

SEPARATE OPINION OF JUDGE AL-KHASAWNEH

Concurs with Advisory Opinion — Agrees in general with reasoning — Separate opinion only aim is to elucidate some salient points — Status of territories as occupied rests on consistent opinio juris — Security Council and General Assembly resolutions — Opinion of High Contracting Parties to Fourth Geneva Convention — Position of ICRC — Position of States — Israeli recognition of applicability of Fourth Geneva Convention — Recent Israeli court decisions — Court however not content to merely reiterate such conclusion — Court independently reached similar conclusions on basis of interpretation of Fourth Geneva Convention — Court saw no reason to embark on ascertainment of prior legal status of occupied territories — Wise decision both as unnecessary and as having no impact on present status — Except in case those territories were terra nullius — Cannot be the case — Concept discredited and inapplicable to today's world — Incompatible with territory as mandatory territory — Principles of non-annexation and welfare of inhabitants continue even after termination of mandate — Until right of self-determination is achieved — Obstacle to that right now is prolonged Israeli occupation — Green Line originally an armistice line — Israeli jurists sought to give it more importance before 1967 war — Regardless of its present situation it represents the point from which Israeli occupation can be measured — Doubts about its status work both ways — Court right to refer to negotiation — Negotiations are means and not end — They should be grounded in law — Requirement of good faith should be reflected in abstaining from faits accomplis that prejudice outcome of negotiations.

1. I concur with the Court's findings and agree in general with its reasoning. Certain salient points in the Advisory Opinion merit some elucidation and it is specifically with regard to those points that I append this opinion.

THE INTERNATIONAL LEGAL STATUS OF THE TERRITORIES
PRESENTLY UNDER ISRAELI OCCUPATION

2. Few propositions in international law can be said to command an almost universal acceptance and to rest on a long, constant and solid *opinio juris* as the proposition that Israel's presence in the Palestinian territory of the West Bank including East Jerusalem and Gaza is one of

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE AL-KHASAWNEH

[Traduction]

Souscrit à l'avis consultatif — Est en général d'accord avec le raisonnement — La présente opinion individuelle vise seulement à éclairer quelques points saillants — Constance de l'opinio juris qui reconnaît aux territoires le statut de territoires occupés — Résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale — Opinion des hautes parties contractantes à la quatrième convention de Genève — Position du Comité international de la Croix-Rouge — Position des Etats — Reconnaissance par Israël de l'applicabilité de la quatrième convention de Genève — Récent arrêt de la Cour suprême d'Israël — La Cour internationale de Justice ne se contente pas de simplement répéter ces conclusions — Elle tire en toute indépendance des conclusions similaires sur la base du texte de la quatrième convention de Genève — La Cour n'a pas jugé utile de chercher à établir le statut juridique antérieur des territoires occupés — Sagesse de cette décision, puisqu'une telle détermination du statut antérieur n'était pas nécessaire et qu'elle aurait été sans effet sur le statut actuel — Sauf le cas où les territoires auraient été terra nullius — Or cela ne saurait être le cas — La notion de terra nullius est discréditée et inapplicable au monde contemporain — Elle est incompatible avec l'idée de territoire sous mandat — Les principes de non-annexion et de bien-être des peuples continuent de s'appliquer même après la fin du mandat — Jusqu'à ce que le droit des peuples concernés à disposer d'eux-mêmes soit réalisé — La prolongation de l'occupation israélienne fait aujourd'hui obstacle à la réalisation de ce droit — La Ligne verte est à l'origine une ligne d'armistice — Les juristes israéliens essayaient de lui attribuer une plus grande importance avant la guerre de 1967 — Quel que soit son statut actuel, elle représente la ligne à partir de laquelle se mesure l'étendue de l'occupation israélienne — Les doutes exprimés sur son statut sont à double tranchant — La Cour a raison d'évoquer la question des négociations — Les négociations sont un moyen et non une fin — Elles doivent être ancrées dans le droit — L'impératif de bonne foi suppose que l'on s'abstienne de créer des faits accomplis qui préjugent de l'issue des négociations.

1. Je souscris aux conclusions de la Cour et suis en général d'accord avec son raisonnement. Certains points saillants de l'avis consultatif méritent cependant d'être éclairés, et c'est précisément à l'égard de ces points que je formule la présente opinion.

LE STATUT JURIDIQUE INTERNATIONAL DES TERRITOIRES ACTUELLEMENT SOUS OCCUPATION ISRAËLIENNE

2. Il est peu de propositions du droit international dont on puisse dire qu'elles sont quasi universellement reçues et qu'elles s'appuient sur une longue, constante et cohérente *opinio juris*, comme c'est le cas pour la proposition selon laquelle la présence d'Israël dans le territoire palesti-

military occupation governed by the applicable international legal régime of military occupation.

3. In support of this, one may cite the very large number of resolutions adopted by the Security Council and the General Assembly often unanimously or by overwhelming majorities, including binding decisions of the Council and other resolutions which, while not binding, nevertheless produce legal effects and indicate a constant record of the international community's *opinio juris*. In all of these resolutions the territory in question was unflinchingly characterized as occupied territory; Israel's presence in it as that of a military occupant and Israel's compliance or non-compliance with its obligations towards the territory and its inhabitants measured against the objective yardstick of the protective norms of humanitarian law.

4. Similarly the High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention and the International Committee of the Red Cross "have retained their consensus that the convention", i.e. the Fourth Geneva Convention of 12 August 1949, "does apply *de jure* to the occupied territories"¹.

5. This has also been the position of States individually or in groups including States friendly to Israel. Indeed a review of the record would reveal that, as noted by France in its Written Statement:

"Israel initially recognized the applicability of the Fourth Convention: according to Article 35 of Order No. 1, issued by the occupying authorities on 7 June 1967 [*translation by the Registry*], '[t]he Military Court . . . must apply the provisions of the Geneva Convention dated 12 August 1949, Relative to the Protection of Civilians in Time of War, with respect to judicial procedures. In case of conflict between this Order and said Convention, the Convention shall prevail . . .'" (P. 7.)

6. More recently Israel's Supreme Court has confirmed the applicability of the Fourth Geneva Convention to those territories.

7. Whilst "that consistent record of the international community's *opinio juris* cannot just be swept aside and ignored"², the Court did not

¹ Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly resolution ES-10/2 of 25 April 1997, para. 21, A/165-10/6-S/1997/494.

² Sir Arthur Watts, CR 2004/3, p. 64, para. 34.

nien de Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est, et à Gaza constitue une occupation militaire soumise au régime juridique international applicable à une occupation militaire.

3. A l'appui de cette proposition, on peut citer le très grand nombre de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, souvent à l'unanimité ou à une majorité écrasante, notamment des décisions contraignantes du Conseil et d'autres résolutions qui, sans être contraignantes, n'en produisent pas moins des effets juridiques et attestent de la constance de l'*opinio juris* de la communauté internationale. Dans toutes ces résolutions, le territoire en question est immanquablement qualifié de territoire occupé; la présence d'Israël dans ce territoire y est qualifiée d'occupation militaire; et le respect ou le non-respect par Israël des obligations qui lui incombent envers ce territoire et ses habitants y sont mesurés à l'aune objective des normes de protection instituées par le droit humanitaire.

4. De même, les hautes parties contractantes à la quatrième convention de Genève et le Comité international de la Croix-Rouge «continuent de soutenir que la convention», c'est-à-dire la quatrième convention de Genève du 12 août 1949, «s'applique bel et bien *de jure* aux territoires occupés»¹.

5. Telle est également la position d'Etats qui se sont exprimés à titre individuel ou collectif, y compris d'Etats amis d'Israël. Un examen des antécédents révélerait en fait que, comme le fait observer la France dans son exposé écrit:

«Israël a, dans un premier temps, reconnu l'applicabilité de la convention IV: aux termes de l'article 35 de l'ordre n° 1 édicté par les autorités d'occupation le 7 juin 1967, «[t]he Military Court ... must apply the provisions of the Geneva Convention dated 12 August 1949, Relative to the Protection of Civilians in Time of War, with respect to judicial procedures. In case of conflict between this Order and said Convention, the Convention shall prevail...» (P. 7.) («Le tribunal militaire ... doit appliquer les dispositions de la convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre en ce qui concerne les procédures judiciaires. En cas d'incompatibilité entre la présente ordonnance et ladite convention, cette dernière prévaudra...» (Avis consultatif, par. 93.))

6. Plus récemment, la Cour suprême d'Israël a confirmé l'applicabilité de la quatrième convention de Genève à ces territoires.

7. Certes «cette *opinio juris* constante de la communauté internationale ne peut pas être simplement balayée et laissée de côté»², mais la

¹ Rapport du Secrétaire général présenté en application de la résolution ES-10/2 de l'Assemblée générale en date du 25 avril 1997 (A/165-10/6-S/1997/494, par. 21).

² Sir Arthur Watts, CR 2004/3, p. 64, par. 34.

simply reiterate that *opinio juris*, instead, while taking cognizance of it, the Court arrived at similar conclusions regarding the *de jure* applicability of the Fourth Geneva Convention mainly on the basis of a textual interpretation of the Convention itself (paras. 86-101). Paragraph 101 reads:

“In view of the foregoing, the Court considers that the Fourth Geneva Convention is applicable in any occupied territory in the event of an armed conflict arising between two or more High Contracting Parties. Israel and Jordan were parties to that Convention when the 1967 armed conflict broke out. The Court accordingly finds that that Convention is applicable in the Palestinian territories which before the conflict lay to the east of the Green Line and which, during that conflict, were occupied by Israel, there being no need for any enquiry into the precise prior status of those territories. ”

8. The Court followed a wise course in steering away from embarking on an enquiry into the precise prior status of those territories not only because such an enquiry is unnecessary for the purpose of establishing their present status as occupied territories and affirming the *de jure* applicability of the Fourth Geneva Convention to them, but also because the prior status of the territories would make no difference whatsoever to their present status as occupied territories except in the event that they were *terra nullius* when they were occupied by Israel, which no one would seriously argue given that that discredited concept is of no contemporary application, besides being incompatible with the territories' status as a former mandatory territory regarding which, as the Court had occasion to pronounce

“two principles were considered to be of paramount importance: the principle of non-annexation and the principle that the well-being and development of . . . peoples [not yet able to govern themselves] form[ed] ‘a sacred trust of civilization’” (*International Status of South West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 131).

9. Whatever the merits and demerits of the Jordanian title in the West Bank might have been, and Jordan would in all probability argue that its title there was perfectly valid and internationally recognized and point out that it had severed its legal ties to those territories in favour of Palestinian self-determination, the fact remains that what prevents this right of self-determination from being fulfilled is Israel's prolonged military occupation with its policy of creating *faits accomplis* on the ground. In this regard it should be recalled that the principle of non-annexation is not extinguished with the end of the mandate but subsists until it is realized.

Cour ne s'est pas contentée de la répéter. En fait, et bien qu'elle ait passé en revue l'*opinio juris*, c'est en s'appuyant principalement sur le texte de la convention elle-même que la Cour est parvenue à des conclusions similaires en ce qui concerne l'applicabilité *de jure* de la quatrième convention de Genève (par. 86 à 101). Le paragraphe 101 de l'avis consultatif est ainsi libellé :

«Au vu de ce qui précède, la Cour estime que la quatrième convention de Genève est applicable dans tout territoire occupé en cas de conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs parties contractantes. Israël et la Jordanie étaient parties à cette convention lorsque éclata le conflit armé de 1967. Dès lors ladite convention est applicable dans les territoires palestiniens qui étaient avant le conflit à l'est de la Ligne verte, et qui ont à l'occasion de ce conflit été occupés par Israël, sans qu'il y ait lieu de rechercher quel était auparavant le statut exact de ces territoires.»

8. La Cour a choisi la voie de la sagesse en s'abstenant de rechercher quel était le statut antérieur exact de ces territoires, non seulement parce qu'il n'est besoin d'une telle recherche ni pour confirmer leur statut actuel de territoires occupés ni pour affirmer que la quatrième convention de Genève leur est applicable *de jure*, mais aussi parce que le statut antérieur des territoires n'entraînerait aucune différence en ce qui concerne leur statut actuel, sauf le cas où ils auraient été *terra nullius* lorsqu'ils ont été occupés par Israël, ce que nul n'oserait soutenir sérieusement étant donné que cette notion discréditée n'est pas d'application contemporaine, outre qu'elle est incompatible avec le statut des territoires en tant qu'ancien territoire sous mandat, puisque la Cour a déjà eu l'occasion de déclarer, à l'égard des mandats, que

«deux principes furent considérés comme étant d'importance primordiale: celui de la non-annexion et celui qui proclamait que le bien-être et le développement de ces peuples [qui n'étaient pas encore capables de se gouverner eux-mêmes] formaient «une mission sacrée de civilisation»» (*Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 131*).

9. Quels qu'aient pu être les mérites et les démérites du titre jordanien sur la Cisjordanie — et la Jordanie, selon toute probabilité, soutiendrait que son titre était parfaitement valide et internationalement reconnu et ferait observer qu'elle avait rompu ses liens juridiques avec ces territoires en faveur du droit des Palestiniens à disposer d'eux-mêmes —, le fait est que c'est la prolongation de l'occupation militaire israélienne et la politique d'Israël consistant à créer des faits accomplis sur le terrain qui empêchent les Palestiniens de réaliser leur droit à disposer d'eux-mêmes. A cet égard, il convient de rappeler que le principe de non-annexion ne s'éteint pas avec la fin du mandat, mais reste en vigueur jusqu'à ce qu'il soit réalisé.

THE SIGNIFICANCE OF THE GREEN LINE

10. There is no doubt that the Green Line was initially no more than an armistice line in an agreement that expressly stipulated that its provisions would not be “interpreted as prejudicing, in any sense, an ultimate political settlement between the Parties” and that “the Armistice Demarcation Lines defined in articles V and VI of [the] Agreement [were] agreed upon by the Parties without prejudice to future territorial settlements or boundary lines or to claims of either Party relating thereto” (Advisory Opinion, para. 72).

11. It is not without irony that prominent Israeli jurists were arguing before the 1967 war that the General Armistice agreements were *sui generis*, were in fact more than mere armistice agreements, could not be changed except with the acceptance of the Security Council. Whatever the true significance of that line today, two facts are indisputable:

- (1) The Green line, to quote Sir Arthur Watts, “is the starting line from which is measured the extent of Israel’s occupation of non-Israeli territory” (CR 2004/3, p. 64, para. 35). There is no implication that the Green Line is to be a permanent frontier.
- (2) Attempts at denigrating the significance of the Green Line would in the nature of things work both ways. Israel cannot shed doubts upon the title of others without expecting its own title and the territorial expanse of that title beyond the partition resolution not to be called into question. Ultimately it is through stabilizing its legal relationship with the Palestinians and not through constructing walls that its security would be assured.

THE ROLE OF NEGOTIATIONS

12. The Court has included a reference to the tragic situation in the Holy Land. A situation that can be brought to an end

“only through implementation in good faith of all relevant Security Council resolutions, in particular resolutions 242 (1967) and 338 (1973). The ‘Roadmap’ approved by Security Council resolution 1515 (2003) represents the most recent of efforts to initiate negotiations to this end.” (Advisory Opinion, para. 162.)

13. Whilst there is nothing wrong in calling on protagonists to negotiate in good faith with the aim of implementing Security Council resolutions and while recalling that negotiations have produced peace agreements that represent defensible schemes and have withstood the test of time, no one should be oblivious that negotiations are a means to an end and cannot in themselves replace that end. The discharge of international

IMPORTANCE À DONNER À LA LIGNE VERTE

10. Il ne fait aucun doute qu'à l'origine la Ligne verte n'était rien de plus que la ligne de démarcation de l'armistice dans une convention dont le texte disait expressément que ses dispositions ne devaient pas être «interprétées comme préjugant en aucune façon un règlement ... définitif entre les parties» et où il était précisé que «[l]a ligne de démarcation de l'armistice définie aux articles V et VI de la ... convention [était] acceptée par les parties sans préjudice de règlements territoriaux ultérieurs, du tracé des frontières ou des revendications de chacune des parties à ce sujet» (avis consultatif, par. 72).

11. Il n'est pas sans ironie qu'avant la guerre de 1967 d'éminents juristes israéliens soutenaient que les conventions générales d'armistice étaient *sui generis*, qu'elles étaient en réalité plus que de simples conventions d'armistice, qu'elles ne pouvaient être modifiées qu'avec l'accord du Conseil de sécurité. Quelle que soit la portée réelle de ces arguments aujourd'hui, deux faits sont incontestables :

- 1) la Ligne verte, pour citer sir Arthur Watts, «est la ligne à partir de laquelle se mesure l'étendue de l'occupation par Israël de territoire non israélien» (CR 2004/3, p. 64, par. 35). Cela n'implique nullement que la Ligne verte doive être une frontière permanente;
- 2) vouloir diminuer l'importance de la Ligne verte est une arme à double tranchant. Israël ne peut pas mettre en question le titre d'autrui sans s'attendre à ce que son propre titre — et l'étendue du territoire couvert par ce titre au-delà de la résolution sur le partage — ne soit lui aussi mis en question. En dernier ressort, c'est en régularisant ses relations juridiques avec les Palestiniens et non pas en construisant des murs qu'Israël assurera sa sécurité.

LE RÔLE DES NÉGOCIATIONS

12. La Cour a évoqué, dans son avis, la situation tragique de la Terre sainte, une situation à laquelle

«seule la mise en œuvre de bonne foi de toutes les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, en particulier les résolutions 242 (1967) et 338 (1973), est susceptible de mettre un terme... La «feuille de route» approuvée par la résolution 1515 (2003) du Conseil de sécurité constitue l'effort le plus récent en vue de provoquer des négociations à cette fin.» (Avis consultatif, par. 162.)

13. Certes, il n'y a pas de mal à engager les protagonistes à négocier de bonne foi en vue de mettre en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité, et il est arrivé que des négociations aboutissent à des accords de paix dont le dispositif est défendable et qui ont résisté à l'épreuve du temps; on ne doit cependant pas oublier que les négociations sont un moyen au service d'une fin et qu'elles ne sauraient se substituer à cette fin. Le res-

obligations including *erga omnes* obligations cannot be made conditional upon negotiations. Additionally, it is doubtful, with regard to the Roadmap, when consideration is had to the conditions of acceptance of that effort, whether the meeting of minds necessary to produce mutual and reciprocal obligations exists. Be that as it may, it is of the utmost importance if these negotiations are not to produce non-principled solutions, that they be grounded in law and that the requirement of good faith be translated into concrete steps by abstaining from creating faits accomplis on the ground such as the building of the wall which cannot but prejudice the outcome of those negotiations.

(Signed) Awn AL-KHASAWNEH.

pect d'obligations internationales, y compris d'obligations *erga omnes*, ne peut pas être subordonné à des négociations. De surcroît, s'agissant de la «feuille de route», quand on considère les conditions qui ont entouré l'acceptation de cette initiative, on peut douter qu'existe l'accord des volontés qui est indispensable pour créer des obligations mutuelles et réciproques. Quoi qu'il en soit, si l'on veut éviter que ces négociations ne débouchent sur des solutions contraires aux principes, il importe au plus haut point de les ancrer profondément dans le droit et de respecter concrètement l'impératif de bonne foi en s'abstenant de créer sur le terrain des faits accomplis tels que la construction d'un mur qui ne peut que préjuger de l'issue des négociations.

(Signé) Awn AL-KHASAWNEH.
