

**BEFORE THE
INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE**

**Request by the United Nations General Assembly for an
Advisory Opinion on what the legal consequences are
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**

**WRITTEN STATEMENT
SUBMITTED BY
THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA
30 JANUARY 2004**

I. INTRODUCTION

1. By decision ES-10/14 of 8 December 2003 the General Assembly requested on an urgent basis, pursuant to Article 96 of the Charter of the United Nations and in accordance with General Assembly Resolution A/RES/ES-10/14 of 8 December 2003, an Advisory Opinion from the International Court of Justice on the legal consequences arising from the construction of the Separation 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.

2. Upon receiving this request, the Court decided that the United Nations and its Member States are likely to be able to furnish information on the question submitted to the Court. By its Order of 19 December 2003 the Court fixed 30 January 2004 as the time limit within which written statements may be submitted to the Court, in accordance with Article 66, paragraph 2, of the Statute of the Court. The present statement will examine the legal consequences arising from the construction of the Separation Wall on which an Advisory Opinion is requested.

3. The core issue in this case is for the Court to determine the legality or not of the Separation Wall.

4. The South African Government feels itself compelled to submit a statement to the Court on this serious matter. The unfolding humanitarian catastrophe in the Occupied Palestinian Territory is of grave concern to the Government of South Africa, as is the worsening security situation in Israel. Actions, such as the construction of the Separation Wall, that further fuel the cycle of violence and counter-violence must stop. We are convinced that the solution for the Palestinian/Israeli conflict is a negotiated settlement that would result in a two-state solution. That is, a sovereign state of Israel and a sovereign state of Palestine with East Jerusalem as its capital. However, the continued construction of a Separation Wall is a pretext to occupy more land and makes a negotiated settlement even harder to achieve. The Separation Wall will make this two-state solution to the Israeli-Palestinian conflict physically impossible to implement and gravely threaten any prospects for a just and peaceful settlement and a lasting peace. The Separation Wall is indeed undermining stability in the Middle East and jeopardizing any attempt to reach a peaceful settlement for this long and bitter conflict.

II. FACTUAL BACKGROUND

5. The South African Government endorses and accepts the exposé of the facts pertaining to the construction of the Separation Wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem as set out in the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13 dated 24 November 2003 as well as the Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied by Israel since 1967, submitted in accordance with Commission Resolution 1993/2 A on the question of the violation of human rights in the Occupied Arab Territories, including Palestine. (A/ES-10/248). This statement is based on the facts presented in the abovementioned Reports, which are also before the Court.

III. JURISDICTION OF THE COURT

The Court has Jurisdiction to give the requested Advisory Opinion

6. The Court has jurisdiction to give the Advisory Opinion requested by the General Assembly, as Article 65, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice authorizes the Court to give an Advisory Opinion at the request of whatever body that may be authorised to make such a request. UNGA is authorized by Article 96 of the Charter to make such a request.

7. The United Nations General Assembly in its Resolution ES-10/14 dated 8 December 2003 in accordance with Article 96 of the Charter requested the International Court of Justice pursuant to Article 65 of the Statute of the Court, to urgently render an Advisory Opinion on the following question:

“What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international

law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly Resolutions?"

8. The Secretary-General of the United Nations, in his letter dated 8 December 2003, transmitted the Resolution to the Court, requesting an Advisory Opinion.

There is no compelling reason for the Court to decline to give an Advisory Opinion

9. The Court has on several occasions stated that, although its power to give Advisory Opinions under Article 65 of its Statute is discretionary, only compelling reasons would justify refusal of such a request. It is our contention that this request presents the Court with no such reasons.

IV. STATEMENT OF LAW

General

10. At the outset, the Government of the Republic of South Africa wishes to state clearly that the legal consequences of the construction of the Separation Wall being build by Israel are inter-related and cannot be considered in isolation from one another. It is also not the intention of the Government of the Republic of South Africa to address all legal consequences that flow from the illegal actions by Israel, but only to highlight the most serious legal consequences resulting from the breaches of international law that the construction of the Separation Wall presents.

11. In general and before addressing specific legal consequences, it is our conviction that in considering the case before it, the Court will inevitably have to take into account the fact that the Court is faced with a situation where a Member State of the United Nations has systematically over many years rejected the decisions and Resolutions of the General Assembly and the Security Council. Israel has a deplorable track record of systematically refusing to comply with the Resolutions of the General Assembly and the Security Council relating to its illegal actions against Palestine. Such conduct creates an irrefutable impression that there is a serious lack of good faith on the part of that State. The obligation to act in good faith, being a general principle of law, is also part of international law (*Certain Norwegian Loans*,

10 37031 10340220 P.06

Judgement, ICJ Reports 1957, p 53). The lack of adherence to this principle of international law should in itself have legal consequences. It is our contention that this lack of adherence to United Nations Resolutions and decisions, constitutes a serious disregard for, and is in fact in conflict with, the legal obligation to act in good faith in accordance with the principles of International law. In this regard the words of Judge Lauterpacht in the case on *Voting Procedures on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa*, are pertinent and the Court may wish to take note thereof where he addressed the question of non-adherence to recommendations of the United Nations. These comments are even more pertinent when it comes to United Nations Resolutions where he states that ... "in doing so it [such a state] acts at its peril when a point is reached when the cumulative effect of the persistent disregard of the articulate opinion of the Organization is such as to foster the conviction that the State in question has become guilty of disloyalty to the Principles and Purposes of the Charter." The judge then continued that such a state "which consistently sets itself above the solemnly and repeatedly expressed judgement of the Organization, in particularly in proportion as that judgement 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 the consequences legitimately following as a legal sanction" (*Voting Procedures on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1955, p 67 at p 120). These words are even more relevant in light of the fact that in terms of Article 25 of the Charter of the United Nations the Security Council has the power to take binding decisions, which Member States are under a legal obligation to obey. (Article 25 of the Charter of the United Nations of 1945; Malanczuk, P. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 1989, p 374). Israel has consistently been in violation of this basic international legal obligation and duty. It is against this background that some of the legal consequences arising from the construction of the Separation Wall will now be addressed.

Illegality of the Separation Wall: de facto annexation of parts of the Palestine Occupied Territory, including East Jerusalem

12. It is an undisputed fact that the construction of the Separation Wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, clearly and in some instances substantially, departs from the Armistice Line of 1949, the so-called Green Line. The Separation Wall, on its current and projected route, incorporates substantial areas of the Occupied Palestinian Territory, especially the West Bank and East Jerusalem, into Israeli territory. Furthermore, the construction has involved the confiscation and destruction of Palestinian land and resources and has a devastating influence on the lives of thousands of civilians (an aspect which will be dealt with separately in this statement). These facts are confirmed by the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13 (A/ES-10/248 dated 3 December 2003), as well as the Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967 and submitted in accordance with the Human Rights Commission Resolution 1993/1/A (E/CN.4/2004/6 dated 8 September 2003).

13. The construction of the Separation Wall is clearly illegal. It does not only violate Security Council Resolution 242 of 1967 resulting from the 1967 war, but also numerous other Security Council Resolutions in which it was determined that all measures taken by Israel to change the physical character, demographic composition, institutional structure or status of the Palestinian Occupied Territories, including Jerusalem or any part thereof, have no legal validity (Security Council Resolution 464 (1980) as well as 478 (1980), 298 (1971), 271 (1969), 267 (1969), 252 (1968) and 237 (1967)). The Security Council has also decided, with specific reference to Jerusalem, that all legislative and administrative actions taken by Israel to change the status of the City of Jerusalem, including expropriation of land and properties, transfer of populations and legislation aimed at the incorporation of the occupied section are totally invalid (Security Council Resolution 298, (1971)). Also, as if in a refrain, the Security Council has called on many occasions for the cessation and reversal of all acts which have resulted in the aggravation of the situation and which have negatively influenced the peace process, which the construction of the Separation Wall clearly

does. The construction of the Separation Wall is clearly in breach of these Security Council Resolutions and therefore illegal in terms of international law. (See also paragraph 1 above).

14. In terms of the United Nations Charter, as well as customary international law, the use of force in international relations against the territorial integrity or political independence of any state is illegal. It thus follows *a fortiori* that an aggressor cannot acquire territory by annexation or the acquisition of territory by force. (*Article 2(4) of the Charter of the United Nations*; Malanczuk, P. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 1989, p 152). Furthermore, international law does not recognize the use of self-defence to settle disputes relating to territory, which in the present case, seems to be the motivation used to justify the illegal construction of the Separation Wall. Article 2(3) of the United Nations Charter requires member states to settle their disputes by peaceful means and this obligations applies as much to territorial disputes as to any other class of disputes. (Malanczuk, P. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 1989, p 314).

15. The General Assembly Resolution on the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations emphasised the legal principle that every State has the duty to refrain in its 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. Such a threat or use of force constitutes a violation of international law and the Charter of the United Nations (General Assembly Resolution 2625 (XXV) on the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations dated 24 October 1970).

16. Furthermore, every State has the duty to refrain from the threat or use of force to violate international lines of demarcation, such as armistice lines, established by or pursuant to an international agreement to which it is a party or which it is otherwise bound to respect. No acquisition by another State resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal (own emphasis). (General Assembly Resolution

2625 (XXV) on the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations dated 24 October 1970).

17. The construction of the Separation Wall, due to its prohibitive cost and permanent structural features, constitute nothing less than the unilateral delimitation by Israel of the boundary between the State of Israel and the State of Palestine. Wherever this boundary deviates from the Green Line, which presently represents the actual boundary between Israel and Palestine, the *de facto* consequence is that that area will be annexed and incorporated within the territory of Israel. Security Council Resolution 242 of 1967 also underlines the principle of the inadmissibility of the acquisition of territory by means of force and instructed that the *status quo* with regard to the territorial integrity of the areas involved must be restored. Also, and as already indicated above, in terms of the Declaration referred to above, every State has the duty to refrain from the threat or use of force to violate the existing international lines of demarcation such as armistice lines, whether established pursuant to an agreement or which it is otherwise bound to respect as a means of solving territorial disputes and problems concerning frontiers of State. Israel clearly acts without good faith and in contravention of its international law obligations by constructing the Separation Wall.

18. Israel maintains that the Green Line was not confirmed as an international Boundary and that this is a matter still to be negotiated by the Parties. Thus, there seems to be the view that there will be room for "territorial adjustments" necessitated by "security considerations" (Gerson, *Israel, the West Bank and International Law*, 1978, p 76); McHugo, J. *Resolution 242: A legal reappraisal of the right-wing Israeli interpretation of the withdrawal phrase with reference to the conflict between Israel and the Palestinians*, 2002, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, p 851 on p 860). Scholars who support this view further argue that "(1) a state which has been victim of attack may be recognized as having a legitimate claim to border adjustments on grounds of military security; [and] (2) the Security Council would, in this case, approve of border modifications to the extent deemed necessary for security". Even these scholars hasten to add however, that "such changes could not be enforced by the state whose claim is admitted, but could only be effected in the

context of a freely negotiated settlement, and only to the extent compatible with a just and lasting peace." (Korman, *The Right of Conquest: Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, 1996, pp 211 -212; McHugo, J. *Resolution 242: A legal reappraisal of the right-wing Israeli interpretation of the withdrawal phrase with reference to the conflict between Israel and the Palestinians*, 2002, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, p 861).

19. It seems that the construction of the Separation Wall in the Occupied Territory, including in and around East Jerusalem, relies on the possibility that the Security Council will in all probability approve of border modifications to the extent deemed necessary for security if such modification will be compatible with a just and lasting peace. This assumption is also in line with the interpretation apparently given to Resolution 242 (1967) by Israel as far as the phrase "secure and recognized boundaries" is concerned as it appears in sub-paragraph (ii) of paragraph 1 of that said Resolution which states as follows:

"(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 force." For Israel, boundaries will only be secure if the security concerns of Israel, regardless of those of Palestine, are met. Given the increasing expansion of illegal settlements, it is not believed that the construction of the Separation Wall represents a legitimate security measure, but rather an unlawful act of territorial annexation under the guise of a security measure. Furthermore, the acceleration of the construction of the Separation Wall, as well as the expansion of the illegal settlements on Palestinian land, is an act of annexation that is inconsistent with the obligations of Israel under the internationally accepted Road Map of the Quartet.

20. The present case is also a classic example where serious discrepancies exist between the clearly recognised international law violations and the facts on the ground. The international community will be faced with a *de facto* situation which will be very difficult to change. It is our contention that the construction of the Separation Wall is illegal, and regardless under which pretext it is being constructed, the practical consequence of the existing and planned Separation Wall is that it is being erected in Palestinian Occupied Territory including in and around East

Jerusalem. This action, although illegal in terms of international law, therefore represents the *de facto* annexation of parts of that territory. This must be viewed as one of the most serious consequences of the construction of the Separation Wall.

21. It is our contention that any delimitation of the boundaries must be negotiated between the two states on the basis of equality of both states and not as the present situation where Palestine will be confronted with a *fait-a-compli* in the form of the Separation Wall. The parties should be on an equal footing and each should respect the entitlement of the other under international law. This will be almost impossible in a situation where a Separation Wall of hundreds of kilometers have been constructed and is kept intact through the use of force.

22. Thus, a further consequence of the construction of the Separation Wall will be the reversal of the normal process of the practical aspect of the demarcation of boundaries which Brownlie aptly describes as follows: "Agreements as to the precise details of a frontier, enshrined in a written instrument, is often followed by the separate procedure of demarcation, that is, the marking, literally of the frontier on the ground by means of posts, stones pillars, and the like. A frontier may be legally definitive, for some purposes, and yet remain undemarcated. Frontiers which are "de facto", either because of the absence of demarcation or because of the presence of an unsettled territorial dispute may nevertheless be accepted as the legal limit of sovereignty for some purposes, for example those of civil or criminal jurisdiction, nationality law, and the prohibition of unpermitted intrusion with or without the use of arms "(Brownlie I. *Principles of Public International Law*, 1998, p 122). In the present instance the boundary will have been demarcated by means of the Separation Wall before the actual negotiations between the parties could take place and will prejudice any border demarcation negotiations to an untenable extent. The unilateral demarcation of the boundary is clearly in conflict with the provisions of the Declaration set out above, illegal and in conflict with the mentioned Security Council Resolution and with the principle of the self-determination of peoples.

The self-determination of the Palestinian People

23. The Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied by Israel since 1967, submitted in accordance with Commission Resolution 1993/2 A (E/CN.4/2004/6, 8 September 2003) concludes that the Wall violates two of the most fundamental principles of contemporary international law, namely the prohibition on the forcible acquisition of territory and the right to self-determination.

24. The right to self-determination and the concept of territory are intrinsically linked. The right to self-determination finds its roots in the Charter, specifically Article 1(2) and Article 55, and is confirmed by common Article 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. It has furthermore been confirmed in numerous Resolutions of the United Nations, most notably General Assembly Resolution 1514 (XV) on the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples and General Assembly Resolution 2625 (XXV) on the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations.

25. As a basic principle of international law, it has been attributed with the status of *ius cogens* (Malanczuk, P. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 1997, p327), while the International Court of Justice (ICJ) described self-determination as an obligation *erga omnes* (*East Timor Case (Portugal v Australia)* ICJ Reports 1995, p 90).

26. The right of the Palestinians as a people to self-determination is unquestionable and has been confirmed by General Assembly Resolution 3236 (XXIX) of 22 November 1974 which provides for:

“the inalienable rights of the Palestinian people, including:

- (a) the right to self-determination without external interference;
- (b) the right to national independence and sovereignty”.

27. The right of the Palestinian people to self-determination to be attained on the basis of territorial sovereignty within the boundaries of an independent Palestinian state, has been reaffirmed by the United Nations on numerous occasions and forms the underlying principle of the two-state solution.

28. It is submitted, as was also determined by the Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, on the situation on human rights in the Palestinian territories occupied by Israel since 1967, that the Separation Wall is intended to create facts on the ground. It has already been submitted that the construction of the Wall, even in the absence of a formal act of annexation as was the case with the illegal annexation of East Jerusalem by Israel, is nothing but *de facto* annexation. The illegality of this action *per se* has also already been argued. However, the linkage between territory, enshrined in the principle that a just and lasting solution to the Israeli-Palestinian situation must provide for two states within secure and recognised borders, and the right to Palestinian self-determination have the result that these annexation actions also violate the right of self-determination. The Special Rapporteur points out: "A people can only exercise the right of self-determination within a territory. The amputation of Palestinian territory 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" (paragraph 15).

29. The Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13 (A/ES-10/248 dated 3 December 2003) starkly points out this result: based on the route of the official map, approximately 975 square kilometres, 16,6% of the entire West Bank, will be enclosed by the Wall, an area in which 237 000 Palestinians live. This attempt at *de facto* annexation of a substantial part of the self-determination territory of the Palestinians, is a clear violation of the right of the Palestinian people to self-determination.

Excessive, disproportionate and illegal use of the concept of self-defence by Israel

30. It is common cause that the United Nations Charter in Article 2(4) outlaws the

use of force by UN Member States in their international relations, the only exception to the Charter prohibition being contained in Article 51, which enshrines the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member State, until the Security Council has taken measures to maintain international peace and security. Self-defence is therefore by its very nature a temporary right.

31. Israel has contended that the construction of the Separation Wall is consistent with Article 51 of the Charter, its inherent right to self-defence and Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001).

32. Article 51 does not define the content of the right to self-defence, leaving it open to interpretation (and abuse). In order to prevent a return to the pre-Charter situation where the use of force was considered legitimate and consequently undermining a pillar of the Charter and the system of collective security, and bearing in mind that Article 51 contains an exception to the prohibition on the use of force, the right to self-defence must be interpreted narrowly (Gray, C. *International Law and the Use of Force*, 2000, p 87). It is therefore not correct to argue that the "inherent" nature of the right to self-defence in Article 51 means that the pre-Charter customary right to self-defence has been preserved intact by Article 51, and the International Court of Justice's construction of this notion in the *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (1986) as a reference to customary international law should not be interpreted in this way (Dinstein, Y. *War, Aggression and Self-defence*, 2001, p 165). This narrow interpretation was what the International Court of Justice had in mind in its 1996 Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* when it stated: "Furthermore, the Court cannot lose sight of the fundamental right of every state to survival, and thus its right to resort to self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter, when its survival is at stake" (*ICJ Reports 1996*, p 226 on p 263).

33. It is clear that the Court had in mind that the inherent right to self-defence in terms of Article 51 only becomes available to a Member State in extreme circumstances, and therefore it has been authoritatively stated that Article 51 permits self-defence solely when an 'armed attack' occurs" (Dinstein, Y. *War, Aggression and Self-defence*, 2001, p 65). As regards the question of whether cross-border attacks

by irregular forces can be interpreted as an armed attack justifying a claim of self-defence, the ICJ found in the *Nicaragua* case (ICJ Reports 1986 (Merits) 14) that acts by "armed bands, groups, irregulars or mercenaries" which carry out acts of armed force, may amount to armed attacks provided that it is of such a gravity that it amounts to an actual armed attack by regular forces, and that such forces must be sent by or act on behalf of a state. This is not the case in the Palestine conflict.

34. Wide interpretations of the "inherent" right to self-defence has also given birth to the controversial doctrine of anticipatory self-defence, notably advanced by Israel with regard to its attack on the Osirak nuclear facility in Iraq in 1981 (which was condemned by the General Assembly as a premeditated and unprecedented act of aggression in General Assembly Resolution 36/27). This doctrine is, in practice, only invoked by states as a last resort and is consequently rarely used as a justification for the use of force. The lack of consistent state practice and the clear and unqualified opposition thereto expressed by Member States in the General Assembly negates any attempt to justify this doctrine as customary international law.

35. It has often been argued that another exception to the Charter's prohibition on the use of force is a right to use force in protection of nationals, of which the origin is a customary right predating the Charter. However, this right presupposes forcible intervention in another state with the aim of protecting or rescuing nationals and therefore does not find application in the present case.

36. All states agree that the ancient legal principles of necessity and proportionality forms part of, and have since the times of the just war doctrine, formed part of the core of the doctrine of self-defence (Gray, C. *International Law and the Use of Force*, 2000, p 105), and have also been analysed by the ICJ in the *Nicaragua* case and the Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. The essential characteristic of these principles has been defined as follows: self-defence must not be retaliatory or punitive; the aim should be to halt and repel an attack and are dependent on the facts of a particular case. With regard to the present case, the construction of the Separation Wall by Israel and the consequences thereof for the Palestinian civilian population such as the severe restriction of movement, the isolation of civilians from their farmland, the destruction of crops, the

impairment of access to jobs and essential social services as described in the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13 (A/ES-10/248 dated 3 December 2003) are totally disproportionate and unnecessary bearing in mind that the focus of Israeli defence against attack is occasional and irregular attacks by lone operators.

37. The Separation Wall, as has been argued, also results in the *de facto* annexation of parts of Occupied Palestinian Territory. The illegality of this action, and its unnecessary and disproportionate nature, is clear from two precedents: "Necessity and proportionality are also crucial in the rejection by states of prolonged occupation of territory in the name of self-defence. Thus Israel's presence in Southern Lebanon from 1978 to 2000 and South Africa's occupation of a buffer zone in Angola from 1981 to 1988 were both claimed to be justified as self-defence and both repeatedly and universally condemned as not necessary or proportionate self-defence" (Gray, C. *International Law and the Use of Force*, 2000, p 108). The Security Council called on both Israel and South Africa to withdraw in respectively Security Council Resolutions 425 and 545.

38. Some commentators have, within the context of the principles of necessity and proportionality, attempted to advance a so-called "accumulation of events" or "pin-prick" theory of armed attack. This is done in cases such as the present in order to justify an otherwise disproportionate response to a series of attacks. It is submitted, however, that this theory does not enjoy any widespread support either in the practice or in the *opinio iuris* of states. Also, necessity and proportionality remain to be assessed on the basis of the facts of the specific case, and as indicated, in this case the impact of the construction of the Separation Wall remains out of all proportion to its objective, a factor that cannot be discounted by means of the invocation of this theory.

39. From the above it follows that the construction of the Separation Wall by Israel cannot be justified on the basis of the right to self-defence contained in Article 51 of the Charter. Article 51 is not applicable in the present case for the following reasons:

- the suicide bomb attacks perpetrated against Israel by lone Palestinian suicide bombers, though reprehensible and causing the deaths of many innocent civilians, do not meet the threshold set by international law to be defined as armed attacks justifying a response in terms of the right to self-defence contained in Article 51;
- Article 51 defines the right to self-defence as a temporary right, to be extinguished once the Security Council has taken appropriate measures. Despite Israeli assurances that it is a temporary security measure, the facts on the ground, as contained in the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13 and the very permanence of the Separation Wall suggest the opposite. Moreover, it is not a measure that is connected in any way to Security Council action, and is being erected in contravention of a clear demand by the United Nations for Israel "to stop and reverse the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory" (GA Resolution ES-10/13);
- In any case, justification of this measure on the basis of the right to self-defence contained in Article 51 is inappropriate, unsound and based upon the wrong assumption. The right to self-defence is triggered by an armed attack and consequently "implies resort to counter-force: it comes in reaction to the use of force by the other party" (Dinstein, Y. *War, Aggression and Self-defence*, 2001, p 167). Despite the unacceptable nature of actions taken in constructing the Separation Wall, like the requisitioning of land and the negative humanitarian and socio-economic impact it will have on the Palestinians, the construction of the Separation Wall does not amount to the use of counter-force, rendering any attempt to justify it on the basis of self-defence in terms of Article 51, inapplicable.

40. As regards the argument that the construction of the Separation Wall is being justified by Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), adopted

within the context of the attacks of 11 September 2001 on the territory of the United States of America, it is submitted that the construction of the Separation Wall by Israel goes far beyond what was contemplated by these Resolutions.

41. These Resolutions, in general terms in the preambles, state that any act of international terrorism is to be regarded as a threat to international peace and security. Resolution 1373, adopted under Chapter VII of the Charter, then provides in the operative paragraphs *inter alia* a decision that Member States shall take the necessary steps to prevent the commission of terrorist acts (paragrah 2(b)).

42. It is submitted, however, that these provisions are couched in too general terms to justify a specific act like the construction of the Separation Wall, which *per se* violates principles of international law. In this regard it must be pointed out that the provision authorising Member States to take the necessary steps to prevent the commission of terrorist acts is part of a number of specified anti-terrorist measures, one (paragraph 2 (g)) which specifically aims at restraining the movement of terrorists or terrorist groups: "Prevent the movement of terrorists or terrorist groups by effective border controls and controls on issuance of identity papers and travel documents..." It is not conceivable to interpret the general provision contained in paragraph 2(b) as usurping these specific measures for movement control of terrorists and terrorist groups and justify a measure which will, as made clear in the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13 (A/ES-10/248 dated 3 December 2003, seriously impair the movement of innocent civilians as well as their access to farmland, workplaces and essential social services. This derogates from the general legal principle *generalibus specialibus non derogat*.

43. Notwithstanding the right of Israel to protect its citizens against attacks and the serious concern for the prevention of terrorist attacks internationally, it should be noted that the philosophy behind the international fight against terrorism remains that this should be done within the boundaries of international law. For example Article 19 of the widely ratified International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings states that: "nothing in this Convention shall affect other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law..".

44. It is therefore submitted, also within the context of the other arguments raised, that the general provisions of the two Security Council Resolutions should be read as subordinate to its specific provisions, especially paragraph 2(g) of Resolution 1373 and that nothing in these Resolutions excludes the applicability of international law to the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem or authorises actions in contravention of international law.

Humanitarian Law

45. It is trite law that international humanitarian law applies from the commencement of any conflict, which in the case of the Palestinian /Israeli conflict, finds applicability since the 1967 war, until a general peace agreement has been reached. Therefore in the case of the Occupied Palestinian Territory, Israel, as the Occupying Power, is bound to comply with the Hague Regulations of 1907 and the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 1949, which together establish the legal regime of belligerent occupation. These Conventions are accepted to be customary international law and are thus binding on all states, including Israel, who is a High Contracting Party of the four Geneva Conventions of 1949. According to Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform its obligations under a treaty. If a new law or modification to existing law is needed to carry out the obligations imposed by a treaty, the state concerned should ensure that this is done by the time the treaty enters into force. In international law therefore, a state cannot plead that it is waiting for its parliament to legislate. This in effect means that the Israeli Government's argument that although it has ratified the Four Geneva Conventions it has not yet incorporated them into domestic legislation and therefore is not bound to enforce them, is in light of the provisions of the 1969 Convention on the Law of Treaties, which are customary international law and therefor binding all states, without legal basis.

46. Articles 47 to 78 of the Fourth Geneva Convention of 1949, which are specially devoted to occupied territories, are applicable in this case. One of the fundamental rules is set forth in Article 47 of the Fourth Geneva Convention, under which the rights of persons living in occupied territories are fully protected by

international law. The Occupying Power, in this case Israel, may not alter their legal situation by either a unilateral act or annexation of the territory, for they remain protected persons.

47. The Separation Wall that has been and continues to be built by the Government of Israel, which results in the *de facto* incorporation of the parts of the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem into Israel, is in direct contravention of Article 47 of the Fourth Geneva Convention, and also violate various United Nations Resolutions alluded to before that called for the withdrawal of Israeli armed forces from the Occupied Palestinian Territory.

48. The Separation Wall, as described in detail in the report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the situation of human rights in the Occupied Palestinian Territories (E/CN.4/2004/6), has resulted in vast expropriation of land and has destroyed homes, shops, schools, water networks and agricultural land belonging to the Palestinians. These acts are expressly prohibited by Article 53 of the Fourth Geneva Convention which states that "any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations".

49. The justification put forth by the Government of Israel for such a contravention of the aforementioned Article 53 and the construction of the Separation Wall itself, is that the purpose of the Separation Wall is for the security of Israel and such destruction or seizure of Palestinian property is demanded by the necessities of war, as permitted by Article 23 of the Hague Regulations of 1907. It must be made clear that the concept of "military necessity" does not release a state from the obligations of complying with international humanitarian law. The Geneva Conventions and Additional Protocols have already struck the balance between the demands made on the law of the conduct of war and the requirements of humanity.

50. In view of the aforementioned, a number of factors on the ground should be considered in order to evaluate in terms of international law, international

humanitarian law and international human rights law of the justification made by the Israeli Government for their actions, namely:

- (a) The construction of the Separation Wall within Palestinian territory including in and around East Jerusalem is in direct conflict with international law that provides that the territory may not be annexed in any war, including a war of self-defence;
- (b) The Separation Wall incorporates most of the illegal Israeli settlements, which still form the subject matter of negotiations between Israel and Palestine, into the Israel side. These Israeli settlements are illegal not only because they represent an attempt to acquire territory by force, but also because it contravenes Article 49 of the Fourth Geneva Convention which states clearly that the "Occupying power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies";
- (c) The Separation Wall, according to the report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the situation of human rights in the Occupied Palestinian Territories (E/CN.4/2004/6) and the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13 (A/ES-10/248 dated 3 December 2003), has resulted in closed areas where a permit system for Palestinians living and/or working in the area is operating and creates enclaves where Palestinian villages are cut off from basic services such as health services, schools, water resources and electricity networks, amongst others. These inhumane conditions created by the construction of the Separation Wall are forcing some Palestinians to leave their homes in the affected areas and thereby creating a generation of internally displaced persons. The consequences of the Separation Wall in this instance must be judged based on the principle of proportionality as recognized by international humanitarian law. This also constitutes human rights violations that must be judged against the International Covenant on Civil and Political Rights, and the International Covenant on Social, Economic and Cultural Rights both of which Israel has signed;

(d) There have been various United Nations Resolutions condemning the annexation of East Jerusalem, as well as those that call for the return of its status before its occupation. East Jerusalem consequently is an occupied region, an area where international humanitarian law must apply.

51. It is an established principle of international law that the conduct of the military administration in only occupied area including the Occupied Palestinian Territory including in and around East Jerusalem is to be judged by the standards of international law. Security measures must be taken in accordance with international humanitarian law, and they must allow for a quick return to normal civilian life. The permanent nature of the Separation Wall negates all the aforesaid.

52. The right of the Israel Government to take security precautions is not disputed. However, this right is not exercised in a vacuum. There are rules, principles and limitations accorded by international humanitarian law as outlined above, on how and to what extent this right can and must be exercised.

Human rights

53. The origins of modern international human rights law are to be found in the Charter of the United Nations. One of the purposes of the United Nations, as expressed in Article 1(3) of the Charter, is to promote and encourage respect for human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion. This theme is also taken up in Articles 13, 55 and 56. Article 55(c) provides that the United Nations shall promote universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all, while Article 56 obliges Member States to take action to achieve these purposes.

54. The first international instrument to codify fundamental human rights was the *Universal Declaration of Human Rights* of 1948, and despite being a Resolution of the General Assembly and of recommendatory nature, the rights enshrined therein are now accepted as customary international law, while some have also obtained the status of *ius cogens* norms of international law (Dugard, J. *International Law: A South African Perspective*, 2000, p 241). The effect hereof is that the provisions bind all

states. Treaty effect has also been given to the Universal Declaration in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). Besides obtaining a universal character, human rights are also now accepted to be "inalienable and inviolable rights of all members of the human family" (Proclamation of Teheran, 1968).

55. It is therefore not correct to argue that the residents of the Occupied Palestinian Territory are excluded from the protection accorded by the major human rights treaties (and, by implication, of the specific human rights which have crystallised into principles of customary international law), on account of the absence of a Government-citizen relationship. This argument is seriously flawed. It denies the universal nature human rights have attained, as well as the fact that the *locus* of human rights vests in the individual and not in the Government. It stands to reason that even where the Government-citizen relationship is replaced with an Occupying Power-individual relationship, this unilateral act in which the individual played no role, cannot spirit away the protection afforded by international human rights law: the individual remains the beneficiary of at least a core of human rights and the protection so afforded. The contention in paragraph's 2-4 of the "Summary Legal Position of the Government of Israel" (Annex I to the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13 (A/ES-10/248 dated 3 December 2003) which appears to state that neither the protection afforded by international humanitarian law nor by that contained in the International Covenant of Civil and Political Rights are available to the residents of Occupied Palestinian Territory: a position that creates a legal *lacuna* with regard to the Occupied Palestinian Territory where there is no protection of any kind of individuals *vis-à-vis* the Occupying Power, is totally untenable.

56. With regard to specific human rights that are affected by the construction of the Separation Wall, both the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13 dated 24 November 2003 as well as the Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied by Israel since 1967 refers to the expropriation of land, the destruction of fruit and olive trees, the

destruction of property, the infringement of freedom of movement, infringements of the rights to education, work, an adequate standard of living and health care and treatment in general of residents in an inhumane way contrary to the obligations contained in the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Convention on the Rights of the Child and the Fourth Geneva Convention.

57. While these actions are *per se* in violation of the most basic principles of international human rights law, the impact thereof is being compounded by the fact that these measures, and the very fact of the construction of the Separation Wall, can never be justified by military necessity and are disproportionate to the threat they are directed towards.

V. CONCLUSION

In summary:

58. It is our contention that the construction of the Separation Wall is illegal, and regardless under which pretext it is being constructed, the practical consequence of the existing and planned Separation Wall is that it is being constructed on Palestinian Occupied Territory, including in and around East Jerusalem. This action, which is clearly illegal in terms of international law, represents the *de facto* annexation of parts of that territory. This must be viewed as one of the most serious consequences of the construction of the Separation Wall.

59. Although Israel has legitimate security concerns, it is submitted that the construction of the Separation Wall is a disproportionate and unnecessary measure which does not represent a legitimate security measure, as it stretches this concept beyond all measure, while also violating a number of basic principles of international law, such as the prohibition on the acquisition of territory by force, the right of the Palestinian people to self-determination and the rights that the Palestinian people are accorded in terms of international humanitarian law and international human rights law.

60. Furthermore, as this Separation Wall will in effect become a *de facto* border between Israel and Palestine, it will, instead of bringing security to Israel, undermine international attempts to bring about a comprehensive, just and lasting peace in the region, based on the two-state solution.

61. It is therefor submitted that the Court should find that the construction of the Wall is illegal in terms of international law.

APahad
.....

**MR AZIZ GOOLAM HOOSEIN PAHAD
DEPUTY MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS**

**FOR AND ON BEHALF OF THE GOVERNMENT
OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA**

DATE: *29/1/04*
.....

EXPOSE ECRIT DU GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE D'AFRIQUE DU SUD

[Traduction]

Demande d'avis consultatif adressée à la Cour internationale de Justice par l'Assemblée générale des Nations Unies sur les conséquences en droit 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 du droit international, notamment la quatrième convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale

I. Introduction

1. Par la résolution A/RES/ES-10/14 en date du 8 décembre 2003, l'Assemblée générale a décidé de demander à la Cour internationale de Justice, conformément aux dispositions de l'article 65 du Statut de la Cour, de rendre d'urgence un avis consultatif sur les conséquences en droit 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 du droit international, notamment la quatrième convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale.

2. Dès qu'elle a reçu cette demande, la Cour a estimé que l'Organisation des Nations Unies et ses Etats Membres seraient probablement en mesure de fournir des renseignements sur la question qui lui était soumise. Par ordonnance du 19 décembre 2003, la Cour a fixé au 30 janvier 2004 la date d'expiration du délai dans lequel des exposés écrits pourraient lui être soumis, conformément au paragraphe 2 de l'article 66 de son Statut. Dans le présent exposé, nous examinerons les conséquences juridiques de l'édification du mur qui font l'objet de la demande d'avis consultatif.

3. La question essentielle en l'espèce consiste pour la Cour à se prononcer sur le caractère licite ou illicite du mur.

4. Le Gouvernement sud-africain se sent tenu de présenter un exposé à la Cour sur cette grave question. La catastrophe humanitaire qui envahit le Territoire palestinien occupé est source de profonde préoccupation pour le Gouvernement sud-africain, tout comme l'aggravation de la situation en matière de sécurité en Israël. Il faut mettre fin à des actions, telles que la construction du mur de séparation, qui nourrissent le cycle de la violence et de la contre-violence. Nous sommes convaincus que le règlement du conflit israélo-palestinien passe par la voie de négociations aboutissant à la solution qui consiste à créer deux Etats, à savoir un Etat souverain d'Israël et un Etat souverain de Palestine ayant Jérusalem-Est pour capitale. Or, la poursuite de la construction d'un mur de séparation est un stratagème utilisé pour occuper de nouvelles terres, et rend le règlement négocié du conflit encore plus difficile à réaliser. Le mur de séparation rendra matériellement impossible la mise en œuvre de la solution des deux Etats pour régler le conflit

israélo-palestinien et menacera sérieusement toute perspective de règlement juste et pacifique et de paix durable. Le mur de séparation compromet véritablement la stabilité au Moyen-Orient et sape toute tentative faite pour aboutir à un règlement pacifique d'un conflit acharné et interminable.

II. Contexte factuel

5. Le Gouvernement sud-africain approuve et accepte l'exposé des faits relatifs à la construction du mur dans le Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, tel qu'exposé dans le rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale en date du 24 novembre 2003 ainsi que dans le rapport du rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les Territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967, présenté conformément à la résolution 1993/2 A de la Commission relative à la question de la violation des droits de l'homme dans les Territoires arabes occupés, y compris la Palestine (A/ES-10/248). Le présent exposé se fonde sur les faits présentés dans lesdits rapports, dont la Cour est également saisie.

III. Compétence de la Cour

La Cour a compétence pour donner l'avis consultatif demandé

6. La Cour a compétence pour donner l'avis consultatif demandé par l'Assemblée générale, puisque le paragraphe 1 de l'article 65 de son Statut l'autorise à donner un avis consultatif à la demande de tout organe autorisé à demander cet avis. L'Assemblée générale des Nations Unies y est autorisée par l'article 96 de la Charte.

7. Par sa résolution ES-10/14 en date du 8 décembre 2003, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé, en vertu de l'article 96 de la Charte, de demander à la Cour internationale de Justice, conformément aux dispositions de l'article 65 du Statut de la Cour, de rendre 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 ?»

8. Par lettre en date du 8 décembre 2003, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a transmis à la Cour la résolution lui demandant de rendre un avis consultatif.

Il n'existe aucune raison décisive qui déterminerait la Cour à refuser de donner un avis consultatif

9. A plusieurs reprises, la Cour a dit que, même si le pouvoir de rendre des avis consultatifs qui lui était conféré par l'article 65 de son Statut avait un caractère discrétionnaire, seules des raisons décisives justifieraient de sa part le refus de répondre à une demande d'avis. Pour nous, il n'existe aucune raison de ce genre en ce qui concerne la demande faite à la Cour.

IV. Exposé de droit

Généralités

10. D'emblée, le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud tient à dire clairement que les conséquences juridiques de l'édification du mur qu'Israël est en train de construire sont indissociables et ne sauraient être examinées séparément. Toutefois, le Gouvernement sud-africain n'a pas l'intention de traiter toutes les conséquences juridiques qui découlent des mesures illicites prises par Israël, mais se bornera à mettre en évidence les conséquences juridiques les plus graves des violations des dispositions du droit international qu'entraîne la construction du mur.

11. D'une manière générale, avant d'aborder les conséquences juridiques, nous tenons à dire que, quand elle examinera l'affaire qui lui est soumise, la Cour devra nécessairement tenir compte du fait qu'elle se trouve devant une situation dans laquelle un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies rejette systématiquement, depuis de nombreuses années, les décisions et résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. Israël s'est fait un passé déplorable en refusant systématiquement de respecter les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité relatives aux mesures illicites qu'il prend à l'encontre de la Palestine. Pareil comportement donne l'impression irréfutable que cet Etat manque sérieusement de bonne foi. Etant un principe général de droit, l'obligation d'agir conformément à la bonne foi fait aussi partie du droit international (affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 53). La non-observation de ce principe de droit international doit en elle-même avoir des conséquences juridiques. Nous disons que le non-respect des résolutions et décisions des Nations Unies constitue une grave méconnaissance de l'obligation juridique d'agir de bonne foi conformément aux principes du droit international, et contrevient en fait à cette obligation. A cet égard, les observations formulées par le juge Lauterpacht dans l'affaire de la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* sont pertinentes, et la Cour voudra peut-être en tenir compte quand elle traitera la question du non-respect des recommandations des Nations Unies. Ces observations sont encore plus pertinentes quand, à propos des résolutions des Nations Unies, le juge Lauterpacht dit :

«en agissant de la sorte [l'Etat] agit à ses risques et périls lorsqu'il arrive au point où les effets cumulés d'une méconnaissance persistante de l'opinion exprimée par l'Organisation conduisent à la conviction que l'Etat en question s'est rendu coupable de déloyauté à l'égard des principes et des buts de la Charte».

Le juge ajoute que l'Etat

«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 dépasser 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 juridique» (*Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, opinion individuelle, C.I.J. Recueil 1955, p. 120).

La pertinence de ces observations est d'autant plus nette qu'en vertu de l'article 25 de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité a le pouvoir de prendre des décisions contraignantes, auxquelles les Etats Membres sont juridiquement tenus de se conformer (article 25 de la Charte des Nations Unies de 1945; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 1989,

p. 374). Israël n'a cessé d'enfreindre cette obligation et exigence fondamentale du droit international. C'est dans ce contexte que certaines des conséquences juridiques de la construction du mur de séparation sont examinées ci-après.

Illicéité du mur de séparation : annexion de fait de parties du Territoire occupé de la Palestine, y compris Jérusalem-Est

12. Il est un fait incontestable que la construction du mur de séparation dans le Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, s'écarte nettement, et parfois considérablement, de la ligne d'armistice de 1949, qu'il est convenu d'appeler Ligne verte. Suivant le tracé des tronçons existants et prévus, le mur englobe dans le territoire israélien des parties importantes du Territoire palestinien occupé, en particulier de la Cisjordanie et de Jérusalem-Est. Qui plus est, les travaux de construction ont entraîné la confiscation et la destruction de terres et de ressources palestiniennes et ont eu un effet dévastateur sur la vie de milliers de civils (aspect qui sera traité à part dans le présent exposé). Ces faits sont confirmés dans le rapport que le Secrétaire général a établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale (A/ES-10/248 en date du 3 décembre 2003) ainsi que dans le rapport du rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, présenté en application de la résolution 1993/1/A de la Commission des droits de l'homme (E/CN.4/2004/6, en date du 8 septembre 2003).

13. Il est évident que la construction du mur a un caractère illicite. Elle constitue non seulement une violation de la résolution 242 du Conseil de sécurité de 1967, découlant de la guerre de 1967, mais aussi de nombreuses autres résolutions du Conseil dans lesquelles il est établi que toutes les mesures prises par Israël en vue de modifier le caractère physique, la composition démographique, la structure institutionnelle ou le statut des territoires palestiniens occupés, y compris la ville de Jérusalem ou toute partie de cette ville, n'ont aucune validité en droit (résolutions du Conseil de sécurité 464 (1980), 478 (1980), 298 (1971), 271 (1969), 267 (1969), 252 (1968) et 237 (1967)). Le Conseil de sécurité a décidé aussi, en se référant expressément à Jérusalem, que toutes les dispositions législatives et administratives prises par Israël en vue de modifier le statut de la ville de Jérusalem, y compris l'expropriation de terres et de biens immeubles, le transfert de populations et la législation visant à incorporer la partie occupée, sont totalement nulles et non avenues (résolution 298 (1971) du Conseil de sécurité). De plus, à l'instar d'une litanie, le Conseil de sécurité a demandé à maintes reprises à Israël de cesser et de rapporter toutes les mesures qui ont exacerbé la situation et ont eu un effet préjudiciable sur le processus de paix, ce qui est nettement le cas de la construction du mur de séparation. La construction du mur constitue manifestement une infraction aux dispositions de ces résolutions du Conseil de sécurité et a donc un caractère illicite au regard du droit international (voir aussi par. 1 ci-dessus).

14. Conformément à la Charte des Nations Unies et en vertu du droit international coutumier, l'emploi de la force dans les relations internationales contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un Etat est illicite. A fortiori, un agresseur ne peut pas acquérir un territoire par annexion ni l'acquérir par la force (article 24) de la Charte des Nations Unies; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 1989, p. 152). En outre, le droit international n'admet pas le recours à la légitime défense pour régler des différends d'ordre territorial, ce qui en l'espèce semble être le motif invoqué pour justifier la construction illicite du mur. Le paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies dispose que les Etats Membres règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, et cette obligation s'applique autant aux différends territoriaux qu'à toute autre catégorie de différend (P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 1989, p. 314).

15. Dans sa résolution sur 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, l'Assemblée générale a insisté sur le principe de droit selon lequel tous les Etats ont le devoir de s'abstenir, 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. Pareil recours à la menace ou à l'emploi de la force constitue une violation du droit international et de la Charte des Nations Unies (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale sur 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, en date du 24 octobre 1970).

16. En outre, tout Etat a le devoir de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force pour *violer les lignes internationales de démarcation, telles que les lignes d'armistice, établies par un accord international auquel cet Etat est partie ou qu'il est tenu de respecter pour d'autres raisons. Nulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale* (les italiques sont de nous) (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale sur la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etat conformément à la Charte des Nations Unies, en date du 24 octobre 1970).

17. Etant donné son coût prohibitif et ses caractéristiques de structure permanente, le mur de séparation en construction ne constitue rien d'autre qu'une délimitation, établie unilatéralement par Israël, de la frontière entre l'Etat d'Israël et l'Etat de Palestine. La conséquence de fait est que, partout où cette frontière s'écarte de la Ligne verte, qui représente actuellement la frontière effective entre Israël et la Palestine, la zone de jonction sera annexée et incorporée dans le territoire d'Israël. Dans sa résolution 242 de 1967, le Conseil de sécurité souligne aussi l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre et a demandé que soit rétablie l'intégrité territoriale des zones en cause. De plus, nous l'avons déjà dit, aux termes de la déclaration susvisée, tout Etat a le devoir de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force pour violer les lignes internationales de démarcation, telles que les lignes d'armistice, établies par un accord international auquel cet Etat est partie ou qu'il est tenu de respecter, afin de régler un différend territorial et des problèmes concernant les frontières de l'Etat. Il est évident qu'en construisant le mur de séparation, Israël n'agit pas de bonne foi et contrevient aux obligations qui lui incombent en vertu du droit international.

18. Israël soutient que la Ligne verte n'a pas été confirmée en tant que frontière internationale et que la question reste à négocier entre les parties. Par conséquent, la thèse semble être qu'il y aura possibilité de procéder aux «ajustements territoriaux» rendus nécessaires par des «considérations sécuritaires» (Gerson, *Israël, the West Bank and International Law*, 1978, p. 76; J. McHugo, «Resolution 242: A legal reappraisal of the right-wing Israeli interpretation of the withdrawal phrase with reference to the conflict between Israel and the Palestinians», 2002, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, p. 860). En doctrine, les partisans de cette thèse avancent en outre que

«1) un Etat qui a été victime d'agression peut être reconnu comme ayant un droit légitime à des ajustements de frontière pour des raisons de sécurité militaire; [et] 2) en l'espèce, le Conseil de sécurité approuverait les modifications de frontière dans la mesure où elles seraient jugées nécessaires à la sécurité».

Cependant, ils se sont eux-mêmes empressés d'ajouter que «ces modifications ne sauraient être imposées par l'Etat dont le droit est reconnu, mais ne pourraient être effectuées que dans le cadre d'un règlement librement négocié, et uniquement dans la mesure où elles seraient compatibles avec

une paix juste et durable» (Korman, *The Right of Conquest: Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, 1996, p. 211-212; J. McHugo, «Resolution 242: A legal reappraisal of the right-wing Israeli interpretation of the withdrawal phrase with reference to the conflict between Israel and the Palestinians», 2002, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, p. 861).

19. Il semble que la construction du mur de séparation dans le Territoire occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, repose sur l'hypothèse que le Conseil de sécurité approuvera, selon toute probabilité, des modifications de frontière dans la mesure où elles seront jugées nécessaires à la sécurité, et à condition qu'elles soient compatibles avec une paix juste et durable. Cette hypothèse va aussi dans le sens de l'interprétation qu'Israël donne manifestement au membre de phrase «frontières sûres et reconnues» qui apparaît, dans la résolution 242 (1967), à l'alinéa ii) du paragraphe 1 de ladite résolution :

«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».

Pour Israël, les frontières ne seront sûres que s'il est répondu à ses préoccupations sécuritaires, sans considération de celles de la Palestine. Etant donné l'expansion continue des colonies de peuplement illicites, nous ne croyons pas que la construction du mur représente une mesure de sécurité légitime : c'est en revanche un acte illicite d'annexion territoriale commis sous le couvert d'une mesure de sécurité. De plus, l'accélération de la construction du mur, ainsi que l'expansion des colonies de peuplement illicites en terre palestinienne, constituent un acte d'annexion incompatible avec les obligations qui incombent à Israël conformément à la feuille de route du Quatuor, laquelle est acceptée au niveau international.

20. La présente affaire est aussi l'exemple classique d'un cas qui présente de sérieuses distinctions entre les violations clairement reconnues du droit international et les faits sur le terrain. La communauté internationale se trouvera devant une situation de fait qu'il sera très difficile de modifier. Pour nous, la construction du mur est illicite et, quel que soit le prétexte pris pour le construire, concrètement la conséquence en est que le mur, tel qu'il existe et tel qu'il est prévu, est édifié dans le Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Cet acte, illicite au regard du droit international, constitue par conséquent l'annexion de fait de parties de ce territoire, ce qui doit être considéré comme l'une des conséquences les plus graves de la construction du mur.

21. Nous affirmons que toute délimitation des frontières doit être négociée entre les deux Etats, dans des conditions d'égalité entre eux, et non dans les conditions actuelles, où la Palestine, avec le mur de séparation, va se trouver devant un fait accompli. Il faut que les parties soient sur un pied d'égalité et que chacune respecte le droit de l'autre conformément au droit international. Cela sera presque impossible à obtenir dans une situation où un mur long de centaines de kilomètres a été construit et est maintenu intact par l'emploi de la force.

22. La construction du mur de séparation aura aussi pour conséquence d'inverser le processus normal de démarcation des frontières sur le plan pratique, que Brownlie décrit très justement comme suit :

«L'accord quant aux détails précis d'une frontière, consacré par un instrument écrit, est souvent suivi de la procédure distincte de démarcation, c'est-à-dire le marquage proprement dit de la frontière sur le terrain au moyen de poteaux, de bornes, etc. Une frontière peut être définitive au regard de la loi, à certaines fins, sans pour autant faire l'objet d'une démarcation. Les frontières qui sont «de fait», soit à cause de l'absence de démarcation, soit en raison d'un différend territorial non réglé peuvent néanmoins être acceptées comme limite juridique de la souveraineté à certaines fins, par exemple aux fins de la juridiction civile ou criminelle, du droit de la nationalité et de l'interdiction d'une intrusion non permise avec ou sans emploi de la force armée.» (I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1988, p. 122.)

En l'espèce, la démarcation de la frontière aura été constituée par le mur de séparation avant que les négociations proprement dites puissent avoir lieu entre les parties et préjugera, dans des proportions insoutenables, de toute négociation sur sa délimitation. Procéder ainsi à la démarcation unilatérale de la frontière est manifestement contraire aux dispositions de la déclaration visée plus haut, illicite et incompatible avec la résolution 242 du Conseil de sécurité et le principe d'autodétermination des peuples.

L'autodétermination du peuple palestinien

23. Dans son rapport sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967, présenté en application de la résolution 1993/2A de la Commission des droits de l'homme (E/CN.4/2004/6, en date du 8 septembre 2003), le rapporteur spécial de la Commission conclut que le mur porte atteinte à deux des principes les plus fondamentaux du droit international contemporain, à savoir l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force et le droit à l'autodétermination.

24. Le droit à l'autodétermination et la notion de territoire sont intrinsèquement liés. Le droit à l'autodétermination est ancré dans la Charte, plus précisément dans le paragraphe 2 de l'article premier et dans l'article 55, et est confirmé dans l'article premier commun au pacte international relatif aux droits civils et politiques et au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Il a aussi été confirmé dans de nombreuses résolutions des Nations Unies, notamment la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale sur la déclaration relative à l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux et la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale sur 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.

25. En tant que principe fondamental du droit international, le droit à l'autodétermination a été élevé au rang de *jus cogens* (P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 327), et la Cour internationale de Justice (CIJ) le définit comme une obligation opposable à tous (affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 90).

26. Le droit des Palestiniens, en tant que peuple, à l'autodétermination est incontestable et a été confirmé par l'Assemblée générale dans la résolution 3236 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 22 novembre 1974, dans laquelle l'Assemblée réaffirme :

«les droits inaliénables du peuple palestinien, y compris :

- a) le droit à l'autodétermination sans ingérence extérieure;
- b) le droit à l'indépendance et à la souveraineté nationales».

27. Le droit du peuple palestinien à l'autodétermination sur la base de la souveraineté territoriale à l'intérieur des frontières d'un Etat palestinien indépendant a été réaffirmé par les Nations Unies à maintes reprises et constitue le principe sur lequel repose la solution des deux Etats.

28. Pour nous, comme pour le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme qui l'a dit dans son rapport sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967, le mur de séparation vise à créer des faits sur le terrain. Nous réitérons que la construction du mur, même en l'absence d'un acte formel d'annexion comme dans le cas de l'annexion illicite de Jérusalem-Est par Israël, ne constitue rien d'autre qu'une annexion de fait. Le caractère illicite de cet acte en soi a déjà aussi été affirmé. Toutefois, le lien entre le territoire, consacré par le principe selon lequel une solution juste et durable au problème israélo-palestinien doit passer par la création de deux Etats à l'intérieur de frontières sûres et reconnues, et le droit des Palestiniens à l'autodétermination fait que ces actes d'annexion constituent aussi une violation du droit à l'autodétermination. Ainsi que le signale le rapporteur spécial :

«Un peuple ne peut exercer son droit à l'autodétermination qu'à l'intérieur d'un territoire donné. L'amputation des Territoires palestiniens 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.»
(Par. 15.)

29. Dans le rapport qu'il a établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale (A/ES-10/248, en date du 3 décembre 2003), le Secrétaire général relève purement et simplement que : d'après le tracé indiqué sur la carte officielle, environ 975 kilomètres carré, soit 16,6% de la superficie de la Cisjordanie, seront entourés par le mur, soit une zone dans laquelle vivent deux cent trente-sept mille Palestiniens. Cette tentative d'annexion de fait d'une partie importante du Territoire palestinien constitue une violation manifeste du droit du peuple palestinien à l'autodétermination.

Application abusive, disproportionnée et illicite par Israël du concept de légitime défense

30. Nul n'ignore que la Charte des Nations Unies, dans le paragraphe 4 de son article 2, interdit aux Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies de recourir à la force dans leurs relations internationales, la seule exception à cette règle étant énoncée à l'article 51 qui consacre le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Etat Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Par sa nature même, le droit de légitime défense a donc un caractère temporaire.

31. Israël a soutenu que la construction du mur était compatible avec l'article 51 de la Charte, son droit naturel de légitime défense et les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité.

32. La teneur du droit de légitime défense n'y étant pas définie, l'article 51 reste ouvert à l'interprétation (et aux abus). Afin de prévenir un retour à la situation antérieure à la Charte, quand le recours à la force était jugé légitime et, par conséquent, sapait un pilier de la Charte et le système de sécurité collective, et compte tenu du fait que l'article 51 établit une exception à l'interdiction de l'emploi de la force, il faut que le droit de légitime défense fasse l'objet d'une interprétation

restrictive (C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2000, p. 87). Il n'est donc pas fondé d'avancer que l'article 51, qui reconnaît le caractère «naturel» du droit de légitime défense, a préservé intact le droit coutumier de légitime défense antérieur à la Charte, et ce n'est pas dans ce sens qu'il faut interpréter la manière dont la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (1986) a construit cette notion en se référant au droit international coutumier (Y. Dinstein, *Aggression and Self-defence*, 2001, p. 165). Cette interprétation restrictive est celle que la Cour internationale de Justice avait à l'esprit quand, dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, elle a dit : «La Cour ne saurait au demeurant perdre de vue le droit fondamental qu'a tout Etat à la survie, et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause.» (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 263.)

33. A l'évidence, la Cour avait à l'esprit que le droit naturel de légitime défense au sens de l'article 51 ne pouvait être exercé par un Etat Membre que dans des circonstances extrêmes, et c'est pourquoi il a été dit avec autorité que l'article 51 permet la légitime défense exclusivement en cas «d'agression armée» (Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, 2001, p. 65). A propos de la question de savoir si les attaques transfrontières perpétrées par des forces irrégulières peuvent être considérées comme des agressions armées justifiant la légitime défense, la Cour internationale de Justice a constaté, dans l'affaire du *Nicaragua* (*C.I.J. Recueil 1986 (fond)*) que les actes commis par des «bandes, groupes, forces irrégulières ou mercenaires armés» qui recourent à la force des armes peuvent équivaloir à une agression armée à condition que la gravité en soit telle qu'ils peuvent être assimilés à une véritable agression armée commise par des armées régulières, et que ces forces soient envoyées par un Etat, ou agissent pour son compte. Tel n'est pas le cas dans le conflit palestinien.

34. De larges interprétations du droit «naturel» de légitime défense ont aussi donné naissance à la doctrine controversée de la légitime défense préventive, avancée notamment par Israël lorsqu'il a attaqué les installations nucléaires d'Osirak en Iraq en 1981 (attaque condamnée comme un acte d'agression prémédité et sans précédent par l'Assemblée générale dans sa résolution 36/27). Dans la pratique, cette doctrine est invoquée par les Etats uniquement en dernier ressort et ne sert par conséquent que rarement à justifier l'emploi de la force. Le manque de pratique constante des Etats et l'opposition manifeste et sans réserve exprimée à l'encontre de cette doctrine par les Etats Membres à l'Assemblée générale nient toute tentative faite pour justifier la place de cette doctrine dans le droit international coutumier.

35. Il a souvent été dit qu'une autre exception à l'interdiction de l'emploi de la force, faite dans la Charte, est le droit des Etats d'employer la force pour protéger leurs ressortissants, dont l'origine remonte à un droit coutumier antérieur à la Charte. Mais, ce droit présuppose une intervention par la force dans un autre Etat dans le but de protéger ou de sauver des ressortissants et, par conséquent, ne s'applique pas en l'espèce.

36. Tous les Etats conviennent que les très anciens principes juridiques de nécessité et de proportionnalité constituent l'essentiel de la doctrine de légitime défense et cela, depuis l'époque de la doctrine de la guerre juste (C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2000, p. 105); la Cour internationale de Justice a aussi analysé ces principes dans l'affaire du *Nicaragua* et dans l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'utilisation des armes nucléaires*. Ils se définissent essentiellement par les caractéristiques suivantes : la légitime défense ne doit pas être exercée à titre de représailles ou de punition; elle doit avoir pour but de stopper et de repousser une agression et dépend des faits dans le cas d'espèce. Et, en l'espèce, la construction du mur par Israël et ses conséquences pour la population civile palestinienne — sérieuses restrictions des déplacements, isolement des civils de leurs champs, destruction de cultures, difficultés d'accès à

l'emploi et aux services sociaux essentiels — qui sont décrites dans le rapport que le Secrétaire général a établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale (A/ES-10/248, en date du 3 décembre 2003) sont totalement disproportionnées et inutiles du fait que la défense israélienne contre les attaques vise des attentats occasionnels et irréguliers commis par des auteurs isolés.

37. Le mur de séparation, on l'a déjà dit, entraîne aussi une annexion de fait de parties du Territoire palestinien occupé. L'illicéité de cette action, et son caractère inutile et disproportionné, ressortent à l'évidence de deux précédents :

«La nécessité et la proportionnalité sont aussi essentiels dans le rejet par les Etats de l'occupation prolongée de territoire au nom de la légitime défense. Ainsi, la présence d'Israël dans le Sud-Liban de 1978 à 2000 et l'occupation par l'Afrique du Sud d'une zone tampon en Angola de 1981 à 1988 se prétendaient justifiées par la légitime défense et ont été toutes deux à maintes reprises et universellement condamnées en tant qu'actes de légitime défense non nécessaires ni proportionnés.»
(C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2000, p. 108.)

Le Conseil de sécurité a demandé à Israël, dans sa résolution 425, et à l'Afrique du Sud, dans sa résolution 545, de se retirer de ces territoires.

38. Au titre des principes de nécessité et de proportionnalité, certains auteurs ont essayé de faire valoir une théorie de l'agression armée fondée sur «l'accumulation des événements» ou «le harcèlement». Cette théorie est avancée dans certains cas, comme en l'espèce, afin de justifier une réaction, qui autrement serait disproportionnée, à une série d'attaques. Toutefois, cette théorie est loin de bénéficier d'un soutien général dans la pratique et dans la doctrine juridique des Etats. En outre, il reste à évaluer la nécessité et la proportionnalité sur la base des faits du cas d'espèce et, comme indiqué, en l'espèce, la construction du mur a des conséquences totalement disproportionnées par rapport à son objectif, facteur qu'on ne peut pas écarter en invoquant cette théorie.

39. De ce qui précède, il ressort que la construction du mur de séparation par Israël ne peut se justifier sur la base du droit de légitime défense énoncé dans l'article 51 de la Charte. L'article 51 n'est pas applicable en l'espèce pour les raisons suivantes :

- les attentats-suicides à l'explosif perpétrés contre Israël par des Palestiniens isolés, bien qu'ils soient répréhensibles et causent de nombreuses victimes innocentes parmi les civils, n'atteignent pas le seuil fixé par le droit international pour être assimilés à des attaques armées justifiant une réaction au titre du droit de légitime défense prévu à l'article 51;
- selon la définition de l'article 51, le droit de légitime défense est un droit temporaire, qui s'éteint dès que le Conseil de sécurité a pris les mesures nécessaires. En dépit des assurances israéliennes selon lesquelles il s'agit d'une mesure de sécurité temporaire, les faits sur le terrain, tels qu'exposés par le Secrétaire général dans le rapport qu'il a établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale, et la permanence même du mur donnent à penser que tel n'est pas le cas. De plus c'est une mesure qui n'est liée en aucune manière à l'action du Conseil de sécurité et qui est contraire à la disposition explicite des Nations Unies exigeant qu'Israël «arrête la construction du mur dans le Territoire palestinien occupé, et revienne sur ce projet» (résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale);

— en tout état de cause, la justification de cette mesure sur la base du droit de légitime défense prévu à l'article 51 est abusive, irrationnelle et infondée. Le droit de légitime défense est déclenché par une agression armée et, par conséquent «implique l'emploi de la force en retour : il intervient en réaction à l'emploi de la force par l'autre partie» (Y. Dinstein, *Aggression and Self-Defence*, 2001, p. 167). Malgré le caractère inacceptable des mesures prises pour construire le mur, telle que la réquisition de terres, et les graves répercussions humanitaires et socio-économiques qu'elles auront pour les Palestiniens, la construction du mur n'équivaut pas à cet emploi de la force en retour et toute tentative faite pour la justifier par la légitime défense, tel que définie à l'article 51 est impossible à soutenir.

40. A propos de l'argument selon lequel la construction du mur est justifiée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité, adoptées dans le contexte des attentats commis le 11 septembre 2001 sur le territoire des Etats-Unis d'Amérique, nous disons que la construction du mur de séparation par Israël outrepassa de beaucoup ce qui était envisagé dans ces résolutions.

41. Dans le préambule de ces résolutions, le Conseil de sécurité déclare, en termes généraux, que tout acte de terrorisme international doit être considéré comme une menace pour la paix et la sécurité internationales. La résolution 1373, adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte, énonce notamment, dans son dispositif, une décision tendant à ce que les Etats Membres prennent les mesures voulues pour empêcher que des actes de terrorisme ne soient commis (par. 2 b)).

42. Au demeurant, ces dispositions sont rédigées en des termes trop généraux pour justifier un acte donné tel que la construction du mur de séparation qui constitue en soi une violation des principes du droit international. A cet égard, il faut signaler que la disposition autorisant les Etats Membres à prendre les mesures voulues pour empêcher que des actes de terrorisme ne soient commis fait partie de plusieurs dispositions visant à lutter contre le terrorisme, dont l'une (par. 2 g)) vise expressément à restreindre les mouvements de terroristes ou de groupes de terroristes : «Empêcher les mouvements de terroristes ou de groupes de terroristes en instituant des contrôles efficaces aux frontières, ainsi que des contrôles lors de la délivrance de documents d'identité et de documents de voyage...» Il n'est pas concevable d'interpréter la mesure générale énoncée au paragraphe 2 b) de telle façon qu'elle se substitue aux mesures spéciales de contrôle des mouvements des terroristes et des groupes de terroristes, ni de justifier une mesure qui, tel que cela ressort clairement du rapport établi par le Secrétaire général en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale (A/ES-10/248) en date du 3 décembre 2003, entravera sérieusement la circulation de civils innocents ainsi que leur accès aux champs, aux lieux de travail et aux services sociaux essentiels. Cela porte atteinte au principe général de droit selon lequel les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales.

43. Nonobstant le droit qu'a Israël de protéger ses citoyens contre les attaques et le réel souci de prévention des attentats terroristes à l'échelle internationale, il faut noter que la lutte internationale contre le terrorisme repose sur le principe selon lequel elle doit s'inscrire dans le cadre du droit international. Ainsi, aux termes de l'article 19 de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, qui a été ratifiée par un grand nombre de pays : «Aucune disposition de la présente convention ne modifie les autres droits, obligations et responsabilités qui découlent pour les Etats et les individus du droit international...»

44. Par conséquent, et compte tenu aussi des autres arguments avancés, nous disons que les dispositions générales des deux résolutions du Conseil de sécurité doivent être lues sous réserve de leurs dispositions spéciales, en particulier le paragraphe 2 g) de la résolution 1373, et qu'aucune

disposition de ces résolutions n'exclut l'applicabilité du droit international au Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, ni n'autorise à agir contrairement au droit international.

Droit humanitaire

45. Il est évident que le droit international humanitaire s'applique dès le déclenchement d'un conflit, ce qui dans le cas du conflit israélo-palestinien, remonte à la guerre de 1967, jusqu'à ce que les parties aient abouti à un accord général de paix. Par conséquent, dans le cas du Territoire palestinien occupé, Israël, en tant que puissance occupante, est tenue de respecter les dispositions du règlement de La Haye de 1907 et de la quatrième convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949, qui ensemble régissent le régime juridique de l'occupation de guerre. Ces instruments font partie du droit international coutumier et lient tous les Etats, y compris Israël, qui est une haute partie contractante des quatre conventions de Genève de 1949. Conformément à l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Si un Etat doit, pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu d'un traité, adopter une nouvelle loi ou en modifier une qui existe, il doit veiller à le faire avant l'entrée en vigueur du traité. En droit international, par conséquent, un Etat ne peut pas faire valoir qu'il attend que son Parlement légifère. Autrement dit, le fait que, bien qu'il ait ratifié les quatre conventions de Genève, il ne les a pas encore incorporées dans son droit interne et n'est donc pas lié par leurs dispositions, le Gouvernement israélien avance un argument qui est dénué de tout fondement juridique au regard des dispositions de la convention de 1969 sur le droit des traités, qui font partie du droit international coutumier, et ont donc force obligatoire pour tous les Etats.

46. Les articles 47 à 78 de la quatrième convention de Genève de 1949, qui sont expressément consacrés aux territoires occupés, s'appliquent en l'espèce. L'une des règles fondamentales est inscrite dans l'article 47 de la quatrième convention de Genève, en vertu duquel les droits des personnes vivant dans des territoires occupés sont pleinement protégés par le droit international. La puissance occupante, en l'espèce Israël, ne peut modifier leur situation juridique ni par un acte unilatéral ni par une annexion du territoire, car elles demeurent des personnes protégées.

47. Le mur de séparation que le Gouvernement israélien a construit et continue de construire, qui aboutit à l'incorporation de fait en Israël de parties du Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, porte directement atteinte à l'article 47 de la quatrième convention de Genève et constitue aussi une violation des différentes résolutions des Nations Unies évoquées plus haut, qui exigent le retrait des forces armées israéliennes du Territoire palestinien occupé.

48. Suivant l'exposé détaillé que le rapporteur de la Commission des droits de l'homme a présenté dans son rapport sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés (E/CN.4/2004/6), la construction du mur a donné lieu à de nombreuses expropriations de terres et a causé la destruction d'habitations, de commerces, d'écoles, de réseaux d'approvisionnement en eau et de terres agricoles appartenant aux Palestiniens. De tels actes sont expressément interdits par l'article 53 de la quatrième convention de Genève aux termes duquel

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

49. Pour justifier une telle violation de l'article 53 de la quatrième convention de Genève et la construction du mur de séparation proprement dit, le Gouvernement israélien fait valoir que le mur a pour but d'assurer la sécurité d'Israël et que la destruction ou la confiscation de biens palestiniens est imposée par les nécessités de la guerre, comme le permet l'article 23 du règlement de La Haye de 1907. Il faut préciser que la notion d'«impératifs militaires» ne libère pas l'Etat des obligations qui lui incombent de respecter le droit humanitaire international. Les conventions de Genève et les protocoles additionnels ont déjà concilié les exigences liées aux lois de la guerre et les besoins de l'humanité.

50. Compte tenu de ces considérations, il faut examiner un certain nombre de facteurs sur le terrain afin d'évaluer, au regard du droit international, du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme, les motifs avancés par le Gouvernement israélien pour justifier ses actes; à savoir :

- a) la construction du mur de séparation dans le Territoire palestinien, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, est en contradiction directe avec le droit international qui interdit l'annexion du territoire dans toute guerre, y compris une guerre de légitime défense;
- b) le mur englobe du côté israélien la plupart des colonies israéliennes illicites, qui font encore l'objet de négociations entre Israël et la Palestine. Les colonies israéliennes sont illicites parce qu'elles constituent non seulement une tentative d'acquisition de territoire par la force, mais aussi une infraction aux dispositions de l'article 49 de la quatrième convention de Genève qui dit clairement que «la puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle»;
- c) d'après le rapport du rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés (E/CN.4/2004/6) et le rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/13 (A/ES-10/248 en date du 3 décembre 2003), le mur a créé des zones fermées dans lesquelles est mis en place un système de permis délivrés aux Palestiniens qui vivent et/ou travaillent dans la zone, ainsi que des enclaves qui coupent les villages palestiniens des services essentiels tels que services de santé, écoles, ressources en eau et électricité. Ces conditions inhumaines qui résultent de la construction du mur obligent des Palestiniens à quitter leurs maisons dans les zones touchées, d'où un mouvement de personnes déplacées à l'intérieur de leur pays. Les conséquences du mur en l'espèce doivent être mesurées en fonction du principe de proportionnalité reconnu par le droit humanitaire international. Elles constituent aussi des violations des droits de l'homme qui doivent être appréciées au regard du pacte international relatif aux droits civils et politiques et du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, deux instruments dont Israël est signataire;
- d) les Nations Unies ont adopté plusieurs résolutions qui condamnent l'annexion de Jérusalem-Est, et d'autres qui demandent que lui soit redonné le statut qu'elle avait avant son occupation. Jérusalem-Est est donc une région occupée, une région dans laquelle il faut mettre en application le droit international humanitaire.

51. Selon un principe bien établi en droit international, c'est d'après les règles du droit international qu'il faut juger le comportement de l'administration militaire dans une zone purement et simplement occupée, à savoir le Territoire palestinien occupé, y compris l'intérieur et le pourtour de Jérusalem-Est. Il faut que les mesures de sécurité soient prises conformément au droit humanitaire international, et permettent un retour rapide à une vie civile normale. Le caractère permanent du mur empêche de suivre toutes ces prescriptions.

52. Le droit du Gouvernement israélien de prendre des précautions d'ordre sécuritaire n'est pas mis en cause. Au demeurant, ce droit ne s'exerce pas dans le vide. Il y a des règles, des principes et des limites, établis par le droit international humanitaire, on l'a vu plus haut, qui régissent la manière dont ce droit peut et doit être exercé, et la mesure dans laquelle il peut et doit l'être.

Droits de l'homme

53. Le droit international moderne relatif aux droits de l'homme trouve ses origines dans la Charte des Nations Unies. L'un des buts des Nations Unies, énoncés dans le paragraphe 3 de l'article 1 de la Charte, est de développer et encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. Cette idée est reprise dans les articles 13, 55 et 56. L'article 55 c) prévoit que les Nations Unies favoriseront le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, et l'article 56 oblige les Etats Membres à agir pour atteindre ces buts.

54. Le premier instrument international de codification des droits fondamentaux de l'homme est la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 et, bien qu'il s'agisse d'une résolution de l'Assemblée générale dont les dispositions ont le caractère de recommandations, les droits qui y sont consacrés sont aujourd'hui acceptés en tant que normes du droit international coutumier, et certains ont même aussi acquis le statut de normes de droit international relevant du *jus cogens* (J. Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 2000, p. 241). Il s'ensuit que les dispositions de la déclaration lient tous les Etats. L'effet de traité a aussi été donné à la déclaration universelle dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Outre le caractère universel qui leur a été reconnu, les droits de l'homme sont aujourd'hui aussi des «droits inaliénables et inviolables inhérents à tous les membres de la famille humaine» (proclamation de Téhéran, 1968).

55. Il n'est donc pas fondé de prétendre que les habitants du Territoire palestinien occupé sont exclus de la protection accordée par les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme (et, par voie de conséquence, des droits de l'homme spécifiques qui se sont fixés en tant que principes de droit international coutumier) à cause de l'absence de relation gouvernement-citoyen. C'est là un argument sérieusement entaché de vice. Il nie le caractère universel des droits de l'homme et le fait que ces droits sont propres à l'individu, et non au gouvernement. Il va sans dire que, même quand la relation gouvernement-citoyen est remplacée par une relation puissance occupante-individu, ce remplacement qui résulte d'un acte unilatéral dans lequel l'individu n'a joué aucun rôle ne saurait faire disparaître d'un coup la protection offerte par le droit international relatif aux droits de l'homme : l'individu reste bénéficiaire au moins des droits de l'homme essentiels et de la protection qui s'y rattache. D'après les paragraphes 2 à 4 du «résumé de la position légale du Gouvernement d'Israël» (annexe I du rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale (A/ES-10/248 en date du 3 décembre 2003)), les habitants du Territoire palestinien occupé ne bénéficieraient ni de la protection offerte par le droit humanitaire international ni de celle qui est prévue dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques : cette thèse, qui créerait une lacune juridique à l'égard du Territoire palestinien occupé dans lequel les individus ne bénéficieraient d'aucune protection vis-à-vis de la puissance occupante, est totalement insoutenable.

56. En ce qui concerne les droits de l'homme spécifiques qui sont touchés par la construction du mur de séparation, aussi bien le Secrétaire général dans le rapport qu'il a établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale en date du 20 novembre 2003 que le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme dans son rapport sur la situation des droits de

l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967 font état de l'expropriation de terres, de la destruction d'arbres fruitiers et d'oliviers, de la destruction de biens immobiliers, d'atteintes à la liberté de circulation, d'atteintes au droit à l'éducation, au travail, à un niveau de vie suffisant et à des services de santé ainsi que du traitement en général réservé aux habitants de ces territoires dans des conditions contraires aux obligations prescrites dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la convention relative aux droits de l'enfant et la quatrième convention de Genève.

57. Ces mesures constituent en soi une violation des principes les plus fondamentaux du droit international relatif aux droits de l'homme et, de plus, les répercussions en sont aggravées par le fait que lesdites mesures, et la construction même du mur de séparation, ne peuvent en aucun cas être justifiées par des impératifs militaires et sont disproportionnées par rapport à la menace contre laquelle elles sont prises.

V. Conclusion

En résumé :

58. A notre avis, la construction du mur de séparation est illicite et, quel que soit le prétexte pris pour le construire, la conséquence pratique en est que le mur, tel qu'il existe et tel qu'il est envisagé, est édifié dans le Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Cet acte, manifestement illicite au regard du droit international, constitue une annexion de fait de parties dudit territoire, annexion qui doit être considérée comme l'une des conséquences les plus graves de la construction du mur.

59. Malgré les préoccupations légitimes d'Israël en matière de sécurité, nous disons que la construction du mur est une mesure disproportionnée et non nécessaire qui ne constitue pas une mesure de sécurité légitime, parce qu'elle élargit cette notion à l'excès et, de plus, porte atteinte à plusieurs principes fondamentaux du droit international, tels que l'interdiction de l'acquisition de territoire par la force, le droit du peuple palestinien à l'autodétermination et les droits reconnus au peuple palestinien par le droit international humanitaire et le droit international relatif aux droits de l'homme.

60. En outre, comme il deviendra concrètement une frontière de fait entre Israël et la Palestine, le mur de séparation, au lieu d'apporter la sécurité à Israël, compromettra les tentatives faites à l'échelle internationale pour aboutir à une paix globale, juste et durable dans la région, fondée sur la solution des deux Etats.

61. Par conséquent, nous disons que la Cour devrait conclure à l'illicéité du mur au regard du droit international.
