

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{ME} LE JUGE HIGGINS

[Traduction]

Questions pertinentes à l'égard du pouvoir discrétionnaire que la Cour n'a pas examinées — Eléments faisant défaut pour rendre un avis équilibré — Violations des articles 46 et 52 du règlement de La Haye et des articles 49 et 53 de la quatrième convention de Genève — Désaccord avec des passages de l'avis relatifs à l'autodétermination, à la légitime défense et au principe erga omnes — Limites des données factuelles fondant l'avis.

1. Je souscris à l'avis de la Cour en ce qui concerne sa compétence en l'espèce et j'estime que les paragraphes 14 à 42 répondent correctement aux divers arguments contraires présentés sur ce point.

2. La question du pouvoir discrétionnaire et de l'opportunité est beaucoup plus difficile à traiter. Bien qu'ayant en définitive voté en faveur de la décision de rendre l'avis, j'estime que les questions ne sont pas aussi clairement définies que la Cour le dit. Il est évident (en particulier de par le libellé de la demande d'avis consultatif soumise à la Cour) que ceux qui sollicitent l'avis ont tenté d'assimiler l'avis concernant le mur à celui que la Cour avait rendu à propos de la Namibie (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, ordonnance du 29 janvier 1971, C.I.J. Recueil 1971, p. 12*). Je pense qu'ils ont tort pour plusieurs raisons. D'abord et avant tout, la Cour avait déjà rendu, au moment où la demande d'avis a été soumise en 1971 sur les conséquences juridiques de certains actes, divers avis sur le Sud-Ouest africain qui indiquaient clairement les obligations juridiques de l'Afrique du Sud (*Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 128; Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1955, p. 67; Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956, p. 23*). En outre, toutes les obligations juridiques incombaient, en tant que puissance mandataire, au Sud-Ouest africain. Il n'y avait pas d'obligation juridique et encore moins d'obligations non honorées qui, en 1971, s'imposaient également à l'Organisation du peuple du Sud-Ouest africain (SWAPO), en tant que représentant du peuple namibien.

3. En l'espèce, c'est l'Assemblée générale et non la Cour qui s'est précédemment prononcée sur la licéité. Par ailleurs, à la différence de la situation concernant la Namibie en 1971, le véritable problème difficile à résoudre, dont le mur peut être regardé comme un élément, ne peut être considéré comme un problème où seulement une partie a été déjà recon-

nue par une juridiction comme contrevenant aux droits, où cette partie seulement doit agir de façon à rétablir la légalité et où, du point de vue de l'obligation en droit, l'autre «partie» n'a plus rien à faire. C'est ce qui ressort de la longue histoire de cette question, comme en témoignent les résolutions 242 (1967) et 1515 (2003) du Conseil de sécurité.

4. A l'appui de cette analogie erronée — qui sert à étayer des moyens de droit relatifs au pouvoir discrétionnaire, mais vise aussi des objectifs plus larges — les conseils ont informé la Cour que «le problème du mur se pose entre un Etat — Israël — et l'Organisation des Nations Unies» (voir par exemple CR 2004/3, p. 62, par. 31). Bien sûr, l'assimilation à l'affaire de la *Namibie* et le fait de nier l'existence d'un différend, sauf entre Israël et l'Organisation des Nations Unies, visent également à se soustraire à la nécessité de satisfaire aux critères énoncés par la Cour lorsqu'elle statue sur l'opportunité de rendre un avis en cas de différend entre deux Etats. Toutefois, on le verra ci-après, on ne saurait se soustraire à cette nécessité.

5. En outre, dans l'affaire de la *Namibie*, l'Assemblée a sollicité un avis juridique sur les conséquences de ses propres décisions nécessaires sur le sujet. L'Assemblée générale était l'organe à qui revenait à présent le pouvoir de mettre fin au mandat de la Société des Nations. Elle y a dûment mis fin. Toutefois, les résolutions de l'Assemblée ne sont, dans la plupart des cas, que des recommandations. Le Conseil de sécurité qui, dans certaines circonstances, peut adopter des résolutions ayant force exécutoire en vertu du chapitre VII de la Charte n'était pas l'organe responsable des mandats. Cette situation embrouillée était au centre de l'avis sollicité auprès de la Cour. Là encore, il n'y pas d'analogie réelle avec l'espèce.

6. Nous nous trouvons donc sur un terrain juridique différent — celui, bien connu, où il existe un différend entre des parties, ce qui ne signifie pas nécessairement que la Cour ne doit pas exercer sa compétence, si certaines conditions sont remplies.

7. Depuis 1948, Israël est en conflit, d'abord avec ses voisins arabes (et d'autres Etats arabes) et, plus récemment, avec l'Autorité palestinienne. Les observations écrites d'Israël sur cet aspect (7.4 à 7.7), tout comme le rapport du Secrétaire général qui fait référence au «résumé de la position légale» de «chaque partie», témoignent de cette réalité. La Cour a considéré que le statut spécial de la Palestine, même si elle n'est pas encore un Etat indépendant, lui permettait d'être invitée à participer à cette procédure. Il existe donc un différend entre deux acteurs internationaux, et la demande d'avis consultatif porte sur l'un de ses éléments.

8. En soi, cela ne signifie pas que la Cour devait refuser d'exercer sa compétence sur le terrain de l'opportunité. Ce n'est qu'un point de départ pour l'examen par la Cour de la question du pouvoir discrétionnaire. La Cour a expliqué dans divers avis consultatifs comment il convient d'interpréter le principe énoncé dans l'avis relatif au *Statut de la Carélie orientale* (avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 5). Dans les avis concernant *Certaines dépenses des Nations Unies* (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif (C.I.J. Recueil 1962, p. 151); les *Conséquences*

juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif (C.I.J. Recueil 1971, p. 12); et, surtout, dans celui concernant le Sahara occidental, avis consultatif (C.I.J. Recueil 1975, p. 12), le ratio decidendi du Statut de la Carélie orientale a été expliqué. Parmi ces affaires, celle du Sahara occidental offre de loin les orientations les plus pertinentes, puisqu'il s'agissait d'un différend entre acteurs internationaux sur lequel la Cour n'avait pas elle-même déjà donné plusieurs avis consultatifs (cf. l'avis concernant la Namibie, donné à la suite de trois autres rendus précédemment sur des questions de licéité).

9. Dans l'affaire du *Sahara occidental*, la Cour n'a pas dit que le principe du consentement au règlement des différends dans les avis consultatifs avait maintenant perdu toute pertinence pour tous les Etats Membres des Nations Unies. Elle a dit seulement que les facteurs particuliers sous-jacents au *ratio decidendi* du *Statut de la Carélie orientale* faisaient défaut. Cela étant, d'autres facteurs devaient être examinés pour voir si le critère de l'opportunité était respecté dans un avis consultatif lorsque les intérêts juridiques d'un Membre des Nations Unies faisaient l'objet de cet avis.

10. Bien plus, dans l'affaire du *Sahara occidental*, la Cour, après avoir rappelé le prononcé souvent cité de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, selon lequel un avis donné à un organe des Nations Unies «constitue une participation de la Cour ... à l'action de l'Organisation et, en principe, ... ne devrait pas être refusé» (*C.I.J. Recueil 1950, p. 71*), a néanmoins affirmé que:

«le défaut de consentement pourrait l'amener à ne pas émettre d'avis si, dans les circonstances d'une espèce donnée, des considérations tenant à son caractère judiciaire imposaient un refus de répondre. Bref, le consentement d'un Etat intéressé conserve son importance non pas du point de vue de la compétence de la Cour mais pour apprécier s'il est opportun de rendre un avis consultatif.

Ainsi le défaut de consentement d'un Etat intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour.» (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 25, par. 32 et 33.*)

11. Quelles sont donc les conditions qui ont motivé un avis de la Cour dans l'affaire du *Sahara occidental* alors même qu'était né un différend auquel était partie un Etat Membre des Nations Unies? L'une des conditions était qu'un membre des Nations Unies:

«ne pouvait pas valablement objecter à ce que l'Assemblée générale exerce ses pouvoirs pour s'occuper de la décolonisation d'un territoire non autonome et demande un avis consultatif sur des questions intéressant l'exercice de ces pouvoirs» (*ibid.*, p. 24, par. 30).

Bien que l'Assemblée n'exerce les pouvoirs ni d'un organe de supervision du mandat (comme dans l'affaire de la *Namibie*) ni d'un organe chargé de la décolonisation d'un territoire non autonome (comme dans l'affaire du *Sahara occidental*), la Cour rappelle à juste titre, aux paragraphes 48 à 50, l'intérêt spécial que l'Organisation des Nations Unies a de longue date manifesté pour le différend, dont la construction du mur représente maintenant un élément.

12. Il reste toutefois une autre condition à remplir, que la Cour a énoncée dans l'affaire du *Sahara occidental*. Elle déclare tenir que :

«L'Assemblée générale n'a pas eu pour but de porter devant la Cour, sous la forme d'une requête pour avis consultatif, un différend ou une controverse juridique, afin d'exercer plus tard, sur la base de l'avis rendu par la Cour, ses pouvoirs et ses fonctions en vue de régler pacifiquement ce différend ou cette controverse. L'objet de la requête est tout autre: il s'agit d'obtenir de la Cour un avis consultatif que l'Assemblée générale estime utile pour pouvoir exercer comme il convient ses fonctions relatives à la décolonisation du territoire.» (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 26 et 27, par. 39.*)

En l'espèce, nous nous trouvons devant la situation contraire. L'objet de la requête n'est pas d'obtenir un avis sur les fonctions de décolonisation de l'Assemblée, mais de pouvoir plus tard, sur la base de l'avis rendu par la Cour, exercer ses pouvoirs en vue du règlement du différend ou de la controverse. Nombreux sont les participants à la procédure orale qui ont, en toute franchise, souligné cet objectif.

13. La Cour ne traite pas du tout ce point dans la partie de son avis portant sur l'opportunité. En fait, elle reste remarquablement silencieuse sur la question, évite de mentionner les lignes précitées et ne donne aucune indication sur leur application en l'espèce. En ce sens, de par son silence, le présent avis a pour effet essentiel de reviser, et non d'appliquer, la jurisprudence.

14. Un autre aspect me préoccupe s'agissant de l'opportunité. Le droit, l'histoire et les aspects politiques du différend entre Israël et la Palestine sont extrêmement complexes. Une cour de justice qui est invitée à se prononcer sur un élément d'un différend multiforme en excluant les autres éléments est nécessairement placée dans une situation difficile. Le contexte est généralement important dans les décisions de justice. Cependant, dans la mesure où, par sa demande, l'Assemblée sollicite un avis sur le droit humanitaire, les obligations que celui-ci impose (sauf dispositions conditionnelles propres) sont absolues. C'est le fondement du droit humanitaire, et ceux qui sont engagés dans un conflit ont toujours su que le prix de notre espoir pour l'avenir c'est qu'ils doivent, quelles que soient les provocations, combattre «en ayant une main dans le dos» et agir conformément au droit international. Si ce facteur rend le contexte moins pertinent en ce qui concerne les obligations découlant du droit humani-

taire, il n'en demeure pas moins que le contexte est important pour d'autres aspects du droit international sur lesquels la Cour décide de statuer. Pourtant, la formulation de la question empêche l'examen de ce contexte.

15. Abordant la réalité selon laquelle «la question de la construction du mur n'[était] qu'un aspect du conflit israélo-palestinien», la Cour indique qu'elle «est certes consciente que la question du mur fait partie d'un ensemble, et [qu']elle prendrait soigneusement en considération cette circonstance dans tout avis qu'elle pourrait rendre» (par. 54).

16. En réalité, elle ne le fait jamais. Rien dans le reste de l'avis ne vise vraiment ce point. En outre, je trouve que l'«historique» de la question présenté par la Cour dans les paragraphes 71 à 76 n'est ni équilibré ni satisfaisant.

17. Que doit faire une cour lorsqu'on lui demande de rendre un avis sur un élément d'un problème plus large? Manifestement, elle ne doit pas prétendre «répondre» à ces questions juridiques de plus vaste portée. La Cour, avec sagesse et comme il sied, évite les questions dites du «statut permanent» et ne se prononce pas non plus sur les raisons et les torts dans la multitude de controverses passées suscitées par le problème israélo-palestinien. Face à ce dilemme, la Cour doit donner un avis équilibré, en rappelant les obligations qui incombent à toutes les parties concernées.

18. C'est avec regret que je constate que cela n'est pas le cas dans le présent avis. Certes, au paragraphe 162, la Cour rappelle que «des actions illicites ont été menées et des décisions unilatérales ont été prises par les uns et par les autres» et souligne que «aussi bien Israël que la Palestine ont l'obligation de respecter de manière scrupuleuse le droit international humanitaire». Il n'empêche qu'à mon avis il aurait fallu bien davantage pour éviter l'énorme déséquilibre qu'entraîne nécessairement une situation où la Cour est invitée à statuer sur seulement une partie de l'ensemble du problème et pour, ensuite, prendre «soigneusement en considération» cette circonstance. L'appel lancé aux deux parties afin qu'elles agissent conformément au droit humanitaire international aurait dû figurer dans le dispositif. Ce manquement est en contradiction flagrante avec la voie qu'a suivie la Cour dans le point F du dispositif de l'avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 266)*. En outre, la Cour aurait dû préciser ce qui est attendu des deux parties dans cet «ensemble». Aucune difficulté ne se pose à cet égard : de la résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité à sa résolution 1515 (2003), les conditions essentielles sont demeurées les mêmes, à savoir qu'Israël a le droit d'exister, d'être reconnu et de vivre en sécurité, et que le peuple palestinien a droit à un territoire et à un Etat propre et le droit de disposer de lui-même. La résolution 1515 (2003) du Conseil de sécurité dispose que ces obligations de longue date doivent être garanties, aussi bien dans leur caractère général qu'en ce qui concerne les détails, par la négociation. Le drame, manifestement, est qu'aucune des deux parties ne prendra de mesures à cette fin tant que l'autre ne le fera pas. La Cour, ayant décidé qu'il était opportun d'exercer sa compé-

tence, aurait dû user de la latitude que lui offre un avis consultatif pour rappeler les deux parties non seulement à leurs obligations de fond en vertu du droit international, mais aussi à l'obligation de procédure qui leur incombe d'agir simultanément. De plus, j'estime que, pour que l'avis soit équilibré, ce dernier élément aurait dû également figurer dans le dispositif.

19. La Cour aurait dû aussi, à mon avis, saisir cette occasion pour dire, de la manière la plus claire possible, ce qui, malheureusement aujourd'hui, doit manifestement être constamment réaffirmé même parmi les juristes internationaux, à savoir que la protection des civils demeure une obligation intransgressible du droit humanitaire non seulement pour l'occupant, mais aussi pour ceux qui cherchent à se libérer de l'occupation.

20. C'est donc avec beaucoup d'hésitation que j'ai voté pour le point 2 du dispositif. J'ai finalement voté en faveur de ce point parce que je suis d'accord avec la quasi-intégralité du libellé des paragraphes 44 à 64. C'est plutôt ce qui n'y figure pas que je déplore.

* *

21. La formulation de l'alinéa 3 A) du dispositif ne fait pas la distinction entre les différents motifs sur lesquels reposent les conclusions de la Cour. J'ai voté pour cet alinéa parce que je conviens que le mur construit dans le territoire occupé et le régime qui lui est associé entraînent certaines violations du droit humanitaire. Mais je ne suis pas d'accord avec plusieurs des autres éléments sur lesquels la Cour s'est fondée pour parvenir à cette conclusion générale ni avec le traitement dont les données initiales ont fait l'objet.

22. L'Assemblée générale a demandé à la Cour de répondre à la question «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» (résolution ES-10/14 de l'Assemblée générale). On aurait pensé que, une fois que la Cour aurait décidé que la quatrième convention de Genève était applicable, le droit humanitaire serait au centre de l'avis.

23. Par sa résolution ES-10/13, l'Assemblée générale a déterminé que le mur était contraire au droit humanitaire sans préciser les dispositions concernées ni les raisons. La Palestine a informé la Cour qu'elle considère que les articles 33, 53, 55 et 64 de la quatrième convention de Genève et l'article 52 du règlement de La Haye étaient violés. D'autres participants ont invoqué les articles 23 g), 46, 50 et 52 du règlement de La Haye ainsi que les articles 27, 47, 50, 55, 56 et 59 de la quatrième convention. Pour le rapporteur spécial, le mur constitue une violation des articles 23 g) et 46 du règlement de La Haye et des articles 47, 49, 50, 53 et 55 de la quatrième convention de Genève. On se serait attendu à ce qu'un avis consultatif contienne une analyse détaillée, avec des références aux textes, à

l'abondante doctrine et aux faits à la disposition de la Cour, indiquant *laquelle* de ces positions est correcte. Cette démarche aurait suivi la tradition consistant à saisir l'occasion offerte par le prononcé d'avis consultatifs pour élaborer et développer le droit international.

24. Elle aurait également montré, par souci d'équilibre, non seulement les dispositions qu'Israël a violées mais aussi celles qu'il n'a pas violées. Or une fois qu'elle a décidé lesquelles des dispositions sont en fait applicables, la Cour n'a fait par la suite que mentionner celles qu'Israël a violées. En outre, à mon avis, du fait de la structure de l'avis, où le droit humanitaire et le droit des droits de l'homme ne sont pas traités séparément, il est extrêmement difficile de percevoir exactement la décision de la Cour. Nonobstant le libellé très général de l'alinéa 3 A) du dispositif, il ne faudrait pas perdre de vue qu'en fait la Cour a constaté que seulement l'article 49 de la quatrième convention de Genève (par. 120), et les articles 46 et 52 du règlement de La Haye et l'article 53 de la quatrième convention de Genève (par. 132) ont été violés. Je souscris à ces conclusions.

25. Après avoir traité le droit humanitaire international de façon plutôt superficielle, la Cour se penche sur les normes relatives aux droits de l'homme. Je conviens avec la Cour que celles-ci continuent d'être pertinentes dans les territoires occupés. Je souscris également aux conclusions formulées au paragraphe 134 concernant l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

26. Cela étant, il convient de noter qu'il existe des organes conventionnels, qui ont pour fonction d'examiner en détail le comportement des Etats parties à chacun des pactes. En effet, s'agissant du pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Cour note la jurisprudence pertinente du Comité des droits de l'homme ainsi que les observations finales du Comité sur les obligations d'Israël dans les territoires occupés.

27. En ce qui concerne le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la situation est encore plus singulière étant donné les programmes exigés pour la réalisation de cette catégorie de droits. La Cour n'a pu que faire observer, de façon lapidaire, que le mur et le régime qui lui est associé

«entravent ... l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tels que proclamés par le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels...» (par. 134).

Pour ces deux pactes, on peut se demander s'il est judicieux de solliciter des avis consultatifs de la Cour sur le respect par les Etats parties de leurs obligations, qui font l'objet d'un suivi plus détaillé de la part d'organes créés à cette fin. La réponse peut difficilement se trouver dans le fait que l'Assemblée générale n'établit pas de précédent à caractère plus général car, alors que de très nombreux Etats ne respectent pas leurs obligations au titre des deux pactes, il est demandé à la Cour de statuer seulement sur la conduite d'Israël à cet égard.

28. La Cour s'est également fondée, pour parvenir à sa conclusion générale de l'alinéa 3 A) du dispositif, sur le fait qu'Israël viole le principe de l'autodétermination. Elle fait suivre des observations concernant le tracé juridiquement problématique du mur et les risques démographiques qui y sont associés de l'affirmation selon laquelle «[cette] construction, s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse ainsi un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit» (par. 122). Il me semble qu'il s'agit là d'un raisonnement dépourvu de logique.

29. La doctrine et la pratique abondent en enseignements sur «l'autodétermination au-delà du colonialisme». La Déclaration des Nations Unies relative aux relations amicales de 1970 (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale) indique également que l'autodétermination s'applique dans des circonstances où les peuples sont assujettis à «une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères». L'Assemblée générale a adopté plusieurs résolutions évoquant cette dernière circonstance, ayant à l'esprit l'Afghanistan et les territoires arabes occupés (par exemple, résolution 3236 (XXIX) de 1974 concernant la Palestine; résolution 2144 (XXV) de 1987 concernant l'Afghanistan). Le Comité des droits de l'homme a constamment soutenu cette vue postcoloniale de l'autodétermination.

30. La Cour a, pour la première fois, sans aucune analyse juridique particulière, implicitement adopté aussi cette deuxième conception. J'approuve le principe invoqué, mais son application en l'espèce me laisse perplexe. Par autodétermination, on entend le droit qu'ont «tous les peuples ... [de] détermine[r] librement leur statut politique et [d']assure[r] librement leur développement économique, social et culturel» (art. 1.1, pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et pacte international relatif aux droits civils et politiques). Comme l'indique le présent avis (par. 118), il est maintenant admis que le peuple palestinien constitue un «peuple» aux fins de l'autodétermination. Toutefois, il me semble plutôt irréaliste que la Cour conclue que c'est le mur qui représente un «obstacle grave» à l'exercice de ce droit. L'obstacle réel est l'incapacité manifeste et/ou le manque de volonté aussi bien d'Israël que de la Palestine d'agir parallèlement pour mettre en place les conditions nécessaires — c'est-à-dire que, au même moment, Israël se retire du territoire arabe occupé et que la Palestine crée les conditions permettant à Israël de se sentir en sécurité ce faisant. Ce simple point est mis en évidence par le fait que, le mur n'eût-il jamais été construit, les Palestiniens n'auraient toujours pas exercé leur droit de disposer d'eux-mêmes. Il me semble à la fois irréaliste et peu équilibré que la Cour dise que le mur (plutôt que le problème plus large, qui va au-delà de la demande d'avis soumise à la Cour) constitue un obstacle grave à l'autodétermination.

31. Cette conclusion n'est pas plus persuasive vue sous l'angle territorial. Comme la Cour le dit au paragraphe 121, le mur ne constitue pas à l'heure actuelle, en soi, une annexion de fait. Les «peuples» exercent

nécessairement leur droit de disposer d'eux-mêmes à l'intérieur de leur propre territoire. Quelle que soit en définitive la frontière qui pourra être négociée, il ne fait pas de doute, comme il est indiqué au paragraphe 78 de l'avis, qu'Israël occupe le territoire palestinien. Ce territoire n'est ni plus ni moins occupé parce qu'un mur le traverse. Pour mettre fin à cette situation, il est nécessaire que les deux parties, simultanément, acceptent les responsabilités qui leur incombent en vertu du droit international.

32. Après avoir statué sur le droit applicable, et l'avoir appliqué, la Cour se penche sur les restrictions, les dérogations et les moyens de défense éventuels face à sa violation potentielle.

33. Je ne souscris pas à tout ce que la Cour dit concernant la question du droit à la légitime défense. Au paragraphe 139, la Cour cite l'article 51 de la Charte puis poursuit: «L'article 51 de la Charte reconnaît ainsi l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat.» Je me permettrai de signaler que nulle part dans l'article 51 il n'est ainsi stipulé que la légitime défense ne peut être invoquée qu'en cas d'agression armée par un Etat. Cette restriction résulte plutôt de la décision prise en ce sens par la Cour dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14). La Cour avait alors jugé qu'une action militaire menée par des forces irrégulières pouvait constituer une agression armée si ces éléments étaient envoyés par l'Etat ou au nom de celui-ci et si l'opération était telle, «par ses dimensions et ses effets, qu'elle aurait été qualifiée d'agression armée ... si elle avait été le fait de forces armées régulières» (*ibid.*, p. 104, par. 195). Tout en acceptant, comme j'y suis tenue, que cette déclaration doit être considérée comme l'énoncé de l'état actuel du droit, je maintiens toutes les réserves que j'ai émises ailleurs à ce sujet (R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 250 et 251).

34. Je ne suis pas non plus convaincue par l'affirmation de la Cour selon laquelle, dès lors que l'usage de la force émane du territoire occupé, il ne s'agit pas d'une attaque armée «par un Etat contre un autre». Je ne comprends pas le point de vue de la Cour selon lequel une puissance occupante perd le droit de défendre ses propres citoyens civils à domicile si les attaques émanent du territoire occupé — un territoire qui, pour la Cour, n'a pas été annexé et est certainement «autre» qu'Israël. En outre, la Palestine ne peut pas être suffisamment une entité internationale pour être invitée à cette procédure, et bénéficier du droit humanitaire, mais pas suffisamment une entité internationale pour que lui soit opposée l'interdiction de livrer des attaques armées contre d'autres. C'est là un formalisme peu équitable. La question est assurément d'établir la responsabilité de l'envoi de groupes et de personnes qui agissent contre les civils israéliens et de la gravité cumulée de ces actions.

35. Cela étant, ces réserves ne m'ont pas amenée à voter contre l'alinéa 3 A) du dispositif, pour deux raisons. Premièrement, je ne suis pas convaincue que l'adoption de mesures n'appelant pas la force (telles que

la construction d'un mur) relève de la légitime défense au titre de l'article 51 de la Charte, comme cette disposition est normalement comprise. Deuxièmement, même s'il s'agissait d'un acte de légitime défense, ainsi qualifié à juste titre, il faudrait justifier qu'il est nécessaire et proportionné. Si le mur semble avoir contribué à réduire les attentats contre les civils israéliens, la nécessité et la proportionnalité du tracé retenu, avec comme corollaire les difficultés imposées aux Palestiniens non impliqués dans les attentats, n'ont pas été expliquées.

36. La dernière partie du dispositif porte sur les conséquences juridiques des conclusions de la Cour.

37. J'ai voté pour l'alinéa 3 D) du dispositif mais, à la différence de la Cour, je ne pense pas que la conséquence des violations identifiées du droit international qui y est indiquée ait quelque chose à voir avec le concept d'*erga omnes* (voir paragraphes 154 à 159 de l'avis). La célèbre sentence de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase* (arrêt, C.I.J. Recueil 1970, par. 33) est souvent invoquée à tort et à travers. C'est malheureusement, encore une fois, le cas dans le présent avis, au paragraphe 155. Cette sentence visait une question très particulière de *locus standi*. Comme la Commission du droit international l'a si bien indiqué dans ses commentaires concernant le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (A/56/10, p. 299), il est certains droits que, vu leur importance, «chaque Etat a un intérêt juridique à [voir] protégés». Cela n'a rien à voir avec l'imposition d'obligations de fond à des tiers dans une affaire.

38. Il est évident que les tiers ne doivent pas reconnaître une situation illicite ni y contribuer; il n'y a pas lieu pour cela d'invoquer le concept incertain d'*erga omnes*. Ainsi, lorsque le Conseil de sécurité juge qu'il existe une situation illicite en vertu des articles 24 et 25 de la Charte, il en résulte des «décisions ... par conséquent obligatoires pour tous les Etats Membres des Nations Unies, qui sont ainsi tenus de les accepter et de les appliquer» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 53, par. 115*). L'obligation faite aux Membres des Nations Unies de ne pas reconnaître la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie et de ne pas lui apporter appui ou assistance n'était en aucun cas fondée sur le principe *erga omnes*. Plutôt, la Cour a souligné que «[q]uand un organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence» (*ibid.*, par. 117). La Cour avait déjà jugé dans une affaire contentieuse que sa décision établissant un acte illégal «entraîne une conséquence juridique, celle de mettre fin à une situation irrégulière» (*Haya de la Torre, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 82*). Bien qu'en l'espèce ce soit la Cour, et non un organe des Nations Unies agissant en vertu des articles 24 et 25, qui a établi l'illicéité, et que ce jugement ait été prononcé dans le cadre d'un avis consultatif plutôt que d'une

affaire contentieuse, la position de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies laisse à penser que la conséquence juridique d'une décision établissant qu'un acte ou une situation est illégale est la même. L'obligation de non-reconnaissance et de non-assistance faite aux Membres des Nations Unies ne repose pas sur le concept d'*erga omnes*.

39. Enfin, le fait d'invoquer (par. 157) le caractère *erga omnes* des violations du droit humanitaire semble également dépourvu de pertinence. Ces principes intransgressibles ont force exécutoire de façon générale parce qu'ils ressortissent au droit international coutumier, ni plus ni moins. En outre, l'article premier de la quatrième convention de Genève, aux termes duquel « Les hautes parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente convention en toutes circonstances », que la Cour semble considérer comme ressortissant au principe *erga omnes*, est tout simplement une disposition d'une convention multilatérale ayant fait l'objet d'une ratification quasi universelle. L'acte final de la conférence diplomatique de Genève de 1949 n'offre aucune explication utile de cette disposition ; dans le commentaire correspondant, l'expression « faire respecter » est interprétée comme allant au-delà de l'adoption de mesures législatives et autres sur le territoire d'un Etat. On y fait observer que

« Si une puissance manque à ses obligations, les autres Parties contractantes (neutres, alliées ou ennemies) peuvent ... — et doivent ... — chercher à la ramener au respect de la convention. Le système de protection prévu par la convention exige en effet, pour être efficace, que les Parties contractantes ne se bornent pas à appliquer elles-mêmes la convention, mais qu'elles fassent également tout ce qui est en leur pouvoir pour que les principes humanitaires qui sont à la base des conventions soient universellement appliqués. » (*Les conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaire IV, la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, publié sous la direction de Jean S. Pictet, p. 16.)

Il convient de noter qu'à l'alinéa 3 D) du dispositif la Cour a pris soin d'indiquer que toute mesure de ce genre doit être conforme à la Charte et au droit international.

40. En conclusion, j'ajouterai que, si beaucoup d'informations ont été fournies à la Cour en l'espèce, celles fournies directement par Israël n'ont été que très partielles. La Cour s'est largement fondée sur le rapport du Secrétaire général couvrant la période du 14 avril 2002 au 20 novembre 2003 et sur l'exposé écrit, plus récent, de l'Organisation des Nations Unies (voir par. 79). Il n'est pas évident qu'elle ait eu recours à d'autres données du domaine public. En fait, on trouve des informations utiles dans des documents tels que le troisième rapport de l'actuel rapporteur spécial et la réponse d'Israël (E/CN.4/2004/6/Add.1), ainsi que dans le document intitulé « The Impact of Israel's Separation Barrier on Affected West Bank Communities: An Update to the Humanitarian and Emer-

gency Policy Group (HEPG), Construction of the Barrier, Access, and its Humanitarian Impact, March 2004». En tout état de cause, les constatations de la Cour ont un caractère particulièrement général et, chose remarquable, ne traitent guère de l'application de dispositions particulières du règlement de La Haye ou de la quatrième convention de Genève le long de sections données du tracé du mur. J'ai néanmoins voté pour l'alinéa 3 A) du dispositif parce qu'il ne fait aucun doute que le mur a un impact négatif considérable sur une partie de la population de la Cisjordanie, qu'on ne peut justifier pour des raisons de nécessité militaire permises au titre de ces conventions, sans compter qu'Israël n'a pas expliqué à l'Organisation des Nations Unies ou à la Cour les raisons pour lesquelles seul le tracé retenu pouvait lui permettre de satisfaire ses besoins de sécurité légitimes.

(Signé) Rosalyn HIGGINS.