

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE BUERGENTHAL

[Traduction]

1. Etant donné que, à mon sens, la Cour aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de donner suite à la demande d'avis consultatif, je me dissocie de sa décision d'examiner l'affaire. Mon vote négatif sur les autres points du dispositif ne doit pas être interprété comme signifiant que je considère que la construction du mur par Israël sur le territoire palestinien occupé ne soulève pas de graves questions au regard du droit international — au contraire. Je me rallie d'ailleurs à l'avis sur bien des points. Toutefois, je me vois contraint de voter contre les conclusions sur le fond, parce que la Cour ne disposait pas des éléments de fait indispensables pour fonder les conclusions par trop générales qu'elle a tirées et que, de ce fait, elle aurait dû refuser d'examiner l'affaire. Je suis parvenu à cette conclusion en me fondant sur ce que la Cour elle-même a dit en l'affaire du *Sahara occidental*, lorsqu'elle a souligné que la question essentielle pour déterminer, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si elle devait donner suite à une demande d'avis consultatif est de savoir

«si [elle] dispose de renseignements et d'éléments de preuve suffisants pour être à même de porter un jugement sur toute question de fait contestée et qu'il lui faudrait établir pour se prononcer d'une manière conforme à son caractère judiciaire» (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 28 et 29, par. 46).

Je considère que l'absence en l'espèce des informations et éléments de preuve nécessaires vicie les conclusions de la Cour sur le fond.

2. Je partage la conclusion de la Cour selon laquelle le droit international humanitaire, y compris la quatrième convention de Genève, et le droit international relatif aux droits de l'homme s'appliquent au territoire palestinien occupé et doivent en conséquence être fidèlement observés par Israël. Je reconnais qu'à cause du mur de nombreux Palestiniens qui vivent dans ce territoire endurent de terribles souffrances. A cet égard, je conviens que les mesures de défense prises contre le terrorisme doivent respecter l'ensemble des règles applicables du droit international, et qu'un Etat victime du terrorisme ne peut se défendre contre ce fléau en recourant à des mesures prohibées par le droit international.

3. Il se peut fort bien, et je suis prêt à le reconnaître, qu'à l'issue d'une analyse approfondie de tous les éléments de fait pertinents la conclusion se dégage que le mur actuellement en construction par Israël dans le territoire palestinien occupé constitue, en tout ou en partie, une violation du droit international (voir par. 10 ci-après). Mais parvenir à une telle

conclusion pour la totalité du mur sans disposer de l'ensemble des éléments de fait pertinents qui — compte tenu des attentats terroristes meurtriers perpétrés contre Israël proprement dit et sur son territoire à partir du territoire palestinien occupé, et dont il continue d'être victime — touchent directement au droit de légitime défense d'Israël, à ses impératifs militaires et à ses besoins en matière de sécurité, ni sans avoir cherché à établir tous ces faits pertinents, ne saurait être justifié sur le plan juridique. La nature de ces attentats menés depuis l'autre côté de la Ligne verte et leur impact sur Israël et sa population ne sont jamais véritablement examinés par la Cour et, dans le dossier fourni par l'Organisation des Nations Unies, sur lequel la Cour fonde dans une large mesure ses conclusions, cette question est à peine abordée. Je veux dire par là, non pas qu'un tel examen lèverait l'accusation portée contre Israël selon laquelle le mur en construction constitue, en tout ou en partie, une violation du droit international, mais simplement que, en l'absence d'un tel examen, les conclusions auxquelles est parvenue la Cour ne sont pas véritablement fondées en droit. J'estime que les besoins humanitaires du peuple palestinien auraient été mieux servis si la Cour avait tenu compte de ces éléments, car cela aurait donné à l'avis qu'elle a rendu une crédibilité qui, à mon sens, lui fait défaut.

4. Cela vaut pour la conclusion très générale à laquelle la Cour est parvenue, selon laquelle l'ensemble du mur, dans la mesure où il est construit sur le territoire palestinien occupé, constitue une violation du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme. Cela vaut également pour la conclusion selon laquelle la construction du mur «dresse ... 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). Je conviens que le peuple palestinien peut prétendre au droit à l'autodétermination, et à ce que ce droit soit pleinement protégé. Mais, à supposer, sans nécessairement en convenir pour autant, que ce droit soit applicable en l'espèce et qu'il y ait violation de celui-ci, le droit de légitime défense d'Israël, à condition qu'il soit applicable et invoqué à juste titre, n'en exclurait pas moins toute illicéité à cet égard — voir à ce sujet l'article 21 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, qui prévoit que «[l]'illicéité du fait de l'Etat est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies».

5. Pour savoir si le droit de légitime défense d'Israël s'applique en l'espèce, je pense qu'il faut examiner la nature et la portée des attentats terroristes meurtriers menés contre Israël proprement dit depuis l'autre côté de la Ligne verte et s'interroger sur la mesure dans laquelle la construction de tout ou partie du mur constitue une riposte nécessaire et proportionnée à ces agressions. Du point de vue du droit, il ne me paraît pas inconcevable que certaines parties du mur en construction sur le territoire palestinien puissent satisfaire à ces critères et d'autres pas. Mais pour parvenir à une conclusion dans un sens ou dans l'autre, il faut examiner

les éléments de fait pertinents concernant certaines parties précises du mur, les impératifs de défense auxquels elles répondent et les considérations topographiques connexes.

La Cour ne disposant pas de ces éléments de fait, elle s'est vue contrainte de tirer la conclusion — douteuse sur le plan juridique selon moi — que le droit naturel de légitime défense n'est pas applicable en l'espèce. Selon ses propres termes :

«L'article 51 de la Charte reconnaît ... l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat. Toutefois, Israël ne prétend pas que les violences dont il est victime soient imputables à un Etat étranger.

La Cour note par ailleurs qu'Israël exerce son contrôle sur le territoire palestinien occupé et que, comme Israël l'indique lui-même, la menace qu'il invoque pour justifier la construction du mur trouve son origine à l'intérieur de ce territoire, et non en dehors de celui-ci. Cette situation est donc différente de celle envisagée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité, et de ce fait Israël ne saurait en tout état de cause invoquer ces résolutions au soutien de sa prétention à exercer un droit de légitime défense.

En conséquence, la Cour conclut que l'article 51 de la Charte est sans pertinence au cas particulier.» (Par. 139.)

6. Cette conclusion pose essentiellement deux problèmes. Premièrement, la Charte des Nations Unies, lorsqu'elle énonce le droit naturel de légitime défense, ne subordonne pas l'exercice de ce droit à l'existence d'une agression armée par un autre Etat — et je laisserai pour l'instant de côté la question de savoir si la Cour n'aurait pas dû, aux fins de la présente affaire, assimiler la Palestine à un Etat et si ce n'est pas ce qu'elle a fait en réalité. L'article 51 de la Charte prévoit qu'«aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée...». En outre, dans les résolutions citées par la Cour, le Conseil de sécurité a clairement affirmé que «tout acte de terrorisme international ... [constitue] une menace à la paix et à la sécurité internationales» et réaffirmé le «droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, que consacre la Charte des Nations Unies et qui est réaffirmé dans la résolution 1368 (2001)» (résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité). Dans sa résolution 1368 (2001), adoptée dès le lendemain des attentats du 11 septembre 2001 contre les Etats-Unis, le Conseil de sécurité, lorsqu'il a appelé la communauté internationale à lutter contre le terrorisme, a invoqué le droit de légitime défense. Dans aucune de ces deux résolutions, le Conseil n'en limite l'application aux seuls attentats terroristes menés par des acteurs étatiques, pas plus qu'il ne laisse supposer implicitement quoi que ce soit en ce sens. En fait, il semble que ce soit le contraire (voir Thomas Franck, «Terrorism and the Right of Self-Defense», *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, p. 839 et 840).

Deuxièmement, Israël prétend qu'il a le droit de se défendre contre les attentats terroristes menés contre son territoire depuis l'autre côté de la Ligne verte et que, ce faisant, il exerce son droit naturel de légitime défense. Pour déterminer si cet argument est fondé, peu importe qu'Israël soit considéré comme exerçant le contrôle sur le territoire palestinien occupé — quel que soit le sens de la notion de «contrôle» si l'on tient compte du fait qu'Israël est victime d'attentats menés à partir de ce territoire — ou que les attentats aient leur origine à l'extérieur du territoire. En effet, dans la mesure où la Cour considère que la Ligne verte constitue la ligne de délimitation entre Israël et le territoire palestinien occupé, le territoire à partir duquel sont menées les attaques ne fait pas à proprement parler partie d'Israël. En riposte à ces attaques lancées depuis l'autre côté de cette ligne, il faut donc qu'Israël puisse exercer son droit de légitime défense pourvu que les mesures prises par lui soient conformes à l'exercice légitime de ce droit. Pour se prononcer à cet égard, c'est-à-dire pour déterminer si la construction de tout ou partie du mur par Israël satisfait à ce critère, il est indispensable d'analyser tous les faits pertinents ayant trait à la nécessité et à la proportionnalité. Or, l'approche formaliste suivie par la Cour à l'égard du droit de légitime défense lui permet d'éviter d'aborder les questions qui sont en fait au cœur même de l'affaire.

7. La Cour a ainsi résumé la conclusion selon laquelle le mur constitue une violation du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme :

«Au total, la Cour, au vu du dossier, n'est pas convaincue que la poursuite des objectifs de sécurité avancés par Israël nécessitait l'adoption du tracé choisi pour le mur. Le mur tel que tracé et le régime qui lui est associé portent atteinte de manière grave à de nombreux droits des Palestiniens habitant dans le territoire occupé par Israël sans que les atteintes résultant de ce tracé puissent être justifiées par des impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public. La construction d'un tel mur constitue dès lors une violation par Israël de diverses obligations qui lui incombent en vertu des instruments applicables de droit international humanitaire et des droits de l'homme.» (Par. 137.)

La Cour étaye cette conclusion par de très nombreuses citations tirées des dispositions juridiques applicables et par des éléments attestant les souffrances causées par le mur en raison du tracé de certains de ses tronçons. Mais avant de parvenir à cette conclusion, la Cour n'examine aucun des éléments de fait ou de preuve réfutant spécifiquement les arguments d'Israël fondés sur ses impératifs militaires ou ses nécessités de sécurité nationale. Il est vrai que, lorsqu'elle traite ce sujet, la Cour dit s'appuyer sur les résumés factuels fournis par le Secrétaire général des Nations Unies, ainsi que sur un certain nombre d'autres rapports de l'Organisation. Il est vrai aussi, toutefois, que la Cour fait à peine mention des résumés de la position d'Israël sur ce point qui sont joints au rapport du

Secrétaire général et qui contredisent ou mettent en doute les éléments sur lesquels elle déclare s'appuyer. En fait, tout ce que nous offre la Cour, c'est une description du préjudice causé par le mur et un examen de diverses dispositions du droit international humanitaire et d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, avant de conclure que ces dispositions et instruments n'ont pas été respectés. Il nous manque un examen des éléments de fait, qui permettrait de démontrer pourquoi les justifications fondées sur les impératifs militaires ou les nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public invoquées par Israël ne sont pas applicables au mur, dans sa totalité ou pour certains segments du tracé retenu. La Cour dit qu'elle « n'est pas convaincue », mais sans démontrer pourquoi, et c'est la raison pour laquelle ces conclusions ne sont pas convaincantes.

8. Il est vrai que certaines des dispositions du droit international humanitaire citées par la Cour n'admettent aucune exception fondée sur des impératifs militaires. Ainsi, l'article 46 du règlement de La Haye prévoit que la propriété privée doit être respectée et ne peut être confisquée. Dans le résumé de la position juridique du Gouvernement israélien, qui constitue l'annexe I au rapport du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (A/ES-10/248, p. 10), le Secrétaire général décrit notamment la position d'Israël à ce sujet de la façon suivante :

« Le Gouvernement israélien fait valoir les arguments ci-après : la propriété des terres ne change pas de mains ; une indemnisation est octroyée en dédommagement de l'utilisation de la terre, de la production vivrière ou des dégâts causés à la terre ; les résidents peuvent s'adresser à la Cour suprême pour obtenir qu'il soit mis fin aux travaux de construction ou que des modifications y soient apportées et il n'y a pas de changement dans le statut de résident. »

La Cour n'a pas examiné ces arguments avancés par Israël. Bien qu'ils ne soient pas forcément déterminants, la Cour aurait dû les prendre en compte et les rapprocher de la déclaration d'Israël précisant que le mur est une structure temporaire, ce dont la Cour prend note en déclarant qu'il s'agit d'une « assurance donnée par Israël » (par. 121).

9. Le paragraphe 6 de l'article 49 de la quatrième convention de Genève n'admet pas non plus d'exceptions fondées sur des impératifs militaires ou de sécurité. Il prévoit 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 ». J'estime que cette disposition s'applique aux colonies de peuplement israéliennes en Cisjordanie et que leur existence en constitue une violation. De ce fait, les tronçons du mur construits par Israël pour protéger ces colonies constituent *ipso facto* une violation du droit international humanitaire. En outre, compte tenu des graves souffrances manifestement subies par la population palestinienne vivant à l'intérieur et aux alentours des enclaves créées par ces tronçons du mur, je doute fort que la condition de proportionnalité soit ici remplie pour que le mur puisse être qualifié de mesure de légitime défense.

10. Pour finir, il me faut dire un mot sur ma position selon laquelle la Cour, exerçant son pouvoir discrétionnaire, aurait dû refuser de connaître de l'affaire. Il pourrait être avancé à cet égard que, s'il a manqué à la Cour un grand nombre d'éléments de faits pertinents concernant la construction du mur par Israël, c'est parce que celui-ci ne les avait pas présentés, et que la Cour était donc fondée à s'appuyer presque exclusivement sur les rapports des Nations Unies qui lui avaient été soumis. Cet argument serait valable si, au lieu d'avoir été saisie pour avis, la Cour avait été appelée à se prononcer sur une affaire contentieuse, dans le cadre de laquelle chaque partie a la charge de prouver ce qu'elle avance. Telle n'est toutefois pas la règle applicable dans une procédure consultative, où il n'y a pas de parties. Dès lors que la Cour a admis que le consentement d'Israël à la procédure n'était pas nécessaire, étant donné que l'affaire n'était pas portée contre lui et qu'il n'était pas partie à celle-ci, Israël n'était pas juridiquement tenu de participer à la procédure, ni de produire des éléments de preuve à l'appui de sa thèse concernant la légalité du mur. Bien que j'aie ma propre opinion sur la question de savoir s'il était judicieux pour Israël de ne pas fournir les informations nécessaires, il s'agit là d'une question sur laquelle je n'ai pas à me prononcer. Le fait demeure qu'Israël n'y était pas tenu. La Cour ne saurait par conséquent tirer du fait qu'Israël n'a pas produit ces éléments de conclusions défavorables en termes d'administration de la preuve, ni tenir pour acquis, sans s'être penchée de façon approfondie sur cette question, que les informations et les éléments de preuve dont elle dispose suffisent à fonder chacune des conclusions juridiques par trop générales auxquelles elle est parvenue.

(Signé) Thomas BUERGENTHAL.