

La Palestine et la CPI

en partenariat avec l'association
France Palestine Solidarité





NOTES

La Palestine et la CPI

Alia Aoun

William Bourdon

Christine Chanet

Note de la Fondation Gabriel Péri

Décembre
2015

État de droit ou loi de la jungle?

Avec l'adhésion de la Palestine à la CPI, un processus est désormais ouvert qui pourra à l'avenir conduire des responsables de crimes de guerre, voire de crimes contre l'humanité en Israël et Palestine à en répondre devant la justice internationale.

L'Association France-Palestine Solidarité et la Fondation Gabriel Péri ont souhaité s'associer pour rassembler, grâce à la collaboration de juristes éminents, les éléments de base de ce dossier majeur, en ce qu'il est susceptible d'ébranler l'impunité scandaleuse qu'Israël a toujours réussi à préserver du fait de la faiblesse, sinon de la complaisance, de la communauté internationale.

La perspective de voir pour la première fois des responsables politiques ou militaires israéliens répondre de leurs actes devant une juridiction internationale suscite néanmoins, chez nombre d'observateurs, une certaine incrédulité tant paraît établie cette « règle » d'impunité permanente au bénéfice d'un État qui se targue de pouvoir s'affranchir des règles communes.

Ainsi depuis le 16 janvier 2015, quand la procureure de la CPI, Fatou Bensouda a ouvert des investigations préliminaires (sans même attendre le 1^{er} avril, date d'effectivité de l'adhésion palestinienne), les pressions politiques, ouvertes ou cachées, pour faire avorter la démarche n'ont pas cessé.

La France avait toujours, quels qu'aient été les gouvernements en place, pesé de tout son poids pour la création de la CPI et poussé à son extension universelle. Chaque fois qu'un nouvel État l'a rejointe, elle y a vu, pour s'en féliciter, un nouveau pas vers l'universalité de cette juridiction. Elle s'est particulièrement impliquée dans le cas de la Côte d'Ivoire et de la République Démocratique du Congo. On était donc en droit d'attendre d'elle un soutien sans ambiguïté à l'adhésion de la Palestine au statut de Rome. Il n'en est rien : elle marque sa réprobation, comme si la quête de justice pouvait être un obstacle à la recherche d'une paix à la fois juste et durable. Comme

si l'exigence de justice n'avait pas valeur universelle. Rester sur une telle position reviendrait à remettre en cause la légitimité même de la CPI qui n'a de sens qu'universelle.

D'autres États ont fait ou font activement pression pour que la Palestine se retire. Israël et les États-Unis bien sûr, qui pourtant ne sont pas membres de la CPI, mais aussi des pays comme le Canada ou la Nouvelle-Zélande, avec le projet de résolution qu'elle a présenté fin octobre 2015 au Conseil de Sécurité. Il vaut qu'on y prête attention en ce qu'il relève d'une approche biaisée mais trop souvent partagée par certains pays « occidentaux ». Son objectif affiché est d'apaiser les violences entre Israéliens et Palestiniens et de relancer le processus de paix. Avec comme proposition l'arrêt de la construction dans les colonies en échange du renoncement à la saisine de la CPI. Des concessions qui semblent en somme demandées aux deux camps. Mais à Israël on demande de cesser une violation du droit international et des Conventions de Genève (sans revenir sur les « bénéfices » acquis par cette violation depuis 48 ans) et à la Palestine de renoncer à faire valoir le droit des victimes.

Attitude biaisée qui a fait dire à Jonathan O'Donohue, conseiller juridique pour le programme de justice internationale d'Amnesty : *« Il n'y a pas de paix durable sans justice. Le fort sentiment d'injustice ressenti par les deux parties joue un rôle clé dans la perpétuation du cycle de la violence. Le projet présenté par la Nouvelle-Zélande priverait des milliers de victimes palestiniennes et israéliennes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité de leur seule chance de se faire entendre devant les tribunaux ».*

Il faut en effet aller au fond des choses. Il est absurde de penser que pour « apaiser les violences », il faille par avance renoncer à poursuivre les crimes graves. Au contraire, une menace crédible et impartiale de poursuite en justice serait un important moyen de pression pour éviter leur répétition. Qu'Israël mène campagne contre la saisine de la CPI aggrave son absence de crédibilité en la matière et indique non seulement qu'il entend mettre ses responsables à l'abri de poursuite pour des faits déjà commis, mais aussi

qu'il veut garder pour l'avenir une garantie d'impunité. Les rares enquêtes ouvertes par les autorités militaires israéliennes sur des allégations de violations du droit humanitaire ne font qu'attester d'une volonté constante de dissimulation des faits, et donc de la nécessité de permettre des investigations internationales impartiales.

Juste après la fin de l'opération « Plomb durci », le 21 janvier 2009, l'Autorité palestinienne avait déjà produit une déclaration « ad hoc » reconnaissant la compétence de la CPI, conformément à l'article 12 (3) du Statut de Rome. Mais ce n'est qu'en avril 2012, après trois années de délibération et juste avant la fin de son mandat de procureur de la CPI que Luis Moreno Ocampo a fini par rendre publique sa décision, annonçant qu'il n'était pas compétent sur la question de savoir si la Palestine avait un statut d'État, et renvoyant la décision aux Nations unies. Si cette demande palestinienne d'adhésion à la CPI avait été acceptée, on peut se demander si Israël aurait osé déclencher, le 8 juillet 2014, l'opération « Bordure protectrice » dans la bande de Gaza. Rappelons que cette attaque, la troisième en huit ans dans l'enclave, a fait, en cinquante jours, 2 140 morts côté palestinien, essentiellement des civils, et 73 côté israélien, dont 66 soldats. Comme le soulignait M. Shawan Jabarin, Directeur de l'ONG palestinienne Al-Haq, *« L'absence de justice est le plus grand problème car sans justice, il n'y a pas de paix. Ce mécanisme est un moyen de bâtir la paix; pas seulement un outil pour punir, mais aussi un outil de prévention pour bâtir une culture et une conduite dans la guerre qui soit respectueuse du droit humanitaire. Cela affectera aussi notre société et notre "résistance" »*.

Si la phase d'investigations préliminaires peut prendre du temps, arrivera bien un jour le moment de vérité. La question sera tout simplement de savoir si la CPI peut être un organe qui permette de rendre justice aux victimes. Moment de vérité sur le dossier israélo-palestinien, pour les victimes et, tout autant, pour la CPI elle-même. Les organisations palestiniennes ont le sentiment d'avoir épuisé tous les recours. Pour M. Raji Sourani, vice-président de fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH) et président fondateur du Centre palestinien pour les droits de

l'homme (PCHR), « *Tout le monde condamne les Palestiniens pour avoir demandé l'adhésion à la CPI mais si l'État de droit existe, pourquoi ne pas l'utiliser pour rendre justice aux victimes? Les démarches en Israël n'ont mené à rien. Les juridictions universelles en Europe se sont vues retirer leurs compétences en matière de crimes de guerre. Les mécanismes des Nations unies ont échoué* ».

Nous avons quant à nous la faiblesse de penser que la demande de justice et la pression citoyenne sur les responsables politiques sont au cœur de l'exigence démocratique. Cette démarche doit aboutir et ce n'est pas seulement pour les Palestiniens, mais pour toute la région. M. Jabarin a raison lorsqu'il s'interroge: « *que veut le monde pour notre région? L'État de droit, ou la loi de la jungle?* »

C'est tout le sens de notre démarche commune: faire œuvre utile en plaçant cette question en pleine lumière.

Michel MASO

Directeur de la Fondation Gabriel Péri

Taoufiq TAHANI

Président de l'AFPS

Présentation générale: La Cour Pénale Internationale et la Palestine

William Bourdon*

Le 1^{er} janvier 2015, la Palestine déclarait au Greffier de la Cour pénale internationale (ci-après « CPI ») son acceptation de la compétence à partir du 13 juin 2014 en vertu de l'article 12 (3) du Statut de Rome.

Le lendemain, la Palestine transmettait les documents relatifs à son accession au Statut de Rome à l'Organisation des Nations Unies (ci-après « ONU »), dont le Secrétaire général, est le dépositaire, ainsi qu'à d'autres traités.

Le 6 janvier, le Secrétariat général des Nations unies acceptait cette déclaration faisant de la Palestine le 123^e pays membre de la CPI qui à son tour, confirmait au Président ABBAS cette acceptation.

Le 16 janvier, Madame Bensouda, Procureur déclarait l'ouverture de l'examen préliminaire de la question conformément à la norme 25-1-C du Règlement du Bureau du Procureur.

Ainsi décrite, cette nouvelle ne suscitait que peu d'émotion outre les controverses habituelles d'ordre purement politique mais replacée dans son contexte, elle revêt une importance capitale d'un point de vue juridique.

Il ne faut pas oublier que la Palestine est l'héritière indissociable de la déjà très controversée Autorité Palestinienne et que c'est en tant que telle, qu'elle avait déjà vu sa déclaration d'acceptation en vertu de l'article 12 (3) du Statut de Rome rejetée par la CPI en 2012 au motif qu'elle n'était pas un État⁽¹⁾.

Or, selon la rigueur qui s'impose en droit et les termes du Statut de Rome, seuls les États sont admis à reconnaître la compétence de la Cour.

¹ Le 21 janvier 2009, l'Autorité Nationale Palestinienne déposait sa déclaration d'acceptation de compétence auprès du Greffier de la CPI pour les crimes commis en territoire palestinien depuis le 1^{er} juillet 2002.

Cette entité gouvernementale, fruit d'une construction politique dans une logique de pur compromis, a souffert pendant 40 ans de son statut particulier, ni État, ni Nation. À la longue, ce résultat décevant en 2012 pour certains et justifiés pour d'autres, n'était perçu que comme la continuité logique s'agissant d'une entité qui n'avait jamais eu sa place dans les clubs fermés réservés aux « véritables » États.

Une première étape était franchie, timidement, en accordant en 1974 le statut de simple observateur reconnu par les Nations Unies à l'Organisation de la Libération de la Palestine⁽²⁾.

Dans son élan, l'Assemblée Générale avait créé en 1975 le Comité pour l'exercice des droits inaliénables du peuple palestinien dont les deux premières recommandations l'année suivante étaient le droit des Palestiniens à retourner vers leurs foyers et leurs droits à l'auto-détermination, à l'indépendance et à leur souveraineté nationale.

Ces deux questions soumises à l'examen du Conseil de sécurité n'ont jamais abouti à une décision depuis 1976 en raison du veto américain systématique.

Pas de reconnaissance d'un État au sens juridique du terme donc. En conséquence, pas de reconnaissance d'un État en tant que sujet du droit international.

Cette embarrassante question fut à chaque fois habilement contournée: en 1988, l'Assemblée générale réunissait avec peine toutes les parties au conflit au Moyen-Orient, y compris l'OLP sur un pied d'égalité puis *prenait acte* de la proclamation de l'État palestinien par le Conseil national palestinien⁽³⁾. Elle *consentait* également à utiliser le terme « Palestine » au lieu et place du terme « Organisation de la Libération de la Palestine ».

En 1998, la même Assemblée conférait des droits *supplémentaires* à la Palestine pour permettre sa participation plus active aux travaux des Nations unies, sans toutefois aller jusqu'à lui reconnaître le statut d'un État⁽⁴⁾.

² Résolution 3237 (XXX), Assemblée Générale des Nations Unies, 22 novembre 1974.

³ Résolution 43/177 du 15 décembre 1988. 15 ans auparavant, la Conférence internationale de paix de 1973 avait été suspendue *sine die* après 3 jours de discussions stériles. De nouveau en 1981, la Conférence de paix sur la question Palestinienne avait été marquée par l'absence de plusieurs pays notamment Israël et les États-Unis.

⁴ Résolution 52/250 du 7 juillet 1998.

Entre-temps, les accords d'Oslo de 1993 portaient création de l'Autorité palestinienne chargée d'administrer les habitants arabes du territoire cisjordanien et des zones A et B de la bande de Gaza sous occupation israélienne depuis la guerre des 6 jours de 1967. Ces accords, comme ceux du Caire l'année suivante, marquaient tout autant le refus de reconnaître l'existence d'un État palestinien.

Il faudra attendre 2012 et le rejet par le Greffier de la Cour de la déclaration d'acceptation de compétence déposée le 22 janvier 2009 par l'Autorité Nationale Palestinienne en vertu de l'article 12 (3) du Statut de Rome pour que la Palestine accède, sur le plan juridique, au statut d'État.

En effet, il avait été alors fait référence au Statut accordé par le régime onusien or la Palestine ne jouissait que du statut d'entité observatrice. L'adhésion au Statut de Rome se faisant nécessairement *via* le Secrétaire général des Nations unies, la situation semblait indémêlable pour la Palestine.

Sauf à se voir reconnaître le statut d'État par les Nations unies.

Le 29 novembre 2012, alors que l'État d'Israël menait son opération « pilier de défense » à Gaza causant la mort de 174 victimes palestiniennes et 8 du côté israélien en une semaine, l'Assemblée générale des Nations unies saisie de la question octroyait à la Palestine le statut d'État non-membre par la résolution 67/19 avec 138 voix pour, 9 voix contre et 41 abstentions.

Certains y voient un progrès dans la reconnaissance des droits du peuple palestinien, d'autres le pouvoir encore bien réel des forces résistantes et en premier lieu, Israël et les États-Unis eu égard au nombre d'abstentions.

Cette résolution n'étant pas rétroactive, l'État palestinien a renouvelé sa déclaration d'acceptation de compétence en 2015.

Aurait-on réellement, grâce à la CPI, réglé définitivement la question palestinienne?

Cette adhésion crée certes, un rééquilibrage indéniable du rapport de force **structurellement asymétrique** entre la Palestine et Israël puisque la première peut désormais user – et ne s'en prive pas – de la menace d'un procès international.

En outre, le lancement de poursuites et l'ouverture d'un procès à l'encontre de responsables politiques, économiques ou militaires devant la CPI seront lourdes de sens en ce qu'elles entérinent la reconnaissance de la commission des « *crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale* »⁽⁵⁾.

Cette démarche pourrait marquer la fin de l'impunité pour les responsables politiques, économiques et militaires israéliens comme le souhaitent leurs homologues palestiniens mais la route est encore longue.

I- Présentation générale de la CPI

La CPI est la première et jusqu'à ce jour⁽⁶⁾, la seule juridiction internationale permanente créée pour poursuivre et juger les auteurs des crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale.

L'ambition immense qu'a constituée la création d'une telle juridiction capable, potentiellement, de mettre fin à l'impunité dans une très vaste partie du monde, a eu pour effet prévisible et provoqué, de susciter des attentes et expectatives importantes de l'ensemble de la communauté internationale.

La création d'une telle juridiction, sur un modèle combinant certaines caractéristiques de la Cour Internationale de Justice et les Tribunaux Ad Hoc pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, est le fruit d'une longue réflexion dans laquelle la France a joué une part significative notamment par la Commission de juriste présidée par Monsieur Pierre TRUCHE et son rapport remis au Conseil de sécurité.

Dans cette brèche qu'a constituée la fin de la guerre froide, la communauté internationale et plus précisément, 120 États se sont engouffrés dans la conduite de débats et de réflexions sur le sujet jusqu'à aboutir à la signature le 17 juillet 1998, à Rome, de la Convention portant Statut de la Cour pénale internationale.

⁵ Préambule du Statut de Rome, par. 9.

⁶ Voir ouvrage écrit par M^e William BOURDON « *La Cour Pénale Internationale – Le Statut de Rome* », Ed. du SEUIL – Coll. POINT, 2000.

Lorsque s'est posée la question du financement afin de mettre en œuvre de façon effective cette juridiction, comme lors de la création du TPIY et du TPIR, les États ont fait preuve de moins de zèle et le processus de ratification s'en est trouvé retardé.

La Cour est donc entrée en fonction et en compétence à l'entrée en vigueur du Statut de Rome le 1^{er} juillet 2002 après que, comme l'exigeait le Statut, 60 pays aient ratifié la convention.

1. Une création longuement mûrie :

A. Le « crime contre l'Humanité » comme point de départ :

La création de la CPI est habituellement présentée comme la suite logique des tribunaux de Nuremberg, de Tokyo et des deux tribunaux *ad hoc*.

Néanmoins, l'origine de l'idée même selon lequel les auteurs de crimes considérés comme universels, qu'ils s'agissent de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, doivent répondre de leurs actes remonte plus loin encore avec la naissance et l'utilisation progressivement courante du terme « crime contre l'humanité » après le massacre des Arméniens par les Turcs en 1915⁽⁷⁾ et en 1920⁽⁸⁾.

Le Traité de Versailles du 28 juin 1919 signé entre les forces alliées et l'Allemagne vaincue, comportait également en son article 227 une disposition prévoyant la création d'une juridiction spécifique pour juger l'ex-empereur d'Allemagne, Guillaume II et ses collaborateurs. Réfugié aux Pays-Bas sans jamais être extradé (l'infraction étant considérée comme politique), le procès n'avait jamais pu se tenir. Les « charges » retenues étaient entre autres, la déportation en masse et l'enlèvement de jeunes filles. Les crimes retenus alors ont largement inspiré les définitions du crime contre l'humanité d'aujourd'hui.

Ces difficultés n'ont néanmoins pas entraîné de découragement définitif de la communauté internationale, au contraire.

La volonté universelle de mettre fin à l'impunité avait émergé au niveau international.

La Seconde Guerre mondiale sera ensuite un véritable catalyseur pour ce mouvement. Entre 1945 et 1949 sont adoptés plusieurs textes de référence à commencer par la Charte des Nations Unies adoptée à San Francisco le 26 juin 1945.

⁷ Déclaration conjointe du 18 mai 1915 de la France, la Grande-Bretagne et la Russie.

⁸ Traité de Sèvres (1920) conclu avec le gouvernement turc mais le traité ne fut jamais ratifié.

B. Les Tribunaux Militaires Internationaux d'après la Seconde guerre mondiale

Les accords de Londres signés le 8 août 1945 entre les pays vainqueurs : la France, l'URSS, les États-Unis et la Grande-Bretagne portaient création du Tribunal Militaire International de Nuremberg (ci-après « TMI de Nuremberg »).

Ce Tribunal était composé d'un juge et d'un assistant de chaque pays signataire et il était prévu que ces magistrats ne puissent pas être récusés. La Présidence du TMI de Nuremberg s'organisait par rotation dans un souci d'égalité parfaite.

S'agissant des crimes, les chefs d'accusation possibles étaient ceux du complot, des crimes contre la paix, des crimes de guerre, et des crimes contre l'humanité.

La notion de crimes contre l'humanité revenait donc au-devant de la scène mais étant relativement nouvelle, ce chef d'accusation ne pouvait être qualifié que s'il était commis en lien avec l'un des autres crimes relevant de la compétence du TMI de Nuremberg. Ce crime n'existait donc pas de façon autonome.

En revanche, un progrès significatif était réalisé s'agissant des modes de responsabilité. Il était exclu que le fait d'avoir été chef d'État puisse constituer une excuse ou un motif d'atténuation de la sanction.

Entre 1945 et 1946, le TMI de Nuremberg eut à juger 24 criminels nazis et 6 organisations (dont la Gestapo, les SS, etc.). **À l'époque, le Procureur général français avait demandé à la Cour de « déclarer criminelles les organismes de fait sans lesquels il eut été impossible à un seul homme de rabaisser une nation civilisée au dernier rang d'une barbarie d'autant plus monstrueuse qu'elle était délibérée et scientifique ».**⁽⁹⁾

Il ne s'agissait alors pas de reconnaître une forme de responsabilité pénale d'une personne morale mais, comme l'explique Olivier de Frouville dans son ouvrage, « d'un mécanisme visant à faciliter la condamnation ultérieure, par des tribunaux nationaux ou d'occupation, de personnes affiliées à ces groupes ou organisations ».⁽¹⁰⁾

⁹ <http://www.franceculture.fr/2005-11-18-un-proces-s-ouvre>

¹⁰ Extrait de l'ouvrage : *Droit international pénal* d'Olivier de Frouville, EAN : 978-2-233-00640-0, éditions A.Pedone 2012, p. 354-355.

Suivant cet exemple, le Tribunal Militaire International de l'Extrême Orient était créé en 1946 et siégeait à Tokyo (ci-après « TMI de Tokyo ») pour les crimes commis sur le front Pacifique.

Objet d'un plus large compromis puisqu'il comptait 11 pays signataires, le TMI de Tokyo qui siégea de 1946 à 1948 n'était compétent que pour les crimes de violation des lois de la guerre et les crimes contre la paix. Aucune compétence n'était prévue pour les crimes contre l'Humanité.

Sa création et son travail ont conforté cet élan de répression des politiques hégémoniques en reprochant aux accusés d'avoir élaboré et exécuté un plan de conquête basé sur des meurtres, des viols et des cruautés de masse sur les territoires envahis.

C. L'adoption de textes clés entre 1945 et 1949

• Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

Dans le même temps, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme était adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations unies qui ouvre son Préambule sur les deux paragraphes suivants :

« *Considérant* que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.

Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme. »

Ces deux paragraphes de référence seront ensuite cités, repris et rappelés de façon systématique au cours des étapes suivantes de création du droit pénal international.

• Convention sur le génocide

La Convention sur le génocide adoptée la même année, a été l'une des premières conventions des Nations unies à traiter de pro-

blèmes humanitaires. Elle fut élaborée et signée en réponse aux atrocités commises pendant la Seconde guerre mondiale et dans le prolongement de la Résolution 180 de l'Assemblée générale des Nations unies adoptée en 1947 reconnaissant que « *le crime de génocide est un crime international qui comporte des responsabilités d'ordre national et international pour les individus et pour les États* ».

La Convention sur le génocide est aujourd'hui largement acceptée par la communauté internationale puisque signée par 146 États.

Sa portée fut encore étendue par la Cour Internationale de Justice qui par sa jurisprudence confère à l'interdiction du génocide le statut de norme impérative du droit international. Dès lors, le génocide est interdit même dans les États n'ayant pas signé la Convention.

Le crime de génocide y est défini comme suit (article 2) :

Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe ;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

• **Enfin, les quatre Conventions de Genève et leurs protocoles additionnels**

Le 12 août 1949, quatre conventions relatives aux droits de l'Homme en temps de guerre sont signées à Genève.

La première convention est relative aux blessés et aux malades aux forces armées sur terre et la seconde convention à ceux des forces armées sur mer.

La troisième convention porte sur les prisonniers de guerre et la quatrième convention protège les personnes civiles.

L'article 3, commun aux quatre conventions et applicable aux conflits armés non internationaux, énonce en quoi consiste un minimum de traitement humain.

Article 3 des Conventions de Genève de 1949 :

Il étend une protection fondamentale qui ne souffre d'aucune dérogation aux conflits armés non internationaux : les conflits armés internes, les guerres civiles y compris celles qui s'étendent à d'autres États ou lorsqu'un État ou une force multinationale intervient.

1. Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.

À cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

- a. les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ;
- b. les prises d'otages ;
- c. les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ;
- d. les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

2. Les blessés et les malades seront recueillis et soignés.

Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit.

Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention.

L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit.

Néanmoins, les quatre conventions ne prévoyaient en 1949 de protection qu'en cas de conflit armé international.

En 1977, deux Protocoles additionnels sont adoptés pour étendre et adapter le champ d'application des Conventions aux autres types de conflit et particulièrement :

- Le premier Protocole additionnel élargit la notion du conflit armé en incluant les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (art.1 al. 4).

- Dans le deuxième Protocole additionnel il s'agit de la protection des droits humains les plus importants lors de conflits armés non internationaux, c'est-à-dire lors de guerres civiles. Le deuxième Protocole élargit les garanties minimales des droits fondamentaux qui sont déjà contenus dans l'art. 3, aux conflits armés internes. Il concerne exclusivement la protection des personnes privées (art. 2).

- Du 5 décembre 2005, le troisième Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève établit le « cristal rouge », emblème additionnel pour les sociétés nationales (Croix-Rouge ou Croissant-rouge) des Hautes Parties contractantes.

Après ces quatre années hyperprolifiques pour l'avancée des droits de l'Homme au niveau international, il a fallu attendre les années 90 pour qu'à nouveau, la communauté internationale réagisse aux exactions commises par certaines formations politiques.

Parallèlement, la France entamait également ses trois procès emblématiques de l'après-guerre, de Klaus BARBIE, Paul TOUVIER et Maurice PAPON. Cette concordance chronologique n'est pas anodine compte tenu du rôle actif de la France dans la création des Tribunaux *ad hoc*.

D. La poursuite des « criminels nazis » en France :

Dans les années 90, la lutte contre l'impunité reprend son élan avec la conduite en France de trois affaires liées à la Seconde guerre mondiale.

Klaus Barbie, ressortissant allemand, surnommé « le boucher de Lyon » était le chef de la Gestapo à Lyon en 1943 puis de la Sipo-SD (chargé de la répression des maquis) à partir de 1944. Il se réfugie en Bolivie en dissimulant son identité. Il est retrouvé et expulsé vers la France en 1983. Il est condamné le 4 juillet 1987 par la Cour d'assises du Rhône à la prison à perpétuité pour la déportation de centaines de Juifs de France et notamment l'arrestation, le 6 avril 1944, de 44 enfants juifs et de 7 adultes à la maison d'enfants d'Izieu et leur déportation à Auschwitz. Les **crimes** à l'encontre des résistants ne sont pas retenus car concernant des victimes de guerre, ils sont couverts par la prescription. En revanche, le crime contre l'humanité est défini comme celui commis au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique.

Paul Touvier, fonctionnaire de police condamné à mort en 1946 pour les crimes commis en tant que chef de la milice lyonnaise pendant l'occupation allemande, fut gracié en 1971 par le Président Georges Pompidou. Néanmoins, les crimes contre l'humanité étant imprescriptibles, il est poursuivi et arrêté en 1989. La Cour de cassation s'est départie de la définition des crimes contre l'humanité retenue dans le procès Barbie et, pour renvoyer Paul Touvier alors agent du régime de Vichy (qui n'avait jamais déclaré les juifs comme étant des ennemis), retient que ce dernier était un complice de la Gestapo. Il est condamné par la Cour d'assises des Yvelines le 20 avril 1994 à la réclusion criminelle à perpétuité pour crime contre l'humanité.

Maurice Papon, secrétaire générale de la Préfecture de Gironde en 1943 et 1944, est inculpé en 1983 de crimes contre l'humanité (imprescriptibles en France depuis 1964). La Cour d'assises de la Gironde le condamne le 2 avril 1998 à 10 ans de réclusion criminelle pour complicité de crimes contre l'humanité⁽¹¹⁾. Cette décision

¹¹ Le 25 juillet 2002, sur requête de M. Papon, la Cour européenne des droits de l'homme, suivant sa jurisprudence antérieure, a jugé contraire aux principes du procès équitable l'obligation de se constituer prisonnier avant l'examen d'un pourvoi en cassation, qui faisait alors partie du code de procédure pénale. Maurice PAPON s'était en effet enfui en Suisse à la veille de l'examen de son pourvoi en cassation en 1999 sans s'être constitué prisonnier avant. À la suite de cet arrêt, la commission de réexamen des condamnations pénales a ordonné le réexamen du pourvoi en cassation de Papon, pourvoi qui a été rejeté le 11 juin 2004 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

confirme qu'il n'est pas nécessaire que le complice ait adhéré à la politique d'hégémonie idéologique pour être coupable.

E. L'impulsion des Tribunaux Pénaux Internationaux :

Ce tournant dans les années 90 s'est également opéré au niveau international avec la création des Tribunaux Pénaux Internationaux *ad hoc* aujourd'hui remplacés par le Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux (Mécanisme ou MTPI).

Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie :

Par la résolution du Conseil de Sécurité n° 808 du 22 février 1993, le Tribunal Pénal international pour l'Ex-Yougoslavie voyait le jour. Il s'agissait pour la communauté internationale de réagir fermement aux atrocités commises depuis 1991 dans les Balkans après la dislocation de l'empire de Tito décédé 10 ans auparavant⁽¹²⁾.

En 1992, la commission des Droits de l'Homme déclare sans ambiguïté que le nettoyage ethnique est le but de la guerre qui sévit dans les Balkans.

Le TPIY est compétent pour tous les actes commis depuis 1991 pouvant revêtir la qualification de violation des conventions de Genève, de violation des lois et coutumes de la guerre, de génocide ou de crime contre l'Humanité mais limités à ceux commis au cours d'un conflit armé.

Malgré la création du TPIY dès 1993, la guerre s'est poursuivie jusqu'en 1999 et le nombre de victimes évalué à 800 000 morts.

En 1995, le massacre de Srebrenica dans lequel plus de 8000 hommes et adolescents bosniaques ont perdu la vie en 3 jours malgré la déclaration de la ville par les Nations unies comme « zone de sécurité », fut un choc supplémentaire pour la communauté internationale.

¹² Si la citoyenneté yougoslave prédominait sous Tito, les revendications contre le fédéralisme se sont multipliées de 1980 à 1990 renforçant les parties nationalistes conçus sur une base ethnique. Sur fond de crise économique, ces aspirations nationales se sont présentées comme des solutions alternatives et chacun propose de remodeler les frontières pour regrouper les membres de son ethnie. L'action de Slobodan Milosevic illustre parfaitement cette politique en faveur des Serbes par exemple.

Bien qu'en février 2006, tout en rejetant la responsabilité de l'État serbe dans le génocide, la Cour internationale de justice soulignait que l'État serbe n'avait pas pris « toutes les mesures en son pouvoir » pour éviter ces événements.

De son côté, le TPIY juge en ce moment même de la responsabilité pénale du Colonel Ratko Mladic, commandant des forces armées ayant attaqué la ville de Srebrenica.

Cet exemple démontre que comme en droit national, le droit pénal n'est pas influencé par les décisions rendues par les autres juridictions dès lors qu'une infraction pénale est susceptible d'être caractérisée.

Tribunal Pénal International pour le Rwanda :

Le Tribunal pénal international pour le Rwanda fut créé par la Résolution du Conseil de sécurité n° 955 du 8 novembre 1994.

Sa compétence est limitée aux faits survenus entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 sur le territoire rwandais ou par des citoyens rwandais sur des territoires limitrophes pouvant revêtir la qualification de génocide, de crime contre l'Humanité ou de violation de l'article 3 des conventions de Genève mais sans aucune exigence quant à la commission de ces actes dans le cadre d'un conflit armé⁽¹³⁾.

Compte tenu de la difficulté d'appréhender la qualité officielle de certains groupes rebelles au Rwanda pendant ces faits, l'existence d'une attaque généralisée et systématique suffit.

Deux avancées notables sont à noter dans la jurisprudence du TPIR :

Tout d'abord, il s'agit du premier Tribunal international à s'être prononcé sur l'interprétation du terme génocide et avoir reconnu les violences sexuelles comme constitutive du crime de génocide.

¹³ Le 6 avril 1994, l'avion à bord duquel se trouvaient Juvénal Habyarimana, Président du Rwanda, et Cyprien Ntaryamira, Président du Burundi, a été abattu au-dessus de Kigali. Ces assassinats ont fait voler en éclat la paix fragile installée par les Accords d'Arusha qui avaient mis fin au conflit entre le gouvernement rwandais et le Front patriotique rwandais. S'en sont suivis 100 jours de conflit avec de nombreuses exactions commises à l'encontre des civils tutsis et hutus modérés. Ces crimes ont été commis aussi bien par des politiciens, des soldats, des gendarmes que des civils. Huit cent mille à un million d'hommes, de femmes et d'enfants ont été massacrés par des extrémistes hutus soit, un taux d'exécution quatre fois supérieur à celui enregistré au plus fort de l'holocauste nazi.

Ensuite, il s'agit également du premier Tribunal international à avoir déclaré coupables les membres des médias pour avoir diffusé des programmes destinés à inciter le public à commettre des actes de génocide.

Le 20 décembre 2012, le TPIR a rendu son dernier jugement dans l'affaire Ngirabatware.

Ainsi, les activités judiciaires du Tribunal qui restent à accomplir relèvent du seul ressort de la Chambre d'appel. En octobre 2014, seule une affaire concernant six appels distincts est pendante devant la Chambre d'appel du TPIR. Un autre recours contre un jugement rendu par le TPIR est en instance devant la Chambre d'appel du MPTI.

Une fonction essentielle assumée par le MPTI porte sur la recherche et l'arrestation des trois accusés encore en fuite⁽¹⁴⁾.

Des compétences concurrentes à celles des juridictions nationales :

Bien que ces deux Tribunaux aient été créés avec une compétence concurrente à celle des juridictions nationales, ils peuvent faire valoir leur primauté et demander aux instances nationales de se dessaisir en sa faveur d'une enquête ou d'une procédure menée par ces dernières, à tout moment, dès lors qu'il en va de l'intérêt de la justice.

Ces Tribunaux peuvent également à l'inverse, renvoyer les affaires dont ils sont saisis devant les autorités nationales compétentes.

Cela a été le cas par exemple pour l'affaire concernant l'Abbé Wenceslas Munyeshyaka. La Chambre de première instance du TPIR a renvoyé le 20 novembre 2007 l'acte d'accusation aux autorités françaises. L'instruction s'agissant de ce dossier est toujours en cours. Ce renvoi a permis en outre, à certaines parties civiles de se constituer selon les règles de procédure pénale française.

L'impact des Tribunaux *ad hoc* sur la CPI :

Si au moment de l'adoption du Statut de Rome en 1998, le temps manquait pour avoir suffisamment de recul sur l'expérience

¹⁴ Le TPIR a mis en accusation Félicien Kabuga, Protais Mpiranya et Augustin Bizimana pour génocide et crimes contre l'humanité.

des Tribunaux *ad hoc*, il est certain que la pratique antérieure et les difficultés rencontrées par les juridictions spéciales ont été prises en compte dans la mise en œuvre effective de la Cour.

Les premières critiques visaient à l'absence de coopération de certains États et l'impuissance des TPI face à certaines mauvaises volontés.

De même, des enseignements ont été tirés de l'encombrement de leurs Greffes respectifs, de la lenteur des procédures et de certaines lacunes de leurs règlements de procédure.

Le Règlement de procédure et de preuve adopté le 9 septembre 2002 comporte 225 articles contre 127 articles dans RPP du TPIY par exemple, et détaille notamment tout un chapitre sur l'Exécution des décisions.

2. La structure de la CPI :

A. L'indépendance comme enjeu, la complémentarité comme outil :

• L'indépendance :

Pour accomplir une telle ambition, il n'y avait aucune autre possibilité que celle d'un traité marquant l'accord souverain et autonome de chaque État, sans dépendance aucune envers les institutions internationales.

Cette indépendance devait également se marquer financièrement. Le budget de la CPI est alimenté par les contributions obligatoires des États parties mais également, des contributions volontaires des gouvernements ou du secteur privé.

Dans son rapport annuel sur le budget approuvé par l'Assemblée générale des États parties et publié sur internet, la Cour détaille l'ensemble des informations dans un souci manifeste de transparence, tenant aux montants des fonds, leur répartition, les effectifs de son personnel, les missions accomplies avec leurs contraintes et les objectifs.

La transparence est un indicateur important de l'éthique et l'intégrité de l'institution.

Cette mise en ligne des informations exhaustives constitue aussi indéniablement le moyen de désamorcer par avance certaines critiques.

• La complémentarité :

La CPI est une juridiction complémentaire. Cela signifie qu'elle ne peut se saisir d'une affaire que si l'État concerné n'a ni la volonté ni la capacité de poursuivre les auteurs des crimes les plus graves.

Cette volonté de ne pas supplanter les États Parties dans leur action de répression et leurs efforts de lutte contre l'impunité est l'indispensable compromis proposé dans le souci de respecter la souveraineté des États signataires.

L'institution de cette juridiction permanente de droit pénal international s'est donc faite dans l'esprit de ne pas déposséder les États de leurs pouvoirs et surtout, de ne pas les déresponsabiliser dans la lutte contre l'impunité.

Néanmoins, la possibilité pour le Conseil de sécurité de référer une situation au Bureau du Procureur ouvre la voie à de vives critiques en ce qu'elle permet à un organe purement politique, dont certains membres permanents, de s'immiscer ou intervenir dans l'ordre judiciaire international⁽¹⁵⁾.

L'existence du droit de veto du Conseil de sécurité nuit au caractère universel et donc à la crédibilité de la Cour pénale internationale alors même que trois membres du Conseil de sécurité et donc susceptibles d'exercer leur droit de veto, n'ont pas signé le statut de Rome et ne font donc pas partie de la Cour. Il s'agit de la Russie, de la Chine et des États-Unis.

Les États-Unis plus particulièrement ont fait preuve d'un comportement opportuniste vis-à-vis de la Cour déferant le cas du Soudan dès 2005 et finançant les investigations nécessaires contre Omar AL-BACHIR, tout en refusant de coopérer de façon active pour l'exécution du mandat d'arrêt contre de Muammar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI et Abdualla AL-SENUSSI.

La décrédibilisation par l'instrumentalisation politique dont peut faire l'objet la Cour, est encore accrue par le comportement d'autres pays qui n'ont pas signé le statut de Rome et qui même sans détenir le droit de veto du Conseil de sécurité, s'abstiennent d'exécuter les mandats d'arrêt délivrés à l'encontre de certaines personnes par la Cour à l'instar du mandat d'arrêt émis contre le Président Omar AL-BACHIR qui a pu circuler librement dans un grand nombre de pays arabes et africains malgré ce mandat d'arrêt.

Encore plus récemment, le 22 juin 2014, la Chine et la Russie s'étaient opposées à la résolution présentée par la France devant le Conseil de sécurité de saisir la CPI pour les crimes commis en Syrie.⁽¹⁶⁾

Ainsi, la possibilité pour un pays qui ne fait pas partie des signataires du statut de Rome d'exercer son droit de veto via la

¹⁵ En vertu de l'article 16 du Statut, le Conseil de Sécurité peut faire obstacle à ce qu'une enquête soit ouverte par la CPI.

¹⁶ <http://www.rfi.fr/moyen-orient/20140522-chine-russie-le-double-veto-protège-syrie-tchourkine-onu-cpi-justice-internati>

Conseil de sécurité sur les affaires et situations qui peuvent être soumises à examen de la Cour et de nature à mettre en danger les intérêts de celle-ci.

Cette problématique n'est cependant pas obliérée par la Cour, contrairement aux TPI qui ont peut-être fait l'erreur d'écarter ces critiques des débats publics afin de préserver, à court terme, la légitimité et l'image d'impartialité des juridictions.

Ainsi, accessible sur le site des Nations unies se trouve le résumé des débats de l'Assemblée générale lors de sa soixante-neuvième session en octobre 2014 :

« Plusieurs délégations ont, en effet, reproché au Conseil de sécurité d'avoir été incapable d'user de son pouvoir de renvoyer la situation syrienne à la CPI et argué de la nécessité de renoncer au droit de veto dans une situation où sont commis les crimes les plus graves.

Le représentant de l'Algérie a, au contraire, regretté une tendance du Conseil à ignorer le principe de la primauté des juridictions nationales lorsqu'il saisit la CPI. « Dans ce contexte, nous ne devons pas être étonnés de voir un grand nombre d'États, dont certains sont parties au Statut, questionner l'impartialité de la CPI. »

« L'opinion publique en Afrique en est venue à décrier la Cour comme un tribunal des pays développés », a déploré le représentant du Soudan, directement concerné puisque le Conseil de sécurité a saisi la Cour de la situation au Darfour. Son homologue algérien a réitéré l'appel du Sommet extraordinaire de l'Union africaine, du 12 octobre 2013, visant l'ajournement des poursuites en cours contre deux présidents et un vice-président en exercice, conformément à l'article 16 du Statut de Rome. Le refus de la Cour est « la source d'un vif désappointement pour le continent africain », a-t-il prévenu.

Le représentant de l'Ouganda est allé plus loin, en estimant que les pays africains devraient réexaminer leur adhésion au Statut de Rome, la CPI étant devenue « un instrument biaisé au service d'une hégémonie postcoloniale ». « Nous devons écouter les préoccupations des États africains sans a priori », a commenté son homologue du Brésil qui a voulu que l'Assemblée des États parties engage les pays africains « dans un esprit constructif ».

Toujours sur la saisine de la CPI par le Conseil de sécurité, des pays comme la Suisse, le Liechtenstein, le Mexique ou l'Uruguay ont préconisé la création d'un mécanisme permettant au Conseil de suivre le cours des affaires qu'il renvoie à une CPI qui compte, à ce jour, 13 mandats d'arrêt non exécutés.

La question du financement de ces saisines a aussi été commentée. Beaucoup de délégations se sont plaintes du fait que les procédures liées aux affaires renvoyées à la Cour par le Conseil de sécurité soient financées par les États parties au Statut de Rome. L'accroissement du nombre des affaires soumises à la Cour, combiné à l'insuffisance des moyens disponibles, exige que l'Assemblée générale assume le financement des charges relatives aux enquêtes et poursuites, a résumé le représentant du Sénégal. »

Il ressort de ces critiques que, de façon similaire aux critiques presque systématiquement formulées à l'encontre des grandes organisations internationales, les pays du Sud portent un regard sceptique sur l'impartialité de la CPI.

B. La Présidence et les Chambres :

• La Présidence :

Elle est composée de 3 juges élus par les autres juges pour un mandat de 3 ans⁽¹⁷⁾ et joue un rôle équivalent à celui d'un doyen au sein de la plupart des juridictions nationales soit la gestion des affaires et des ressources, les affaires juridiques et les relations extérieures.

La Présidence gère l'administration des Chambres et du Greffe – et leur efficacité – mais intervient également dans les questions touchant à l'intérêt de la Cour en tant qu'institution telles que la gestion du fonds au profit des victimes.

¹⁷ M^{me} la juge Silvia Alejandra Fernández de Gurmendi (Argentine) est la Présidente de la Cour, M^{me} la juge Joyce Aluoch (Kenya) est la première vice-présidente et M^{me} la juge Kuniko Ozaki (Japon) est la seconde vice-présidente.

- **La Section préliminaire :**

Les Chambres préliminaires sont formées de 3 juges qui élisent entre eux leur Président.

Leur rôle principal est de donner ou non au Bureau du Procureur l'autorisation d'ouvrir une enquête en examinant si les faits relèvent a priori de sa compétence sans préjudice de sa décision ultérieure sur la compétence et la recevabilité des poursuites.

Si la décision du Procureur d'ouvrir une enquête ou non se fonde sur une appréciation d'opportunité en fonction des « intérêts de la justice », la Chambre préliminaire peut examiner cette décision quelle que soit l'origine de l'enquête : proprio motu, à la demande d'un État ou sur décision du Conseil de sécurité.

La deuxième fonction clé de la Chambre préliminaire est la délivrance des mandats d'arrêt et des citations à comparaître sur requête du Procureur.

La Chambre préliminaire a pour fonction de garantir au cours de l'enquête les droits de toutes les personnes, aussi bien en défense que chez les victimes et les témoins qui peuvent bénéficier d'une protection ainsi que de la préservation de leur vie privée.

Elle est enfin chargée de préserver les éléments de preuve et la protection des renseignements touchant à la sécurité nationale.

L'intervention de la Chambre préliminaire dès l'ouverture de l'enquête permet de préserver l'image d'une **enquête à charge et à décharge**, dans un souci d'impartialité et de respect du principe de souveraineté des États et de complémentarité de la Cour.

Une fois l'enquête terminée et le ou les mandats d'arrêt exécutés – ou la comparution volontaire du suspect devant la Cour – la Chambre préliminaire tient une audience en présence du Procureur et de la défense assistée d'un conseil afin de confirmer les charges ou non.

Anticipant sur les difficultés prévisibles de certaines arrestations et déjà rencontrées par les Tribunaux *ad hoc*, le Règlement de Procédure et de Preuve (ci-après RPP) prévoit que cette audience de confirmation peut néanmoins avoir lieu en l'absence du suspect si un mandat d'arrêt a été délivré, non exécuté dans un délai normal et que toutes les mesures ont été prises – sous contrôle de la Chambre préliminaire – pour localiser et arrêter cette personne. Le suspect peut alors toujours être représenté par un conseil.

• La Section de Première instance:

Chaque Chambre de Première instance est composée de trois juges désignés par le Président de la Chambre préliminaire qui élisent entre eux un Président. Les juges de la Chambre préliminaire ne peuvent en aucun cas siéger en Chambre de première instance dans la même affaire.

La Chambre de première instance conduit le procès dans le respect des droits de la défense, des victimes et des témoins.

Les audiences sont en principe publiques et conduites en présence de l'accusé. Néanmoins, elles peuvent être également conduites à huis clos et certaines informations peuvent être caviardées si la protection des victimes, des témoins ou des renseignements touchant à la sécurité nationale le requiert.

En cas de déclaration de culpabilité, la Chambre de première instance prononce la peine en audience publique qui peut être, soit une peine d'emprisonnement de 30 ans maximum ou, dans les cas les plus graves, une peine d'emprisonnement à perpétuité.

En outre, elle peut prononcer la condamnation au paiement de sanctions financières et de dommages et intérêts à verser aux victimes au titre de réparation.

Ces réparations peuvent être la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation.

• La Section d'Appel:

La Chambre d'appel est composée des cinq juges affectés à la Section des appels et qui élisent leur Président entre eux.

Outre les appels possibles contre les décisions sur la compétence ou la recevabilité rendues par la Chambre préliminaire, les appels sont ouverts à la personne déclarée coupable à l'encontre de toutes les décisions, au Procureur pour les décisions d'acquiescement, de condamnation ou sur la peine ou encore aux représentants légaux de victimes ou les propriétaires de bonne foi d'un bien affecté par les décisions de la Cour s'agissant des décisions sur la réparation.

La Chambre d'appel peut évoquer l'affaire et modifier elle-même, sans renvoi, la décision.

Elle peut aussi procéder à la révision de la décision définitive portant sur la culpabilité ou de la peine prononcée ou réexaminer cette dernière.

C. Le Greffe

Caractérisé comme en droit national par sa neutralité, il est responsable de l'administration de la Cour et de l'efficacité du procès⁽¹⁸⁾.

Il œuvre aussi bien pour la représentation des suspects et accusés *via* la Section d'appui aux conseils que celle des victimes par la Section de la participation des victimes et des réparations. Il coordonne les différents services pendant le procès pour la publicité et la sérénité des débats mais aussi à l'extérieur de la Cour en coopération avec les États pour la localisation et le gel des avoirs.

D. Le Bureau du Procureur

Le Procureur est élu par l'Assemblée générale des États parties, par consensus⁽¹⁹⁾.

Le Bureau a pour mandat de recevoir et d'analyser les renvois et les communications afin de déterminer s'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête, de conduire des enquêtes dans le cas de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, et de poursuivre devant la Cour les personnes responsables de tels crimes.

Dans la lignée de l'objectif général de la Cour, il est chargé de conduire les examens préliminaires et les enquêtes sur les auteurs des crimes relevant de la compétence de la juridiction.

La CPI étant soumise au principe de complémentarité inscrit dans son préambule, le Bureau du Procureur est contraint de concentrer ses enquêtes sur les personnes portant la responsabilité pénale la plus lourde.

Ces enquêtes peuvent être ouvertes dans 3 cas :

- **À la suite du renvoi d'une situation par un État partie ou par le Conseil de sécurité** agissant en réponse à une menace qui pèse sur la paix et la sécurité internationales.

¹⁸ M. Herman von Hebel (Pays-Bas) a été élu en tant que Greffier de la Cour pénale internationale (CPI) le 8 mars 2013 pour un mandat de cinq ans.

¹⁹ Le Procureur, Mme Fatou Bensouda et le Procureur adjoint, M. James Stewart.

- **À la suite du signalement d'une situation par une ou plusieurs victimes** relevant de la compétence de la Cour c'est-à-dire, à propos de faits dont les auteurs ou les victimes seraient des ressortissants d'un des États Parties ou qui ont été commis sur le territoire d'un État partie.
- **Proprio motu**: le Bureau du Procureur peut également de sa propre initiative ouvrir des enquêtes sur le territoire ou à l'encontre des ressortissants d'un État partie.

Sur la base des résultats des enquêtes et **sous réserve d'une autorisation préalable d'une Chambre préliminaire**, le Bureau du Procureur conduit ensuite les poursuites.

La CPI présente les trois divisions formant le Bureau du Procureur comme suit⁽²⁰⁾:

- **La Division des enquêtes** s'occupe de la conduite des enquêtes (par exemple, recueil et analyse des éléments de preuve, audition des personnes faisant l'objet d'une enquête, mais aussi des victimes et des témoins). À cet égard, le Statut exige du Bureau du Procureur qu'il enquête tant à charge qu'à décharge afin d'établir la vérité.
- **La Division des poursuites** tient un rôle dans le processus de l'enquête et a pour responsabilité principale d'exercer l'action publique devant les diverses chambres de la Cour.
- **La Division de la compétence, de la complémentarité et de la coopération** analyse les renvois et les communications reçus, et évalue leur recevabilité avec le concours de la Division des poursuites. Elle contribue également à mettre en place la coopération dont a besoin le Bureau pour mener à bien ses activités et est en charges de l'ensemble des relations extérieures du Bureau.

Le Statut de Rome précise aussi que le Bureau du Procureur agit en toute indépendance. Par conséquent, ses membres ne doivent

²⁰ <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/OTPFra.pdf>

ni solliciter, ni accepter d'instructions d'aucune source extérieure telle que les États, les organisations internationales, les ONG ou les particuliers.

Son autonomie est caractérisée aussi bien dans son fonctionnement que dans ses pouvoirs. Ainsi, le Procureur a toute autorité sur la gestion et l'administration du Bureau, y compris le personnel, les installations et les autres ressources.

E. La défense

Parmi les droits de la défense explicitement énoncés par le Statut figure le droit « d'être jugé sans retard excessif ».

Cette mention fait directement aveu de faiblesse dans la conduite des premiers procès de droit pénal international par le biais des Tribunaux *ad hoc* alors même que le délai raisonnable était une notion définie et affirmée par d'autres juridictions de poids telles que la Cour européenne des droits de l'Homme par exemple.

De même, la présomption d'innocence avait été largement mise à mal par les Tribunaux *ad hoc* dont les noms complets étaient : « *Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991* » et « *Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994* » (nous soulignons).

La CPI qui consacre dans son Statut la présomption d'innocence⁽²¹⁾ et la charge de la preuve incombant au Procureur a néanmoins, de façon incompréhensible précisée dans son jugement Ngujolo prononçant l'acquittement que « *déclarer qu'un accusé n'est pas coupable ne veut pas nécessairement dire que la Chambre constate son innocence* »⁽²²⁾.

²¹ Statut de la CPI, article 67.

²² Situation en RDC, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo* (ICC-01/04-02/12), Jugement rendu en application de l'article 74, 18 décembre 2012.

Les droits de la défense et notamment celui à la présomption d'innocence sont d'autant plus compliqués à mettre en œuvre que certains accusés ont, par défi et par déni, refusé de participer à la conduite de leur procès devant les Tribunaux *ad hoc*.

Outre le retard et les attermolements qu'engendrent ces comportements, ils entraînent aussi une extrême sensibilité des magistrats à protéger ces droits afin de ne pas être taxés d'impartialité.

Dans les affaires Milosevic et Karadzic s'est posé la question de la commission d'office de conseil pour assister l'accusé.

Dans l'affaire Milosevic, l'accusé exigeait de pouvoir se défendre seul, refusant de donner suite aux propositions de lui désigner un avocat pour l'assister durant le procès.

Saisie de cette question, la Chambre d'appel tout en rappelant que le droit de se défendre soi-même existait, indiquait que ce droit n'est pas absolu mais relatif. Elle examinait ensuite si ce droit pouvait être restreint et dans quelles circonstances, indiquant que⁽²³⁾ :

« Si le droit d'un accusé à être présent au procès – dont la Chambre rappelle qu'il figure dans la même série de droits et est, de ce fait, consacré par la même disposition que le droit d'un accusé à se défendre lui-même – peut être restreint au motif que l'accusé perturbe gravement le déroulement du procès, la Chambre d'appel ne voit pas pourquoi il en irait différemment du droit de l'accusé à se défendre lui-même.

(...)

Lorsqu'elles examinent les restrictions apportées à un droit fondamental comme celui-ci, de nombreuses juridictions sont guidées par quelque variante du principe fondamental de proportionnalité: toute restriction apportée à un droit fondamental doit servir « un but suffisamment important » et ne doit pas « porter atteinte à ce droit [...] plus qu'il n'est nécessaire pour parvenir à ce but ». (...) Le TPIY a lui-même été guidé par un « principe général de proportionnalité » dans l'appréciation de la pertinence d'une mise en liberté provisoire d'un accusé, observant qu'une restriction au droit

²³ *Milosevic c/ le Procureur*, affaire n° IT-02-54-AR73, Décision relative à l'appel interlocutoire formé contre la décision de la Chambre de première instance relative à la Commission d'office de conseils de la Défense, Chambre d'appel du TPIY, 1er novembre 2004.

fondamental à la liberté n'est acceptable que si elle est 1) appropriée, 2) nécessaire, et 3) si son degré et sa portée restent dans les limites du raisonnable, vu l'objectif envisagé. »

Dans l'affaire Karadzic, la question de la désignation d'avocat commis d'office fut à nouveau posée sous l'aspect du délai raisonnable pour préparer sa défense⁽²⁴⁾.

La Chambre de première instance saisie de la demande du Procureur de désigner d'office un avocat à l'accusé, a fait valoir que⁽²⁵⁾:

« La Chambre de première instance estime que l'Accusé a effectivement fait sérieusement et durablement obstacle à la bonne marche du procès et à une issue rapide (...)

Par son comportement, l'Accusé a mis, de fait, un frein au déroulement du procès, ce qui était, de toute évidence, son intention. (...)

Dans les circonstances actuelles, et compte tenu du droit fondamental de l'accusé de se défendre seul, droit qui ne peut être pris à la légère, et du principe de proportionnalité, la Chambre de première instance estime nécessaire de donner instruction au Greffier de désigner un conseil qui commencera immédiatement à se préparer pour représenter l'Accusé, au besoin, lorsque le procès reprendra.

Nonobstant la désignation d'un conseil à cette fin, l'Accusé continuera de se défendre seul, notamment en se chargeant des incidents de procédure et autres questions qui se posent au jour le jour, et de se préparer au procès.

La Chambre de première instance tient à dire clairement que si, à la reprise du procès au mois de mars, l'Accusé persiste dans son refus d'assister aux audiences ou s'il fait de toute autre manière obstacle à la bonne marche du procès et à une issue rapide, il perdra son droit de se défendre lui-même, ne pourra plus bénéficier des services de

²⁴ Peu avant l'ouverture du procès, l'accusé, qui se défendait seul, sollicita que la date d'ouverture soit reportée de 10 mois au motif, entre-autres, qu'il ne s'estimait pas suffisamment prêt.

²⁵ *Le Procureur c/ Karadzic*, affaire n°IT-95-5/18-T, Décision relative à la désignation d'un conseil et ordonnance concernant la suite du procès, Chambre de Première Instance du TPIY, 9 mai 2003.

l'équipe chargée de l'assister dans sa défense et le conseil désigné sera chargé de le représenter.

Si l renonce à ce type de comportement, il continuera à se défendre seul et le conseil désigné assistera aux audiences et se tiendra prêt à intervenir dès que la Chambre de première instance le jugera nécessaire. »

Le Statut de la CPI contient des règles relatives aux droits de la Défense bien plus élaborées que ses prédécesseurs. Sont ainsi inscrits les principes de « *nullum crimen sine lege* » et « *nulla poena sine lege* » ainsi que l'interdiction de l'interprétation par analogie, le droit pénal étant comme au niveau national, d'interprétation stricte⁽²⁶⁾.

La non-rétroactivité, acquise dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, est également inscrite de même que la présomption d'innocence et les règles fondamentales des droits de l'accusé⁽²⁷⁾.

F. Les victimes

Si déjà devant les Tribunaux *ad hoc*, la nécessité de donner la parole aux victimes était établie, celles-ci ne pouvaient participer activement aux procédures en cours. Seuls leurs témoignages et déclarations étaient entendus et pris en compte.

Cette participation en tant que témoin dans les procès concernés entraînait déjà d'ailleurs de nombreux retards et un traitement administratif lourd puisque compte tenu du contexte des affaires jugées devant ces Tribunaux, les pressions et les menaces étaient courantes et chaque chambre contrainte en coordination avec le Bureau du Procureur, de prendre les mesures nécessaires à leur protection.

La CPI opère une véritable révolution sur ce point en prévoyant toute une série de droits pour les victimes reconnues comme une partie à part entière aux procès pouvant demander réparation.

²⁶ Statut de la CPI, Articles 22 et 23. Le principe de l'interprétation stricte des dispositions précise même qu'en cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation.

²⁷ Statut de la CPI, respectivement, articles 24, 66 et 67.

Elles peuvent désormais :

- Envoyer des informations au Procureur sur les crimes qui, selon elles, ont été commis.
- Déposer devant la Cour, lorsqu'elles sont citées en qualité de témoin.
- Présenter, lorsque leurs intérêts personnels sont concernés et dès l'audience aux fins de statuer sur l'autorisation donnée au Procureur de diligenter une enquête ou l'audience de confirmation, leurs vues et préoccupations à la Cour à toutes les phases de la procédure, d'une façon qui ne soit ni préjudiciable ni contraire aux droits de la Défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial.
- Demander des réparations qui peuvent prendre la forme d'une indemnisation, d'une réhabilitation ou d'une restitution.

Lorsque les victimes sont nombreuses, les juges peuvent leur demander de choisir un représentant légal commun ou une équipe de représentants aux fins d'efficacité de la procédure. Dans la pratique, le Greffier et la Section des victimes et des témoins avec le Bureau du Conseil public pour les victimes assistent les victimes dans l'organisation de leur représentation devant la Cour qui peut être faite à titre gratuit.

Toutefois, et sans qu'il soit encore possible de répondre à toutes ces questions, cette nouvelle forme de participation des victimes devant la CPI soulève des problématiques inédites puisque la Cour devra trouver le juste équilibre entre le droit des victimes, celui de la défense et notamment eu égard aux victimes pouvant également revêtir la qualité de témoin et les intérêts des États à limiter les frais et les dépenses tout en maintenant une certaine célérité dans la conduite des procès.

II. Le droit pénal international (notions) :

1. Les éléments de crime en droit pénal international :

A. Violation des lois ou coutumes de la guerre

Les lois ou coutumes de la guerre sont un ensemble de règles de droit international établies dans le cadre de divers traités, conventions et accords internationaux, en particulier les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 et de Genève de 1949 ainsi que les Protocoles additionnels de 1977. Elles sont également issues de l'évolution du droit international coutumier.

Elle comprend par exemple l'emploi d'armes toxiques, la destruction sans motif des villes que ne justifient pas les exigences militaires, la destruction d'édifices consacrés à la religion et le pillage de biens publics ou privés.

Malgré les divergences entre le Statut du TPIR qui vise l'article 3 commun des Conventions de Genève et celui du TPIY qui vise les « violations des droits et coutumes de la guerre », il est évident que cette qualification n'a pas vocation à punir tous les crimes en général et exclut donc les crimes de droit commun.

Reprenant la jurisprudence du TPIY dans l'affaire *Tadic*, l'existence d'un lien étroit avec les hostilités est requise. Ce lien est caractérisé lorsque le crime fait partie des hostilités, a été commis pendant les hostilités ou dans une zone contrôlée, occupée par une des parties au conflit.

Dans l'affaire *Kunarac*⁽²⁸⁾, la Chambre d'appel du TPIY définit les 4 éléments suivants pouvant servir d'indice pour déterminer si l'acte est lié aux hostilités :

- i. L'accusé est un combattant
- ii. La victime est non combattante
- iii. La victime est du camp adverse
- iv. Le contexte du conflit armé a pesé sur la capacité de l'auteur.

²⁸ *Le Procureur c. Dragojulić Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vuković*, affaire No. IT-96-23 et IT-96-23/1-A, 12 juin 2002.

Dès lors, les critères applicables sont les suivants :

- i. Une norme de droit international humanitaire, qui peut être coutumière ou conventionnelle, doit avoir été violée ;
- ii. La violation doit être grave et entraîner, en vertu du droit international coutumier ou conventionnel, la responsabilité pénale individuelle de son auteur ;
- iii. La violation doit avoir été commise dans le cadre d'un conflit armé et un lien étroit doit exister entre cette violation et ledit conflit ;
- iv. Enfin la victime doit présenter la qualité de personne ne participant pas aux hostilités.

Le conflit armé doit avoir influé, d'une manière ou d'une autre, sur la commission de l'acte pour qu'il soit qualifié de crimes de guerre. Cette qualification reste néanmoins difficile à retenir lorsque l'Accusé n'est pas un combattant.

En vertu de l'article 8 du Statut de la CPI, le crime de guerre aussi bien sur des personnes et biens protégés que des méthodes et moyens de combat prohibé est invocable sans exiger que son auteur ait déterminé ce conflit ou qu'il ait eu connaissance du caractère national ou international du conflit dès lors que l'acte commis s'inscrivait dans ce contexte.

B. Génocide

Ce crime regroupe tous les actes commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel.

S'il faut qu'il y ait eu intention de détruire un nombre assez élevé ou au moins une partie substantielle du groupe, l'anéantissement effectif du groupe tout entier n'est pas requis, ni qu'il y ait eu lieu sur l'ensemble du pays.

Néanmoins, la notion de groupe n'est pas définie précisément et doit s'apprécier au cas par cas. Si l'on entend par groupe protégé celui dont on fait partie malgré nous, par naissance par exemple (par opposition aux groupes rejoints par un engagement volontaire individuel), l'appartenance à ce groupe doit être appréciée en fonction

des critères objectifs (l'auteur perçoit la victime comme appartenant à ce groupe) et subjectifs (la victime se perçoit elle-même comme appartenant à ce groupe).

Parmi les crimes spécifiques composant le crime de génocide se trouvent le meurtre, l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale, la soumission à des conditions d'existence devant entraîner la destruction, le transfert forcé, l'entrave des naissances.

La responsabilité peut être retenue à plusieurs titres, que cela soit la commission directe, l'entente en vue de commettre un génocide ou l'incitation. L'article 25 du Statut de la CPI « absorbe » ces infractions corollaires en réprimant la complicité de génocide sans exiger que l'acte principal n'ait à être suivi d'effet.

C. Crime contre l'Humanité

Les éléments suivants commis au cours d'une attaque généralisée et systématique⁽²⁹⁾ et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit peuvent être retenus : assassinat, extermination, réduction en esclavage, expulsion, emprisonnement, torture, viol, persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses, autres actes inhumains.

C'est la nature inhumaine de l'acte et la gravité des souffrances infligées sur la base de motifs discriminatoires qui caractérise le crime contre l'humanité.

L'attaque est entendue au sens large : soit qu'elle ait été violente, soit qu'elle ait consisté en la mise en place d'un système de pression sur la population, dès lors qu'elle est systématique et généralisée. La présence d'un élément politique démontrant un plan préconçu qualifié par le TPIR⁽³⁰⁾ a été précisée par le TPIY : cet élément peut servir d'établir l'attaque systématique mais n'est pas un élément constitutif du crime⁽³¹⁾.

²⁹ Pour le TPIY : au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne.

³⁰ *Kayishema et Ruzindana*, (Chambre de première instance), 21 mai 1999

³¹ *Le Procureur contre Laurent Semanza*, Affaire N° ICTR-97-20-A (Chambre d'appel), 20 mai 2005, *Le Procureur contre Tihomir Blaskic*, Affaire n°IT-95-14-A (Chambre d'appel), 29 juillet 2004, *Le Procureur contre Radislav Krstic*, Affaire n°IT-98-33-A (Chambre d'appel), 19 avril 2004.

Enfin, prenant en compte la réalité des situations de conflits, la jurisprudence du TPIR a également précisé que la présence d'individus non-civils (soit, de combattants) au sein de la population civile – soit celle qui ne participe pas directement aux hostilités - ne lui enlève pas ce caractère⁽³²⁾.

D. Le crime d'agression

Le crime d'agression est une notion nouvelle introduite par le Statut de la CPI qui, à l'époque de son adoption, n'en donnait pas la définition. Lors de la Conférence pour la *révision* du Statut de Rome, l'Assemblée générale des États parties a enfin déterminé les contours de ce crime qui s'entend de la planification, la préparation, le déclenchement ou la commission d'un acte consistant pour un État à employer la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État.

Les actes d'agression comprennent notamment l'invasion, l'occupation militaire ou l'annexion par le recours à la force et le blocus des ports ou des côtes, si par leur caractère, leur gravité et leur ampleur, ces actes sont considérés comme des violations manifestes de la Charte des Nations unies.

L'auteur de l'acte d'agression est une personne qui est effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État.

La Cour pourra exercer sa compétence sur le crime d'agression lorsqu'une décision en ce sens aura été prise par une majorité des deux tiers des États parties après le 1^{er} janvier 2017, et après que l'amendement relatif à ce crime aura été ratifié par au moins trente États parties. La compétence de la CPI sur un crime d'agression sera liée par la constatation par le Conseil de sécurité d'un acte d'agression ou à défaut, devra être autorisée par la Chambre préliminaire.

³² Le Procureur contre Akayesu, Affaire N° ICTR-96-4-T, (Chambre de première instance), 2 septembre 1998, Le Procureur contre Kayishema et Ruzindana, Affaire N° ICTR-95-1-T, (Chambre de première instance), 21 mai 1999, Le Procureur contre Bagilishema, Affaire N° ICTR-95-1A-T, (Chambre de première instance), 7 juin 2001, Le Procureur contre Semanza, Affaire N° ICTR-97-20, (Chambre de première instance), 15 mai 2003.

2. Les modes de responsabilité :

Le Statut de Rome opère une simplification des modes de responsabilité pouvant être retenus.

A. La responsabilité pénale individuelle

Au sein de la responsabilité pénale individuelle et outre la commission directe traditionnelle, la complexe notion d'entreprise criminelle commune développée par la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* est reprise dans l'article 25-3 prévoyant la notion de complicité par contribution dans un dessin commun.

Cette contribution se caractérise soit par la commission individuelle ou conjointe avec une autre personne (peu importe que cette dernière soit pénalement responsable), par le fait de donner des ordres, solliciter ou encourager la commission, le fait de faciliter la commission ou d'apporter toute forme d'assistance ou toute autre forme de contribution intentionnelle visant cette activité criminelle ou le dessein criminel du groupe.

B. La responsabilité du supérieur hiérarchique :

S'agissant de la responsabilité des chefs militaires et des supérieurs hiérarchiques, ce mode de responsabilité tend à réprimer les omissions contraires à un devoir d'agir. Elle ne peut être équivalente à la responsabilité pénale individuelle.

Les critères sont les suivants :

- i. Il s'agit d'un supérieur, c'est-à-dire d'une personne ayant autorité sur un subordonné
- ii. Le supérieur savait ou aurait dû savoir que le crime avait été commis ou était sur le point d'être commis.
- iii. Le supérieur avait la capacité d'empêcher la conduite criminelle; et
- iv. Le supérieur n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour prévenir ou réprimer la conduite criminelle.

Le Protocole additionnel n° 1 de 1977 précisait que les supérieurs hiérarchiques engageaient leur responsabilité « *s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction* » (nous soulignons).

La jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* est venue préciser qu'il suffisait d'être un supérieur hiérarchique *de facto* avec un contrôle effectif permettant matériellement, de prévenir la commission du crime.

La CPI distingue que ce supérieur hiérarchique soit militaire – et alors applique les règles énoncées ci-dessus – ou civil, c'est-à-dire hors de tout contexte militaire. Dans ce deuxième cas, sa responsabilité du supérieur peut néanmoins être retenue s'il savait que des crimes étaient commis ou allaient être commis dans le cadre d'activités relevant de son contrôle effectif et qu'il s'est abstenu d'agir⁽³³⁾.

C. L'immunité

L'immunité définie comme une dérogation à la règle commune est un privilège qui est attaché à la fonction occupée par un individu.

En droit coutumier elle peut être de deux types : l'immunité de fonction ou l'immunité personnelle.

L'immunité de fonction n'empêche pas un individu d'être poursuivi en justice pour des actes commis en dehors de ses fonctions officielles.

L'immunité personnelle est au contraire absolue mais temporaire et protège les hauts-fonctionnaires de toute poursuite juridique pendant la durée de leurs services.

La Cour Internationale de Justice à l'article 27 de son statut au point 2 prévoit que « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une per-

³³ Statut de la CPI, article 28.

sonne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

Néanmoins, le statut particulier de la Cour doit se concilier avec les engagements internationaux des États. Dès lors, l'article 98.1 du statut prévoit que « *De surcroît, la cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité.* »

Compte tenu de la gravité des crimes internationaux, il est reconnu que l'immunité ne peut protéger un individu contre d'éventuelles poursuites. Ainsi en mars 2009, la Cour Pénale Internationale a jugé que l'immunité de fonction ne faisait pas obstacle à la délivrance du mandat d'arrêt contre le Président soudanais Omar AL-BACHIR alors chef d'État en exercice.

Cette position s'inscrit dans le prolongement de celle qui avait déjà été prise dans l'histoire du droit pénal international ainsi à l'article 7 de la Charte de Nuremberg, l'article 4 de la Convention contre le génocide, l'article 7(2) du Statut du Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie et 6(2) du Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda.

Au niveau des juridictions nationales, la décision rendue par la Chambre des Lords le 25 novembre 1998 dans l'affaire d'Augusto Pinochet revêt également un caractère emblématique en ce qu'elle écartait également le bénéfice de l'immunité de fonction pour les crimes internationaux.

Il s'agit là néanmoins d'une spécificité du droit pénal international dans la mesure où la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice a en revanche affirmé la protection de l'immunité de fonction à plusieurs reprises (par exemple affaire Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, République démocratique du Congo contre la Belgique) rappelant qu'un haut fonctionnaire ne peut être jugé que pour des actes privés.

III. L'impact de l'adhésion de la Palestine :

L'année dernière a été particulièrement marquée par les échecs de la justice pénale internationale. Le Procureur avait renoncé aux poursuites contre le Président Kenyan Uhuru Kenyatta soupçonné de crimes contre l'humanité s'agissant des violences postélectorales de 2007-2008.

De la même manière, l'enquête sur la situation au Darfour est officiellement suspendue depuis plusieurs mois, le Procureur Bensouda n'ayant pas reçu le soutien des Nations unies, et plus particulièrement du Conseil de sécurité, pour exécuter les mandats d'arrêts internationaux lancés en 2009 à l'encontre de Omar al Bachir et trois de ses collaborateurs.

S'agissant de la Palestine, si l'enjeu est de taille, compte tenu de l'ampleur historique qu'a revêtu l'adhésion de la Palestine à son Statut, c'est avec un optimisme frôlant la naïveté que nous pouvons espérer que la CPI puisse mener à terme son enquête et un éventuel procès sans essayer elle-même quelques coups qu'elle ne peut se permettre.

1. Quel rôle pour la CPI par rapport à cette question en particulier ?

Tout d'abord, la question n'est pas de déterminer si la CPI peut aborder la question du conflit israélo-palestinien d'un point de vue politique puisqu'elle est tenue de ne pas le faire.

Néanmoins, comme pour tous les faits examinés par des juridictions de droit international pénal, cette marque d'impartialité est tout aussi essentielle que la prise en compte par cette juridiction de l'Histoire et du contexte dans lesquels les faits s'inscrivent.

Comment concilier la nécessité d'appréhender ces faits dans leur contexte sans se laisser prendre au piège du débat politique alors que les détracteurs de la Cour n'attendent que cette occasion pour remettre en doute son impartialité.

L'épisode de 2009-2012 a aussi révélé l'embarras de la Cour, mis au pied du mur et forcée, en théorie, de prendre position : la Palestine constituait-elle un État selon le droit international jouissant de la capacité à adhérer au Statut de Rome ?

Certains tentaient habilement de contourner la question en limitant ses termes à sa dimension fonctionnelle: sans égard à la qualification juridique au sens large du droit international, la partie ayant saisi le Procureur de la Cour constituait-elle un État au sens de l'article 12(3) du Statut et dès lors, les critères de l'article 12(3) étaient-ils remplis pour que la Cour exerce sa compétence? Et de répondre deux fois par l'affirmative.

Ainsi, le professeur Alain Pellet⁽³⁴⁾ illustre son raisonnement notamment par l'avis rendu par la Cour Internationale de Justice du 22 juillet 2010 après l'Avis de l'Assemblée générale des Nations unies du 8 octobre 2008 sur le statut du Kosovo⁽³⁵⁾. La CIJ avait alors précisé que la question n'était pas de savoir si elle pouvait se substituer aux États pour reconnaître le statut d'État au Kosovo mais de savoir si la déclaration d'indépendance du Kosovo était conforme au droit international.

Autrement dit, le rôle de la juridiction est statutairement limité à une évaluation fonctionnelle de la question, excluant toute anticipation sur les conséquences qu'une telle reconnaissance pourrait entraîner.

Il en est de même pour la question palestinienne devant la CPI.

L'accession au statut d'État par la résolution du 29 novembre 2012 de l'Assemblée générale des Nations unies a pour effet de conférer un certain confort à la CPI qui n'a plus à prendre position sur cette question préliminaire sur sa compétence.

C'est là également la puissance du droit international, c'est-à-dire cette capacité à créer un espace qui parce qu'il doit être sanctuarisé, a vocation à s'émanciper de toute ambition politique.

³⁴ Alain Pellet, *The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), Oxford University Press, 981-999.

³⁵ ICJ, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, 22, July 2010; UN General Assembly, Resolution 63/3 of 8 October 2008.

2. Quels pouvoirs?

Rappelons que la CPI n'a pas besoin que toutes les parties au conflit au cours duquel des faits pouvant constituer des crimes de droit pénal international, soient adhérentes à son Statut.

Elle peut exercer sa compétence *ratione personae* dès lors que le territoire ou les individus concernés par les faits dénoncés sont ceux d'un État partie. Elle peut donc examiner les faits qui se sont déroulés sur le territoire ou concerneraient un ressortissant d'un État tiers qui n'aurait ni ratifié son Statut, ni accepté sa compétence en vertu de l'article 12 (3).

Alors que le principe de consentement mutuel dans le respect du principe de la souveraineté des États, est à la base de toutes les conventions et juridictions internationales, la CPI prévoit de façon tout à fait innovante la possibilité d'exercer sa compétence à l'égard d'États n'ayant pas accepté de s'y soumettre.

Ceci peut s'expliquer notamment par le fait que le Statut de Rome, élaboré à la suite de la création des deux tribunaux *ad hoc*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, s'inscrivait au moment de sa signature en 1998 dans un « pic » de coopération pour la défense des droits de l'Homme comme après chaque vague de conflit et d'atrocités.

Néanmoins, cette volonté affichée de lutter contre l'impunité des auteurs de ces crimes « graves » ne suffit pas en elle-même à assurer l'efficacité de la Cour.

Un des points faibles de la CPI, comme toute entité dépendante de la bonne volonté des États membres et non membres, est son besoin vital de coopération.

Or il est prévisible que l'État d'Israël qui n'a envoyé aucun commentaire à la juridiction malgré les invitations à le faire, posera quelques difficultés quant à l'octroi de visa pour les enquêteurs ou toute autre demande de coopération³⁶.

³⁶ Ceci est d'autant plus prévisible que l'État d'Israël n'a pas ratifié le Protocole additionnel n° 1 aux conventions de Genève qui prévoit en son article 88 qui stipule que « [l]es Hautes Parties contractantes s'accorderont l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure relative aux infractions graves aux Conventions ou au présent Protocole ».

3. L'enjeu d'une appréciation dépolitisée du conflit israélo-palestinien au travers de la détermination de sa compétence :

Préalable nécessaire à un procès, la conduite d'une enquête a pour objectif de déterminer la commission de faits pouvant revêtir la qualification de crime contre l'humanité, crime de guerre, crime d'agression ou de génocide et si des individus peuvent être identifiés comme en étant les auteurs ou les complices.

Les travaux de la CPI ne sauront se faire « aspirer » par les aspects politiques et économiques du conflit israélo-palestinien et la Cour, comme toute juridiction impartiale et indépendante, devra faire preuve d'une grande rigueur dans l'appréciation des faits qui lui seront exposés par un Procureur également sous le feu des projecteurs.

La Cour est compétente pour déterminer sa propre compétence en vertu du principe de *Kompetenz-Kompetenz* et l'analyse strictement « fonctionnelle », préconisée par le Professeur Alain PELLET semble effectivement la marche à suivre la plus sage.

• *Ratione temporis* :

S'agissant de la limite temporelle du champ des investigations, la Palestine a pris soin de limiter la compétence de la Cour aux faits survenus postérieurement au 13 juin 2014.

La veille, trois jeunes israéliens avaient été portés disparus en Cisjordanie.

Le 13 juin 2014, plus de 400 Palestiniens soupçonnés d'être sympathisants du Hamas étaient arrêtés.

Le 1^{er} juillet 2014, un jeune palestinien de 16 ans est brûlé vif par des extrémistes israéliens à Jérusalem.

Une semaine plus tard, répondant également aux tirs de roquette palestiniens, Israël lance son opération « Bordure protectrice » qui dégénère en un conflit appelé « Guerre de Gaza ».

Quelle serait la légitimité d'une enquête qui exclurait des faits pourtant indissociables survenus à 24 heures près ?

Bien entendu, les magistrats pourraient prendre en compte comme toute juridiction, le contexte des faits dont elle serait saisie mais uniquement au titre de contexte historique.

S'agissant de la compétence temporelle, c'est-à-dire des faits qui pourraient être soumis à l'examen de la Cour Pénale

Internationale, il s'agit bien évidemment de tous les faits postérieurs à sa saisine et notamment les nouveaux faits de violence récemment commis en 2015 qu'ils l'aient été à l'égard des Palestiniens ou à l'égard des Israéliens.

• *Critère ratione loci* :

- La Ligne Verte :

Or, la Palestine n'a pas de frontière officielle et son territoire tracé par les lignes de cessez-le-feu de 1949 est marqué par de nombreuses implantations de colonies juives soutenues activement par l'État d'Israël depuis 1967.

Certes, comme souvent, le droit pourra résoudre cette équation à une inconnue en se fondant sur un tracé reconnu par le plus grand nombre – en l'occurrence très probablement celui de 1949 utilisé par les Nations unies.

Ce tracé est celui dit de la « ligne verte » entériné par l'avis consultatif rendu par la Cour Internationale de Justice le 9 juillet 2004⁽³⁷⁾.

La CPI sans nul doute, devrait utiliser opportunément cet arrêt comme point de référence de sorte que l'épineuse question du territoire n'entrave pas l'exercice de ses missions.

- Colonies :

Le sort des colonies pourra être tout aussi rapidement résolu dès lors que dans son avis de 2004, la CIJ s'est également prononcée longuement sur la question : l'occupation d'un territoire ne confère aucune souveraineté à la puissance occupante. Dès lors, les territoires où sont établies des colonies israéliennes sont bien palestiniens et peuvent faire l'objet d'un examen par la Cour compétente au titre du *ratione loci*.

S'agissant de la qualification juridique exacte des actes commis par ou au sein de ces colonies, cette question qui mérite d'être approfondie, sera abordée dans la troisième partie.

³⁷ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif ; C. I. J. Recueil 2004, p. 136

- **Gaza :**

Qu'en sera-t-il de la bande de Gaza – dans ses frontières acceptées par la quasi-totalité des États et des institutions internationales – mais sous contrôle du Hamas ?

Ce dernier est qualifié de toute part d'organisation terroriste, entretenant des relations ambiguës avec Israël selon l'adage « *les ennemis de mes ennemis sont mes amis* » et administrateur *de facto* des 1,7 million d'habitants peuplant la bande de Gaza depuis sa prise de contrôle en 2007.

Alors que le Fatah de Mahmoud ABBAS s'est complètement retiré de la bande de Gaza et que les tirs de roquette vers le sud d'Israël ont été rapportés par les journaux, comme provenant de Gaza, quelle évaluation possible de la situation à Gaza et du sort des populations par la juridiction ?

Si la perte de contrôle totale de la bande de Gaza par le gouvernement « officiel » reconnu au niveau international n'a pas pour conséquence la perte de souveraineté de l'État palestinien sur cette portion de son territoire, nul doute que cette question posera quelques difficultés à une Chambre de jugement éventuellement saisie.

Les populations civiles résidentes dans la bande de Gaza et ayant souffert des frappes indiscriminées lancées par l'État d'Israël pourront se déclarer comme telles auprès de la CPI et être prises en compte dans le recensement des victimes.

D'un point de vue strictement juridique, ceci paraît indiscutable à partir du moment où un individu palestinien aurait subi des préjudices des attaques dont il aura été établi qu'elles proviennent des forces israéliennes, le statut de victime devra lui être reconnu.

L'octroi de ce statut sera alors néanmoins plus délicat d'un point de vue politique pour les individus qui par exemple, seraient des sympathisants ou des membres actifs du Hamas pour qui il serait difficile de faire abstraction du rôle actif qu'ils auraient pu avoir dans des frappes contre les Israéliens.

Rappelons ici que l'adhésion de la Palestine signifie que la Cour est compétente non seulement pour des situations qui concerneraient des victimes palestiniennes mais aussi, pour des situations qui concerneraient des auteurs palestiniens.

Cette double conséquence de l'adhésion de la Palestine n'aura échappé à personne et surtout pas aux membres du gouvernement palestinien qui ne verront pas forcément d'inconvénient à ce que la part la plus irréductible du Hamas soit obligée de rendre des comptes.

En effet, le Fatah aurait tout intérêt à ce que les responsables du Hamas impliqués dans certains faits pouvant revêtir la qualification de crimes relevant de la compétence de la Cour soient traduits en justice.

En outre, il apparaît tout à fait plausible et probable que le Bureau du Procureur de la Cour ouvre *proprio motu* – comme le permet l'article X du Statut de Rome – une enquête sur la commission de crimes en territoire israélien ou contre des individus israéliens d'une part, pour anticiper sur les critiques de ses détracteurs au sujet de son éventuelle partialité et d'autre part, pour peut être, tenter d'obtenir en retour un niveau suffisant de coopération des autorités israéliennes s'agissant de la récolte d'information et de preuves pour l'ensemble des faits.

• *Critère ratione materiae* :

S'agissant de la limite matérielle des faits pouvant être déférés devant une formation de jugement, ceux-ci ne peuvent être, pour un même laps de temps et dans une zone bien définie, isolés de sorte que seule la population palestinienne pourrait se voir reconnaître le statut de victime.

En effet, n'étant pas membre de la CPI, l'État hébreu ne dispose d'aucun levier direct pour défendre son point de vue au sein de cette juridiction.

Or, ces événements ont de multiples causes, l'enlèvement des trois adolescents israéliens n'étant que l'étincelle qui a allumé la mèche et il est loin d'être admis que les Palestiniens n'auraient pas commis des faits pouvant relever des crimes inscrits dans le Statut de Rome.

La question est encore plus complexe compte tenu du fait qu'Israël, comme les États-Unis, n'a pas signé le statut de Rome d'une part et que d'autre part, cette circonscription temporelle n'empêche pas la Cour, bien au contraire, de prendre en compte les faits postérieurs commis par les responsables publics palestiniens.

À l'égard des ressortissants israéliens, il est à noter que la CPI, comme la CEDH d'ailleurs et dans ce mouvement visant à étendre la portée des instruments internationaux de promotion et de protection des droits de l'Homme, n'a pas besoin que toutes les parties à un conflit soient adhérentes à son Statut pour être compétente.

Cette conclusion a déjà été établie par la CEDH dans l'affaire *Loizidou c. la Turquie*⁽³⁸⁾ où la juridiction rappelait que la reconnaissance par un gouvernement dont certains membres ou un pays dont certains ressortissants, n'est pas une condition à la reconnaissance par la Cour de sa juridiction.

La CEDH précisant alors que: « *If it were otherwise, the system of collective enforcement which is a central element in the Convention system could be effectively neutralised by the interplay of the recognition between individuals, Governments and State.* »

De la même manière, il n'est donc pas question de savoir si Israël a accepté ou reconnu la compétence de la CPI.

*William Bourdon est Président-fondateur de SHERPA, association créée en 2001 en vue de protéger et défendre les populations victimes de crimes économiques.

L'association rassemble des juristes et des avocats venus de divers horizons, et travaille en étroite collaboration avec de nombreuses organisations de la société civile à travers le monde. Il est Avocat au barreau de Paris. Il est associé au Cabinet BOURDON & FORESTIER où il traite principalement de dossiers touchant au droit des affaires, droit des médias et droit pénal. Il poursuit par ailleurs des activités dans le domaine des droits de l'Homme et intervient dans des conférences en France et à l'étranger sur la justice internationale, le droit pénal international, la mondialisation, le terrorisme, la lutte anticorruption.

Il a notamment été le conseil de familles franco chiliennes dans le cadre de la plainte déposée au mois d'octobre 1998 à l'encontre du Général Augusto PINOCHET ou auprès des parties civiles dans le cadre de procédures introduites en France contre des criminels de guerre serbes, ou encore avocat des victimes d'Hisène Habré pour répondre de crimes contre l'humanité.

Il est également défenseur des lanceurs d'alerte.

De 1995 à 2000, il a été secrétaire général de la Fédération internationale des Droits de l'Homme.

William Bourdon est l'auteur de plusieurs ouvrages sur les questions de justice internationale et de droits de l'Homme. Ses derniers ouvrages: "Face aux crimes du marché – Quelles armes juridiques pour les citoyens?" a été publié en 2009 aux Éditions La Découverte et « Petit manuel de désobéissance citoyenne » (Ed. JC LATTES, 2014).

³⁸ CEDH, *Loizidou c. Turquie* (n°15318/89), arrêt du 23 mars 1995.

De quelques arguments opposés par Israël aux accusations de crimes de guerre et crimes contre l'humanité

Alia Aoun*

« Puisque le peuple vote contre le Gouvernement, il faut dissoudre le peuple. »

Les attaques dirigées par les autorités israéliennes contre la Cour pénale internationale (CPI) dans les jours qui ont précédé et suivi l'adhésion de la Palestine au Statut de Rome, le 2 janvier 2015, relèvent d'une logique identique à cette réplique attribuée à un personnage brechtien.

Israël s'opposa, dès l'origine, à la création d'une juridiction internationale susceptible de mettre en cause la responsabilité pénale de ses dirigeants politiques et chefs militaires⁽³⁹⁾. Ce refus de concéder à la CPI, *ab initio*, une compétence vis-à-vis de ses ressortissants et sur son territoire apparaissait encore comme un choix opéré dans l'exercice de la souveraineté étatique.

Un choix partagé notamment par les États-Unis mais également par la Russie, la Chine et l'Inde⁽⁴⁰⁾. Depuis la signature de l'acte fondateur de la Cour à Rome, le 17 juillet 1998, l'administration américaine a pourtant progressivement intégré la Cour et son fonctionnement dans ses stratégies diplomatiques et, bien que fragile et contestée, l'institution a gagné en légitimité sur la scène internationale.

³⁹ À l'instar des États-Unis, Israël vota contre l'adoption du Statut de Rome, ci-après le Statut. Israël déclara ne pas comprendre pourquoi l'action de transférer des populations à un territoire occupé était incluse dans la liste des crimes de guerre. Les États-Unis s'opposaient à l'exercice de la compétence de la Cour vis-à-vis d'États non-Parties. L'article 125 du Statut de Rome disposait que le Statut était ouvert pour signature au siège des Nations unies jusqu'au 31 décembre 2000. Au 31 décembre 2000, les États-Unis, l'Iran et Israël finirent par être les derniers à signer le Statut. Aucun de ces pays ne franchit pourtant l'étape de la ratification. http://www.coalitionfortheicc.org/documents/CICCFS_QuestionsandAnswers_fr.pdf

⁴⁰ Le Président Clinton signa le Statut mais l'administration Bush prit soin de désengager les États-Unis.

Quand les démarches palestiniennes ouvrirent une perspective pour une enquête éventuelle du Bureau du Procureur visant les agissements israéliens à Gaza et dans les territoires occupés, le gouvernement israélien lança une campagne médiatique et diplomatique ciblant une institution internationale qui compte parmi ses membres 122 États sur les 193 signataires de la Charte de l'ONU.

D'importants contributeurs au budget de la Cour, tels que l'Allemagne, le Canada, le Japon et la Grande-Bretagne furent incités à lui couper les vivres.⁽⁴¹⁾

Le département des affaires étrangères du gouvernement canadien exprima son inquiétude « *eu égard au taux de croissance du budget de la CPI* » précisant qu'il allait « *continuer à surveiller de près les finances de la Cour.* »

Le Secrétaire d'État britannique exprima « *l'exaspération* » que lui inspirait la démarche palestinienne⁽⁴²⁾ et l'Union européenne fit preuve d'une retenue inhabituelle en pareille circonstance, se contentant de « *prendre note* » de l'adhésion de la Palestine à la CPI.

L'effort porta bientôt sur la disculpation anticipée, devant le tribunal de l'opinion, des responsables israéliens.

Les réactions les plus véhémentes vinrent des États-Unis. Au lendemain de l'annonce de la remise d'un dossier par le gouvernement palestinien à la CPI, le 25 juin 2015, la Maison Blanche déclara que les efforts pour lancer des poursuites étaient contre-productifs, affirmant que Washington s'opposerait à toute initiative en ce sens.⁽⁴³⁾

La morale pour seul guide

Face aux tentatives de mise en jeu de leur responsabilité dans la commission de crimes à Gaza ou dans les territoires occupés, les autorités israéliennes opposent inlassablement trois affirmations :

- L'armée israélienne est la plus morale du monde.
- Israël se défend contre des attaques terroristes.

⁴¹ Communiqué cité par Mark MacKinnon in « *ICC's chief prosecutor fights to prove the institution's worth* », The globe and mail, 6 février 2015.

⁴² Propos rapportés dans l'édition en ligne du site timesofisrael.com en date 19 mars 2015

⁴³ http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2015/06/25/la-palestine-a-soumis-un-premier-dossier-a-la-cour-penale-internationale_4662119_3218.html

- La moindre mise en doute de l'un des postulats qui précèdent relève d'intentions politiques hostiles à Israël, voire d'une volonté d'accabler la victime pour mieux protéger les coupables.

Quand Ban Ki-moon, Secrétaire général de l'ONU, déplora que l'année 2014 fût l'une des pires de l'histoire moderne pour les enfants vivant dans des zones de conflit, y compris à Gaza où plus de 500 enfants périrent pendant les opérations militaires israéliennes de l'été, appelant Israël à mieux protéger les enfants palestiniens, Benjamin Netanyahu dénonça « *l'hypocrisie sans fin* » des Nations Unies qui feraient mieux de pointer du doigt la « *prise d'otages d'enfants palestiniens par le Hamas dans les cours d'écoles d'où partait le feu*⁽⁴⁴⁾ ».

Le nom que l'armée israélienne se donne, Israël Defense Forces (IDF), comporte une affirmation inhérente de la légitimité de son action : ses forces seraient défensives plutôt qu'agressives.

L'État d'Israël décline ces mêmes arguments tout le long du rapport de 242 pages publié au mois de mai 2015, anticipant de quelques jours les conclusions de la commission d'enquête indépendante⁽⁴⁵⁾ (ci-après Commission ou COI) et consacré aux « *aspects factuels et juridiques du conflit à Gaza entre le 7 juillet et le 26 août 2014* »⁽⁴⁶⁾

Haro sur la Commission d'enquête indépendante

La Commission remplaça l'opération baptisée « *Bordure protectrice* » dans son contexte⁽⁴⁷⁾. La recrudescence des tirs de roquettes

⁴⁴ <http://www.dailystar.com.lb/News/Middle-East/2015/Jun-19>

⁴⁵ Le 23 juillet 2014, à l'issue d'un débat général et d'un vote conclu par 29 voix en faveur et 17 abstentions, le Conseil des droits de l'homme des Nations unies adopta la résolution S-21/1 décidant d'envoyer une commission d'enquête internationale indépendante afin d'enquêter sur toutes les violations du droit international humanitaire dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et en particulier la bande de Gaza, dans le cadre des opérations militaires menées depuis le 13 juin 2014.

⁴⁶ <http://mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/IsraelGaza2014/Pages/2014-Gaza-Conflict-Factual-and-Legal-Aspects.aspx>

⁴⁷ Rapport A/HRC/29/52, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ColGazaConflict/Pages/ReportColGaza.aspx>

par des « *groupes armés palestiniens* » sur les villes israéliennes et la découverte de tunnels débouchant en Israël alimentèrent un sentiment d'insécurité, côté israélien.

Le 2 juin 2014, le Président Abbas avait annoncé la formation d'un Gouvernement d'union nationale, scellant la fin des divisions entre l'Organisation de Libération de la Palestine et du Hamas.

Le 12 juin 2014, trois jeunes israéliens furent kidnappés en Cisjordanie. Leurs cadavres furent retrouvés le 30 juin sans que leur meurtre ne soit revendiqué ni leurs agresseurs retrouvés. Un Palestinien de 16 ans fut enlevé et brûlé vif, en représailles, à Jérusalem-Est, le 2 juillet.

Le 7 juillet, Israël lançait l'opération « *Bordure protectrice* », empêchant l'Autorité palestinienne d'exercer ses prérogatives à Gaza⁽⁴⁸⁾.

La COI élargit la perspective pour y intégrer les deux autres « *rounds d'hostilités* » survenus depuis 2008, l'occupation prolongée de la Cisjordanie, de Jérusalem-Est et de la bande de Gaza, la poursuite des implantations et la violence des colons ainsi que l'effet désastreux sur l'économie gazaouie et les droits des habitants de l'instauration du blocus en 2007.⁽⁴⁹⁾

En dépit du refus des autorités de coopérer avec la Commission, les enquêteurs recueillirent autant d'informations que possible du côté israélien. Leurs constatations furent néanmoins accablantes⁽⁵⁰⁾ :

- « *L'ampleur de la dévastation à Gaza est sans précédent. Elle impactera les droits des Gazaouis pour les générations à venir. Les événements de l'été 2014 firent 2 251 tués dont 1 462 civils. Parmi ces derniers, 229 femmes et 551 enfants ; 11 231 blessés dont 10 % de handicapés permanents ; 18 000 habitations ont été détruites en totalité ou en partie ; le conflit généra 500 000 déplacés internes (28 % de la population) et 1 500 orphelins.*
- *Côté israélien, les préjudices consistent en la mort de 6 civils et de 67 soldats ; 1 600 personnes furent blessées ; selon les autorités israéliennes, les dégâts aux bâtiments et aux infrastructures civils se chiffrent à 25 millions de USD. »*

⁴⁸ § 17 du rapport cité *ibidem*

⁴⁹ *ib.*, §14 à 19

⁵⁰ *ib.*, § 20 et s.

Le ministère des affaires étrangères israélien réagit en ces termes à la publication du rapport de la Commission, le 15 juin 2015 :

« Il est regrettable que le rapport ne parvienne pas à reconnaître la différence profonde entre le comportement moral d'Israël pendant l'opération "Bordure protectrice" et les organisations terroristes qu'il a affrontées. » Le rédacteur de l'article rapportant ces propos ajouta ce commentaire : « Une nouvelle fois, l'État hébreu souligne « l'obsession singulière » du Conseil des droits de l'homme de l'ONU au sujet d'Israël, qui serait vu comme « présumé coupable ». ⁽⁵¹⁾

Traduite en langage juridique, la moralité serait synonyme de conformité au droit. Cette affirmation résisterait-elle à un examen des faits à la lumière du Statut de Rome ?

À La Haye, Fatou Bensouda peut enfin réagir

En dépit de la contestation de la légitimité de la Commission par Israël et les États-Unis⁽⁵²⁾, le travail des enquêteurs du Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies ne devrait pas demeurer, cette fois-ci, lettre morte⁽⁵³⁾. Le rapport de la COI figurera sans doute au nombre des éléments analysés par la Procureure. Fatou Bensouda pourrait aller au-delà et demander à accéder aux témoignages recueillis par les enquêteurs.

Le 16 janvier 2015, la Procureure de la Cour annonça qu'elle entamait un examen préliminaire de la situation en Palestine. Son Bureau allait procéder à une analyse des informations pour déterminer s'il existe une « base raisonnable » de croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis. Dans l'affirmative, elle ouvrirait une enquête.

Cette initiative, prise sans attendre le 1^{er} avril 2015, date d'entrée en vigueur du Statut vis-à-vis de la Palestine, a pu être perçue comme un signal fort adressé à une opinion devenue pressante sur un sujet brûlant et très présent dans les médias. Plus d'une fois, la

⁵¹ http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2015/06/22/l-onu-parle-de-possibles-crimes-de-guerre-par-israel-et-les-palestiniens-a-gaza-en-2014_4659311_3218.html

⁵² Voir, à titre d'exemple, www.globalissues.org/news/2015/06/24/21160

⁵³ Les conclusions du rapport Goldstone de 2009 firent grand bruit mais n'engendrèrent pas de poursuites judiciaires.

Procureure avait dû expliquer qu'il lui manquait une base légale pour agir⁽⁵⁴⁾.

En réalité, la démarche est conforme à la politique générale du Bureau du Procureur, annoncée depuis que l'Ukraine donna compétence à la Cour en avril 2014. Un communiqué publié à cette occasion précisa qu'« *en vertu de sa politique générale, le Bureau du Procureur ouvre un examen préliminaire de la situation concernée dès réception d'un renvoi ou d'une déclaration d'un État en vertu de l'article 12. 3 du Statut de Rome.* »⁽⁵⁵⁾

Durant l'examen préliminaire, le Bureau du Procureur analyse les informations disponibles, généralement sans effectuer sa propre enquête. Il exploite les données recueillies par les « *sources externes* », aussi bien les organes de presse que les commissions d'enquête, les victimes, les organisations de la société civile ou les États concernés. Au mois de juin 2015, l'Autorité palestinienne transmet des dossiers concernant les colonies, Gaza et la situation des détenus palestiniens en Israël. Israël aurait également envoyé des informations à La Haye, en dépit de son rejet de toute coopération avec la Cour.

Le long temps de l'examen préliminaire

À ce stade et dans la mesure où l'engagement des enquêteurs du Bureau n'est pas requis sur le terrain, l'impact du manque de coopération des États demeure limité.

Cette coopération deviendra cruciale si la Procureure décidait de convertir l'examen préliminaire en enquête, soit de sa propre initiative soit à la requête d'un État membre.

La dépendance de la Cour envers les États autorise, en effet, les plus pragmatiques parmi les inconditionnels de l'État hébreu, à mettre en doute son efficacité. Le Bureau du Procureur dispose

⁵⁴ http://www.icc-cpi.int/FR_Menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/pages/otp-st-14-09-02.aspx

⁵⁵ Communiqué du Bureau du Procureur publié après que l'Ukraine ait déposé une déclaration sur le fondement de l'article 12. 3 du Statut acceptant la compétence de la Cour, en avril 2014 le Bureau du Procureur indiqua qu'« *en vertu de sa politique générale, le Bureau du Procureur ouvre un examen préliminaire de la situation concernée dès réception d'un renvoi ou d'une déclaration d'un État en vertu de l'article 12. 3 du Statut de Rome.* »

de ressources humaines et financières limitées. Le budget alloué à la Cour est voté, chaque année, par les États membres. En plus du levier financier, les États disposent de renseignements qu'ils distillent au gré de leurs intérêts. L'effectivité même de l'autorité judiciaire, qu'il s'agisse de l'exécution des mandats d'arrêt, du transfert des personnes arrêtées ou de l'exécution des sanctions prononcées, relève entièrement de la bonne volonté des États.

Tout récemment, le retrait des charges visant le président Kenyatta⁽⁵⁶⁾ et l'annonce du gel des activités du Bureau du Procureur au Darfour⁽⁵⁷⁾, en conséquence du défaut d'exécution du mandat d'arrêt contre le président soudanais Omar Al Bashir, ont tragiquement illustré cet état de fait.

La non-coopération des États, y compris celle des États obligés aux termes de leur adhésion au Statut de Rome, peut assurément entraver le travail de la Cour. Un certain temps.

En annonçant deux décisions difficiles dans le cas du Soudan et du Kenya, la Procureure a repris la main, dénoncé les responsables et marqué, d'une certaine manière, son indépendance. Elle n'oublia pas de rappeler le caractère temporaire de ces deux mesures.

Les autorités de poursuite des tribunaux internationaux ont bien appris les vertus de la patience. L'histoire récente de la justice pénale internationale est émaillée de bouleversements politiques tels ceux qui ont fini par conduire Slobodan Milosevic ou Charles Taylor devant leurs juges, couronnant de succès l'obstination et la persévérance de magistrats considérés, parfois, comme téméraires.

L'exemple du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) rappelle aux plus sceptiques que la volatilité des alliances interétatiques peut devenir le meilleur allié de la justice. Alors que cette juridiction était destinée, par ses propres fondateurs, à être une mesure cosmétique destinée à recouvrir à moindres frais une réalité disgracieuse, elle a fini par voir comparître devant elle les plus hauts responsables du conflit qui ensanglanta les Balkans, y compris le tout-puissant ancien chef de l'État serbe⁽⁵⁸⁾.

⁵⁶ <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1879204.pdf>

⁵⁷ <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Statement-UNSC-Darfur-FR-19-12-2014.pdf>

⁵⁸ *Rough Justice*, David Bosco, Oxford University Press, 2014

Israël proclama plus d'une fois son refus de collaborer avec la CPI, son refus interdisant *de facto* l'accès des équipes de La Haye aux territoires palestiniens.

Une telle intransigence peut retarder l'avancement de la procédure. La réticence de la Palestine à renvoyer l'affaire devant la Cour peut également être interprétée comme un facteur d'incertitude et décourager tout mouvement d'accélération.

Il faudra néanmoins compter avec les dizaines de victimes palestiniennes qui adressèrent leurs plaintes au Bureau du Procureur, au printemps 2015. Il est à prévoir que leurs représentants ainsi que les organisations des droits humains mobilisées depuis longtemps sur les conflits israélo-palestiniens, surveillent de près l'évolution de l'examen préliminaire et œuvrent pour l'ouverture d'une enquête.

La mobilisation de l'opinion publique sur cette question constitue en elle-même un obstacle à tout infléchissement flagrant en lien avec de mauvaises volontés politiques.

De jure, le Statut de la Cour garantit au Procureur une indépendance totale dans le mécanisme de prise de décision. Il ne lui impartit aucun délai pour achever l'examen préliminaire. L'analyse de la situation peut donc durer des années⁽⁵⁹⁾, le ou la Procureur(e) pouvant différer sa décision en fonction de l'évolution des perspectives de coopération des États et agir au moment propice.

En attendant, le travail se poursuit à La Haye. Quelle que soit sa cadence, ouvre-t-il des perspectives favorables aux Palestiniens ?

En droit, différentes étapes doivent être franchies avant qu'une enquête ne soit ouverte. Le ou la Procureur(e) vérifie au préalable que les crimes allégués relèvent bien de la compétence de la Cour, qu'ils présentent une gravité suffisante et qu'ils ne font pas l'objet de procédures nationales sérieuses. Il ou elle devra enfin s'assurer que la décision d'ouvrir une enquête est conforme aux intérêts de la justice⁽⁶⁰⁾.

⁵⁹ C'est le cas pour les situations en Afghanistan ou en Colombie. Après plusieurs années d'examen préliminaire, la Procureure vient de solliciter de la Chambre préliminaire l'autorisation d'ouvrir une enquête en Géorgie.

⁶⁰ Article 53 du Statut de Rome

Si l'analyse se révèle concluante sur ces points, le ou la Procureur(e) décide de l'ouverture d'une enquête. Il ou elle devra toutefois obtenir l'autorisation de la Chambre préliminaire tant que la Palestine n'aura pas formellement renvoyé l'affaire devant la Cour.

Les arguments développés soit par les autorités israéliennes soit en leur faveur, par voie de presse, au cours de débats universitaires ou dans des documents officiels, sont conçus comme des obstacles jalonnant les phases de l'analyse et visant à empêcher d'atteindre la détermination d'une « *base raisonnable* ».

Il ne s'agit pas de mémoires ou de conclusions présentés à une juridiction. Ils peuvent relever de la spéculation ou de la rhétorique, parfois de méthodes de propagande ou de désinformation. Mais pas toujours. Certaines affirmations peuvent être pertinentes au regard du droit et méritent d'être examinées.

Au nombre des parades anecdotiques figure une incitation faite à Israël d'adhérer au Statut de Rome pour... mieux y échapper.

Entrer à la Cour pour en sortir

Le Statut de Rome contient une disposition transitoire, l'article 124, toujours en vigueur mais inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée des États parties de novembre 2015, pour une éventuelle suppression.

Aux termes de cet article, un État qui adhère au Statut « *peut déclarer que, pour une période de sept ans à partir de l'entrée en vigueur du Statut à son égard, il n'accepte pas la compétence de la Cour en ce qui concerne la catégorie de crimes visée à l'article 8 lorsqu'il est allégué qu'un crime a été commis sur son territoire ou par ses ressortissants.* »

Il fut suggéré qu'Israël pourrait protéger ses ressortissants d'éventuelles poursuites pour crimes de guerre, du moins pendant sept ans, si seulement il devenait partie à la convention.

Deux États auraient effectué une telle déclaration, à ce jour. En l'absence de jurisprudence en la matière, la parade proposée nous paraît inopérante, dans le cas qui nous intéresse.

S'il en était autrement, cela reviendrait à autoriser un État à neutraliser les effets de l'adhésion d'un autre État souverain, en rejoignant la Cour. Si la Cour devait enquêter et lancer des poursuites en Palestine, y compris à l'égard de ressortissants israéliens, elle le

ferait en vertu de l'acceptation de compétence et de l'adhésion de l'État palestinien. Par conséquent, il n'est pas raisonnable d'imaginer qu'une adhésion d'Israël, couplée avec une déclaration fondée sur l'article 124, mettrait ses ressortissants à l'abri.

De manière générale, les arguments pro-israéliens relèvent de deux catégories.

La moralité revendiquée de Tsahal, les avertissements adressés à la population civile et les accusations d'utilisation de boucliers humains par l'ennemi, touchent au fond du droit. Leur objectif est de contester la commission de crimes de guerre.

Les efforts se concentrent également sur les moyens pouvant entraver la recevabilité de l'affaire devant la CPI, avant tout examen de comportement. Le principe de complémentarité et la disqualification de la Palestine en tant qu'État pourraient conduire la Cour à décliner sa compétence.

La considération des intérêts de la justice peut encore conduire Madame Bensouda ou son successeur à renoncer à l'ouverture d'une enquête, même si la Cour était compétente et l'affaire recevable devant elle.

L'État de Palestine

La qualité d'État importe tant pour la recevabilité de l'action devant la CPI que pour l'exercice de sa compétence territoriale ou la détermination de la loi applicable. Le Statut de Rome comporte des définitions distinctes des crimes de guerre, selon qu'ils sont commis dans le cadre d'un conflit armé international, impliquant deux États ou d'un conflit armé non international.

Pour la Procureure de la CPI, la Palestine est qualifiée à adhérer au traité de Rome depuis que « *le 29 novembre 2012, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Résolution 67/19, par laquelle elle a octroyé à la Palestine le statut d'« État observateur non-membre » à l'ONU.* »⁽⁶¹⁾

⁶¹ Extrait du communiqué en date du 16 janvier 2015

Le parlement européen, les parlements britannique, français, espagnol et irlandais votèrent en faveur de la reconnaissance de l'État palestinien. Au sein même de l'Assemblée des États parties de la Cour, 77 États reconnurent l'État palestinien⁽⁶²⁾.

La qualité d'État est contestée par Israël et les États-Unis qui considèrent que l'adhésion de la Palestine à la Cour – et la déclaration de compétence en vertu de l'article 12(3) du Statut – n'aurait pas dû être acceptée. Ils dénie, par conséquent, à la Cour toute compétence pour examiner la situation en Palestine.

Il serait donc prématuré de considérer que la question est réglée pour la Cour. L'analyse de la Procureure ne lie pas les juges et s'ils devaient se pencher un jour prochain sur la situation en Palestine, le débat ne manquera pas d'avoir lieu.

La contestation se fonde principalement sur les accords d'Oslo de 1995 aux termes desquels Israéliens et Palestiniens ont convenu, d'une part, de reporter la reconnaissance de l'État palestinien à des négociations ultérieures et, d'autre part, de réserver aux autorités israéliennes l'administration (*civil and security control*) de la zone C de Cisjordanie, celle qui recouvre les colonies, leurs environs et le réseau routier.

Alors que les accords d'Oslo morcellent l'autorité gouvernementale sur les territoires occupés, à Gaza, le Hamas prive le gouvernement palestinien d'un exercice effectif de la souveraineté sur cette bande de territoire. Or, la souveraineté sur le territoire est l'un des attributs essentiels de l'État. Les détracteurs de l'État palestinien tirent ainsi argument du manque d'effectivité du contrôle palestinien sur les territoires pour nier son existence.

L'accord d'Oslo II va plus loin et confère aux autorités israéliennes une compétence exclusive pour connaître des crimes commis par des Israéliens, non seulement en zone C mais à Gaza et à l'intérieur des zones A (sous contrôle palestinien) et B (sous contrôle civil palestinien et sécuritaire conjoint) également⁽⁶³⁾.

⁶² David Luban, *Palestine and the ICC, Some legal questions*, justsecurity.org/18817

⁶³ Annexe IV, art.1 (1) et (2)

Dans ce paysage fragmenté, comment la Palestine pourrait-elle déléguer à la CPI une compétence dont elle ne jouit pas ?

Les déçus d'Oslo pensent trouver une solution dans l'obsolescence d'accords conclus il y a vingt ans et dont des clauses essentielles ne furent pas respectées par les Israéliens. Des juristes invités par les Nations Unies à débattre des mécanismes de redevabilité, ont ainsi pu affirmer que « *Le nombre croissant de reconnaissances diplomatiques de l'existence de l'État de Palestine – récemment encore par le Vatican – est une reconnaissance implicite de l'obsolescence des Accords d'Oslo*⁽⁶⁴⁾ ».

Leur logique se teinte de morale. L'application rigoureuse de critères universitaires serait incompréhensible dans le contexte des crimes internationaux pour lesquels des principes aussi essentiels que celui de la non-rétroactivité de la loi pénale et de la prescriptibilité ont été abandonnés.

L'attachement à Oslo aboutirait à un paradoxe inacceptable en offrant à l'État qui réussit à paralyser les institutions de son ennemi une récompense inestimable. Privé de l'effectivité de contrôle de son propre territoire, ce dernier se retrouverait disqualifié pour réclamer justice.

Par ailleurs, le 2 juin 2014, le Président Abbas avait annoncé la formation d'un Gouvernement d'union nationale, scellant la fin des divisions entre l'Organisation de Libération de la Palestine et du Hamas. La formation islamiste serait partie intégrante de l'État et étendrait, *de facto*, la souveraineté de la Palestine sur Gaza.

En définitive, sur cette question d'État, deux conceptions s'affrontent : celle qui privilégie la reconnaissance politique d'un État, notamment par ses pairs et par les instances internationales ; une approche plus juridique qui exige la vérification des critères éprouvés en droit international pour juger des caractéristiques ontologiques d'un État⁽⁶⁵⁾.

⁶⁴ UN round table on legal aspects of the question of Palestine, « *Available mechanisms to ensure accountability for violations of international law* », The Hague, 20 to 22 MAY 2015, Chairman's summary.

⁶⁵ Un peuple, un territoire et un cadre institutionnel. À titre d'exemple, voir Claus Kress, University of Columbia, HR Institute, « *Developments in the ICC: Israël and Palestine* », 11 février 2015

Outre la contestation de la qualité d'État, le deuxième obstacle susceptible de faire barrage à la recevabilité de l'affaire devant la CPI est un principe considéré comme un pilier du Statut de Rome, la complémentarité.

Le principe de complémentarité fait-il obstacle à l'ouverture d'une enquête ?

Le Statut de la Cour pénale ainsi qu'un principe établi en droit international renvoie aux États concernés la responsabilité principale pour connaître des crimes commis sur leurs territoires ou par leurs ressortissants.

La Cour décline sa compétence lorsque des procédures nationales sont engagées à moins que l'« *Etat n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites*⁽⁶⁶⁾ ».

Depuis que la Procureure de la CPI a annoncé l'ouverture d'un examen préliminaire de la situation en Palestine, l'État d'Israël communique régulièrement sur les enquêtes diligentées par l'Avocat Général Militaire (MAG) de l'IDF.

Nul doute que le cadre institutionnel israélien dispose de la capacité de mener à bien des enquêtes et des poursuites. Existe-t-il pour autant une volonté de mettre en jeu efficacement la responsabilité pénale des dirigeants militaires et politiques ?

En constatant que l'impunité régnait dans les deux camps⁽⁶⁷⁾, les rédacteurs du rapport de la COI ont battu en brèche l'un des remparts les plus communément dressés sur la voie d'une enquête.

Complémentarité et colonies

La Cour Suprême d'Israël a, à ce jour, soigneusement évité de se prononcer sur la légalité des colonies israéliennes dans les territoires occupés en considérant qu'il s'agissait d'une question politique qui devait être résolue par la voie des négociations⁽⁶⁸⁾.

⁶⁶ Article 17 du Statut de Rome

⁶⁷ § 72 et 73 du rapport cité *supra*, n.9

⁶⁸ David Kretzmer, professeur à l'Université hébraïque, cité par David Bosco, foreignpolicy.com, 1^{er} avril 2015, *How to avoid getting hauled before The Hague*.

Par conséquent, tant que les autorités judiciaires israéliennes ne traiteront pas de la légalité des implantations israéliennes en Cisjordanie, l'argument de la complémentarité ne pourra entraver l'exercice de la compétence de la CPI sur ce dossier.

Forts de ce constat, certains observateurs⁽⁶⁹⁾ en concluent que si la Procureure devait ouvrir une enquête, elle viserait d'abord à déterminer si l'occupation israélienne constitue le crime de guerre défini par l'article 8 (2) (b) (viii) du Statut de Rome⁽⁷⁰⁾.

La colonisation des territoires étant une politique d'État développée avec détermination depuis 1967, Israël ne saurait en contester la réalité. L'État hébreu argue plutôt qu'il opère en terrain quasiment vierge, en tout cas qui ne serait soumis à aucune souveraineté étatique⁽⁷¹⁾.

La parade ne fait pas le poids face à l'avis rendu en 2004 par la Cour Internationale de Justice⁽⁷²⁾ et aux multiples résolutions des Nations unies qualifiant la présence israélienne dans les territoires, d'occupation.

Les vrais questionnements portent plutôt sur le champ d'investigation temporel et sur la qualification du conflit.

Dans le Statut de Rome, le transfert par une puissance occupante d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe constitue un crime de guerre seulement s'il s'opère dans le cadre d'un conflit armé international.

Dans l'affaire concernant la flottille de Gaza, le Bureau du Procureur avait considéré qu'en dépit du caractère non international du conflit opposant le Hamas à Israël, « *le droit des conflits armés*

⁶⁹ À titre d'exemple, David Luban, *Palestine and the ICC, Some legal questions*, justsecurity.org/18817

⁷⁰ Article 8 (2) (b) (viii) du Statut de Rome « *Aux fins du Statut, on entend par crimes de guerre... les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international, à savoir, l'un quelconque des actes ci-après... Le transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire.* »

⁷¹ Voir, *supra*, les développements relatifs à la reconnaissance de la qualité d'État à la Palestine.

⁷² « *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé* », avis consultatif du 9 juillet 2004, www.icj-cij.org/docket/files/131/1670.pdf

internationaux s'applique également à un contexte d'occupation militaire. »⁽⁷³⁾ *A fortiori* dans les colonies, où le conflit oppose Israël à l'Autorité palestinienne. Il serait, en effet, cohérent avec la position adoptée par le Bureau du Procureur en janvier 2015 que le conflit soit considéré comme impliquant deux États.

L'enquête pourrait-elle viser les colonies existantes ou bien devra-t-elle se limiter aux implantations postérieures au 1^{er} avril 2015, date d'entrée en vigueur du Statut de Rome en Palestine ?

La réponse dépendra de l'appréciation portée sur le caractère continu ou non de l'infraction de transfert de population civile.

Par conséquent et à moins que les juridictions nationales israéliennes ne s'en emparent pour couper la route de La Haye, la colonisation des territoires par Israël devrait, un jour ou l'autre, passer au crible du Statut de Rome.

Complémentarité et Gaza

En 2009 déjà, après la publication du rapport Goldstone, Israël avait ouvert 400 enquêtes. Une commission présidée par Mary McGoan, la juriste américaine qui succédera à Michael Schabas à la tête de la COI en 2015, déplora qu'aucune enquête ou poursuite n'ait visé les échelons supérieurs du commandement militaire⁽⁷⁴⁾.

L'ampleur des dégâts humains et matériels causés par les opérations militaires de l'été 2014 et observés sur les écrans du monde entier, susciterent rapidement des accusations de violations des lois de la guerre, notamment par Israël.

L'État hébreu réagit par les dénégations habituelles mais annonça l'ouverture de plusieurs enquêtes criminelles, notamment sur le bombardement, le 30 juillet 2014, d'une école de l'UNRWA à l'occasion duquel 17 des civils qui y avaient trouvé refuge, périrent⁽⁷⁵⁾.

⁷³ « *Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien* », Rapport établi au titre de l'article 53-1 du Statut, [www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Fra.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Fra.pdf), para. 16

⁷⁴ Report of the Committee of independent experts in international humanitarian and human rights law established pursuant to Council resolution 13/9*, §79.

⁷⁵ « *Israël army launches Gaza school shelling probe* », 20 mars 2015, <http://www.dailystar.com.lb>

Un rapport intérimaire des Nations unies⁽⁷⁶⁾ révéla, en avril 2015, que l'IDF avait bombardé sept écoles abritant des civils, provoquant la mort de 44 personnes et en blessant 227 autres.

Le même document reprocha au Hamas d'avoir mis en danger les équipements des Nations unies en stockant des armes dans trois écoles gérées par l'organisation, constata que deux tirs étaient probablement partis de là mais souligna que ces bâtiments étaient libres de toute présence civile.

Les efforts nationaux convaincront-ils de la volonté des autorités israéliennes de mener à bien les enquêtes et les poursuites en lien avec les incidents examinés à La Haye ?

Le 11 juin 2015, l'Avocat Général militaire israélien exonéra l'armée de toute responsabilité criminelle à l'occasion du tir de missile, durant l'été 2014, qui avait tué quatre enfants palestiniens, âgés de 9 à 11 ans, jouant sur une plage de Gaza et blessé plusieurs autres⁽⁷⁷⁾. Il s'agit, pour le procureur militaire d'un « *accident tragique* » survenu alors que l'armée ciblait un dépôt d'armes du Hamas. Cette version est contredite par de nombreux témoins présents sur les lieux, dont un journaliste du Guardian⁽⁷⁸⁾.

Le 14 juin 2015, anticipant de quelques jours la publication des conclusions de la commission d'enquête internationale, le gouvernement israélien publia un rapport disculpant l'armée de toute faute dans les opérations menées à Gaza durant l'été 2014.

Le rapport réfute, en ces termes, toute accusation de violation des principes de discrimination entre population et objets civils, d'une part et objectifs militaires légitimes, d'autre part :

« Ce qui a pu souvent apparaître à des parties extérieures comme des dommages indiscriminés causés aux civils ou à des objectifs purement civils était en réalité des attaques légitimes contre des cibles militaires qui n'avaient de civiles que l'apparence, alors qu'elles s'ins-

⁷⁶ The New York Times, April 27, 2015, <http://nytimes.ms/10wFGSJ>

⁷⁷ <https://www.facebook.com/Lt.Col.PeterLerner/posts/977554298952196:0>

⁷⁸ <http://www.theguardian.com/world/2015/jun/11/israel-clears-military-gaza-beach-children>

crivaient en réalité dans les opérations militaires de ces organisations terroristes⁽⁷⁹⁾. »

Dans le même temps, Israël refusait d'accueillir le rapporteur des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme dans les territoires occupés.⁽⁸⁰⁾

Le rapport publié par la COI met en exergue une contradiction inhérente au parquet militaire israélien : cette instance chargée d'enquêter sur les crimes commis par l'armée et d'en poursuivre les auteurs, exerce dans le même temps, la fonction de conseiller juridique du commandement militaire.

L'État hébreu aurait-il entendu les recommandations de la Commission l'exhortant à garantir l'indépendance des enquêtes et des poursuites visant le comportement de Tsahal ?

« *Vendredi noir* » et la « *doctrine Hannibal* »

Le 17 août 2015, le ministre de la défense israélien nomma un nouvel Avocat Général Militaire devant prendre ses fonctions dès octobre 2015⁽⁸¹⁾. Le colonel Sharon Afek devra vraisemblablement tirer les conclusions de l'enquête ouverte par son prédécesseur sur les raids menés par l'armée à Rafah le 1^{er} août 2014. Cet épisode, désigné comme « *vendredi noir* » par de nombreuses ONG, est l'un des plus sanglants de l'été 2014.

Le sérieux des investigations menées par les autorités israéliennes sur cette opération comptera, sans doute, dans l'évaluation que le Bureau du Procureur fera de la volonté de l'État hébreu de mener à bien les enquêtes et les poursuites.

L'épisode est aussi topique au regard des critères en usage pour apprécier si un acte de guerre est criminel.

Voici le récit des faits tel qu'il résulte des rapports d'Amnesty International et du ministère israélien des affaires étrangères.

⁷⁹ <http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2015/06/15>

⁸⁰ <http://www.dailystar.com.lb/News/Middle-East/2015/Jun-15/302162-israel-blocks-visit-of-un-human-rights-envoy.ashx>

⁸¹ <http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-4691755,00.html>

Après la capture par le Hamas du lieutenant Hadar Goldin, l'IDF déchaîna sa puissance de feu durant quatre jours, causant la mort de nombreux civils (entre 135 et 200), en blessant bien plus et détruisant des centaines de bâtiments et infrastructures civils⁽⁸²⁾. L'impact de l'opération fut d'autant plus tragique que de nombreux civils avaient pris la route ce jour-là, espérant profiter de la trêve humanitaire conclue entre Israël et le Hamas.

Au cours de cette opération, l'armée israélienne agissait en application de la « *doctrine Hannibal* », un ensemble de règles élaboré par son commandement et autorisant ses forces à déployer une puissance de feu massive sur les lieux de capture d'un de ses soldats. La doctrine Hannibal est bâtie sur l'impératif de retrouver les soldats capturés, morts ou vivs, dans les plus brefs délais et à tout prix⁽⁸³⁾.

Un soldat raconta à l'ONG israélienne *Breaking the silence* qu'il usait de la capacité maximale de son artillerie en direction de zones résidentielles⁽⁸⁴⁾.

Des images satellites prises le 14 août 2014 montrent quatre cratères à une distance de 120 mètres de l'hôpital Abu Youssef al-Najjar où le soldat captif aurait pu être soigné, selon un scénario envisagé par l'IDF. Des drones visèrent trois ambulances qui avaient quitté l'hôpital pour aller secourir des blessés, tuant trois membres du personnel médical et les personnes secourues⁽⁸⁵⁾.

L'armée israélienne affirme régulièrement que ses objectifs militaires sont dirigés contre les « *combattants terroristes* », que ses bataillons prennent toutes les précautions pour tenter d'éviter de causer des pertes excessives parmi les civils palestiniens ou des dommages aux biens⁽⁸⁶⁾.

Ces affirmations, relayées par la classe politique au pouvoir, sont taillées à la mesure des trois principes fondamentaux du droit de la

⁸² Rapport d'Amnesty International '*Black Friday: Carnage in Rafah during 2014 Israël/Gaza conflict*', <https://blackfriday.amnesty.org>

⁸³ Rapport du MFA, *supra*, n. 8

⁸⁴ Rapport cité *supra* n. 44, p.4

⁸⁵ *ibid.*, p.5

⁸⁶ Voir, notamment, §37 à 52 et 262 à 360 du rapport cité *supra*, n.7

guerre: la discrimination entre les combattants et les personnes et les biens civils, la précaution et la proportionnalité.

Consciente des risques de poursuites pour crimes de guerre auxquels cette opération l'expose, l'armée israélienne justifie ses raids aériens et tirs d'artillerie par la nécessité militaire. Le but serait de limiter la capacité de mouvement des ravisseurs et d'interdire l'accès aux tunnels, en attendant l'arrivée des forces terrestres dépêchées pour retrouver le captif, mort ou vif.

Si cet objectif militaire paraît légitime aux yeux des autorités israéliennes, le droit international humanitaire impose de jauger si les moyens employés, les pertes civiles et les dommages causés aux infrastructures sont excessifs au regard du bénéfice militaire escompté.

À cet égard, la Commission d'enquête indépendante de l'ONU souligna le défaut de vérification préalable par l'armée israélienne du caractère militaire de ses cibles et l'utilisation d'un armement inadapté à des zones civiles⁽⁸⁷⁾.

La légitimité de l'objectif militaire peut être, par ailleurs, sérieusement mise en doute dans la mesure où l'offensive sur Rafah s'est poursuivie pendant deux jours, après que la mort et l'enterrement du lieutenant Goldin furent annoncés par un tribunal rabbinique⁽⁸⁸⁾.

Compte tenu des éléments de preuve rassemblés et de l'attention portée aux événements de Rafah, les conclusions que le nouveau MAG tirera de son enquête seront cruciales pour apprécier la bonne foi des autorités de poursuites israéliennes.

C'est à cette condition que le Bureau du procureur de la CPI pourra détourner son attention des opérations militaires de Rafah et le principe de complémentarité trouver à s'appliquer.

Un autre argument est régulièrement opposé par Israël lorsqu'il est confronté au nombre élevé de victimes: ces dernières auraient ignoré les avertissements adressés par l'armée aux populations civiles, soit délibérément, soit sur incitation des combattants palestiniens.

⁸⁷ *ibid.*, § 57

⁸⁸ *ibid.*, p.6

L'armée israélienne prend-elle les précautions nécessaires pour épargner les civils ?

Tsahal affirme s'être conformée aux dispositions du droit de la guerre protégeant les civils en avertissant les populations de l'imminence des attaques.⁽⁸⁹⁾

Ces avertissements auraient consisté en des papiers tombant du ciel, en flyers distribués aux résidents, SMS, appels téléphoniques ou *roof knocking* (envoi d'un missile « léger »)⁽⁹⁰⁾.

La COI prit note des affirmations du MAE israélien suivant lesquelles l'armée israélienne a continué à distinguer les populations civiles des objectifs militaires en dépit des incitations à ne pas évacuer provenant du Hamas. Les enquêteurs soulignèrent que c'est le point de vue exprimé par le Commandant Amitai Karanik qui a prévalu sur le terrain, au moins en deux circonstances.

Ce militaire, chef du Bureau de doctrine du Corps d'infanterie avait expliqué dans un magazine, au mois d'octobre 2014, qu'« *en temps de guerre, la population civile n'existe pas; il n'y a que des ennemis.* »⁽⁹¹⁾

De nombreux observateurs ont souligné que le temps laissé aux habitants entre l'avertissement et le tir était trop court pour se mettre à l'abri. D'autres ont expliqué que les civils restaient sur place car ils n'auraient de toute façon pas su dans quelle direction s'enfuir, compte tenu de l'ampleur et de la durée des attaques⁽⁹²⁾.

En tout état de cause, le recours par l'armée israélienne aux avertissements ne suffit nullement à démontrer qu'elle s'est conformée au principe de discrimination entre objectifs militaires, d'une part et population civile et bâtiments civils, d'autre part.

L'argument s'effondre quand un officier intime à ses soldats de considérer toute personne n'ayant pas fui comme un combattant, allant au bout de la logique de création de « *zones de combat stériles.* »

⁸⁹ *ibid.*, note de bas de page 17, p. 30-37

⁹⁰ *Post Mortem on Gaza*, Fred Abrahams, The Huffington Post, 19 mai 2015, citant le rapport de Breaking the silence *This is how we fought*.

⁹¹ Rapport de la COI, *supra*, n.7, note de bas de page 45 : *Bayabasha*, *Ground Forces Magazine*, October 2014, No.29, p. 62

⁹² Voir, notamment, §56 du rapport de la COI cité *supra*, n.7

La COI l'a souligné avec force: « *un civil perd son droit à être protégé seulement s'il participe activement aux combats.* »⁽⁹³⁾

Les Israéliens insistent sur l'idée qu'à l'origine et au cours de l'opération « *Bordure protectrice* », l'État hébreu se serait trouvé contraint de protéger sa population civile exposée à l'intensification des tirs de roquette par des « *organisations terroristes* » et à la menace imminente des tunnels débouchant sur son territoire.⁽⁹⁴⁾

Quelle incidence les agissements du Hamas et ceux d'autres groupes de combattants peuvent-ils avoir sur l'appréciation des responsabilités israéliennes ?

Le Hamas créa la surprise en donnant son accord pour une adhésion de la Palestine au Statut de Rome, après la fin des opérations qualifiées de « *Bordure protectrice* » par Israël.

L'exposition de la formation islamiste et d'autres groupes de combattants palestiniens aux risques de poursuites a longtemps servi d'explication au maintien de la Palestine en dehors du système de Rome.

Les Palestiniens décidèrent d'assumer ce risque, lequel a des chances de se réaliser si la Procureure franchissait le seuil de l'enquête. Il y a, en effet, fort à parier que dans un souci de symétrie et pour tenter de couper court aux accusations de politisation, toute avancée vers le déclenchement de poursuites envers une partie, s'accompagne d'une mise en cause de l'autre camp.

Les tirs de roquette à partir de Gaza vers les villes israéliennes sont le plus souvent pointés du doigt comme pouvant caractériser un crime de guerre⁽⁹⁵⁾.

Les enquêteurs du Haut-Commissariat aux droits de l'homme dénoncèrent le caractère criminel des exécutions sommaires de Palestiniens soupçonnés de collaboration avec l'ennemi et prirent note de la volonté du gouvernement palestinien d'en poursuivre les auteurs dès qu'il regagnerait son autorité à Gaza⁽⁹⁶⁾.

⁹³ *ib.*, §56

⁹⁴ Voir, notamment, § 10 à 17 du rapport cité *supra*, n.8

⁹⁵ L'article 8 (2) e) i) du Statut criminalise « *le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des personnes civiles qui ne participent pas directement aux hostilités* ».

⁹⁶ § 67 et 68 du rapport cité *supra*, n.7

Enfin, la COI ne put vérifier les allégations selon lesquelles les groupes armés palestiniens cacheraient des armes et installeraient délibérément des bases de tir au sein de la population gazaouie afin de provoquer l'erreur et d'attirer l'opprobre sur les Forces de défense israélienne.

La Commission souligna l'exiguïté du territoire de Gaza qui constituait une contrainte pour les combattants, rappela que l'utilisation de boucliers humains est interdite par le droit coutumier international et ajouta que si elle était avérée, une telle pratique n'exonérerait nullement Israël de ses propres obligations⁽⁹⁷⁾.

La non-rétroactivité de la loi pénale – ou la non-sélectivité des poursuites – comme possibles obstacles

L'adhésion de la Palestine au Statut de Rome est postérieure aux opérations de Gaza de l'été 2014. Elle donne compétence à la Cour pour l'avenir. Pour faire remonter l'examen aux événements consécutifs au 13 juin 2014, l'Autorité palestinienne effectua, le 1^{er} janvier 2015, une déclaration en vertu de l'article 12(3) du Statut. Or, l'effet rétroactif de cet article est contesté⁽⁹⁸⁾ et sa validité n'a pas encore été testée.

On objectera que, depuis Nuremberg, le droit pénal international s'est accommodé d'exceptions au principe de non-rétroactivité de la loi pénale lorsqu'il s'agit de crimes contre l'humanité. D'ailleurs, l'article 11(2) du Statut autorise expressément les États à reconnaître la compétence de la Cour de manière rétroactive.

Il demeure que l'article 12(3) risque de heurter un autre principe qui tend à s'affirmer devant les juridictions criminelles internationales, celui de la non-sélectivité des poursuites.

En délimitant une période durant laquelle la Cour peut exercer sa compétence, l'État pourrait orienter l'attention du Procureur vers certains crimes ou certains auteurs et en exclure d'autres de son champ d'investigation. Cela heurterait l'objectivité nécessaire à l'exercice d'une justice impartiale.

⁹⁷ *ib.*, § 63 à 65

⁹⁸ Voir notamment, *supra*, n.27

Fatou Bensouda a déjà paré à cet argument, en déclarant plus d'une fois, qu'en examinant la situation en Palestine, comme partout ailleurs, son Bureau s'intéresserait à toutes les parties concernées. Quelles que soient les intentions des États et autres plaignants, l'impartialité se jauge, à La Haye comme ailleurs, à l'aune de la pratique judiciaire.

Une saisine de la Cour ne servirait pas les intérêts de la justice...

Quand ils se trouvent à court d'arguments juridiques, les opposants à toute ingérence de la Cour dans les affaires israélo-palestiniennes se raccrochent à l'idée que l'institution ne voudrait pas d'un dossier politiquement trop sensible.

Si la CPI a pu faire naître l'impression, après la plainte de 2009⁽⁹⁹⁾, de vouloir éviter un dossier épineux, Procureur et contexte ont changé, depuis lors. En dépit du soutien effectif de grandes puissances dont Israël continue de bénéficier et des pressions subséquentes, réelles ou imaginaires, sur le Bureau du Procureur, un changement est perceptible dans les relations internationales et le soutien à l'État hébreu paraît moins inconditionnel.

S'agissant de la stratégie de la Cour elle-même, l'ouverture d'une enquête dans un conflit extérieur au continent africain est souvent présentée comme une nécessité, tant l'institution est soumise à un feu nourri de critiques pour son engagement exclusif en Afrique. Cet impératif est devenu moins pressant depuis que Fatou Bensouda envisage d'enquêter en Géorgie.

Quoi qu'il en soit, ces considérations demeurent étrangères aux intérêts de la justice, dans l'acception du Statut.

Quand le Procureur a estimé qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis et que l'affaire est recevable, le texte lui permet de renoncer à ouvrir une enquête « *s'il y a des raisons sérieuses de penser... qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice.* »⁽¹⁰⁰⁾

⁹⁹ À la suite du refus par Luis Moreno-Ocampo, premier Procureur de la CPI, d'agir en conséquence de la déclaration de l'Autorité palestinienne en date du 21 janvier 2009, donnant compétence à la Cour.

¹⁰⁰ Article 53 (1) (c) du Statut de Rome

La convention de Rome invite le Procureur à tenir compte, notamment, de l'intérêt des victimes. Le Bureau du Procureur a interprété cette disposition d'une manière qui lui permet d'inclure non seulement les points de vue exprimés par les victimes elles-mêmes mais également ceux de leurs dirigeants communautaires, religieux, politiques ou tribaux ainsi que les États, les organisations gouvernementales et non gouvernementales.⁽¹⁰¹⁾

Les juristes de La Haye prennent bien soin de préciser que les intérêts de la justice ne se confondent pas avec ceux de la paix, dans une tentative pour circonvenir le reproche parfois adressé par les diplomates aux juristes de faire obstacle aux négociations de paix. Leur document de politique générale renvoie pour cela à l'article 16 du Statut qui autorise le Conseil de sécurité à suspendre le cours d'une enquête ou des poursuites, en votant une résolution sous le chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Cet article, hérité de la gestation difficile de la Cour, est inutilisé à ce jour.

La perspective de son inauguration, dans le cas d'espèce, n'est pas réaliste tant il paraît peu probable d'obtenir un vote unanime des cinq membres permanents du Conseil, en faveur d'une telle suspension⁽¹⁰²⁾.

Le Bureau du Procureur peut, en revanche, prendre en considération les questions de sécurité pour apprécier les intérêts de la justice.⁽¹⁰³⁾

C'est sous cet angle seulement que la situation sur le terrain pourrait impacter le cours de la justice. La distinction opérée, entre paix et sécurité, par les rédacteurs de ce document de référence, paraît quelque peu sémantique et clarifie peu les conditions dans lesquelles le Procureur pourrait actionner ce dernier frein, avant le déclenchement d'investigations directes.

¹⁰¹ Bureau du Procureur, Document de politique générale relatif aux examens préliminaires, § 68

¹⁰² La Chine et la Russie ont promis de mettre leur veto en cas de vote du CSNU en faveur de la suspension des enquêtes ou des poursuites, Haaretz, 11 juin 2015.

¹⁰³ *Policy paper on the interests of Justice*, September 2007, §6, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf

Nul doute que les négociateurs du texte fondateur de la CPI ont voulu laisser au Procureur une marge d'appréciation- ou à eux-mêmes une zone d'influence- qui s'apparente au principe d'opportunité des poursuites en vigueur dans certains systèmes nationaux.

Il demeure qu'un processus a été engagé et qu'il est inexorable. L'espoir de voir un jour la légalité réguler les comportements, même en temps de guerre et sanctionner les débordements dans l'usage de la force, ne s'arrête pas à l'application éventuelle des articles 5 et 8 du Statut de Rome.

L'Assemblée des États parties au Statut de Rome finit par voter l'amendement relatif au crime d'agression, lequel attend son entrée en vigueur, possible à partir du 1^{er} janvier 2017.

Par-delà la CPI, la Palestine ratifia le 30 décembre 2014 les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 qui obligent tous les États membres des Nations unies à poursuivre les auteurs de crimes de guerre. Cette démarche ouvre des perspectives géographiques bien plus vastes, pour une éventuelle mise en cause de la responsabilité de dirigeants politiques et militaires.

Enfin et peut-être surtout, le choix de la protection par le droit opère une transformation qui dépasse les contingences de la pratique judiciaire. Aux uns, il offre le réconfort du devoir accompli; aux autres, il donne une chance d'éveiller leurs consciences aux leurs qui leur ont tenu lieu de certitudes.

* Alia Aoun est avocate au barreau de Paris depuis 1996.

Elle a développé sa pratique dans des procès criminels d'envergure au niveau national et international.

En France, Alia Aoun a notamment initié, au nom d'ACT-UP Paris et de la HALDE, les premières poursuites en application de la loi du 30 décembre 2004 renforçant la lutte contre les discriminations.

Chef Adjointe du Bureau de la défense du Tribunal spécial pour le Liban, de 2010 à 2012, Alia Aoun a œuvré pour le renforcement des garanties du procès équitable et contribué aux amendements du Règlement de procédure et de preuve.

Maître Aoun est présidente d'*Avocats et Juristes pour le Liban*, une association du barreau de Paris dédiée à la promotion des libertés et de l'État de droit dans les pays arabes.

Elle s'intéresse particulièrement aux perspectives qu'offre la Cour pénale internationale et dirige, actuellement, des travaux de recherche consacrés aux voies judiciaires adaptées pour appréhender les crimes de Daech.

Les colonies Israéliennes et la Cour pénale internationale

Christine Chanet*

Réflexions sur l'enquête du procureur

Afin de circonscrire cette analyse, il convient de tenir pour connues les règles fondamentales relatives à la composition et aux attributions de la Cour pénale internationale pour se limiter aux perspectives du développement du cas des colonies israéliennes en Palestine devant cette juridiction, tel qu'il se présente à un moment ou aucune plainte formelle n'a été déposée par la Palestine: en effet seuls en l'état, de nombreux documents dénonçant la colonisation en Cisjordanie et à Jérusalem Est ont été adressés au Procureur.

Aussi il est proposé d'examiner les différentes étapes de la procédure d'enquête qui doivent être franchies pour acquérir à une chance de connaître un examen de l'affaire au fond devant la Cour pénale internationale.

Observation préliminaire

En avril 2015 la Palestine a accepté la compétence de la Cour faisant ainsi suite à la déclaration effectuée en 2009 par l'Autorité palestinienne au titre de l'article 12 du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale et en vertu duquel la Cour est compétente dès lors que les faits ont été commis sur le territoire de l'auteur de la déclaration.

Le Procureur Madame Fatouma Bensoudi s'est prononcée sur la qualité d'État de la Palestine dans une interview qu'elle a donné au journal israélien HAARETZ, le 1^{er} mai 2015: selon elle, la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU du 29 novembre 2012 reconnaissant la Palestine comme État observateur était suffisante pour considérer la Palestine comme un État au sens du Statut de Rome. Madame Bensoudi ajoutait que le Secrétaire général de l'ONU, dépositaire de ce Statut n'avait, comme il aurait pu le faire, formulé aucune objection à cette adhésion, ce qui, selon elle corroborait son interprétation.

Il convient cependant de noter que cette interprétation pourra à nouveau être discutée devant la CPI lors de l'examen de la recevabilité de l'action.

I. Règles générales relatives à l'enquête du procureur

Examen préliminaire

Lors de l'interview citée plus haut le Procureur précise qu'elle n'avait pas ouvert d'enquête mais examinait si les conditions pour ouvrir une telle enquête étaient réunies. Elle procède donc à un examen préliminaire en conformité avec les dispositions de l'article 15 du Statut de Rome.

À cette fin le Procureur examine les renseignements reçus pour déterminer s'ils présentent un caractère sérieux. Le Procureur peut rechercher des informations complémentaires auprès des États, des organes de l'ONU, ou d'autres sources qu'il juge dignes de foi.

Le Procureur peut recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour. En vertu des dispositions de l'article 53 du Statut le Procureur doit déterminer s'il y a une base raisonnable permettant l'ouverture d'une enquête.

Le Statut énumère les critères que le Procureur doit prendre en compte :

- Si les renseignements en sa possession fournissent une base raisonnable pour croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis ou en voie de l'être.

Il convient alors d'identifier un crime ou des crimes figurant dans la liste de l'article 5_1 du Statut.

Lorsque ces conditions sont remplies encore faut-il que le cas en cause ne se heurte pas à une série d'obstacles énoncés par l'article 53 du Statut :

a) L'irrecevabilité prévue à l'article 17 du Statut. Selon ce texte la Cour n'est compétente que si l'État qui a compétence en l'espèce ne peut ou ne veut juger le ou les criminels.

b) S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité des faits et de l'intérêt des victimes qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice.

c) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour y donner suite (art 17°).

Toutefois si le Procureur estime pour ces dernières raisons qu'une enquête ne doit pas être ouverte il en informe la chambre préliminaire.

II. Application des règles générales et des critères conventionnels au cas des colonies Israéliennes en Palestine

Du Crime de guerre

Aux yeux de la communauté internationale les territoires palestiniens de Cisjordanie et de Jérusalem Est constituent des territoires occupés.

Cela résulte de l'ensemble des résolutions pertinentes des Nations Unies et cela a été réitéré par la Cour Internationale de Justice dans sa décision du 13 juillet 2004⁽¹⁰⁴⁾ ; La Cour se borne à rappeler le droit coutumier et le Règlement de La Haye de 1907 en vertu desquels est considéré comme occupé un territoire qui est de fait placé sous le contrôle de l'armée d'un autre État. L'occupation s'étend aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer (§78).

Le statut de territoire occupé confère des obligations à la puissance occupante et notamment celle de se soumettre aux exigences des conventions de Genève de 1949 et celle des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme (§101, 111 et 114 de la décision de la CIJ).

L'article 49 de la quatrième convention de Genève dispose que : *« la puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert de sa propre population civile dans le territoire occupé »*.

Après avoir rappelé ce texte la Cour internationale de Justice conclut que les colonies de peuplement installées par Israël dans les territoires palestiniens occupés y compris Jérusalem Est l'ont été en méconnaissance du droit international (§120).

Ainsi c'est la colonisation elle-même qui est dénoncée par la Cour. La mission internationale indépendante d'établissement des faits chargée en 2012 par le conseil des droits de l'homme de l'ONU d'étudier les effets des colonies de peuplement israéliennes

¹⁰⁴ Statut de Rome de la cour pénale internationale doc ONU PCNICC 1999 : INF/3

sur les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels des Palestiniens dans les territoires occupés⁽¹⁰⁵⁾, est parvenue à la même conclusion. La mission est allée plus loin en considérant que ces implantations pourraient entrer dans les prévisions de l'article 8_2viii du Statut de Rome qui définit comme crime de guerre « *le transfert direct ou indirect par une puissance occupante d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe* ».

L'article 8 du Statut de Rome va au-delà de l'article 49 de la convention de Genève en ce qu'il précise transfert « direct ou indirect ».

En revanche pour constituer un crime de guerre le transfert direct ou indirect de la population civile de la puissance occupante dans le territoire occupé doit être effectué en application d'un plan et d'une politique déterminés, tel que cela résulte de l'article 8_1 du Statut de Rome.

En 2004 la Cour internationale de justice ne pouvait viser un traité qui n'était pas dans sa saisine mais elle a néanmoins souligné l'existence d'une politique très élaborée de peuplement des territoires palestiniens par la population civile israélienne. Au § 120 de sa décision la Cour constate : « *à partir de 1977 Israël a mené une politique et développé des pratiques consistant à établir des colonies de peuplement dans les territoires palestiniens occupés contrairement aux prescriptions de l'article 49 de la quatrième convention de Genève. La Cour souligne que ce dernier texte prohibe non seulement les transferts forcés mais aussi toutes les mesures que peut prendre une puissance occupante en vue d'organiser et de favoriser des transferts d'une partie de sa population civile dans le territoire occupé* ».

Cette politique délibérée a été analysée dans le détail par la Mission d'établissement des faits. La Mission notait au § 30 de son rapport qu'en 2011 le budget consacré aux colonies de peuplement avait été augmenté de 38 % par rapport en 2010. Le 14 novembre 2012, le ministre des finances Yuval Steinitz a déclaré : « *Nous avons*

¹⁰⁵ Rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits chargée d'étudier les effets des colonies de peuplement israéliennes sur les droits civils, politiques, économiques sociaux et culturels des Palestiniens dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem Est doc ONU A/HRC/22/63.

doublé le budget consacré à la Judée et à la Samarie Nous l'avons fait discrètement car nous voulions éviter que des parties en Israël ou à l'étranger puissent contrecarrer ce projet ».

Le gouvernement israélien prend des mesures spécifiques pour construire des infrastructures, encourager les juifs immigrant en Israël à s'installer dans les colonies, appuyer les activités économiques soutenir les colonies par des prestations de service public, des projets de développement et s'emparer des terres palestiniennes en les réquisitionnant pour « raison militaire ».

En conséquence, il est clair que la politique de transfert d'une partie de la population civile israélienne dans les territoires occupés constitue un crime de guerre au sens de l'article 8 du traité de Rome.

Le crime étant qualifié il convient d'en identifier les auteurs c'est-à-dire les personnes qui ont directement commis les faits et ce, à des dates permettant à la Cour pénale d'exercer sa compétence « ratione temporis ». Cette identification ne devrait pas être trop difficile dans la mesure où les faits sont toujours en cours d'exécution ; cette identification est indispensable dès lors que la Cour juge des personnes et non des États.

Toutefois en vertu du Statut de Rome la qualité officielle d'une personne responsable ne lui confère aucune immunité (art. 27), même s'il s'agit d'un chef d'État ou de gouvernement. L'article 28 du Statut de Rome définit la responsabilité des chefs militaires.

De la Complémentarité

Lorsqu'un crime est identifié et imputable à une ou plusieurs personnes responsables, il faut examiner l'affaire au regard de la complémentarité c'est-à-dire analyser les possibilités d'une compétence de l'État dont les responsables sont ressortissants pour juger le crime.

Au cas particulier Israël a manifesté son intention de dénier tout caractère illégal à la colonisation et les juridictions israéliennes, à chaque fois que la question leur est posée déclarent que la colonisation n'est pas « justiciable ». On peut voir à cet égard la décision de la haute Cour d'Israël dans l'affaire Bargil v GOI 4481/91.

Au vu de ces éléments le Procureur est fondé à considérer qu'Israël n'a aucune intention ou n'est pas en mesure de donner une suite judiciaire aux faits dénoncés et ainsi d'exercer sa juridiction conformément à l'article 17 du Statut de Rome.

De la gravité des faits

Ce critère est teinté de subjectivité et la jurisprudence de la Cour pénale n'est pas très étendue à cet égard.

Néanmoins il est intéressant d'observer que le 15 juillet 2015 la chambre préliminaire a adopté une position contraire à celle du Procureur dans l'appréciation de la notion de gravité : il s'agissait de l'affaire relative à la flottille Marmara qui en 2010, sous pavillon comorien a, pour apporter une aide humanitaire à la population, tenté de gagner les côtes de Gaza et avait été abordée par la flotte israélienne. L'intervention avait causé la mort de neuf personnes naviguant sur le Marmara. Selon le Procureur cette affaire ne méritait pas qu'une enquête soit diligentée en raison de son « défaut d'ampleur ». Les Comores ont déféré cette décision à la chambre préliminaire qui a demandé au Procureur de réexaminer sa décision de rejet et d'ouvrir une enquête. Dans leur motivation les juges s'étonnent de la conception du Procureur pour évaluer le caractère grave des faits et critiquent l'absence de prise en compte des éléments extérieurs à l'attaque à savoir « la souffrance des habitants de Gaza », et les traitements dégradants proches de la torture infligés par les autorités israéliennes aux survivants de l'équipée. Selon la chambre préliminaire ces éléments auraient dû conduire le Procureur à reconnaître qu'il y avait une base raisonnable pour penser que des actes qualifiés de torture ou de traitements inhumains avaient été commis et devaient être pris en compte pour évaluer la gravité des faits.

L'affaire est ainsi retournée au bureau du Procureur qui va revoir sa conception de la gravité des faits et s'agissant des colonies évaluer l'impact de la colonisation sur les droits du peuple palestinien et sur son avenir.

En 2013 la Mission d'établissement des faits identifiait 520 000 colons dans plus de 250 colonies. De nouveaux logements ont été construits depuis cette date. En janvier 2015, 450 nouveaux logements ont été construits à Jérusalem Est et très régulièrement le

gouvernement israélien annonce la construction de nouveaux logements en Cisjordanie et à Jérusalem Est.

Dépossessions, évictions, démolitions de maisons appartenant à des Palestiniens, et ce, à grande échelle constitue le mode opératoire de la colonisation. La plupart du temps un secteur convoité est déclaré « zone militaire » ou « zone de sécurité », l'éviction intervient alors et quelque temps plus tard la terre est attribuée à des colons.

Ces implantations ne sont pas localisées au hasard, elles forment un maillage de constructions et d'infrastructures conduisant à une annexion rampante empêchant l'établissement d'une continuité territoriale qui permettrait l'existence d'un État viable. Ce maillage dénie au peuple palestinien son droit à l'autodétermination en s'assurant d'une fragmentation territoriale.

Cette analyse est commune à la Cour internationale de justice dans sa décision de 2004 et à la mission d'établissement des faits dans son rapport de 2013.

Les constructions, les routes réservées au seul bénéfice des colons ainsi que les ressources naturelles confisquées et l'accès à l'eau limité ont conduit à d'importants déplacements de la population palestinienne. Les Palestiniens restés sur place sont soumis à un contrôle militaire très strict, à une multitude de check points exigeant des contournements insensés pour des déplacements de quelques kilomètres. Des atteintes à la liberté de mouvement des habitants des territoires occupés sont portées quotidiennement. Le moindre incident ou une fête juive peut entraîner le bouclage des territoires.

Par ailleurs ces habitants doivent affronter la violence des colons, ultra-orthodoxes ou ultra nationalistes, les expéditions punitives, parfois mortelles qui bénéficient d'une fréquente impunité alors que les agressions qui sont le fait de Palestiniens font l'objet d'une répression implacable souvent disproportionnée.

En effet les colons bénéficient de tous les droits refusés aux Palestiniens. Le droit civil en particulier le droit immobilier applicable aux Palestiniens pour faire reconnaître leur droit de propriété revêt une complexité particulièrement dissuasive : c'est un mélange d'ordonnances militaires israéliennes, de dispositions des droits ottoman, britannique et jordanien. Les colons sont soumis au seul

droit israélien et aux droits garantis par le Pacte international sur les droits civils et politiques et par le Pacte sur les droits sociaux économiques et culturels.

En outre les Palestiniens sont soumis à la justice militaire même si les infractions qui leur sont reprochées relèvent du droit commun. Un Palestinien arrêté peut rester en garde à vue, huit jours sans voir un juge. Les internements administratifs sans jugement et d'une durée illimitée sont légion. Les procès qui sont intentés aux Palestiniens n'ont aucun caractère équitable car ils ne répondent pas aux normes internationales relatives notamment à la présomption d'innocence et à l'indépendance de la justice.

En 2012, 4 100 Palestiniens étaient détenus sans jugement. Des mineurs de 16 à 18 ans étaient détenus à cette date en Israël, en violation de l'article 73 de la quatrième convention de Genève qui interdit la détention des mineurs sur le territoire de la puissance occupante.

Le sort réservé à la population palestinienne victime directe du crime prévu par l'article 8 du Statut de Rome pourrait-il être considéré comme dépourvu de gravité suffisante pour échapper à une enquête de la cour pénale internationale ?

La convergence des analyses du Secrétaire général des Nations unies qui, chaque année, réitère ses préoccupations, des différents organes de l'ONU qui ont étudié cette situation devrait être prise dûment en compte par le Procureur.

De l'intérêt de la justice

Lorsque le crime de guerre est qualifié, ses auteurs identifiés, reste à analyser l'obstacle prévu à l'article 53 c du Statut de Rome qui permet au Procureur de renoncer à ouvrir une enquête au motif que *« poursuivre ne servirait pas les intérêts de la justice compte tenu de toutes les circonstances y compris la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou le handicap de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué »*.

On peut comprendre que le grand âge ou le lourd handicap affectant l'auteur et sa lucidité rendent une enquête inutile. De même le rôle insignifiant d'un comparse de dernier ordre n'apporterait rien de tangible. En revanche l'intérêt des victimes dans ce contexte est

plus difficile à appréhender dans la mesure où on part du principe que les victimes ont toujours intérêt au combat contre l'impunité. Il serait désastreux que cette formule soit utilisée par crainte de représailles à l'égard des victimes.

La notion d'intérêt de la justice est connue des juridictions internationales qui, sans texte l'appliquent de manière prétorienne, pour s'abstenir d'entendre un témoin ou avoir recours à un élément de preuve mais jamais pour se dispenser de toute enquête.

Le texte du Statut de Rome reconnaît la possibilité de ne pas enquêter du tout si un obstacle dirimant s'oppose à l'exercice de la justice, compte dûment tenu de la gravité des faits et de l'intérêt des victimes.

Des juristes et des ONG redoutent que le contexte politique soit utilisé pour faire valoir qu'aucune justice ne peut être sereinement rendue.

Cette crainte a été évoquée par les journalistes d'Haaretz qui le 1^{er} Mai 2015 ont interviewé le Procureur. Cette dernière avait répondu : « *je me conformerai à la loi dans la stricte application du Statut de Rome, en toute indépendance et impartialité* ».

Il est à souhaiter que le Procureur s'en tienne à cette ligne de conduite, sans s'abriter derrière un contexte politique par le biais d'une notion aussi floue et dangereuse que « l'intérêt de la justice » pour ne pas ouvrir une enquête sur un crime de guerre caractérisé, toujours en train de se commettre dont les auteurs sont identifiables, et qui revêt une extrême gravité.

Une approche différente conduirait à une impunité contraire au but et à l'objet du Traité fondateur du Statut de Rome et serait en contradiction avec le principe fondamental édicté par la convention de Vienne sur le droit des Traités.

* Christine Chanet est conseiller honoraire à la cour de cassation, avocate au barreau de Paris et membre de la commission nationale consultative des droits de l'homme. Expert à l'ONU, présidente du comité des droits de l'homme des Nations unies de 1997 à 1998 et de 2005 à 2006, elle a présidé la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur l'impact des colonies de peuplement israéliennes sur les droits civils, politiques, sociaux, économiques et cultures des Palestiniens.

Repères chronologiques

22 novembre 1974 : L'ONU accorde à l'OLP le statut d'observateur.

1975 : L'Assemblée Générale des Nations unies crée le Comité pour l'exercice des droits inaliénables du peuple palestinien.

1993 : Signature des accords d'Oslo.

17 juillet 1998 : Signature à Rome, par 120 Etats, de la Convention portant Statut de la Cour pénale internationale.

1^{er} juillet 2002 : entrée en vigueur du Statut de Rome, après la ratification de 60 pays. Ni les Etats-Unis, ni l'Iran et ni Israël ne franchissent l'étape de la ratification.

9 juillet 2004 : la Cour Internationale de Justice rend un avis qualifiant la présence israélienne dans les territoires palestiniens d'occupation.

21 janvier 2009 : l'Autorité Nationale Palestinienne dépose sa déclaration d'acceptation de compétence auprès du Greffier de la CPI pour les crimes commis en territoire palestinien depuis le 1^{er} juillet 2002.

2012 : La CPI rejette la déclaration d'acceptation de compétence déposée par l'Autorité palestinienne au motif que la Palestine n'est pas un Etat.

29 novembre 2012 : l'Assemblée générale des Nations unies adopte la Résolution 67/19, par laquelle elle octroie à la Palestine le statut d'« Etat observateur non membre » à l'ONU.

7 février 2013 : Publication du rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits chargée d'étudier les effets des colonies de peuplement israéliennes sur les droits civils,

politiques, économiques sociaux et culturels des Palestiniens dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem Est.

2 juin 2014 : Le Président Abbas annonce la formation d'un gouvernement d'union nationale, scellant la fin des divisions entre l'Organisation de Libération de la Palestine et du Hamas.

13 juin 2014 : Après la disparition de trois jeunes israéliens en Cisjordanie, plus de 400 Palestiniens sont arrêtés.

Juillet-août 2014 : Opération « Bordure protectrice » à Gaza. Elle dure 51 jours.

23 juillet 2014 : A l'issue d'un débat général et d'un vote conclu par 29 voix en faveur et 17 abstentions, le Conseil des droits de l'homme des Nations unies adopte la résolution S-21/1 décidant d'envoyer une commission d'enquête internationale indépendante sur toutes les violations du droit international humanitaire dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et en particulier la bande de Gaza, dans le cadre des opérations militaires menées depuis le 13 juin 2014.

1^{er} août 2014 : « vendredi noir », raids menés par l'armée israélienne à Rafah.

30 décembre 2014 : La Palestine ratifie les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 qui obligent tous les Etats membres des Nations unies à poursuivre les auteurs de crimes de guerre.

2 janvier 2015 : Adhésion de la Palestine au Statut de Rome.

16 janvier 2015 : La Procureure de la CPI annonce entamer un examen préliminaire sur des crimes présumés commis dans les territoires palestiniens depuis le 13 juin 2014.

1^{er} avril 2015 : Entrée en vigueur du Statut de Rome vis-à-vis de la Palestine.

25 juin 2015 : Le gouvernement palestinien soumet un premier dossier à la CPI.

1^{er} janvier 2017 : Entrée en vigueur possible de l'amendement relatif au crime d'agression adopté par l'Assemblée des Etats parties au Statut de Rome.

Sommaire

Introduction : Etat de droit ou loi de la jungle ?	p. 5
Présentation générale : la Cour pénale internationale et la Palestine, William Bourdon	p. 9
De quelques arguments opposés par Israël aux accusations de crimes de guerre et crimes contre l'humanité, Alia Aoun	p. 53
Les colonies israéliennes et la Cour pénale internationale, Christine Chanet	p. 78
Repères chronologiques	p. 87










Conception et impression :  Public Imprim

Dépôt légal : janvier 2016  IMPRIM'VERT®