'une part, les règlements de La Haye de 1899 et de 1907 (art. 42 et suiv.) et, d'autre part, la quatrième convention de Genève (art. 47 et suiv.). Les règlements de La Haye ne sont pas contraignants en tant qu'instruments car ni Israël ni la Palestine n'y sont parties. Il ne fait toutefois aucun doute que les dispositions applicables des règlements de La Haye sont l'expression du droit international coutumier et, comme nous allons le montrer plus en détail ci-après, il en va de même pour les dispositions applicables de la quatrième convention de Genève. Nous montrerons que le mur viole un certain nombre de règles essentielles énoncées dans ces instruments.

7.4. Enfin, le dernier ensemble de normes — et le plus important aussi — est celui des garanties internationales qui protègent les droits de l'homme. Plusieurs organes des Nations Unies font appel au droit relatif aux droits de l'homme pour y trouver le critère voulu lorsqu'ils ont à examiner des questions concernant le Territoire palestinien occupé. L'applicabilité de ce droit conventionnel est implicitement reconnue dans les mesures prises récemment par la Commission des droits de l'homme et son rapporteur spécial⁶⁰. Nous montrerons plus en détail ci-après que les principes pertinents du droit relatif aux droits de l'homme, en particulier ceux du pacte international relatif aux droits civils et politiques, du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et de la convention relative aux droits de l'enfant, sont effectivement applicables. Outre le fait qu'Israël est partie à ces trois instruments, il convient de souligner que les droits de l'homme reconnus sur le plan international font aussi partie du droit coutumier et sont applicables à ce titre. Nous montrerons que le mur viole un certain nombre de droits fondamentaux de la personne humaine.

VIII. Le mur — une violation des règles fondamentales de droit international général et de la Charte des Nations Unies, en particulier du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

1. Introduction

8.1. Nous montrons dans le présent chapitre que le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, a été reconnu par l'Organisation des Nations Unies et la communauté internationale comme un territoire ayant un statut international — sur lequel peut être exercé le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes — avec des frontières établies sur la base de la ligne d'armistice de 1949. Nous montrons également que, en vertu de la Charte et du droit international général, le Territoire et l'accession du Territoire au statut d'Etat relèvent de la responsabilité particulière de l'ONU.

8.2. Ce statut international, réaffirmé par la Charte et les résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, procède de la reconnaissance par la communauté internationale du droit du peuple palestinien à disposer de lui-même, un droit également reconnu

⁶⁰ Rapport du 8 septembre 2003, Nations Unies, doc. E/CN.4/2004/6, par. 5 et suiv.

comme une norme impérative et une obligation *erga omnes*. Ce droit s'exerce dans un territoire reconnu et se rattache donc directement à la notion de souveraineté territoriale. Il comprend le droit d'un peuple à déterminer son statut politique interne, son statut externe par la création de son propre Etat et son droit à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles. A ce droit à l'autodétermination est liée l'obligation incombant à tous les membres de la communauté internationale, y compris Israël, de reconnaître ce droit ainsi que tous les droits qui en découlent, notamment le respect de l'unité et de l'intégrité territoriales du Territoire palestinien occupé. Les limites de ce territoire ont été établies et reconnues dans de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité.

8.3. Cela étant, puisque ce territoire qui peut prétendre à l'autonomie est occupé depuis 1967, il a aussi le statut de territoire occupé, ce qui rend applicable le droit international humanitaire et les règles internationales en matière de droits de l'homme. Nous examinons ces éléments dans la suite du présent exposé.

Le mur construit par Israël, qui pénètre profondément à l'intérieur de la Cisjordanie, isolant des communautés en cantons, enclaves et «zones militaires», et consolidant des colonies illicites, constitue une annexion de fait de secteurs du Territoire palestinien.

8.4. Aussi le mur constitue-t-il une violation directe de l'intégrité de ce territoire pouvant prétendre à l'autonomie qui est ainsi amputé, et du droit du peuple palestinien à l'autodétermination et à la souveraineté. Il porte atteinte à l'un des principes véritablement essentiels du droit international contemporain, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, en créant une situation appelée «bantoustanisation»⁶¹. C'est ce qui a été dit dans de nombreuses déclarations et de nombreux rapports faisant autorité⁶² et ce fut confirmé par plusieurs autres sources. L'Union européenne, qui a parrainé la résolution ES/10-13, a déclaré :

«L'Union européenne est particulièrement préoccupée par le tracé de la «clôture de sécurité» en Cisjordanie occupée. Si, comme cela est envisagé, ce tracé devait s'écarter de celui de la «ligne verte», cela risquerait de préjuger les négociations à venir et de rendre matériellement impossible à mettre en œuvre la solution fondée sur la coexistence de deux Etats. Il aggraverait encore la situation humanitaire et économique des Palestiniens. Des milliers de Palestiniens se trouvant à l'ouest de la clôture sont privés de services de première nécessité essentiels qui sont disponibles en Cisjordanie; quant aux Palestiniens qui se trouvent à l'est de la clôture, ils perdront leur accès à des terres et à des ressources en eau. A cet égard, l'UE s'inquiète de ce que les terres situées entre la clôture et la «ligne verte» soient classées comme zone militaire fermée. Cela constitue une modification de fait du statut juridique des Palestiniens vivant dans cette région et rend leur vie encore plus difficile.»⁶³

⁶¹ Voir le chapitre VI. Comme le dit le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, M. Jean Ziegler : «créer de tels «Bantoustan» priverait un futur Etat palestinien de toute assise territoriale cohérente et de frontières internationales et ferait obstacle à la création d'une nation palestinienne...» [*traduction du Greffe*], voir Commission des droits de l'homme, droits économiques, sociaux et culturels, le droit à l'alimentation, rapport du rapporteur spécial, M. Jean Ziegler, additif, mission dans les territoires palestiniens occupés (E/CN.4/2004/10/Add.2), par. 18 et 19.

⁶² Rapports du Secrétaire général et du rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur le droit à l'alimentation, et rapport du rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés.

⁶³ Déclaration du représentant permanent de l'Italie auprès de l'ONU s'adressant à l'Assemblée générale de l'ONU au nom de l'Union européenne au sujet des mesures illicites prises par Israël à Jérusalem-Est et dans le reste du Territoire palestinien occupé (New York, 8 décembre 2003).

8.5. Le rapporteur spécial, M. John Dugard, donne davantage de précisions sur cette atteinte au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes :

«Le droit à l'autodétermination est étroitement lié à la notion de souveraineté territoriale. Un peuple ne peut exercer son droit à l'autodétermination qu'à l'intérieur d'un territoire donné. L'amputation des territoires palestiniens par la construction du mur porte gravement atteinte au droit à l'autodétermination du peuple palestinien dans la mesure où elle réduit substantiellement la taille du territoire (déjà petit) sur lequel ce droit peut être exercé.»⁶⁴

8.6. Dans sa résolution A/RES/ES-10/13 du 27 octobre 2003, l'Assemblée générale de l'ONU, après avoir réaffirmé le principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la force, le principe de l'égalité de droit des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et les résolutions pertinentes de l'Assemblée générale, notamment la résolution 181 (II) de 1947, se déclare elle-même

«*Préoccupée particulièrement* par le fait 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 deux Etats physiquement impossible à appliquer et d'entraîner une situation humanitaire encore plus difficile pour les Palestiniens.»

8.7. Le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, relève de la responsabilité particulière de l'ONU. Avec le temps, l'Organisation a constitué tout un ensemble de règles applicable à ce territoire. La compétence et la responsabilité de l'ONU, et de l'Assemblée générale en particulier, découlent du statut initial de la Palestine qui faisait l'objet d'un mandat dans le cadre duquel des responsabilités étaient assumées sur le plan international au titre d'une «mission sacrée de civilisation» qui n'était pas tributaire du maintien en existence de la Société des Nations. Depuis que le mandat a pris fin, cette responsabilité incombe à l'Assemblée générale du fait de la reconnaissance collective du droit du peuple palestinien à disposer de lui-même et d'accéder à la souveraineté nationale et cette responsabilité continuera d'exister jusqu'à la pleine réalisation de ce droit. L'Assemblée générale n'a donc pas perdu son pouvoir de surveillance sur le Territoire, notamment sa responsabilité particulière qui est d'examiner tout accord international ultérieur ayant trait au statut dudit territoire, de veiller à ce que cet accord soit conforme à ce droit et d'assurer la mise en œuvre de la solution consistant à créer deux Etats. En outre, les Etats sont tous tenus de «favoriser, conjointement avec d'autres Etats ou séparément, la réalisation du principe ... et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe...»⁶⁵

2. Le statut international du territoire en tant que territoire sous mandat

8.8. Le statut international de la Palestine procédait au départ de son statut de territoire sous mandat détaché de l'Empire turc et placé en 1922 sous mandat de la Société des Nations, la Grande-Bretagne ayant été désignée comme puissance mandataire. La Cour, dans les avis consultatifs qu'elle a rendus dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, a reconnu que les fonctions de surveillance sur l'administration du mandat ont été dévolues à l'ONU après la dissolution de la Société des Nations⁶⁶.

⁶⁴ *Ibid.*, par. 15.

⁶⁵ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale.

⁶⁶ *Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 128, 133.

8.9. On a dit que la compétence dévolue à l'Assemblée générale pour exercer ces fonctions de surveillance découlait en partie des larges pouvoirs que lui confère l'article 10 de la Charte⁶⁷. Cela signifiait que l'Assemblée générale fut investie des droits, devoirs et obligations rattachés aux pouvoirs de surveillance de la Société des Nations sur le mandat, que l'Assemblée exerce également en créant des mécanismes institutionnels chargés d'examiner la question de l'avenir du Territoire et le règlement de la question palestinienne, c'est-à-dire au départ le comité spécial des Nations Unies pour la Palestine (UNSCOP). Cela signifiait aussi que l'Assemblée générale avait compétence pour autoriser tout changement de statut des territoires sous mandat, puisque la Société des Nations avait également le pouvoir de modifier les termes du mandat. L'Assemblée a assumé cette autorité lorsqu'elle décida d'étudier la question de la Palestine et de proposer un règlement de la question au moyen d'un plan de partage. La compétence de l'Assemblée générale pour déterminer le statut de Jérusalem peut également se déduire en partie des effets combinés des articles 13, 14 et 28 du mandat⁶⁸.

Dans sa résolution 181 (II), l'Assemblée générale a défini le principe d'un règlement prévoyant deux Etats, la ville de Jérusalem devant être soumise à un régime international spécial administré par l'ONU.

8.10. Cette résolution 181 (II) consacrait la reconnaissance par la communauté internationale du droit des Palestiniens arabes à un Etat et signifiait que ni le statut international du Territoire ni la responsabilité première incombant à l'Assemblée générale pour la création de cet Etat n'avait pris fin avec l'extinction du mandat.

Dans sa résolution 273 (III) portant admission d'Israël à l'Organisation des Nations Unies, l'Assemblée générale a pris acte dans le préambule de la déclaration par laquelle l'Etat d'Israël «accept[ait] sans réserve aucune les obligations découlant de la Charte des Nations Unies...». L'Assemblée a dit en outre : «*Rappelant* ses résolutions du 29 novembre 1947 et du 11 décembre 1948, et prenant acte des déclarations faites et des explications fournies devant la commission politique spéciale par le représentant du Gouvernement d'Israël en ce qui concerne la mise en œuvre desdites résolutions...».

⁶⁷ *Ibid.*, p. 137; *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1955*, p. 76; *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 27-28; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 36.

⁶⁸

«Article 13

Tout en maintenant l'ordre et la bienséance publics, le mandataire assume toute responsabilité au sujet des Lieux Saints, des édifices et des sites religieux en Palestine, y compris celle de préserver les droits existants, d'assurer le libre accès des Lieux Saints, des édifices et des sites religieux, et le libre exercice du culte. Il ne sera responsable, pour toutes les questions qui s'y réfèrent, que vis-à-vis de la Société des Nations...

Article 14

Une Commission spéciale sera nommée par la Puissance mandataire, à l'effet d'étudier, définir et régler tous droits et réclamations concernant les Lieux Saints, ainsi que les différentes communautés religieuses en Palestine. Le mode de nomination des membres de la Commission, sa composition et ses fonctions, seront soumis à l'approbation du Conseil de la Société, et la Commission ne sera pas nommée et n'entrera pas en fonction avant cette approbation.

Article 28

Au cas où prendrait fin le mandat conféré par le présent acte au mandataire, le Conseil de la Société prendra toutes les dispositions nécessaires pour sauvegarder à perpétuité, sous la garantie de la Société, les droits garantis par les articles 13 et 14...»

8.11. On peut donc soutenir que l'admission d'Israël à l'Organisation des Nations Unies fut subordonnée à l'acceptation par cet Etat des résolutions 181 (II) et 194 (III) de l'Organisation qui lui faisaient obligation de se conformer à leurs dispositions, y compris à celles qui concernaient la reconnaissance du droit des Palestiniens arabes à un Etat, et de coopérer avec l'Organisation des Nations Unies pour ce qui est de l'application des deux textes.

8.12. La résolution 181 (II) est devenue le fondement de l'établissement d'un Etat palestinien et, partant, le fondement de la légitimité non seulement de l'Etat d'Israël, mais aussi de l'Etat palestinien qui a été proclamé par le Conseil national palestinien lors de sa dix-neuvième session extraordinaire tenue à Alger le 15 novembre 1988.

3. Le statut international du territoire découlant du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

a) *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en droit international*

8.13. Une fois qu'il fut mis fin au mandat, c'est par rapport au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qu'ont été établis le statut international du Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est ainsi que la compétence et la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne le Territoire.

8.14. Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré au paragraphe 2 de l'article 1 et aux articles 55 et 56 de la Charte, a été reconnu par un certain nombre de textes importants adoptés par l'Assemblée générale, en particulier les résolutions 1514 (XV) et 2626 (XXV). Ce principe a également été confirmé par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la Namibie⁶⁹.

Dans l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, la Cour a dit «qu'il n'y a rien à redire à l'affirmation du Portugal selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*»⁷⁰. Ce caractère *erga omnes* signifie que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes impose à tous les Etats, comme il est dit dans la résolution 2625, le devoir concomitant «de favoriser, conjointement avec d'autres Etats ou séparément, la réalisation du principe ... et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe...».

b) *La compétence et la responsabilité de l'Assemblée générale en ce qui concerne la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et les effets juridiques de ses résolutions*

8.15. Les décisions de l'Assemblée générale concernant le statut international du Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même et la constatation du caractère illicite de l'édification du mur en violation de ce statut et de ce droit produisent incontestablement des effets juridiques définitifs, et c'est sur ces textes que se fonde l'action de l'ONU.

⁶⁹ *Namibie, op. cit.*, p. 31.

⁷⁰ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102.

8.16. Avec le temps, l'Assemblée générale a établi sa compétence à déterminer le statut des territoires non autonomes et aussi à dire, au moyen d'un processus de reconnaissance collective, quels peuples peuvent exercer leur droit à disposer d'eux-mêmes et quels sont leurs représentants légitimes. Ses résolutions ont emporté un grand nombre d'effets juridiques. Dans sa pratique antérieure concernant les territoires non autonomes, l'Assemblée générale a exercé sa compétence à de nombreuses occasions pour adopter des décisions obligatoires comme celles-là sur le statut de certains territoires, notamment l'Alaska et Hawaï, Porto Rico, les territoires d'outre-mer portugais, la Rhodésie du sud et la Namibie, afin de dire quels étaient les droits et obligations de ces territoires en vertu de la Charte et du droit international général. Il s'agit aujourd'hui d'un élément reconnu de la pratique des Nations Unies et, avec le temps, l'Assemblée générale fut chargée de surveiller les conditions dans lesquelles le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes était réalisé dans beaucoup d'anciennes colonies et d'anciens territoires sous mandat.

8.17. La Cour internationale de Justice s'est penchée sur la question des décisions prises par l'Assemblée générale lorsqu'elle a examiné la validité et les effets juridiques de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale, dans laquelle celle-ci a prononcé la révocation du mandat pour le Sud-Ouest africain au motif que l'Afrique du sud avait failli aux obligations que lui imposait ce mandat et qu'elle n'avait dès lors aucun autre droit d'administrer le territoire. Dans son avis consultatif, la Cour a fait ressortir toute une série de conséquences juridiques découlant de résolutions déclaratoires de l'Assemblée générale et de décisions qui, selon la Cour, procédaient d'une «intention d'exécution⁷¹». Ainsi la Cour, en réponse à l'objection selon laquelle l'Assemblée, faute d'être un organe judiciaire, n'avait pas compétence pour formuler certains prononcés, a dit que

«refuser le droit d'agir à un organe politique de l'Organisation des Nations Unies ... parce qu'il n'aurait pas compétence pour prendre ce qui est qualifié de décision judiciaire, ce serait non seulement contradictoire mais encore cela reviendrait à un déni total des recours disponibles contre les violations fondamentales d'un engagement international»⁷².

En réponse à l'objection selon laquelle ce dernier prononcé de l'Assemblée revenait à décider d'un transfert de territoire, la Cour a dit que l'Assemblée «[n'avait] pas ainsi tranché des faits mais décrit une situation juridique». Selon la Cour, l'Assemblée générale ne s'était donc pas prononcée sur un transfert de territoire mais avait seulement dit quelle situation juridique résultait de la révocation du mandat. «Il serait en effet inexact de supposer que, parce qu'elle possède en principe le pouvoir de faire des recommandations, l'Assemblée générale est empêchée d'adopter, dans des cas déterminés relevant de sa compétence, des résolutions ayant le caractère de décisions ou procédant d'une intention d'exécution.»⁷³ La Cour a fait observer que l'Assemblée générale devait dans ce cas faire appel au Conseil de sécurité, non pas parce qu'elle n'avait pas juridiquement les pouvoirs nécessaires pour mettre fin au mandat, mais parce qu'elle ne disposait pas de voies d'exécution permettant de garantir le retrait de l'Afrique du Sud.

⁷¹ *Namibie, op. cit.*, p. 50.

⁷² *Ibid.*, p. 49.

⁷³ *Ibid.*, p. 50.

8.18. La Cour a également dit que, «[q]uand un organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence... Cette décision entraîne une conséquence juridique, celle de mettre fin à une situation irrégulière» et «est opposable «à tous les Etats, en ce sens qu'[elle rend] illégale *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international.»⁷⁴

8.19. Même à l'égard de ces résolutions reconnues comme étant des recommandations, le juge sir Hersch Lauterpacht, dans son opinion individuelle en l'affaire de la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, a catégoriquement refusé de reconnaître qu'elles ne produisent pas le moindre effet juridique, puisqu'il a déclaré qu'il fallait les «examiner de bonne foi». Il poursuit :

«l'Etat mandataire [en l'espèce, l'Etat occupant] qui persiste à ne pas tenir compte de l'avis de l'Organisation solennellement exprimé et réitéré, et plus particulièrement dans le cas où l'expression de cet avis se rapproche de l'unanimité, peut finir par [constater qu'il a] dépassé la limite imperceptible entre l'impropriété et l'illégalité, entre la discrétion et l'arbitraire, entre l'exercice de la faculté juridique de ne pas tenir compte de la recommandation et l'abus de cette faculté, et qu'il s'est ainsi exposé aux conséquences qui en découlent légitimement sous forme d'une sanction juridique⁷⁵».

c) *Le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même*

8.20. L'Organisation des Nations Unies a établi avec le temps, dans une série de résolutions, un corps de règles pouvant servir de cadre juridique à tout règlement négocié et à l'accession des Palestiniens à un Etat indépendant. Ces règles demeurent en principe le point de départ de toute solution à apporter à ces questions, y compris celle de la licéité de l'édification du mur.

8.21. Le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même, visé dans le préambule de la résolution ES/10/14, constitue un postulat essentiel de la question dont l'Assemblée générale a saisi la Cour. L'Assemblée a proclamé et affirmé en d'innombrables occasions le droit inaliénable des Palestiniens à disposer d'eux-mêmes, notamment leur droit d'avoir un Etat.

Dans sa résolution 2535B (XXIV), l'Assemblée générale a tout d'abord reconnu que le problème des Palestiniens tient au fait «que leurs droits inaliénables, tels qu'ils sont énoncés dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, leur sont déniés». Peu de temps après, l'Assemblée générale a adopté la résolution 2672C (XXV), dans laquelle elle reconnaissait incontestablement le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même, en disant ceci :

«Ayant présent à l'esprit le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes consacré aux articles 1^{er} et 55 de la Charte et réaffirmé plus récemment dans la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies,

⁷⁴ *Namibie*, p. 52, 54 et 56.

⁷⁵ Opinion individuelle du juge Lauterpacht, *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1955*, p. 120.

1. *Reconnaît* que le peuple de Palestine doit pouvoir jouir de l'égalité de droits et exercer son droit à disposer de lui-même, conformément à la Charte des Nations Unies;
2. *Déclare* que le respect intégral des droits inaliénables du peuple de Palestine est un élément indispensable à l'établissement d'une paix juste et durable au Moyen-Orient.»

8.22. L'Assemblée générale a adopté de nombreuses autres résolutions après celle-ci. Les unes affirment ce droit, d'autres soulignent la nécessité d'apporter au peuple palestinien le soutien nécessaire pour en permettre l'application concrète. La résolution 3236 (XXIX) de l'Assemblée générale est significative à cet égard, en ce qu'elle réaffirme catégoriquement les droits inaliénables des Palestiniens :

«*Exprimant sa grave préoccupation* devant le fait que le peuple palestinien a été empêché de jouir de ses droits inaliénables, en particulier de son droit à l'autodétermination,

S'inspirant des buts et principes de la Charte,

Rappelant ses résolutions pertinentes qui affirment le droit du peuple palestinien à l'autodétermination,

1. *Réaffirme* les droits inaliénables du peuple palestinien en Palestine, y compris :
 - a) le droit à l'autodétermination sans ingérence extérieure;
 - b) le droit à l'indépendance et à la souveraineté nationales.
2. *Réaffirme* également le droit inaliénable des Palestiniens de retourner dans leur foyer et vers leurs biens, d'où ils ont été déplacés et déracinés, et demande leur retour.
3. *Souligne* que le respect total et la réalisation de ces droits inaliénables du peuple palestinien sont indispensables au règlement de la question de Palestine.
4. *Reconnaît* que le peuple palestinien est une partie principale pour l'établissement d'une paix juste et durable au Moyen-Orient.
5. *Reconnaît* en outre le droit du peuple palestinien de recouvrer ces droits par tous les moyens conformément aux buts et principes de la Charte des Nations Unies.
6. *Fait appel* à tous les Etats et organisations internationales pour qu'ils aident le peuple palestinien dans sa lutte pour recouvrer ses droits, conformément à la Charte.
7. *Prie* le Secrétaire général d'établir des contacts avec l'Organisation de libération de la Palestine au sujet de toutes les affaires intéressant la question de Palestine.»

8.23. Quant au contenu de cette règle, il est admis qu'il s'agit du droit du peuple palestinien de déterminer librement son statut interne et, en ce qui concerne son statut externe, du droit d'avoir son propre Etat. La solution consistant à créer deux Etats est donc conforme à ce droit.

d) Le droit du peuple palestinien à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles

8.24. Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est un élément essentiel de la souveraineté et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, lequel est reconnu dans la résolution 1803 (XVIII) de 1963, qui marque une étape décisive. On le trouve aujourd'hui dans un certain nombre d'instruments, avant tout dans les deux Pactes relatifs aux droits de l'homme. Le qualificatif «permanente» signifie que le droit est inaliénable et traduit donc le caractère impératif de cette norme.

8.25. Ce principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est aujourd'hui le principe de base aussi bien du droit international économique que du droit international de l'environnement, et se confond ainsi avec la recherche d'un développement durable.

8.26. L'Assemblée générale a appliqué le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles aux peuples et territoires soumis à une occupation, à une domination étrangère ou à l'apartheid. Le 15 décembre 1972, elle a proclamé pour la première fois ce principe à l'égard de la population des territoires occupés par Israël⁷⁶. Depuis lors, l'Assemblée générale a adopté une série de résolutions portant spécifiquement sur la souveraineté permanente du peuple palestinien dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, sur ses ressources naturelles, souveraineté qui s'étendra ultérieurement aux richesses naturelles et aux activités économiques de ce peuple, notamment la terre et l'eau⁷⁷.

8.27. Dans cette dernière série de résolutions figure la résolution 58/229, adoptée le 23 décembre 2003, qui s'intitule «Souveraineté permanente du peuple palestinien dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et de la population arabe dans le Golan syrien occupé sur leurs ressources naturelles», et dans laquelle l'Assemblée générale,

«Réaffirmant le principe de la souveraineté permanente des populations sous occupation étrangère sur leurs ressources naturelles,

Guidée par les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, affirmant l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la force, et rappelant les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, notamment les résolutions 242 (1967) du 22 novembre 1967, 465 (1980) du 1^{er} mars 1980 et 497 (1981) du 17 décembre 1981,

Réaffirmant que la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, est applicable au Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et aux autres territoires arabes occupés par Israël depuis 1967,

Se déclarant préoccupée par le fait qu'Israël, puissance occupante, exploite les ressources naturelles du Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et des autres territoires arabes occupés par Israël depuis 1967,

Se déclarant également préoccupée par les destructions considérables par Israël, puissance occupante, au cours de la période récente, de terres agricoles et de vergers dans le Territoire palestinien occupé, notamment l'arrachage d'un grand nombre d'oliviers,

⁷⁶ Résolution 3005 (XXVII) de l'Assemblée générale.

⁷⁷ Voir par exemple les résolutions 3336 (1974), 32/161 (1977), 51/190 (1996), 54/230 (1999) et 56/204 (2001) de l'Assemblée générale.

Consciente des répercussions néfastes des colonies de peuplement israéliennes sur les ressources naturelles du territoire palestinien et des autres territoires arabes, en particulier la confiscation de terres et le détournement forcé de ressources en eau, et des conséquences économiques et sociales dramatiques qu'elles entraînent,

Consciente également des répercussions néfastes sur les ressources naturelles du territoire palestinien du mur expansionniste qu'Israël construit dans le Territoire palestinien occupé, en particulier à Jérusalem-Est et alentour, et de ses effets graves sur les conditions économiques et sociales du peuple palestinien,

.....

1. *Réaffirme* les droits inaliénables du peuple palestinien et de la population du Golan syrien occupé sur leurs ressources naturelles, notamment leurs terres et leurs eaux.
2. *Demande* à Israël, puissance occupante, de ne pas exploiter, détruire, épuiser, ni mettre en péril les ressources naturelles du Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et du Golan syrien occupé.
3. *Reconnaît* le droit du peuple palestinien de demander réparation en cas d'exploitation, de destruction, d'épuisement ou de mise en péril de ses ressources naturelles, et exprime l'espoir que cette question sera traitée dans le cadre des négociations sur le statut définitif entre les parties palestinienne et israélienne.»

Il importe de savoir que ce texte a été adopté à une majorité écrasante, témoignant du consensus qui s'était dégagé chez les Membres de l'Organisation de Nations Unies : le mur constitue une atteinte directe au droit inaliénable du peuple palestinien à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles.

e) *Le territoire sur lequel peut s'exercer le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même*

8.28. Comme nous l'avons dit ci-dessus, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ne peut s'exercer que sur un territoire, c'est pourquoi proclamer le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même revient à proclamer l'existence à l'intérieur de frontières précises du territoire sur lequel ce droit peut être exercé. L'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ont tous deux reconnu qu'il s'agit du territoire situé au-delà des lignes d'armistice de 1949 qui correspond au territoire occupé par Israël depuis 1967, c'est-à-dire la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est, et la bande de Gaza.

8.29. Les limites de l'Etat palestinien ont été confirmées par l'Organisation des Nations Unies. En 1988, l'Assemblée générale a répondu à la décision du Conseil national palestinien du 15 novembre 1988 en adoptant sa résolution 43/177. Dans cette résolution, l'Assemblée prend acte de la proclamation de l'Etat palestinien indépendant, considéré comme étant dans la ligne de la résolution 181 (II) et s'inscrivant «*dans l'exercice des droits inaliénables du peuple palestinien*»; l'Assemblée a décidé en outre que, à compter du 15 décembre 1988, il faudrait employer au sein du système des Nations Unies la désignation de «Palestine» au lieu de la désignation «Organisation de la libération de la Palestine», sans préjudice du statut et des fonctions d'observateur de l'OLP.

8.30. La résolution 43/177 avait pour but de reconnaître et d'affirmer la licéité intrinsèque d'une situation considérée comme étant conforme à la résolution 181 (II) et à d'autres résolutions reconnaissant le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même, notamment le droit d'avoir son propre Etat. En fait, seule l'occupation israélienne a empêché l'Etat de Palestine d'exercer son autorité sur ce territoire.

8.31. Le Conseil de sécurité a fait siennes les conclusions de l'Assemblée générale sur le statut international du Territoire. Il a exercé sa compétence à l'égard de la Palestine dès 1948, quand il adopta, au titre du chapitre VII de la Charte, la résolution 54 (1948) et constata que la situation en Palestine constituait une menace contre la paix au sens de l'article 39 de la Charte. Se fondant sur l'article 40 de la Charte, il appela à un cessez-le-feu, en déclarant que le refus par les parties concernées de se conformer à la résolution «démontrerait l'existence d'une rupture de la paix au sens de l'article 39 de la Charte exigeant un examen immédiat par le Conseil de sécurité en vue d'adopter, aux termes du Chapitre VII de la Charte, toute nouvelle mesure qui pourrait être décidée par le Conseil». Le Conseil de sécurité indiqua que les termes de sa résolution concernant le maintien de la trêve resteraient en vigueur «jusqu'à ce qu'un ajustement pacifique de la situation future de la Palestine ait été réalisé».

8.32. Le Conseil de sécurité, dans sa résolution 242 (1967), confirmée par sa résolution 338, appelle à un retrait des forces armées israéliennes de *tous* les territoires occupés. Il a réaffirmé un principe de droit international bien connu, à savoir l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force, qui est le corollaire du principe fondamental consacré par la Charte de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force. Il a estimé que toutes les mesures et dispositions législatives et administratives prises par Israël modifiant le statut de Jérusalem ou des territoires occupés étaient nulles et non avenues⁷⁸.

8.33. Le Conseil de sécurité s'est engagé à maintes reprises à examiner d'autres moyens au cas où Israël ne se conformerait pas aux résolutions, bien qu'à ce jour il ne l'ait toujours pas fait⁷⁹. Dans sa résolution 476 (1980), le Conseil de sécurité «1. *Réaffirme* la nécessité impérieuse de mettre fin à l'occupation prolongée des territoires arabes occupés par Israël depuis 1967, y compris Jérusalem.»

8.34. Il existe donc un corps entier de règles impératives que le Conseil a soit réaffirmées, soit établies à l'égard de l'obligation incombant à Israël de respecter l'intégrité du territoire sur lequel le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes peut être exercé. C'est ce que confirment les accords israélo-palestiniens et le fait que l'Etat de Palestine est aujourd'hui reconnu par un grand nombre d'Etats.

f) *Les devoirs et responsabilités de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité dans le cadre du processus de paix*

8.35. La reconnaissance collective du droit du peuple palestinien à disposer de lui-même a pour corollaire la reconnaissance de la compétence et de la responsabilité particulière de l'Organisation des Nations Unies à l'égard de la Palestine, laquelle existe jusqu'à ce que le droit

⁷⁸ Voir par exemple les résolutions 242 (1967), 465, 476, 478, 484 (1980) et 681 (1990) du Conseil de sécurité. La plupart de ces résolutions sont rappelées dans d'autres résolutions plus récentes, par exemple la résolution 1322 (2000).

⁷⁹ Voir en particulier la résolution 267 (1969) du Conseil de sécurité.

inaliénable du peuple palestinien à disposer de lui-même soit réalisé et que la Palestine accède pleinement au statut d'Etat. C'est en vertu de cette responsabilité que l'ONU a cherché à définir les modalités de réalisation de ce droit à l'indépendance nationale et qu'elle s'est chargée de convoquer une série de conférences sur le Moyen-Orient et, depuis 1991, de souscrire aux propositions de paix formulées depuis la conférence de paix de Madrid de 1991.

8.36. L'Assemblée générale et le Conseil de sécurité se sont donc tous deux intéressés de très près aux négociations de paix. Dans sa résolution 55/55 du 1^{er} décembre 2000, l'Assemblée générale dit

«*[appuyer] pleinement le processus de paix engagé à Madrid ainsi que la Déclaration de principes sur des arrangements intérimaires d'autonomie de 1993, et les accords d'application postérieurs, dont l'Accord intérimaire israélo-palestinien relatif à la Cisjordanie et à la bande de Gaza conclu en 1995 et le Mémorandum de Charm el-Sheikh de 1999*».

8.37. Par sa résolution 1515 qui fut adoptée à l'unanimité, le Conseil de sécurité a approuvé en outre la Feuille de route pour le Moyen-Orient proposée par le Quatuor en vue d'un règlement permanent du conflit israélo-palestinien consistant à créer deux Etats, objectif qui, comme le Conseil le dit, devait être réalisé notamment sur la base des résolutions 242 (1967), 338 (1973) et 1397 (2002) du Conseil de sécurité. Le Conseil a donc également confirmé cette responsabilité primordiale de l'ONU.

8.38. Au fil des années, l'ONU a donc, dans une série de résolutions, affirmé :

- 1) le droit légitime inaliénable du peuple palestinien à disposer de lui-même, notamment le droit à l'indépendance et à la souveraineté nationales, c'est-à-dire le droit de créer son propre Etat indépendant;
- 2) la légitimité de ses représentants — l'OLP — à qui a été attribué le statut d'observateur permanent à l'Assemblée générale et au sein d'autres organes de l'ONU;
- 3) à l'égard de l'occupation par Israël depuis 1967 du Territoire palestinien, y compris Jérusalem-Est, le principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la force et l'application sur le Territoire des conventions de Genève de 1949;
- 4) par voie de conséquence, la nullité consécutive de toutes les mesures et dispositions législatives et administratives prises par Israël qui vise à modifier le caractère et le statut du Territoire palestinien occupé, en particulier la prétendue loi fondamentale relative à Jérusalem, la création de colonies de peuplement, la destruction de foyers et de biens, la confiscation de terres et la politique d'expulsion;
- 5) le droit inaliénable des Palestiniens, qui ont été déplacés et déracinés, de retourner dans leurs foyers et de recouvrer leurs biens;
- 6) la nécessité pour tout règlement de la question de Palestine de respecter et d'appliquer intégralement ces droits inaliénables du peuple palestinien.

8.39. De diverses façons, l'édification du mur revient à violer des principes fondamentaux de droit international, les prescriptions de la Charte des Nations Unies et des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité :

1. elle porte atteinte au statut international de la Palestine tel que l'ONU l'a défini avec autorité;
2. elle porte atteinte au droit du peuple palestinien à disposer de lui-même, c'est-à-dire notamment au droit qu'il a d'accéder à l'indépendance nationale;
3. elle porte atteinte au droit du peuple palestinien à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles.

4. Le mur est une violation du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte

8.40. Nous avons dit ci-dessus à plusieurs reprises que l'édification du mur équivaut à une annexion de fait. Israël impose cette annexion au peuple palestinien parce qu'il est militairement le plus fort. A l'instar de n'importe quelle annexion opérée par l'emploi de la force, cette annexion est illicite.

8.41. Le principe consistant à proscrire l'acquisition de territoire par la force est une conséquence de l'interdiction de l'emploi de la force. Dans la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies⁸⁰, l'Assemblée générale précise ce principe en énonçant la règle suivante : «[l]e territoire d'un Etat ne peut faire l'objet d'une acquisition par un autre Etat à la suite du recours à la menace ou à l'emploi de la force. Nulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale.» Ce libellé ne prévoit pas d'exception pour le cas où l'emploi de la force est justifié par la légitime défense. En effet, l'annexion de territoire, par définition, ne saurait constituer une mesure de légitime défense. Elle ne peut servir à repousser une agression armée, c'est une mesure d'une tout autre nature.

8.42. Dans le passage pertinent de sa résolution 242 (1967)⁸¹, le Conseil de sécurité se fonde déjà sur cette interprétation de la règle lorsqu'il souligne «l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre», sans s'intéresser à la question de savoir laquelle des parties au conflit était l'agresseur et laquelle a agi à titre de la légitime défense. Pour l'application de la règle interdisant l'acquisition de territoire par la force, cette question est sans pertinence. De nombreux organes de l'ONU ont à maintes reprises confirmé dans le même sens le principe de l'illicéité de l'acquisition de territoire par l'emploi de la force.

8.43. Le mur remplit tous les critères d'une annexion par l'emploi de la force : c'est une violation du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte.

IX. Le mur — une violation du droit international humanitaire

1. Introduction

9.1. Comme nous l'avons déjà fait observer, les principes essentiels régissant, en droit international, l'occupation en période de conflit armé sont énoncés dans le règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et dans la quatrième convention de Genève. Ces deux instruments illustrent également l'état actuel du droit coutumier international. Au cours de débats récents, une attention considérable a été accordée à la question de l'applicabilité de la quatrième convention en tant qu'instrument de droit conventionnel.

⁸⁰ Résolution 2625 (XXV).

⁸¹ Voir ci-dessus, par. 5.21.

2. L'applicabilité de la quatrième convention de Genève

9.2. Le territoire où le mur est en cours de construction a été occupé par Israël en 1967. Israël affirme que la quatrième convention ne pouvait pas s'appliquer à cette occupation étant donné que, à l'époque considérée, ce territoire n'appartenait pas en droit à la Jordanie ni à aucune autre partie aux conventions de Genève (l'argument consiste à dire qu'«on ne sait pas à qui restituer le territoire» [«the missing reversioner»]). Il s'agit là d'une mauvaise interprétation du champ d'application de la quatrième convention. Conformément au paragraphe 1 de son article 2, la convention s'applique en cas de conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des hautes parties contractantes. En 1967, il y a eu, en effet, un conflit armé de ce type entre Israël d'une part, et, de l'autre, la Jordanie, l'Égypte et la Syrie, les quatre États étant tous parties aux conventions de Genève. Dans le cadre de ce conflit, Israël a occupé le territoire de la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est, et aussi celui de la bande de Gaza, deux territoires n'appartenant pas à Israël qui s'était lui-même établi à l'intérieur des frontières tracées par les accords d'armistice de 1949. Il n'y a juridiquement pas la moindre raison d'exclure ces territoires du champ d'application de la quatrième convention dans ce conflit qui oppose plusieurs parties aux conventions de Genève. La thèse de l'absence de sujet à qui restituer le territoire [the missing reversioner] n'est tout bonnement pas pertinente. Bien qu'elle ait été défendue plusieurs fois par Israël, cette thèse a systématiquement été rejetée à la fois par le Conseil de sécurité et par l'Assemblée générale⁸². Une fois qu'il est établi que la quatrième convention est applicable, les dispositions pertinentes continuent donc d'être applicables conformément à l'article 6 de la convention.

9.3. En outre, deux autres considérations d'ordre juridique exigent elles aussi que la convention s'applique. En 1988, la Palestine a adhéré aux conventions et à leurs protocoles additionnels⁸³. Un certain nombre d'États avaient alors protesté contre cette adhésion en disant que la Palestine n'était pas un État. Quoiqu'il en soit, dès lors que le peuple palestinien a été reconnu même par Israël en tant que sujet de droit international à travers la conclusion des accords d'Oslo et des documents y relatifs, il n'est plus guère possible de soutenir que la Palestine ne possède pas la capacité requise en droit international pour devenir partie aux conventions de Genève. La Palestine est considérée comme une «puissance» au sens du texte commun aux articles 60, 59, 139 et 155 [des conventions I, II, III et IV respectivement]. Cette «puissance» est liée par la déclaration d'adhésion qu'elle a signée précédemment et elle est aussi habilitée à jouir des avantages juridiques qui en découlent.

Même pour ceux qui n'acceptent pas cette thèse, l'application du paragraphe 3 de l'article 2 *in fine* de la quatrième convention produit le même résultat. La Palestine doit être considérée comme une puissance qui «accepte et ... applique les dispositions» de la convention et qui, conformément à ladite partie de l'article 2, se trouve donc liée par les conventions, toutes les autres hautes parties contractantes étant également liées envers cette puissance.

Pour toutes ces raisons, la quatrième convention est applicable en tant qu'instrument de droit conventionnel au territoire désigné sous l'appellation de «Territoire palestinien occupé». Cela a été confirmé sans ambiguïté dans la déclaration adoptée à Genève le 5 décembre 2001 par la conférence des hautes parties contractantes à la quatrième convention de Genève⁸⁴ :

⁸² Voir, entre autres, les résolutions 446 (1979), 465 (1980) et 681 (1990) du Conseil de sécurité et les résolutions ES-10/2, ES-10/3 de l'Assemblée générale.

⁸³ Pour un compte rendu, voir F. Ouguergouz, «La Palestine et les conventions de Genève du 12 août 1949 ou l'histoire d'une adhésion avortée», in *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, p. 507 et suiv., publié sous la direction de L. Boisson de Chazournes/V. Gowlland-Debbas.

⁸⁴ http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc/docum2.Par.0006.UpFile.pdf/mg_011205_4gcdeclam_e.pdf.

«Les hautes parties contractantes participantes ont réaffirmé que la quatrième convention de Genève était applicable au Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est. En outre, elles ont réaffirmé la nécessité de respecter intégralement les dispositions de ladite convention sur ce territoire.»

9.4. Comme nous l'avons déjà dit, les règles de la quatrième convention et du règlement de La Haye sont aussi applicables parce qu'elles relèvent du droit international coutumier. Quand il y a peut-être doute à cet égard concernant certaines règles, la question est traitée ci-après plus en détail.

3. Prétendues justifications de mesures prises par une puissance occupante

a) *Nécessité militaire et considérations similaires*

9.5. Des arguments sécuritaires sont parfois invoqués pour justifier la construction du mur⁸⁵. La question de savoir si ces arguments se vérifient sur le plan des faits et jusqu'à quel point est traitée ailleurs. Sur le plan juridique, il convient de souligner cependant que les «arguments sécuritaires» ou l'état de «nécessité militaire» ne constituent pas des catégories fourre-tout où ranger n'importe quelle violation du droit international humanitaire. Différentes règles de ce droit international humanitaire admettent que la nécessité militaire ou des concepts similaires peuvent être des considérations juridiques limitant la portée de l'obligation humanitaire. L'équilibre entre les arguments militaires et les considérations humanitaires est néanmoins soigneusement préservé dans chacune de ces dispositions. C'est donc lors de l'interprétation des différentes règles pertinentes du droit international humanitaire qu'il convient d'analyser en détail la question de savoir si des considérations militaires pourraient justifier une mesure prise par une puissance occupante.

b) *L'argument de la légitime défense n'est pas pertinent*

9.6. Israël fait valoir⁸⁶ également que la construction du mur est justifiée en tant que mesure de légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte. Cet argument est vicié parce qu'il fait abstraction du champ d'application de la notion de légitime défense. Il estompe, à tort, la distinction entre le *jus in bello* et le *jus ad bellum*. Le droit international humanitaire, qui fait partie du *jus in bello*, s'applique de manière identique aux deux parties d'un conflit armé international, qu'il s'agisse de l'agresseur ou de la victime d'une agression. De même, la victime d'une agression armée, qui a le droit de recourir à la légitime défense en vertu des règles du *jus ad bellum*, est ce faisant liée par les règles du droit international humanitaire. Par conséquent, l'argument de la légitime défense ne peut pas servir à justifier n'importe quelle dérogation aux règles applicables du droit international humanitaire. Par conséquent, s'il faut décider s'il y a violation du droit international humanitaire, l'argument de la légitime défense n'entre pas en ligne de compte, s'il est sans pertinence.

4. Le devoir de garantir des conditions de vie satisfaisantes à la population du territoire occupé

9.7. Il existe un principe général sur lequel reposent un certain nombre de règles particulières du droit en matière d'occupation : celui de l'obligation incombant à la puissance occupante de veiller à ce que la vie dans le territoire occupé suive son cours de manière aussi normale que possible. Divers aspects de cette obligation générale sont définis dans différentes dispositions du

⁸⁵ Rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale, Nations Unies, A/ES-10/248, annexe 1.

⁸⁶ *Ibid.*

droit applicable. Il s'agit notamment du devoir de la puissance occupante de veiller à ce que l'ordre et la vie publics soient préservés dans le territoire occupé (article 43 du règlement de La Haye). Pour ce qui est des dispositions pertinentes de la quatrième convention, son article 55 dispose que la puissance occupante «a le devoir d'assurer l'approvisionnement de la population en vivres et en produits médicaux». A titre de corollaire de ce devoir, l'article 59 fait obligation à la puissance occupante d'accepter les actions de secours entreprises lorsqu'un territoire occupé est insuffisamment approvisionné. L'article 56, en outre, dispose que la puissance occupante «a le devoir d'assurer et de maintenir ... les établissements et les services médicaux et hospitaliers, ainsi que la santé et l'hygiène publiques dans le territoire occupé». Enfin, conformément à l'article 50, la puissance occupante «facilitera ... le bon fonctionnement des établissements consacrés aux soins et à l'éducation des enfants».

9.8. La construction du mur viole systématiquement ces règles. Le mur rend la vie normale de la population civile impossible en de nombreux endroits où le mur traverse les zones traditionnellement habitées par la population palestinienne. D'où un bouleversement complet des conditions d'existence, ce qui est incompatible avec l'obligation de la puissance occupante d'assurer l'ordre et la vie publics (article 43 du règlement de La Haye). Cette disposition ne prévoit aucune exception motivée par des raisons militaires. L'obligation incombant à la puissance occupante n'est limitée que par la capacité de cette dernière à «prendre toutes les mesures qui dépendent [d'elle]». Lorsque la puissance occupante prend systématiquement des mesures pour bouleverser l'ordre et la vie sur le territoire, cette obligation est manifestement violée.

9.9. L'obligation dont s'inspirent les articles 55 et 59 impose de veiller à ce que la population d'un territoire occupé soit suffisamment alimentée. Cela ne se limite pas au devoir d'assurer au besoin un approvisionnement alimentaire. Il y a manquement à la norme elle-même lorsque la puissance occupante interdit l'accès aux sources alimentaires disponibles. Empêcher les agriculteurs qui assurent la subsistance de la population de remplir ce rôle revient à couper l'accès à la nourriture. Etant donné que le mur, en de nombreux endroits et systématiquement, empêche les agriculteurs de cultiver leurs terres en restreignant leur liberté de mouvement, il y a manquement à l'obligation fondamentale de la puissance occupante d'assurer l'alimentation de la population civile.

9.10. Le même argument vaut pour le devoir de la puissance occupante d'assurer l'accès aux produits médicaux et aux établissements et services médicaux et hospitaliers (articles 55 et 56 de la quatrième convention). Il y a, là aussi, manquement à cette obligation lorsque des personnes qui ont besoin de tels produits ou services sont empêchées d'accéder aux endroits où elles peuvent se les procurer. Les restrictions imposées à la liberté de mouvement qui sont dues à la construction du mur ont précisément cet effet. Elles constituent par conséquent une violation des articles 55 et 56 de la quatrième convention.

9.11. De même, il y a manquement au devoir de la puissance occupante de «facilit[er] ... le bon fonctionnement de tous les établissements consacrés aux soins et à l'éducation des enfants» (art. 50) lorsque la mesure prise par une puissance occupante empêche les enfants de se rendre aux endroits où ces établissements sont situés. En de nombreux endroits, le mur empêche ou empêchera les enfants d'accéder à leur école. Par conséquent, l'article 50 n'est pas non plus respecté.

9.12. Ces dispositions ne prévoient aucune exception due à l'état de nécessité militaire ou à des raisons de sécurité. Les devoirs de la puissance occupante définis ci-dessus ne sont limités fondamentalement que par sa capacité à assurer ces prestations. La restriction prévue aux

articles 55 et 56 correspond à la formule : «[d]ans toute la mesure de ses moyens». A l'article 50 qui porte sur les établissements scolaires, il n'y a pas même de restriction de ce type. Par conséquent, si la puissance occupante estime qu'il est nécessaire, pour des raisons de sécurité, de restreindre la liberté de mouvement de la population civile, elle doit veiller à assurer par d'autres moyens l'accès de cette population à l'alimentation, aux services médicaux et aux établissements scolaires.

5. Le devoir de respecter la propriété privée en territoire occupé

9.13. Dans un certain nombre de cas, des biens privés de la population palestinienne ont été saisis et détruits par Israël parce que ce fut considéré comme nécessaire pour construire le mur de la manière prévue par le gouvernement israélien⁸⁷. Ces destructions de biens privés constituent une violation de l'article 53 de la quatrième convention, lequel interdit «à la puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers ... sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires». Des biens ont effectivement été détruits dans des cas où la restriction qui vient d'être citée n'a pas été appliquée. Cette clause dérogatoire ne vise pas la sécurité ni l'état de nécessité militaire en général. Elle ne prévoit de dérogation que si celle-ci est rendue indispensable par de véritables opérations militaires. Dans le cas du mur, ces destructions ne sont cependant pas rendues indispensables par des opérations militaires menées par les forces de défense israéliennes. Elles s'expliquent par le besoin subjectif de mettre un terme à des actions isolées commises par des acteurs qui n'appartiennent pas à l'une des parties au conflit, ce qui est tout autre chose. Pour cette raison, la destruction des biens qui a été opérée pour faciliter la construction du mur n'est pas couverte par la clause dérogatoire prévue par l'article 53 et est donc illicite.

Les biens privés sont aussi protégés par l'article 52 du règlement de La Haye. Or cette disposition ne fait même pas mention de destruction, car il est implicitement entendu que les destructions de biens en tant que mesure prise par la puissance occupante (par opposition à une mesure prise lors d'un affrontement) sont tout simplement exclues. Pour ce qui est des réquisitions, ces dernières se limitent «à celles qui correspond[ent] aux besoins de l'armée d'occupation». Et il s'agira avant tout de répondre à des besoins logistiques. Si l'on accepte l'idée que cela recouvre aussi des besoins de sécurité, ces derniers sont limités aux besoins de l'armée d'occupation. Il est donc exclu de prendre en compte de prétendus besoins de sécurité de personnes civiles de la puissance occupante qui sont présentes (et dont la présence est illicite !).

6. Le devoir de ne pas expulser la population civile du territoire occupé

9.14. L'article 49 de la quatrième convention dispose : «Les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations ... hors du territoire occupé dans le territoire ... de tout autre Etat, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif.» Nous avons montré plus haut que la construction du mur a pour effet pratique, voire pour effet voulu d'inciter au départ la population des zones isolées par cette barrière parce que les conditions d'existence y sont devenues insupportables⁸⁸.

9.15. La construction du mur se traduit par conséquent par un transfert forcé en masse, lequel est interdit par l'article 49 de la quatrième convention.

⁸⁷ Rapport du Secrétaire général, A/ES-10/248, annexe 1.

⁸⁸ Voir par. 6.6-6.8 ci-dessus.

7. Le devoir de ne pas transférer la population de la puissance occupante dans le territoire occupé

9.16. La construction du mur viole aussi le paragraphe 6 de l'article 49 de la quatrième convention qui interdit à la puissance occupante de déporter ou de transférer des parties de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle. Très souvent, les organes des Nations Unies ont considéré que la création de colonies israéliennes dans le Territoire occupé constituait une violation de cette disposition⁸⁹. L'établissement de ces colonies, qui revient à déplacer des groupes de la population civile d'Israël pour les implanter dans ces colonies, constitue une politique systématique de transfert de population adoptée par les Gouvernements israéliens. Il ne s'agit pas là ne serait-ce que d'un plan visant à créer des agglomérations qui, dans l'esprit de secteurs importants de la population israélienne, donnerait à Israël plus de chances de vivre dans des «frontières sûres». Sous cet éclairage, l'implantation de ces colonies est un moyen mûrement réfléchi de politique sécuritaire au détriment de la population originelle du Territoire occupé. C'est exactement le type de mesure que le paragraphe 6 de l'article 49 de la quatrième convention vise à empêcher d'adopter.

9.17. Le tracé du mur déjà construit et les plans qui ont été publiés montrent de manière on ne peut plus claire que le mur est destiné non à protéger l'Etat d'Israël dans ses frontières de 1967, mais à protéger les colonies de peuplement contre ce qui est perçu comme une menace venant du côté arabe. La mesure a donc pour objet de consolider et de scléroser une situation créée par des faits internationalement illicites, résultat qui, par voie de conséquence, est illicite, car toute action visant à consolider une situation illicite est, elle aussi, illicite. C'est encore une raison supplémentaire de constater que la construction du mur constitue une violation de la quatrième convention de Genève, en l'occurrence de son article 49.

8. Le devoir de ne pas changer le statut d'un territoire occupé

9.18. L'article 47 de la quatrième convention dispose expressément que ni l'annexion par la puissance occupante ni aucune autre tentative similaire visant à modifier le statut du territoire ne pourra porter atteinte au statut des personnes protégées. L'interdiction de se servir d'une tentative de changement de statut comme d'un moyen de réduire la portée de la protection accordée à la population du Territoire occupé est une règle de droit coutumier qui existait avant l'adoption du texte des conventions de 1949 et qui avait été reconnue par le tribunal militaire des Etats-Unis à Nuremberg dans le jugement qu'il a rendu dans l'affaire *Krupp*⁹⁰.

9.19. La construction du mur rend cette interdiction illusoire voire inopérante. La construction du mur, parce qu'elle a pour effet de déplacer ou d'expulser la population palestinienne hors des territoires bouclés par le mur, non seulement constitue *de facto* une annexion, mais est pire encore qu'une annexion officielle. Un fait illicite officiel pourrait être considéré comme nul et non avenu. Mais le mur reste un fait qu'il est vain de considérer comme nul et non avenu. Il prive donc effectivement la population de la protection à laquelle elle a droit en vertu de la quatrième convention. C'est en ce sens que le Conseil de sécurité⁹¹ :

⁸⁹ Voir en particulier la résolution 446 (1979) du Conseil de sécurité.

⁹⁰ *Trials of War Criminals*, vol. X., 1949, p. 130 et suiv.

⁹¹ Résolution 446 (1979).

«*Demande une fois encore à Israël ... de s'abstenir de toute mesure qui modifierait le statut juridique et le caractère géographique des territoires arabes occupés depuis 1967, y compris Jérusalem, et influencerait sensiblement sur leur composition démographique, et, en particulier, de ne pas transférer des éléments de sa propre population civile dans les territoires arabes occupés.*»

9.20. Par conséquent, le mur est une mesure conçue pour priver *de facto* la population civile du Territoire palestinien occupé de la protection qui lui est garantie par l'article 47 de la quatrième convention. Pour cette raison, son édification constitue, elle aussi, une violation de ces dispositions.

X. Le mur — une violation du droit et des normes relatifs aux droits de l'homme

1. L'applicabilité du droit relatif aux droits de l'homme dans un territoire occupé lors d'un conflit armé international

10.1. L'applicabilité des traités internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme dans une situation donnée est avant tout tributaire du champ d'application que définissent ces instruments. Toutefois, d'aucuns prétendent⁹² quelquefois que le champ d'application, dans une situation de conflit armé, est limité par le principe de la *lex specialis* qui, affirme-t-on, exigerait l'application exclusive du droit international humanitaire. Or cette thèse ne résiste pas à une analyse critique. Elle est démentie par le fait que la protection des droits de l'homme et le droit international humanitaire ont toujours été considérés comme des secteurs qui se chevauchent et se complètent du droit international et ne s'excluent pas l'un l'autre. Cela apparaît clairement si l'on considère l'évolution récente de ces deux domaines du droit. La conférence internationale sur les droits de l'homme qui eut lieu à Téhéran en 1968 adopta la résolution XIII, sous le titre «Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé», et c'est l'un des principaux événements qui va favoriser le développement du droit international humanitaire et conduire à l'adoption, en 1977, des protocoles additionnels aux conventions de Genève. Le préambule ci-après témoigne clairement de la complémentarité entre la protection des droits de l'homme et le droit humanitaire :

«Considérant ... que la violence et la brutalité si largement répandues à notre époque, en particulier les massacres, les exécutions sommaires, les tortures, les traitements inhumains infligés aux prisonniers, le meurtre de civils en période de conflit armé et l'emploi d'armes chimiques et biologiques, y compris les bombes au napalm, *sapent les droits de l'homme* et engendrent en retour de nouvelles brutalités.»⁹³

10.2. La résolution énonce ensuite la formule classique qui définit l'objectif : assurer la protection commune et donc complémentaire des droits de l'homme et du droit international humanitaire, la célèbre clause Martens figurant dans la troisième convention de La Haye : «les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique».

De nos jours, il est impératif de déterminer ce que recouvrent ces «lois de l'humanité» et les «exigences de la conscience publique» par rapport au droit relatif aux droits de l'homme.

⁹² Voir la position d'Israël telle qu'elle est exposée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, doc. A/ES-10/248, annexe I.

⁹³ Les italiques sont de nous.

10.3. L'Assemblée générale des Nations Unies, par sa résolution 2444 (XXIII) du 19 décembre 1968, intitulée elle aussi «Respect des droits de l'homme en période de conflit armé», a fait sienne la résolution de la conférence de Téhéran, qui demandait une meilleure application et une codification plus poussée du droit des conflits armés. Le rapport du Secrétaire général présenté à la suite de cette résolution était également intitulé «Droits de l'homme en période de conflit armé».

10.4. Depuis lors, le fait que le droit relatif aux droits de l'homme et le droit international humanitaire sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre s'est vu confirmer par un grand nombre d'organes des Nations Unies et d'organes créés en vertu de traités internationaux. A titre d'exemple récent, il convient de signaler l'observation générale portant sur l'article 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques qu'étudie actuellement le Comité des droits de l'homme :

«9. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 2, les Etats parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et à tous ceux relevant de leur compétence les droits énoncés dans le pacte. Cela signifie qu'un Etat partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif de cet Etat partie les droits reconnus dans le pacte, même s'il ne se trouve pas sur son territoire. Comme il est indiqué dans l'observation générale 15 adoptée à la vingt-septième session (1986), la jouissance des droits reconnus dans le pacte, loin d'être limitée aux citoyens des Etats parties, doit être accordée aussi à tous les individus, quelle que soit leur nationalité ou même s'ils sont apatrides, par exemple demandeurs d'asile, réfugiés, travailleurs migrants ou autres personnes qui se trouveraient sur le territoire de l'Etat partie ou relèveraient de sa compétence. Ce principe s'applique aussi à quiconque se trouve sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un Etat partie opérant en dehors de son territoire, telles que les forces constituant un contingent national affecté à des opérations internationales de maintien ou de renforcement de la paix.»

10.5. Quand on lit le texte proprement dit de divers traités relatifs aux droits de l'homme, ce principe de la non-exclusion l'un par l'autre de la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire se retrouve également dans différentes dispositions conventionnelles. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques, aux termes de son article 4, s'applique «dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation», dont une guerre est un exemple manifeste. En ce sens, la convention européenne des droits de l'homme précise «en cas de guerre ou en cas d'autre danger public», ce qui indique clairement que la guerre est un danger public au sens où l'entendent ces traités relatifs aux droits de l'homme.

10.6. La convention relative aux droits de l'enfant illustre de manière évidente l'effet en chaîne de la protection internationale assurée par le droit relatif aux droits de l'homme et le droit international humanitaire. Partie intégrante de cet instrument relatif aux droits de l'homme dont la ratification est quasi universelle, l'article 38 de cette convention dispose : «1. Les Etats parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants.»

10.7. Il faut donc réfuter l'argument de l'exclusion l'un par l'autre du droit relatif aux droits de l'homme et du droit humanitaire. Pour déterminer l'applicabilité des traités relatifs aux droits de l'homme en période de conflit armé, il y a lieu de considérer plus précisément comment il faut interpréter les dispositions qui en définissent le champ d'application.

10.8. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, les Etats parties s'engagent à garantir les droits reconnus par le pacte «à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence». Ces conditions du champ d'application ne sont pas cumulatives, elles s'excluent mutuellement. Ce principe a été reconnu dans l'observation générale du Comité des droits de l'homme qui vient d'être citée : «Ce principe s'applique aussi aux individus relevant de la compétence ou du contrôle effectif des forces d'un Etat partie intervenant en dehors du territoire national.» Il a été confirmé dans les conclusions du Comité des droits de l'homme concernant les territoires palestiniens occupés⁹⁴ :

«En conséquence, le Comité réaffirme que, dans les circonstances actuelles, les dispositions du pacte s'appliquent au profit de la population des territoires occupés, en ce qui concerne tous les actes accomplis par les autorités ou les agents de l'Etat partie dans ces territoires qui compromettent la jouissance des droits consacrés dans le pacte et relèvent de la responsabilité de l'Etat d'Israël conformément aux principes du droit international public.»

10.9. Des dispositions analogues d'autres instruments de protection des droits de l'homme ont reçu la même interprétation. La disposition correspondante de la convention européenne des droits de l'homme emploie les mêmes termes. La partie pertinente de l'article premier dispose que : «Les hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis (dans la présente convention).»

En interprétant cette disposition dans une situation où le contrôle exercé par les troupes turques dans la partie nord de Chypre était en jeu, la Cour européenne des droits de l'homme a dit⁹⁵ :

«62. [I]a Cour rappelle ... que ... la notion de «juridiction» au sens de cette disposition ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes... [L]a responsabilité des parties contractantes peut entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes et se produisant sur ou en dehors de leur territoire...

Compte tenu de l'objet et du but de la convention, une partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire — légale ou non — elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis par la convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée.

63. A ce sujet, le gouvernement défendeur admet que la perte par Mme Loizidou du contrôle de ses biens résulte de l'occupation de la partie septentrionale de Chypre par les troupes turques et la création de la «RTCN» dans cette région. En outre, il ne prête pas à controverse que les troupes turques ont empêché la requérante d'accéder à sa propriété.

64. Il s'ensuit que de tels actes sont de nature à relever de la «juridiction» de la Turquie, au sens de l'article 1 de la convention.»

⁹⁴ CCPR/CO/78/ISR du 21 août 2003, par. 11.

⁹⁵ *Loizidou c. Turquie, exceptions préliminaires*, arrêt du 23 mars 1995, CEDH, série A n° 310.

Aux fins de l'espèce, il faut souligner que le concept de «juridiction» ne concerne pas l'exercice en droit de pouvoirs gouvernementaux, mais celui d'un simple contrôle de fait. Car, dans l'affaire examinée par la Cour européenne des droits de l'homme, la Turquie ne prétendait pas exercer ces pouvoirs en droit dans la partie septentrionale de Chypre, et elle ne les y exerçait d'ailleurs pas. Il existe un Gouvernement de la République turque de Chypre-Nord qui prétend exercer en droit ces pouvoirs. Mais la Cour européenne a écarté cette prétention et a mis en avant le contrôle de fait exercé par la Turquie pour fonder sur ce contrôle l'application de la convention. Pour l'application de la convention, la Cour européenne a aussi considéré explicitement («si c'est licite ou illicite») comme non pertinente la question de savoir si la présence de la Turquie dans la partie septentrionale de Chypre était licite au regard du *jus ad bellum*.

Dans une affaire récente⁹⁶, la Cour européenne a dit qu'un territoire étranger ayant été la cible de bombardements aériens ne relevait pas de la juridiction de l'Etat auteur du bombardement. Toutefois, elle n'a pas remis en cause la décision antérieure de l'affaire *Loizidou*.

10.10. S'agissant du pacte international relatif aux droits civils et politiques, la conclusion est claire : ce traité s'applique à la relation existant entre une puissance occupante et la population d'un territoire occupé en tant que celle-ci «relèv[e] de sa compétence» au sens du paragraphe 1 de l'article 2 du pacte.

Il en va de même pour la convention relative aux droits de l'enfant, dont l'article 2 emploie exactement les mêmes termes : «1. Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction.»

10.11. Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne contient aucune disposition analogue de nature à circonscrire son champ d'application. Rien n'indique que le champ d'application de ce pacte serve uniquement de critère à appliquer aux mesures que les Etats parties prennent exclusivement sur leur territoire national. Bien au contraire, l'article 2 souligne l'aspect transnational ou transfrontalier des obligations prescrites par ce pacte-là. La réalisation des droits doit être assurée par chacun des Etats parties «tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales».

Par conséquent, les Etats non seulement doivent promouvoir ces droits sur leur territoire national, mais ils sont aussi tenus de contribuer à la jouissance de ces droits en d'autres endroits du monde. Conséquence logique de cette conception du champ d'application des obligations prescrites par le pacte, celles-ci s'appliquent aux fonctions exercées par une puissance occupante dans un territoire occupé.

10.12. C'est dans ce sens que le comité des droits économiques, sociaux et culturels a, en fait, interprété l'application du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Dans les observations finales qu'il a adoptées en 1998, ce comité déclare, en ce qui concerne les territoires occupés par Israël :⁹⁷

«Le comité estime que les obligations qui incombent à l'Etat en vertu du pacte s'appliquent à tous les territoires et populations sur lesquels il exerce de fait son contrôle. Le comité regrette par conséquent que l'Etat partie n'ait pas été en mesure de fournir suffisamment d'informations concernant les territoires occupés.»

⁹⁶ Affaire *Banković*, arrêt du 12 décembre 2000.

⁹⁷ Nations Unies, doc. E/C.12/1/Add.27 du 4 décembre 1998.

Depuis lors, le comité a réaffirmé cette position à plusieurs reprises⁹⁸.

2. La question des restrictions des droits fondamentaux — considérations d'ordre général

10.13. Dans plusieurs instances, Israël a prétendu que les mesures qu'il avait prises étaient nécessaires pour lutter contre les actes considérés comme des actions terroristes. Formulée d'une manière aussi générale, cette thèse vise à faire de la «lutte contre le terrorisme» une exception très large aux garanties reconnues au titre de la protection des droits de l'homme. Ce n'est rien d'autre qu'une conception erronée de la teneur véritable de la protection garantie aux individus par les normes relatives aux droits de l'homme et de leurs limitations. Cette prétention générale a donc été constamment rejetée par des organes de l'ONU. Ceux-ci font valoir que les mesures prises pour combattre le terrorisme n'en doivent pas moins être conformes à toutes les normes pertinentes du droit international, en particulier aux protections pertinentes garanties par le droit relatif aux droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit des réfugiés. Dans sa résolution 1456 (2003)⁹⁹, le Conseil de sécurité déclare

«6. Lorsqu'ils prennent des mesures quelconques pour combattre le terrorisme, les Etats doivent veiller au respect de toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international, les mesures adoptées devant être conformes au droit international, en particulier aux instruments relatifs aux droits de l'homme et aux réfugiés ainsi qu'au droit humanitaire.»

Des déclarations analogues figurent dans des résolutions de l'Assemblée générale :

«L'Assemblée générale

.....

1. *Affirme* que les Etats doivent faire en sorte que toute mesure prise pour combattre le terrorisme soit conforme à leurs obligations en droit international, en particulier les normes internationales relatives aux droits de l'homme et aux droits des réfugiés et le droit international humanitaire.»¹⁰⁰

10.14. Cela ne signifie pas pour autant que les garanties reconnues par le droit relatif aux droits de l'homme ne sauraient jamais être limitées dans l'intérêt de la sécurité d'un Etat ou de la lutte contre la criminalité. Toutes ces garanties sont assujetties à des restrictions sous une forme ou sous une autre. Toutefois, ces restrictions doivent être compatibles avec les clauses limitatives contenues dans les dispositions pertinentes de l'instrument international dont il s'agit. Il n'y a pas de restriction qui soit illimitée. Les mesures qui limitent la protection des droits de l'homme doivent en particulier respecter le principe de proportionnalité. Il faut vérifier que tel est le cas pour chacune des garanties qui est prétendument violée.

⁹⁸ Nations Unies, doc. E/C.12/1/Add.90 du 23 mai 2003, par. 15 et Nations Unies, doc. E/C.12/1/Add.69 du 31 août 2001, par. 11.

⁹⁹ Résolution du 20 janvier 2003.

¹⁰⁰ Résolution 57/219 du 18 décembre 2002; voir le texte similaire figurant dans la résolution 58/187 (22 décembre 2003) de l'Assemblée générale et la résolution 2003/28 (25 avril 2003) de la Commission des droits de l'homme.

10.15. Avant de procéder à l'analyse des dispositions conventionnelles pertinentes, il faut examiner rapidement une autre exception possible, à savoir la dérogation à l'obligation de respecter certains droits. L'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit de telles dérogations sous réserve de strictes limitations. Selon Israël, l'état d'urgence déclaré en mai 1948 continue d'exister et il en a informé le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies¹⁰¹, pour tenter d'obéir aux prescriptions procédurales énoncées au paragraphe 3 de l'article 4 du pacte. Il est permis de douter qu'une allusion aussi générale à un état d'urgence antérieur réponde vraiment aux prescriptions de l'article 4 du pacte. En tout état de cause, cependant, la dérogation qu'Israël tente de faire admettre ne concerne que l'article 9 du pacte, qui est sans rapport avec la situation actuelle, comme nous le démontrerons plus loin. Ainsi, la clause dérogatoire de l'article 4 du pacte ne justifie nullement les mesures qui font l'objet de la requête soumise à la Cour internationale de Justice en l'espèce.

10.16. Il n'existe pas de clause dérogatoire de ce type dans le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ni dans la convention relative aux droits de l'enfant.

3. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques : les articles 12, 13 et 26

a) L'article 12

10.17. L'article 12 du pacte dispose : «Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.»

Le mur, de même que certaines mesures équivalentes prises par Israël, constituent manifestement une restriction à la liberté de mouvement. Un Palestinien concerné par la présence du mur ne peut plus se rendre là où il le souhaite. Il est empêché de se rendre aux endroits qu'il doit fréquenter pour remplir les conditions lui permettant de mener une vie décente : il ne peut pas aller sur ses terres agricoles pour les cultiver, ni aller sur son lieu de travail, ni rendre visite à des membres de sa famille, ni s'adresser aux autorités publiques compétentes, ni même aller à l'école. En de nombreux endroits, il ne peut emprunter qu'une seule direction, pour aller là où il ne veut pas se rendre.

10.18. Pour être acceptable, cette atteinte à la liberté de mouvement devrait être couverte par la clause de restriction du paragraphe 3 de l'article 12. Or tel n'est pas le cas.

Tout d'abord, une restriction doit être «prévue par la loi». Cela signifie que la restriction doit, du moins en règle générale, d'une manière ou d'une autre, procéder d'un acte législatif. Une décision du pouvoir exécutif n'est pas suffisante à cette fin. Or, la construction du mur est un fait simple, qui repose sur plusieurs décisions du cabinet israélien, du comité ministériel pour les affaires de sécurité, du premier ministre et du ministre de la défense. La décision n'a pas été prise sous forme de décret ou d'instrument réglementaire analogue. Ainsi, la condition formelle rendant la restriction acceptable n'est pas remplie.

10.19. En outre, la restriction doit être «nécessaire pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public», etc. La première condition à remplir est que la mesure doit être prise en vue de l'une des fins énoncées explicitement, même si cet énoncé est très large. Nous avons démontré¹⁰² que le mur vise en réalité à figer et renforcer l'implantation illicite de colonies de peuplement israéliennes,

¹⁰¹ Notification du 3 octobre 1991, source : Service de l'information de l'ONU.

¹⁰² Voir par. 6.4 ci-dessus.

ainsi qu'à dégrader les conditions d'existence des Palestiniens, afin de les inciter, en fin de compte, à quitter le territoire que le mur isole totalement. Incontestablement, il n'y a là aucune des fins susceptibles de justifier une restriction de la liberté de mouvement au sens du paragraphe 3 de l'article 12.

10.20. Toutefois, pour être justifiée en vertu du paragraphe 3, la mesure devrait être «nécessaire» à cette fin. Tel n'est pas le cas. Des rapports dignes de foi, y compris des rapports émanant de sources israéliennes, donnent à penser que le mur ne permet pas d'assurer une protection qui réponde au prétendu souci de sécurité. Une mesure¹⁰³ qui ne permet pas même de réaliser une certaine fin ne saurait être indispensable à la réalisation de ladite fin.

10.21. A supposer toutefois, pour les besoins de l'argumentation, que les mesures prises permettent de réduire ce risque, le critère de l'état de «nécessité» impose implicitement de se demander s'il existe d'autres mesures qui permettent aussi de réduire ce risque mais portent moins gravement atteinte à la liberté de mouvement. S'il existe de telles mesures de remplacement qui constituent une atteinte moins grave, la mesure effectivement prise n'est pas «nécessaire». Ce qui est nécessaire ne peut être défini que par rapport à une fin ou un objectif particulier. A cet égard, il est bien évident que la fin légitime, s'il en est une, que les mesures restrictives sont censées viser, ne peut être que d'écarter une menace dirigée contre Israël lui-même. Il découle du principe élémentaire «*ex injuria jus non oritur*» que ce ne peut être une fin licite et légitime que de défendre une situation illicite. Par conséquent, défendre des colonies de peuplement illicites selon le droit international ne saurait constituer une fin légitime de sécurité nationale susceptible de justifier une restriction des droits garantis par l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. La question de savoir si le mur est nécessaire à la protection des colonies de peuplement est donc dénuée de pertinence en droit. Aux fins de la protection du territoire de l'Etat d'Israël, le mur est une atteinte inutile à la liberté de mouvement dans le territoire occupé. A cette fin-là, il suffirait de construire un mur le long de la frontière israélienne, la «Ligne verte». Par conséquent, l'édification du mur ne satisfait pas au critère lui imposant d'être nécessaire à la réalisation d'une fin légitime, condition requise pour constituer une restriction licite au sens du paragraphe 3 de l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

10.22. Quoi qu'il en soit, la mesure prise par Israël ne répond de toute façon pas au critère auquel doit répondre toute restriction des droits fondamentaux : il s'agit du respect du principe de proportionnalité. Priver une population tout entière de l'accès aux voies de communication vitales¹⁰⁴ est disproportionné par rapport aux menaces d'actions individuelles susceptibles d'être commises sous forme d'attentats-suicides, même si certaines actions de ce type ont produit des effets abominables. Du fait du mur, la liberté de mouvement devient un droit totalement illusoire pour une grande partie de la population des territoires occupés. Ainsi, la mesure anéantit l'essence même du droit, et c'est un effet qu'on ne peut jamais justifier au titre d'une restriction.

10.23. Le mur constitue une violation de l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques

¹⁰³ Voir par. 6.5 ci-dessus.

¹⁰⁴ Voir le paragraphe 6.7 ci-dessus.

b) L'article 13

10.24. L'article 13 interdit l'expulsion des étrangers, alors que le paragraphe 4 de l'article 12 garantit le droit d'entrer dans son propre pays. Qu'une personne puisse aussi être expulsée de son propre pays dépassait peut-être l'imagination des auteurs du pacte. Toutefois, cette interdiction d'expulser découle nécessairement d'une interprétation systématique des deux dispositions considérées ensemble. Comme nous l'avons montré¹⁰⁵, le mur, en supprimant la possibilité de mener une existence décente dans les zones qu'il a isolées, a pour effet pratique d'expulser des habitants de ces zones et en fin de compte de les amener à quitter la Palestine. Cette expulsion est dépourvue des garanties procédurales imposées par l'article 13 dès qu'est prise la mesure d'expulsion. Elle ne saurait donc être justifiée.

10.25. Le mur constitue une violation de l'article 13 du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

c) L'article 26

10.26. L'article 26 interdit, de manière tout à fait exhaustive, toute forme de discrimination. De plus, pour citer des exemples, il dresse une liste de critères de discrimination à bannir.

Le mur est une mesure dirigée indéniablement contre la population palestinienne. Il est destiné à séparer des zones de peuplement sur la base d'un critère ethnique. Il restreint systématiquement la liberté de mouvement et fragilise ainsi les conditions d'existence de la population palestinienne, et non de tout autre groupe. C'est donc un instrument de discrimination fondée sur «l'origine nationale» au sens de l'article 26.

10.27. Le mur constitue une violation de l'article 26 du pacte international relatif aux droits civils et politiques

4. Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

10.28. Les droits garantis par le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ont un caractère incitatif. Chacune des Parties «s'engage à agir ... au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent pacte...». Ainsi, lorsque le pacte reconnaît le droit au travail (article 6), cela ne signifie pas que chaque individu doit avoir le droit, droit qu'il pourra faire valoir en justice contre l'Etat, d'obtenir un emploi ou de ne pas le perdre. L'obligation imposée aux Etats par le pacte est d'une nature différente : l'Etat est tenu de prendre différentes mesures politiques, législatives ou d'autre nature pour promouvoir le plein emploi. Or, cette obligation positive ou affirmative de promouvoir la réalisation d'un objectif (l'emploi, dans le cas de l'article 6) a aussi pour conséquence un devoir négatif, une interdiction. L'Etat manque à ce devoir d'incitation lorsqu'il prend des mesures qui vouent à l'échec, pour les personnes concernées, la réalisation de l'objectif. En d'autres termes, un Etat porte atteinte au droit au travail s'il empêche les individus d'exercer l'activité lucrative qu'ils auraient autrement exercée. C'est par cet aspect de négation ou d'interdiction que l'édification du mur viole certains droits garantis dans le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux

¹⁰⁵ *Ibid.*

et culturels. C'est en tenant ce raisonnement juridique que le comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est déclaré à maintes reprises préoccupé par les violations de ces droits dans les territoires palestiniens occupés¹⁰⁶.

10.29. Plus concrètement, l'édification du mur porte atteinte aux droits suivants :

Le mur empêche de nombreux individus d'avoir accès à leur lieu de travail¹⁰⁷. Il viole donc le droit au travail (art. 6).

Le mur sépare systématiquement les familles. Par conséquent, le devoir incombant à l'Etat d'accorder une protection et une assistance aussi larges que possible à la famille (art. 10) n'est pas respecté.

Le mur empêche de nombreux individus d'exercer les activités qui leur sont nécessaires pour subvenir à leurs besoins, en les isolant de l'endroit où ces activités doivent être exercées, qu'il s'agisse d'une activité salariée ou de la culture de terres agricoles par des agriculteurs¹⁰⁸. Par conséquent, le droit à un niveau de vie suffisant (art. 11) est violé.

Le mur empêche de nombreux individus d'avoir accès aux centres médicaux ou aux hôpitaux¹⁰⁹. Les médecins ne peuvent se rendre auprès de leurs patients. Par conséquent, le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale (art. 12) est violé.

Le mur empêche les enfants de se rendre à leur école¹¹⁰. Par conséquent, le droit à l'éducation (art. 13) est violé.

5. La convention relative aux droits de l'enfant

10.31. La convention relative aux droits de l'enfant traite de certaines questions intéressant tout particulièrement la situation des enfants (par exemple, l'adoption, la tutelle, la séparation des parents), mais aussi reprend certaines dispositions des deux pactes et les reformule en mettant un accent particulier sur les besoins et la vulnérabilité particulière des enfants. En ce qui concerne les droits sociaux, les dispositions de la convention ont aussi un caractère incitatif. Le texte de l'article 4 de la convention ressemble à celui de l'article 2 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dont nous avons parlé. Ce que nous avons dit ci-dessus au sujet de la violation de certains droits s'applique donc aussi à la convention. Sont donc violés :

- le droit de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation (art. 24 de la convention);
- le droit à un niveau de vie suffisant pour permettre le développement physique, mental, spirituel, moral et social de l'enfant (art. 27);
- le droit à l'éducation (art. 28).

¹⁰⁶ Observations finales du Comité, Nations Unies, doc. E/C.12/1/Add.27, par. 8 et suiv., 69, par. 11 et suiv., 69 par. 15 et suiv.

¹⁰⁷ Voir le paragraphe 6.8 ci-dessus.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

B. Les conséquences juridiques de la construction illicite du mur

11.1. Les conséquences en droit de la violation par Israël d'un certain nombre de normes du droit international sont doubles. Ces violations engagent la responsabilité internationale de l'Etat d'Israël, d'une part, et, de l'autre, la responsabilité pénale des décideurs.

1. Les obligations d'Israël au titre des règles relatives à la responsabilité des Etats

11.2. Les violations commises par Israël constituent des faits illicites qui engagent la responsabilité internationale de cet Etat envers le peuple palestinien, victime de ces faits illicites.

11.3. La première conséquence juridique en vertu des règles relatives à la responsabilité des Etats est l'obligation de mettre fin au fait illicite (article 30 du projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité des Etats). Il est particulièrement important que la Cour précise cette obligation puisque la construction du mur se poursuit. Il faut que cette construction cesse immédiatement.

11.4. En outre, Israël est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par ce fait illicite (projet d'article 31 de la CDI). Cette réparation prend d'abord la forme d'une restitution. Il y a donc obligation de «[rétablir] la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis» (projet d'article 35 de la CDI). Cela signifie que le mur doit être démoli par Israël. Cela signifie aussi que les terres ayant servi à sa construction doivent être rendues à l'Autorité palestinienne ou à leurs propriétaires d'origine. Cette restitution en nature passe avant toute indemnisation.

11.5. Le mur lui-même est un fait procédant d'une simple décision gouvernementale¹¹¹. Mais un certain nombre d'actes réglementaires ont été pris en liaison avec sa construction, tels que les ordonnances en date du 2 octobre 2003 instaurant des restrictions au droit de résider dans la zone dite de jointure située entre le mur et la ligne d'armistice de 1949, ou au droit d'entrer dans la zone et d'en sortir. Au titre de la restitution dont ce peut être une forme, il faut rapporter ces actes réglementaires.

11.6. L'existence du mur a causé en outre des pertes financières considérables aux Palestiniens. On a constaté, par exemple, que des Palestiniens ne pouvaient pas utiliser leurs biens, en particulier leurs champs, tandis que d'autres étaient empêchés de se rendre à leur lieu de travail et ne pouvaient donc gagner leur vie. La Palestine est en droit de demander réparation à Israël pour les préjudices financiers subis par sa population.

2. Les droits et obligations des Etats tiers au titre des règles relatives à la responsabilité des Etats

11.7. Les normes violées par Israël sont des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire «due[s] à la communauté internationale dans son ensemble» (alinéa *b*) du paragraphe 1 du projet d'article 48 de la CDI). Il ne fait aucun doute que les principes fondamentaux de la Charte, du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme font partie de cette catégorie de normes. Par conséquent, d'autres Etats peuvent «prendre des mesures licites» à l'encontre d'Israël «afin d'assurer la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des

¹¹¹ Voir plus haut, par. 10.18.

bénéficiaires de l'obligation violée» (projet d'article 54 de la CDI), autrement dit, d'autres Etats peuvent prendre de telles mesures dans l'intérêt de la Palestine et des Palestiniens touchés par la construction du mur.

11.8. En droit international humanitaire, ce droit est même une obligation, comme l'énonce l'article premier qui est commun à toutes les conventions de Genève : «[l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter *et à faire respecter* la présente convention en toutes circonstances.» Différents organes des Nations Unies, ainsi que la conférence diplomatique des Etats parties à la quatrième convention ont à maintes reprises appelé tous les Etats à mettre en œuvre les moyens à leur disposition pour obtenir d'Israël qu'il renonce aux mesures illicites prises au sujet des territoires palestiniens occupés, en particulier celles qui sont incompatibles avec la quatrième convention¹¹².

11.9. En outre, la plupart des normes violées par Israël sont des normes impératives du droit international et relèvent du *jus cogens*. Tel est le cas des principes de base énoncés par l'Organisation des Nations Unies, des règles du droit international humanitaire, à tout le moins les plus nettement fondamentales d'entre elles, et de celles qui portent sur la protection des droits de l'homme. Par conséquent, les violations commises par Israël doivent être assimilées aux «violations graves ... d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général», qui sont visées dans le projet d'article 40 de la CDI. Ces violations sont graves parce qu'elles dénotent effectivement «de la part de l'Etat responsable un manquement flagrant [et] systématique à l'exécution de l'obligation» (projet d'article 40, par. 2). Aux termes du projet d'article 41, cette qualification de l'infraction a les conséquences suivantes :

- les Etats doivent coopérer pour faire en sorte qu'il soit mis fin à la construction du mur;
- aucun Etat ne doit prêter son concours à cette construction;
- aucun Etat ne doit admettre un quelconque état de choses créé par cette construction ou résultant de celle-ci.

11.10. Ce dernier point est d'autant plus important que la construction du mur risque de conduire éventuellement à un nouveau partage *de facto* du reste de la Palestine, suivi peut-être de tentatives visant à obtenir une reconnaissance *de jure*. Les Etats sont tenus de s'abstenir de semblable reconnaissance.

3. Les responsabilités et les obligations de l'Organisation des Nations Unies et de ses institutions spécialisées

11.11. Réagir comme il convient au fait illicite commis par Israël et établi comme tel aujourd'hui par la Cour relève à l'évidence des tâches et responsabilités des organes des Nations Unies.

11.12. Nous avons fait observer plus haut¹¹³ que l'Assemblée générale était investie à cet égard d'une responsabilité particulière en raison des pouvoirs et des fonctions qui lui incombent en sa qualité de successeur de l'organe de suivi du régime des mandats ainsi qu'en raison du rôle

¹¹² Voir en particulier les références citées plus haut aux paragraphes 9.2 et 9.3.

¹¹³ Voir le chapitre VIII ci-dessus.

particulier qu'elle joue aux fins de protéger et promouvoir le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Puisque le mur empêche l'exercice de ce droit, il faut que l'Assemblée générale prenne les mesures voulues pour remédier à cet échec.

11.13. Le Conseil de sécurité s'occupe quant à lui depuis 1948 de la question de la Palestine dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont dévolus aux termes du chapitre VII de la Charte. Malheureusement, il existe en permanence depuis cette date une situation répondant à la définition de l'article 39 de la Charte. C'est pourquoi le Conseil de sécurité continue de voir là une question relevant du chapitre VII. La construction du mur a aggravé la situation. Il entre donc dans les obligations et les responsabilités du Conseil de sécurité de prendre en vertu de l'article 24 de la Charte les mesures nécessaires pour rétablir une situation pacifique dans la région, objectif qui ne peut être atteint si le mur continue d'exister et même d'être prolongé plus loin encore.

11.14. Enfin, toutes les institutions du système des Nations Unies sont tenues d'aider, dans le cadre de leurs compétences propres, les organes politiques visés ci-dessus à remplir leurs fonctions.

4. La responsabilité pénale individuelle

11.15. En ce qui concerne la responsabilité pénale individuelle des personnes qui ont décidé la construction du mur, deux questions se posent :

- La construction du mur constitue-t-elle un crime de guerre relevant de la compétence de la Cour pénale internationale ?
- Constitue-t-elle une violation grave des conventions de Genève, entraînant l'obligation pour tous les Etats de poursuivre le décideur concerné ?

La réponse à la première question est négative. Ni Israël ni la Palestine ne sont parties au statut de la Cour pénale internationale.

11.16. En ce qui concerne la seconde question, il convient de distinguer deux éléments : la destruction de biens dans le cadre de la construction du mur, et la consolidation des colonies israéliennes illicites qui constitue une violation de l'article 49 de la quatrième convention.

11.17. «[L]a destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire» constituent une violation grave de la quatrième convention (art. 147). Nous avons montré plus haut qu'il y avait eu, dans le cadre de la construction du mur, des destructions de biens¹¹⁴ qui n'étaient pas justifiées par des nécessités militaires. Ces destructions ont eu lieu au mépris de l'article 53 de la quatrième convention, donc de façon illicite. Elles doivent également être qualifiées d'actes exécutés «de façon ... arbitraire». Ces destructions constituent par conséquent une violation grave de la quatrième convention.

11.18. Le transfert par la puissance occupante de sa population civile et, partant, la création et la consolidation de colonies israéliennes de peuplement dans les territoires palestiniens occupés constituent également une violation grave, même si ce type de transfert ne figure pas au nombre des violations graves énoncées à l'article 147 de la quatrième convention. Ces transferts sont en effet

¹¹⁴ Voir le chapitre IX ci-dessus.

qualifiés de violation grave à l'alinéa *a*) du paragraphe 4 de l'article 85 du protocole additionnel aux conventions de Genève. Certes, Israël n'est pas partie à ce protocole. Mais il convient de relever à cet égard que l'article 8 du statut de la Cour pénale internationale, à l'alinéa *b*) *viii*) du paragraphe 2, définit comme un crime de guerre «[l]e transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe...». Or, il faut considérer que la liste des crimes de guerre visée à l'article 8 exprime le droit international coutumier. Les définitions sont empruntées à divers traités comme la troisième convention de La Haye, les protocoles additionnels aux conventions de Genève et la convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé¹¹⁵. Il ne semble guère possible que ces instruments soient tous applicables au titre du droit conventionnel dans un conflit donné. La liste des crimes de guerre n'a donc de sens que si les règles invoquées traduisent le droit international coutumier. Ainsi, à la liste de violations graves figurant dans la quatrième convention vient s'ajouter une règle de droit coutumier qui interdit à une puissance occupante de transférer sa population dans le territoire occupé. La politique israélienne de peuplement et la construction du mur opérée pour consolider cette politique¹¹⁶ font intrinsèquement partie de cette violation grave.

Par conséquent, tant la destruction de biens commise aux fins de la construction du mur que cette construction en soi sont des violations graves des conventions de Genève. En ce qui concerne les obligations imposées aux parties par lesdites conventions en cas de violation grave, l'article 146 de la quatrième convention est explicite : *chaque* partie a l'obligation de déférer à ses propres tribunaux le responsable présumé de la violation ou de le remettre pour jugement à une autre partie contractante intéressée à la poursuite. Cette obligation a notamment été réaffirmée par la conférence diplomatique des Etats parties à la quatrième convention de Genève dans sa déclaration du 5 décembre 2001 : «Elles réaffirment les obligations des Hautes Parties contractantes au titre des articles 146, 147 et 148 de la quatrième convention de Genève concernant les sanctions pénales, les infractions graves et les responsabilités des Hautes Parties contractantes.»

C. Observations finales et conclusions

Nous demandons respectueusement à la Cour de répondre comme suit à la question qui lui est posée par l'Assemblée générale :

1. L'édification du mur constitue un fait internationalement illicite en ce qu'il viole un certain nombre de règles et principes fondamentaux du droit international, en particulier :

- a*) le droit du peuple palestinien à disposer de lui-même, y compris le droit qu'il a de se doter du statut d'Etat;
- b*) le principe de l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la force;
- c*) la Charte des Nations Unies et les résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité;
- d*) le droit international humanitaire, en particulier la quatrième convention de Genève;

¹¹⁵ Pour plus de détails, voir M. Bothe, «War Crimes» in A. Cassese/P. Gaeta/J. R. W. D. Jones (dir. de pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a Commentary*, vol. 1, p. 379 et suiv., p. 395 et suiv.

¹¹⁶ Voir le chapitre IX ci-dessus.

e) le droit international relatif aux droits de l'homme, en particulier :

- les dispositions applicables du pacte international relatif aux droits civils et politiques;
- les dispositions applicables du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; et
- les dispositions applicables de la convention relative aux droits de l'enfant.

2. Ces faits illicites engagent la responsabilité internationale de l'Etat d'Israël. Par conséquent, Israël a l'obligation :

- a) de mettre immédiatement un terme à l'édification du mur;
- b) de rapporter immédiatement toutes les mesures juridiques et administratives prises aux fins de l'édification du mur;
- c) au titre d'une forme de restitution
 - de démolir les parties de mur déjà construites;
 - de rendre aux Palestiniens qui en sont les propriétaires légitimes toutes les terres et autres biens confisqués aux fins de l'édification du mur.

3. Toutes les mesures prises par Israël en rapport avec l'édification du mur sont nulles et non avenues. Par conséquent, tous les Etats ont l'obligation de s'abstenir d'admettre un quelconque état de choses créé par cette édification ou résultant de celle-ci.

4. Tous les Etats sont tenus de coopérer pour inciter Israël à s'acquitter des obligations énoncées au point 2 ci-dessus.

5. Les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies et de tout le système des Nations Unies, en particulier l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, sont tenus de prendre les mesures voulues pour inciter Israël à s'acquitter des obligations énoncées au point 2 ci-dessus, de façon à assurer la mise en œuvre des résolutions adoptées sur la question par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité depuis 1947.

6. L'édification du mur constitue une violation grave de la quatrième convention de Genève. Par conséquent, tous les Etats ont l'obligation de poursuivre toute personne présumée responsable de cette édification, en prenant les mesures requises à cet effet, ou de remettre cette personne pour jugement à un autre Etat intéressé à la poursuite.
