

DER BOTSCHAFTER
DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

The Hague, 29 January 2004
Groot Hertoginnelaan 18-20
2517 EG Den Haag
Tel.: 070 / 342 06 27
Fax: 070 / 365 19 57

His Excellency
Mr. Philippe Couvreur
Registrar
International Court of Justice
Peace Palace
2517 KJ The Hague

Cour internationale de Justice

Enregistré au Greffe le :

International Court of Justice

Filed in the Registry on :

30 JAN. 2004/27

Sir,

I have the honour to enclose herewith the written statement of the Federal Republic of Germany (in the two official languages of the Court) in response to the Court's Order of 19 December 2003 in connection with a request from the General Assembly of the United Nations for an Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory.

Please accept, Sir, the assurances of my highest consideration.



Dr. Edmund Duckwitz

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

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

(REQUEST FOR ADVISORY OPINION)

**STATEMENT OF THE GOVERNMENT OF THE FEDERAL
REPUBLIC OF GERMANY**

JANUARY 2004

CONTENTS

I. INTRODUCTION AND SUMMARY

II. THE REQUEST FOR ADVISORY OPINION

III. ISRAEL'S RIGHT TO PROTECT ITSELF FROM TERRORIST ATTACKS, AND THE CONSTRUCTION OF A WALL

IV. PROPRIETY OF THE COURT RESPONDING TO THE REQUEST

- (1) An opinion by the Court would provide no guidance to the General Assembly, as that body has already pronounced itself on the issue.
- (2) Rendering an advisory opinion would be likely to hinder, rather than assist, the implementation of the Road Map.
- (3) In a situation where the facts themselves are a subject of contention, the advisory jurisdiction of the Court is being used to circumvent the principle that settling a dispute requires the consent of the parties.

V. CONCLUSIONS

I. INTRODUCTION AND SUMMARY

By resolution A/RES/ES-10/14 of 8 December 2003, the United Nations General Assembly requested that the International Court of Justice render an advisory opinion on the "legal consequences arising from the construction of the wall built by Israel ... in the Occupied Palestinian Territory".

Upon receiving this request, the Court fixed 30 January 2004 as the time-limit within which United Nations Member States may submit to the Court written statements on the question referred to it for advisory opinion (Order dated 19 December 2003).

Germany has repeatedly made clear its position regarding the construction and, in particular, the route of the wall¹. Germany voted in favour of General Assembly resolution ES-10/13, introduced by Italy on behalf of the European Union Member States and adopted by 144 votes to 4, with 12 abstentions, on 21 October 2003. In paragraph 1 of that resolution, the General Assembly

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

Germany has made statements to this effect in the United Nations and has participated in a number of similar statements made by the European Union. Foreign Minister Fischer, in a recent conference in Herzliya (Israel), publicly stated Germany's position on the issue. From the very beginning, Minister Fischer also made it clear to Palestinian officials that the Court's advisory jurisdiction should not be used as a means of embroiling the Court in what is in substance a political dispute between two parties.

¹ In this Statement, Germany will use the term "wall", as used in the request for an advisory opinion, without implying that it is a more accurate or appropriate term than "security fence", "barrier" or such other term as may be employed.

Germany respectfully submits this Statement, which deals only with the Court's discretion under Article 65 (1) of the Statute to render an advisory opinion and not with the substance of the matter.

Germany believes that the Court, in exercising its discretion under Article 65 (1) of its Statute, and in accordance with the well-established principle of judicial propriety, should decline to answer the question submitted to it by the General Assembly:

- An opinion by the Court on the question laid before it would provide no guidance to the General Assembly, as that body has already pronounced itself on this very issue.
- Such an opinion would be likely to hinder, rather than assist, the implementation of the Road Map.
- Furthermore, it would be inappropriate for the Court to pronounce itself without the parties' consent on an issue that is highly contentious between the parties, as this would constitute a circumvention of the fundamental principles of jurisdiction enshrined in Article 36 of the Statute of the Court.

II. THE REQUEST FOR ADVISORY OPINION

On 8 December 2003, the United Nations General Assembly adopted resolution A/RES/ES-10/14, whereby it decided to request 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?"

Resolution A/RES/ES-10/14 was adopted within the framework of the Resumed Tenth Emergency Special Session of the General Assembly. Introduced by Kuwait on behalf of the Group of Arab States, the resolution carried 90 votes in favour, 8 against, and 74 abstentions. Germany, together with the other European Union Member States, abstained in the vote.

Resolution A/RES/ES-10/14 refers to the report of the United Nations Secretary-General of 24 November 2003 prepared pursuant to General Assembly resolution A/RES/ES-10/13 (A/ES-10/248). In his report, which contains "summary legal position[s]" of the Government of Israel and of the Palestine Liberation Organization, the Secretary-General reached the conclusion that Israel was not in compliance with the General Assembly's demand that it "stop and reverse the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory".

III. ISRAEL'S RIGHT TO PROTECT ITSELF FROM TERRORIST ATTACKS, AND THE CONSTRUCTION OF A WALL

No one in the international community contests Israel's right to guarantee the security of its citizens and to protect itself from terrorist attacks. Israel's right to defend itself against terrorism and any threat notwithstanding, the construction and route of the wall, along with the continued violence and terrorist acts in the region, are a major obstacle to achieving a comprehensive peace in the Middle East. The Road Map presented by the Quartet to the parties on 30 April 2003 and subsequently endorsed by United Nations Security Council resolution 1515 of 19 November 2003 represents the framework for progress towards lasting peace and security in the Middle East.

The United Nations, the European Union, other international organizations, and individual States, including Germany, have called upon Israel to halt construction of the wall.

The United Nations General Assembly, in its resolution ES-10/13 of 21 October 2003, introduced by Italy on behalf of the European Union,

"demand[ed] that Israel stop and reverse the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, which is in departure of the Armistice Line of 1949 and is in contradiction to relevant provisions of international law" (para 1)

In his report prepared pursuant to General Assembly resolution ES-10/13, the United Nations Secretary-General made the following observation:

"I acknowledge and recognize Israel's right and duty to protect its people against terrorist attacks. However, that duty should not be carried out in a way that it is in contradiction to international law, that could damage the longer-term prospects for peace by making the creation of an independent, viable and contiguous Palestinian State more difficult, or that increases suffering among the Palestinian people" (A/ES-10/248, para 30)

Similarly, the European Council, while recognizing Israel's right to protect its citizens from terrorist attacks, issued the following statement at its Brussels meeting of 16 and 17 October 2003:

"The European Council is particularly concerned by the route marked out for the so-called security fence in the Occupied West Bank. The envisaged departure of the route from the 'Green Line' could prejudice future negotiations and make the two-State solution physically impossible to implement. It would cause further humanitarian and economic hardship to the Palestinians. Thousands of Palestinians west of the fence are being cut off from essential services in the West Bank, Palestinians east of the fence will lose access to land and water resources" (Presidency Conclusions – Brussels, 16 and 17 October 2003, 15188/03, p. 16)

The European Council had previously called upon Israel "to reverse the settlement policy and activity and end land confiscations and the construction of the security-fence, all of which threaten to render the two-State solution physically impossible to implement" (Presidency Conclusions – Thessaloniki, 19 and 20 June 2003, 11638/03, p. 23).

Germany presented its position on the wall in the United Nations Security Council. Speaking on a draft resolution (S/2003/980) sponsored by Guinea, Malaysia, Pakistan and the Syrian Arab Republic that would have declared "illegal under relevant provisions of international law" the construction by Israel of a "wall in the Occupied Territories departing from the armistice line of 1949", the German representative urged the Government of Israel to stop the construction of the "security fence". While recognizing Israel's need for security, he considered the "security fence" to be detrimental to the implementation of the Road Map. He believed that the "fence" might become an obstacle to the peaceful resolution of the conflict and the establishment of a viable Palestinian state. He noted that the path of the Israeli "fence" departed from the Green Line, cutting deep into Palestinian land, sometimes on the basis of the confiscation of land. He concluded that all this entailed serious humanitarian and economic consequences for the Palestinian population (Security Council, 4841st Meeting, 14 October 2003, S/PV.4841, p. 19).

IV. PROPRIETY OF THE COURT RESPONDING TO THE REQUEST

Germany believes the Court should decline to answer the question put to it by the General Assembly.

The permissive character of Article 65 (1) of the Statute gives the Court the power to examine whether the circumstances of a case are of such a character as should lead it to decline to answer a request for advisory opinion (*Difference relating to immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, ICJ Reports 1999, para 28*). The power of the Court to render an advisory opinion is clearly of a discretionary character. As the Court stated in the *Western Sahara Case*:

"In exercising this discretion, the International Court of Justice, like the Permanent Court of International Justice, has always been guided by the principle that, as a judicial body, it is bound to remain faithful to the requirements of its judicial character even in giving an advisory opinion. If the question is a legal one which the Court is undoubtedly competent to answer, it may none the less decline to do so." (*ICJ Reports 1975, p. 21, para 23*)

Germany believes the present request raises the question of the propriety of the Court giving an advisory opinion.

Undoubtedly, the question submitted by the General Assembly in the present case relates to a "legal question" within the meaning of the Statute of the Court and the United Nations Charter. It is also true that the General Assembly is a competent body authorized by the Charter to seek the Court's advisory opinion on such a legal question. Furthermore, the Court made it clear that, as an organ of the United Nations, its answer to a request for advisory opinion "represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused" (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, p. 71*).

Nevertheless, even if a legal question is submitted which the Court is undoubtedly competent to answer, the permissive character of Article 65 (1) gives the Court the power to examine whether the circumstances of a case should lead it to decline to answer such a request.

The Court has said that only "compelling reasons" should lead it to decline to give an advisory opinion (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17 (2) of the Charter of the United Nations)*, *Advisory Opinion*, *ICJ Reports 1962*, p. 155).

Germany holds that in the present case, there exist such compelling reasons that should lead the Court to decline to render an advisory opinion:

(1) An opinion by the Court would provide no guidance to the General Assembly, as that body has already pronounced itself on the issue.

In its advisory opinion on the *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, the Court described the rationale of its advisory jurisdiction as follows:

"The jurisdiction of the Court under Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute, to give advisory opinions on legal questions, enables the United Nations entities to seek guidance from the Court in order to conduct their activities in accordance with law." (*ICJ Reports 1989*, p. 188)

It follows from this rationale that the Court cannot exercise its judicial function in cases that are devoid of object or purpose (*cf. Western Sahara Case, ICJ Reports 1975*, p. 37). Germany submits that the General Assembly's request is a clear example of such a case.

The question on which the opinion of the Court has been sought concerns issues where the Assembly has already taken a clear legal position. In its resolution ES-10/13, the General Assembly not only *identified* the law that applies to the issue (International Humanitarian Law) but also already formally *declared* the wall to be in contradiction to international law. Thus, the General Assembly requires no guidance from the Court on the legality of the wall.

What is more, the General Assembly has already answered the question as to what "legal consequences" arise from the construction of the wall: in resolution ES-10/13, and by applying the norms of international law on state responsibility, it *demand*ed that Israel "stop and reverse" the construction of the wall.

Against this background, the Court will have to ask itself what guidance, if any, it can offer the General Assembly.

(2) Rendering an advisory opinion would be likely to hinder, rather than assist, the implementation of the Road Map.

It is, of course, highly desirable that the Court should assist the other organs of the United Nations. However, if a response by the Court to a request for an advisory opinion would, in fact, be unlikely to provide any constructive assistance to the other organs of the United Nations but would, on the contrary, be likely to have a detrimental effect upon highly complex negotiations between interested parties, this would place the Court in a very different position. In such a case, both the Court's duty to protect its judicial function and the requirement that the Court act as an organ of the United Nations would call for it to exercise its discretion to decline to respond to the request.

It is the view of Germany that this is the case in the present situation: The question submitted by the General Assembly is of a predominantly political character. It refers to one single isolated aspect of the complex and sensitive matter of the Middle East peace process. Rendering an advisory opinion could potentially undermine the ongoing complex diplomatic negotiations and political efforts that aim to arrive at a resolution of the Middle East conflict. A pronouncement by the Court on the question of the legality of the wall could well obstruct the Road Map process and compel States to engage in a fruitless debate on the legal implications of the Court's findings. Furthermore, the rendering of an opinion on a single issue in contention, outside the context of the entire complex of issues to be negotiated between the parties concerned, could undermine meaningful comprehensive negotiations, as called for by numerous resolutions of both the Security Council and the General Assembly of the United Nations.

In exercising its discretion, the Court should take into account that it was mainly for this reason that a significant number of States (in fact the *majority* of the United Nations Member States, and all States involved in the Quartet) did not support the request for advisory opinion. In the debate preceding the vote in the General Assembly, the Italian representative, speaking for the European Union, made it clear that the proposed request for advisory opinion from the Court would not help the efforts of the two parties (Israel

and the Palestinians) to re-launch a political dialogue and that such a request was therefore not appropriate (GA Press Release of 8 December 2003, GA/10216).

(3) In a situation where the facts themselves are a subject of contention, the advisory jurisdiction of the Court is being used to circumvent the principle that settling a dispute requires the consent of the parties.

When examining the issue of the consent of States to the competence of the Court to render advisory opinions, the Court distinguishes between its *competence*, i.e. its jurisdiction under Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute, and the *propriety* of the Court rendering an opinion. Thus, in the *Peace Treaties Case* and in the *Mazilu Case*, the Court held that the consent of States is not a condition precedent to the competence of the Court to render advisory opinions, as such opinions are intended for the guidance of the United Nations (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, p. 71; Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1989, pp. 188-189, para 31*). The Court however also held that the absence of consent is a matter to be considered in the context of judicial propriety:

"While, however, the absence of the consent of Romania to the present proceedings can have no effect on the jurisdiction of the Court, it is a matter to be considered when examining the propriety of the Court giving an opinion" (*Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1989, pp. 17-18, para 37*)

It is within this context of judicial propriety that the Court should take into account the fact that Israel refuses to consent to the submission of the dispute to the Court's jurisdiction.

As the Court held in the *Western Sahara Case*:

"In certain circumstances ... the lack of consent of an interested State may render the giving of an advisory opinion incompatible with the Court's judicial character. An instance of this would be when the circumstances disclose that to give a reply would have the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to allow its disputes to be submitted to judicial settlement without its consent." (*ICJ Reports 1975, p. 25, para 33*)

The situation in the present case is exactly of the kind envisaged by the Court in the *Western Sahara* Case. Bilateral relations between Israel and the Palestinians are marked by controversy. The construction of the wall and the legal questions related to it are closely connected to this dispute.

Israel maintains its position that it does not consent to the submission of the dispute to the jurisdiction of the Court.

The present case is not, as was the *Mazilu* Case, concerned with a difference that arose between the United Nations and a State on the applicability of a particular international norm. As the Court will recall, in the *Mazilu* Case, the United Nations Secretary-General made it very clear to the Court that the request did not attempt to resolve any issue that was in dispute between the United Nations and Romania (cf. *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1989, p. 14, 17, para 27 and 35*). In the present case, however, the nature and purpose of the request is to bring squarely before the Court a dispute with a view to obtaining a determination on it.

The present case has also to be distinguished from the *Western Sahara* Case insofar as, in that Case, the Court found that the legal controversy had arisen during the proceedings of the General Assembly and in relation to matters with which it was dealing, and not independently in bilateral relations (*Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, p. 25, para 24*). The Court pointed out that the controversy had in fact been triggered by communications of Spain and Morocco to the Secretary-General of the United Nations. Furthermore, the Court emphasized that not only had no party to the controversy ever objected to the General Assembly's exercise of its powers to deal with the issue, but that no party had opposed the fact that the Western Sahara question was referred to the Court's advisory jurisdiction (*Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, p. 24, para 30*). In the present case, however, the issue of the wall has clearly arisen independently in bilateral relations between Israel and the Palestinians and not as a reaction to one party's dealings with the United Nations. In any event, Israel has consistently maintained a position whereby the General Assembly does not have the competence to deal with the issue of the wall, and has opposed *ab initio* any attempt to refer the dispute to the Court.

Thus, in the present case, the request for an advisory opinion of the Court is being used to circumvent the principle that settling a dispute requires the consent of the parties.

Moreover, in the present case, the Court cannot, in Germany's view, fulfil the requirements of good administration of justice as regards the determination of facts. The question presented to the Court would oblige it to launch an enquiry into complex factual situations which are far from being undisputed between the parties concerned.

In the *Eastern Carelia* Case, the Permanent Court of International Justice clearly stated that when asked for an advisory opinion, it should refrain from carrying out such a factual investigation:

"The Court does not say that there is an absolute rule that the request for an advisory opinion may not involve some enquiry as to facts, but, under ordinary circumstances, it is certainly expedient that the facts upon which the opinion of the Court is desired should not be in controversy, and it should not be left to the Court itself to ascertain what they are" (*PCIJ, Series B, No. 5, p. 28*)

The Court affirmed this principle in the *Peace Treaties* Case when it distinguished the *Eastern Carelia* Case from the case before it:

"[The Permanent Court] declined to give an Opinion because it found that the question put to it was directly related to the main point of a dispute actually pending between two States, so that answering the question would be substantially equivalent to deciding the dispute between the parties, and at the same time it raised a question of fact which could not be elucidated without hearing both parties". (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, p. 72*)

Similarly, in the *Western Sahara* Case, the Court held:

"[T]he issue is whether the Court has before it sufficient information and evidence to enable it to arrive at a judicial conclusion upon any disputed questions of fact the determination of which is necessary for it to give an opinion in conditions compatible with its judicial character" (*ICJ Reports 1975, p. 28-29, para 46*)

In view of the complex and disputed factual situation underlying issues such as territory and the right of Israel to defend itself from acts of terror, it is submitted that, without the participation of all the parties in the proceedings, the Court cannot answer the question

presented to it in a manner that would do justice to the high standard it has maintained in exercising its powers.

V. CONCLUSIONS

For the reasons given above, Germany respectfully requests the Court to decline to answer the question put to it by the General Assembly in this case.

Traduction

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

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

(REQUÊTE POUR AVIS CONSULTATIF)

**EXPOSÉ DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE
D'ALLEMAGNE**

JANVIER 2004

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION ET RÉSUMÉ

II. REQUÊTE POUR AVIS CONSULTATIF

III. LE DROIT D'ISRAËL DE SE PROTÉGER CONTRE LES ATTAQUES TERRO- RISTES ET LA CONSTRUCTION D'UN MUR

IV. OPPORTUNITÉ D'UNE RÉPONSE DE LA COUR À LA REQUÊTE

(1) Un avis de la Cour ne serait d'aucune aide pour l'Assemblée générale car cet organe s'est déjà prononcé sur la question.

(2) Rendre un avis consultatif risquerait de compromettre plutôt que de favoriser la mise en œuvre de la feuille de route.

(3) Dans une situation où les faits mêmes font l'objet d'un contentieux, la compétence consultative de la Cour est utilisée pour tourner le principe selon lequel le règlement d'un différend requiert le consentement des parties.

V. CONCLUSION

I. INTRODUCTION ET RÉSUMÉ

Dans sa résolution A/RES/ES-10/14 du 8 décembre 2003, l'Assemblée générale des Nations Unies a demandé à la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur les "conséquences [en droit] de l'édification du mur qu'Israël ... est en train de construire dans le Territoire palestinien occupé".

Sur réception de la requête, la Cour a fixé au 30 janvier 2004 la date limite de remise des exposés écrits des États membres sur la question qui lui a été transmise pour avis consultatif (ordonnance datée du 19 décembre 2003).

À plusieurs reprises, l'Allemagne a pris clairement position au sujet de l'édification et, en particulier, du tracé du mur¹. Elle a voté pour la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale, qui avait été présentée par l'Italie au nom des États membres de l'Union européenne et fut adoptée par un scrutin de 144 votes pour, 4 votes contre et 12 abstentions le 21 octobre 2003. Au paragraphe 1 de cette résolution, l'Assemblée générale:

"Exige qu'Israël arrête la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est et ses alentours, et revienne sur ce projet, qui s'écarte de la ligne d'armistice de 1949 et qui est contraire aux dispositions pertinentes du droit international".

L'Allemagne a fait des déclarations à cet effet aux Nations Unies et a participé à plusieurs déclarations analogues faites par l'Union européenne. À l'occasion d'une conférence organisée récemment à Herzliya (Israël), le ministre des Affaires étrangères, M. Fischer, a exprimé publiquement la position de l'Allemagne en la matière. Dès le début, le ministre Fischer a aussi expliqué aux responsables palestiniens qu'il ne fallait pas utiliser la compétence consultative de la Cour pour impliquer cette dernière dans une question qui constitue essentiellement un différend politique entre deux parties.

¹ Dans le présent exposé, l'Allemagne utilise le terme de "mur", tel qu'employé dans la requête pour avis consultatif, sans pour autant suggérer que ce terme soit plus correct ou plus approprié que "clôture de sécurité", "barrière" ou que tout autre terme qui serait utilisé.

L'Allemagne, en exprimant tout son respect à la Cour, lui soumet le présent exposé qui traite la seule question du pouvoir conféré à la Cour par l'article 65, paragraphe 1, de son Statut d'apprécier l'opportunité de donner un avis consultatif, mais non pas le fond de l'affaire.

L'Allemagne estime qu'en usant de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 65, paragraphe 1, de son Statut et conformément au principe bien établi de l'opportunité de se saisir d'une affaire, la Cour devrait refuser de répondre à la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale:

- Un avis de la Cour sur la question qui lui a été posée ne serait d'aucune aide pour l'Assemblée générale car cet organe s'est déjà prononcé sur cette même question.
- Un tel avis risquerait de compromettre plutôt que de favoriser la mise en œuvre de la feuille de route.
- En outre, il serait inapproprié que la Cour se prononce, sans l'accord des parties, sur une question extrêmement controversée entre ces dernières car cela reviendrait à tourner les principes fondamentaux de juridiction consacrés par l'article 36 du Statut de la Cour.

II. REQUÊTE POUR AVIS CONSULTATIF

Le 8 décembre 2003, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution A/RES/ES-10/14 par laquelle elle a décidé, conformément à l'article 65 du Statut de la Cour, de demander à la Cour internationale de Justice de donner d'urgence un avis consultatif sur la question suivante:

"Quelles sont en droit les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le Territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, selon ce qui est exposé dans le rapport du Secrétaire général, compte tenu des règles et des principes de droit international, notamment la quatrième convention de Genève de 1949, et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale?"

La résolution A/RES/ES-10/14 a été adoptée dans le cadre de la reprise de la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale. Introduite par le Koweït au nom du Groupe des États arabes, la résolution a recueilli 90 votes pour, 8 votes contre et 74 abstentions. L'Allemagne, avec les autres États de l'Union européenne, s'est abstenue de voter.

La résolution A/RES/ES-10/14 fait référence au rapport du Secrétaire général des Nations Unies du 24 novembre 2003, établi en application de la résolution A/RES/ES-10/13 (A/ES-10/248) de l'Assemblée générale. Dans son rapport, qui contient un "résumé de la position légale" du gouvernement israélien et de celle de l'Organisation de libération de la Palestine, le Secrétaire général parvient à la conclusion qu'Israël ne se conforme pas à la demande de l'Assemblée générale tendant à ce qu'il "arrête la construction du mur dans le territoire palestinien occupé ... et revienne sur ce projet".

III. LE DROIT D'ISRAËL DE SE PROTÉGER CONTRE LES ATTAQUES TERRORISTES ET LA CONSTRUCTION D'UN MUR

Aucun membre de la communauté internationale ne conteste le droit d'Israël de garantir la sécurité de ses citoyens et de se protéger contre les attaques terroristes. Nonobstant le droit d'Israël de se défendre contre le terrorisme et toute menace, l'édification et le tracé du mur, de même que la persistance de la violence et des actes terroristes dans la région, constituent un obstacle majeur à la réalisation d'une paix globale au Moyen-Orient. La feuille de route, présentée aux parties par le Quatuor le 30 avril 2003 et endossée par la suite par le Conseil de sécurité des Nations Unies par sa résolution 1515 du 19 novembre 2003, constitue le cadre permettant de progresser vers une paix et une sécurité durables au Moyen-Orient.

Les Nations Unies, l'Union européenne, d'autres organisations internationales et un certain nombre d'États, dont l'Allemagne, ont appelé Israël à arrêter la construction du mur.

Dans sa résolution ES-10/13, du 21 octobre 2003, présentée par l'Italie au nom de l'Union européenne, l'Assemblée générale des Nations Unies

"exige[ait] qu'Israël arrête la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est et ses alentours, et revienne sur ce projet, qui s'écarte de la Ligne d'armistice de 1949 et qui est contraire aux dispositions pertinentes du droit international" (paragraphe 1).

Dans son rapport, établi en application de la résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale, le Secrétaire général des Nations Unies a fait l'observation suivante:

"Je reconnais parfaitement le droit et le devoir qu'a Israël de protéger sa population contre les attaques terroristes. Toutefois, ce devoir ne doit pas être rempli d'une manière qui est contraire au droit international, qui pourrait porter préjudice aux perspectives de paix à long terme, en rendant plus difficile la création d'un État palestinien indépendant, viable et continu, ou qui accroît les souffrances du peuple palestinien." (A/ES-10/248, paragraphe 30)

De façon similaire, lors de sa réunion des 16 et 17 octobre 2003 à Bruxelles, le Conseil européen, tout en reconnaissant le droit d'Israël de protéger ses citoyens contre les attentats terroristes, a déclaré:

"Le Conseil européen est particulièrement préoccupé par le tracé de la "clôture de sécurité" en Cisjordanie occupée. Si, comme cela est envisagé, ce tracé devait s'écarter de celui de la "ligne verte", cela risquerait de préjuger les négociations à venir et de rendre matériellement impossible à mettre en œuvre la solution fondée sur la coexistence de deux États. Il aggraverait encore la situation humanitaire et économique des Palestiniens. Des milliers de Palestiniens se trouvant à l'ouest de la clôture sont privés de services de première nécessité essentiels disponibles en Cisjordanie; quant aux Palestiniens qui se trouvent à l'est de la clôture, ils perdront leur accès à des terres et à des ressources en eau." (Conclusions de la Présidence - Bruxelles, 16 et 17 octobre 2003, 15188/03, p. 16)

Le Conseil européen avait auparavant invité Israël "à abandonner sa politique et ses activités de colonisation et à mettre fin aux confiscations de terres ainsi qu'à la construction de la "clôture de sécurité", autant d'éléments qui menacent de rendre matériellement impossible la mise en œuvre de la solution fondée sur la coexistence de deux États." (Conclusions de la Présidence - Thessalonique, 19 et 20 juin 2003, 11638/03, p. 23)

L'Allemagne a présenté sa position sur le mur au Conseil de sécurité des Nations Unies. Lors des débats concernant un projet de résolution (S/2003/980), soutenu par la Guinée, la Malaisie, le Pakistan et la République arabe syrienne, qui aurait déclaré "illégal au regard des dispositions pertinentes du droit international" la construction par Israël d'un "mur dans les territoires occupés qui s'écarte de la ligne d'armistice de 1949", l'ambassadeur d'Allemagne a exhorté le gouvernement israélien à arrêter la construction de la "barrière de sécurité". Tout en reconnaissant les besoins d'Israël en matière de sécurité, il a considéré que la "barrière de sécurité" nuisait à la mise en œuvre de la feuille de route. Il a estimé que cette "barrière" ris-

quait de devenir un obstacle au règlement pacifique du conflit et à la création d'un État palestinien viable. Il a fait remarquer que le tracé de la "barrière" israélienne déviait de la ligne verte, faisant des coupes profondes en territoire palestinien, et s'accompagnant parfois de confiscations de terres. Il a conclu que tout cela avait de graves conséquences humanitaires et économiques pour la population palestinienne (Conseil de sécurité, 4841^{ème} réunion, 14 octobre 2003, S/PV.4841, p. 19)

IV. OPPORTUNITÉ D'UNE RÉPONSE DE LA COUR À LA REQUÊTE

L'Allemagne estime que la Cour devrait refuser de répondre à la question posée par l'Assemblée générale.

Le caractère permissif de l'article Article 65, paragraphe 1, du Statut donne à la Cour le pouvoir d'apprécier si les circonstances de l'espèce sont telles qu'elles devraient la déterminer à ne pas répondre à une demande d'avis consultatif (*Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999, paragraphe 28*). Le pouvoir de la Cour de rendre un avis a clairement un caractère discrétionnaire. Comme la Cour l'a affirmé à l'occasion de l'affaire du *Sahara occidental*:

"Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, la Cour internationale de Justice, de même que la Cour permanente de Justice internationale, a toujours suivi le principe selon lequel, en tant que corps judiciaire, elle doit rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire, même lorsqu'elle rend des avis consultatifs. S'il lui est posé une question juridique à laquelle elle a incontestablement compétence pour répondre, elle peut néanmoins refuser de le faire." (*C.I.J. Recueil 1975, page 21, paragraphe 23*)

L'Allemagne estime que la présente requête soulève la question de l'opportunité pour la Cour de donner un avis consultatif.

Il n'est pas douteux qu'en l'espèce, la question soumise par l'Assemblée générale se réfère à une "question juridique" au sens du Statut de la Cour et de la Charte des Nations Unies. Il est également vrai que l'Assemblée générale est un organe compétent habilité par la Charte à demander à la Cour un avis consultatif sur une telle question. En outre, la Cour a affirmé clairement qu'en tant qu'organe des Nations Unies sa réponse à une demande d'avis consultatif

"constitue une participation de la Cour, elle-même 'organe des Nations Unies', à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée." (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, page 71*)

Néanmoins, même si la Cour se voit soumettre une question de droit à laquelle il n'est pas douteux qu'elle ait compétence pour répondre, le caractère permissif de l'article 65, paragraphe 1, lui donne le pouvoir d'apprécier si les circonstances de l'espèce sont telles qu'elles devraient la déterminer à ne pas répondre à une telle demande.

La Cour a affirmé que seules "des raisons décisives" devraient la déterminer à refuser de rendre un avis consultatif. (*Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17 (2) de la Charte des Nations Unies), Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, page 155*)

L'Allemagne considère qu'en l'espèce, il existe de telles raisons décisives qui devraient déterminer la Cour à refuser de rendre un avis consultatif:

(1) Un avis de la Cour ne serait d'aucune aide pour l'Assemblée générale car cet organe s'est déjà prononcé sur la question.

Dans son avis consultatif sur *l'Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, la Cour a motivé comme suit sa compétence pour rendre des avis consultatifs:

"La compétence de la Cour, en vertu de l'article 96 de la Charte et de l'article 65 du Statut, pour donner des avis consultatifs sur des questions juridiques permet à des entités des Nations Unies de demander conseil à la Cour afin de mener leurs activités conformément au droit." (*C.I.J. Recueil 1989, page 188*)

Il résulte de cette motivation que la Cour ne peut exercer sa fonction juridictionnelle dans des affaires dénuées d'objet ou de motif (*voir affaire du Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975, page 37*). L'Allemagne suggère que la demande de l'Assemblée générale constitue clairement un exemple d'une telle affaire.

La question sur laquelle elle demande l'avis de la Cour concerne des problèmes sur lesquelles l'Assemblée a déjà pris clairement position en droit. Dans sa résolution ES-10/13, l'Assemblée

générale a non seulement *identifié* le droit applicable en l'espèce (droit international humanitaire) mais elle a aussi formellement *déclaré* le mur contraire au droit international. Ainsi, l'Assemblée générale n'a pas besoin de l'avis de la Cour sur la légalité du mur.

Mais l'Assemblée générale est allée plus loin, elle a déjà répondu à la question de savoir quelles sont les "conséquences juridiques" de la construction du mur: dans la résolution ES-10/13, et en appliquant les normes du droit international sur la responsabilité des États, elle a exigé qu'Israël "arrête la construction du mur ... et revienne sur ce projet".

Au vu de cette situation, la Cour va devoir se demander s'il lui est possible de proposer un avis à l'Assemblée générale et lequel.

(2) Rendre un avis consultatif risquerait de compromettre plutôt que de favoriser la mise en œuvre de la feuille de route.

Il est bien sûr tout à fait souhaitable que la Cour assiste les autres organes des Nations Unies. Cependant, si une réponse de la Cour à une demande d'avis consultatif n'était, en réalité, pas susceptible d'assister de manière constructive d'autres organes des Nations Unies mais avait, au contraire, un effet dommageable sur les négociations extrêmement complexes entre les parties concernées, cela mettrait la Cour dans une position tout à fait différente. Dans un tel cas, tant le devoir de la Cour de protéger sa fonction juridictionnelle que l'obligation d'agir comme un organe des Nations Unies devraient l'inciter à user de son pouvoir discrétionnaire pour refuser de répondre à la demande.

L'Allemagne considère que c'est le cas dans la situation présente: La question soumise par l'Assemblée générale a un caractère surtout politique. Elle se réfère à un seul aspect, pris isolément, de la question complexe et délicate du processus de paix au Moyen-Orient. Rendre un avis consultatif risquerait de compromettre les négociations diplomatiques complexes et les efforts politiques en cours qui visent à trouver une solution au conflit du Moyen-Orient. Si la Cour se prononçait sur la question de la légalité du "mur", cela pourrait bien bloquer le processus de la feuille de route et contraindre les États à s'engager dans un débat stérile sur les implications juridiques des conclusions de la Cour. En outre, rendre un avis sur une seule des questions du contentieux, hors du contexte de l'ensemble des questions qui doivent être négociées entre les parties concernées, pourrait compromettre les négociations globales et significatives demandées par nombre de résolutions et du Conseil de Sécurité et de l'Assemblée générale des Nations Unies.

En usant de son pouvoir discrétionnaire, la Cour devrait tenir compte du fait que c'est surtout pour cette raison qu'un nombre important d'États (en fait la *majorité* des États membres des Nations Unies et tous les États du Quatuor) n'ont pas soutenu la requête pour avis consultatif. Lors du débat qui a précédé le vote de l'Assemblée générale, le représentant de l'Italie, qui s'exprimait au nom de l'Union européenne, a clairement affirmé que la requête proposée ne serait pas de nature à aider les deux parties (Israël et les Palestiniens) à relancer le dialogue politique et était par conséquent inappropriée (Communiqué de presse AG du 8 décembre 2003, AG/1463).

(3) Dans une situation où les faits mêmes font l'objet d'un contentieux, la compétence consultative de la Cour est utilisée pour tourner le principe selon lequel le règlement d'un différend requiert le consentement des parties.

Quand elle examine la question du consentement des États à sa compétence pour rendre un avis consultatif, la Cour distingue entre sa *compétence*, c'est-à-dire sa juridiction en vertu de l'article 96 de la Charte et de l'article 65 du Statut, et l'*opportunité* pour elle de rendre un avis. Ainsi, dans l'affaire des *traités de paix* et dans l'affaire *Mazilu*, la Cour a considéré que le consentement des États n'était pas une condition préalable à sa compétence pour rendre des avis consultatifs, étant donné que les avis sont destinés à conseiller les Nations Unies (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, page. 71; Applicabilité de l'article VI, Section 22, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989, pages 188-189, paragraphe 31*). La Cour a cependant considéré que l'absence de consentement est une question qui doit être prise en compte dans le contexte de l'opportunité de se saisir d'une affaire:

"Toutefois, même si le défaut de consentement de la Roumanie à la présente procédure ne peut avoir aucun effet sur la compétence de la Cour, c'est là une question qui doit être examinée pour déterminer s'il est opportun que la Cour donne un avis." (*Applicabilité de l'article VI, Section 22, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989, pages 17-18, paragraphe 37*)

C'est dans le contexte de l'opportunité de rendre un avis que la Cour devrait prendre en compte le fait qu'Israël refuse de consentir à lui soumettre le différend.

Ainsi la Cour a considéré dans l'affaire du *Sahara occidental*:

"... le défaut de consentement d'un État intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un État n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant." (*Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975, page 25, paragraphe 33*)

En l'espèce la situation est exactement celle envisagée par la Cour dans l'affaire du *Sahara occidental*. Les relations bilatérales entre Israël et les Palestiniens sont marquées par la controverse. La construction du mur et les questions de droit qu'elle soulève sont étroitement liées à ce différend.

Israël maintient sa position selon laquelle il ne consent pas à soumettre le différend à la juridiction de la Cour.

En l'espèce il ne s'agit pas, comme dans l'affaire *Mazilu*, d'un différend, apparu entre les Nations Unies et un État, concernant l'applicabilité d'une norme internationale spécifique. Comme la Cour s'en souviendra, dans l'affaire *Mazilu*, le Secrétaire général des Nations Unies avait très clairement signalé à la Cour que la demande ne visait pas à résoudre une question qui faisait l'objet d'un différend entre les Nations Unies et la Roumanie (voir *Applicabilité de l'article VI, Section 22, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989, pages 14, 17, paragraphes 27 et 35*). En l'espèce cependant, la nature et l'objet de la requête consistent à soumettre un différend directement à la Cour avec l'intention d'en obtenir le règlement.

En l'espèce, il convient également de faire la distinction avec l'affaire du *Sahara occidental* dans la mesure où, dans cette dernière affaire, la Cour a estimé que la controverse juridique avait surgi lors des débats de l'Assemblée générale et au sujet de problèmes traités par elle, et non indépendamment dans le cadre de relations bilatérales (*Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975, page 25, paragraphe 24*). La Cour a fait remarquer que la controverse avait effectivement été déclenchée par des communications de l'Espagne et du Maroc au Secrétaire général des Nations Unies. En outre, la Cour insistait sur le fait que, non seulement aucune des parties concernées par le différend n'avait jamais émis d'objection contre la compétence de l'Assemblée générale pour traiter de cette question, mais aussi qu'aucune des parties ne s'était opposée

à ce que la question du Sahara occidental ne soit soumise à la Cour pour avis consultatif (*Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975, page 24, paragraphe 30*). En l'espèce cependant, la question du mur est apparue indépendamment, dans le cadre des relations bilatérales entre Israël et les Palestiniens, et non pas en réaction aux actes de l'une des parties aux Nations Unies. De toute façon, Israël a toujours maintenu sa position selon laquelle l'Assemblée générale n'a pas compétence pour traiter de la question du mur et s'est opposé *ab initio* à toute tentative de soumettre le différend à la Cour.

Ainsi, en l'espèce, la demande d'avis consultatif est utilisée pour tourner le principe selon lequel le règlement d'un différend requiert le consentement des parties.

En outre, en l'espèce, la Cour ne peut, selon l'Allemagne, satisfaire à l'exigence de bonne administration de la justice en ce qui concerne la détermination des faits. La question soumise à la Cour l'obligerait à se lancer dans une enquête sur des situations de fait complexes qui sont très contestées entre les parties concernées.

Dans l'affaire de la *Carélie orientale*, la Cour permanente de Justice internationale avait clairement affirmé que, quand on lui demandait un avis consultatif, elle devait s'abstenir de mener une telle enquête sur les faits:

"La Cour ne saurait aller jusqu'à dire qu'en règle générale une requête pour avis consultatif ne puisse impliquer une vérification de faits; mais, dans des circonstances ordinaires, il serait certainement utile que les faits sur lesquels l'avis de la Cour est demandé fussent constants: le soin de les déterminer ne devrait pas être laissé à la Cour elle-même. (*C.P.J.I., Série B, n° 5, page 28*)

La Cour a affirmé ce principe dans l'affaire des *Traités de paix* en faisant la distinction entre l'affaire de la *Carélie orientale* et celle qui lui était soumise:

"... la Cour permanente de Justice internationale a considéré qu'il lui était impossible d'exprimer un avis, estimant que la question qui lui avait été posée, d'une part, concernait directement le point essentiel d'un différend actuellement né entre deux États de sorte qu'y répondre équivaldrait en substance à trancher un différend entre les parties, et, d'autre part, soulevait des points de fait qui ne pouvaient être éclaircis que contradictoirement." (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, page 72*)

De façon similaire, dans l'affaire du *Sahara occidental*, la Cour a considéré:

"Il s'agit donc de savoir si la Cour 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."
(C.I.J. *Recueil 1975, pages 28-29, paragraphe 46*)

Etant donnée la situation de fait complexe et controversée concernant des questions comme les problèmes territoriaux et le droit d'Israël de se défendre contre des actes terroristes, il est suggéré que, sans la participation de toutes les parties à la procédure, la Cour ne peut répondre à la question qui lui est posée d'une manière qui ferait justice au haut niveau de qualité qu'elle a maintenu dans l'exercice de ses compétences.

V. CONCLUSION

Pour les raisons exposées ci-dessus, l'Allemagne, en exprimant tout son respect à la Cour, la prie de bien vouloir refuser de répondre à la question qui lui a été soumise par l'Assemblée générale en l'espèce.