

GAZA :

**LA PROCEDURE DEVANT LA COUR PENALE
INTERNATIONALE**

SYNTHESE AU 1° JUIN 2009

Ce document a fait l'objet d'une remise en forme par <http://www.legrandsoir.info>
Des erreurs ayant pu s'y glisser, il n'est donc offert qu'à titre d'information.

Introduction	3
Chapitre 1 La détermination de la procédure.....	4
I – Les faits	4
A – Le contexte	4
1. Israël, puissance occupante.....	4
2. Le mépris du droit international	5
3. Le blocus de Gaza	5
B – L’agression.....	6
1. Un bilan dramatique.....	6
2. Eléments de faits établissant le but civil	7
II - La juridiction	8
A - Plusieurs possibilités	8
B - La CPI, juridiction la plus adaptée.....	9
Chapitre 2 La mise en œuvre de la procédure.....	11
I – L’état actuel de la procédure	11
A – Un écho mondial.....	11
B – Les actes de procédure.....	11
1. Requête à la présidence de la République en vue de saisir le Conseil de sécurité	11
2. Saisine de la CPI (Art. 15.1), en lien avec une déclaration de compétence par l’Autorité Nationale Palestinienne (Art. 11 § 2 et 12 § 3).....	11
a. La plainte.....	11
b. La déclaration de compétence	12
II - La phase d’analyse préliminaire.....	13
A- Les faits.....	13
1. L’établissement des faits.....	13
2. Les qualifications.....	14
a. Crimes contre l’humanité	14
b. Crimes de guerre.....	15
3. Les responsabilités pouvant être recherchées	18
B - L’Etat.....	19
1. La question posée.....	19
2. Des éléments de réponse.....	19
a. En l’état actuel du Statut	20
b. Les perspectives ouvertes par la révision du Statut.....	21

Introduction

Gaza 27 décembre 2008 – 18 janvier 2009 : Des faits d'une gravité exceptionnelle

1. Le principe a été de répondre en fonction de la gravité des faits. C'est la base de toute procédure : d'abord, les faits. Ceux qui côtoient le procès pénal le savent : la première difficulté est de voir le crime, c'est-à-dire d'amener un esprit raisonné à entrer dans la mécanique de la pensée criminelle.

2. Dès les premiers jours de l'agression, si on ne savait que peu de choses au sens procédural, c'est-à-dire à propos des circonstances exactes et de l'imputation à des personnes physiques, on en savait suffisamment pour dire qu'il s'agissait de faits d'une extrême gravité.

3. Notre propos a été de traiter cet aspect, avec les outils du droit :

- quels faits ?

- quelles qualifications juridiques ?

- quelle juridiction ?

4. Le caractère hors norme du crime s'est rapidement imposé, tant par les actes dont nous étions témoins, que par leur revendication. Un gouvernement revendiquait d'agir militairement contre un peuple par des ripostes disproportionnées. Il fallait, face à l'importance de ce qui déroulait sous les yeux du monde entier, répondre par les techniques les plus classiques pour dire qu'il ne s'agissait pas « d'une guerre » mais de « crimes de guerre ». De tels crimes heurtent la conscience humaine, et Chacun constatait aussi que cette avancée dans le crime était encouragée par l'impunité, dont a toujours bénéficié cet Etat. Aussi, la réponse devait être la juridiction pénale

5. C'est là s'inscrire dans les fondamentaux de la justice, tels qu'ils ont été rappelés par l'arrêt *Stakic*, rendu par la Chambre de première instance du Tribunal International pour l'Ex Yougoslavie :

6. « Dans le cadre de la lutte contre les crimes internationaux, la dissuasion constitue une tentative d'intégrer ou de réintégrer dans la société des personnes qui se croyaient hors de portée du droit international pénal. Ces personnes doivent être avisées qu'à moins de respecter les normes universelles fondamentales du droit pénal, elles s'exposent non seulement à des poursuites, mais aussi à des sanctions de la part des tribunaux internationaux ». (*Le Procureur c/ Milomir Stakic, 31 juillet 2003, 902*)

7. C'est dans ces conditions qu'il a été décidé de saisir la CPI comme action prioritaire. Une action parmi les autres, car il était bien évident qu'une telle agression allait conduire à engager de nombreuses procédures. Nous nous trouvions dans cette contradiction apparente : il fallait agir sans délais, en profitant de notre distance et de nos pratiques juridiques, pour atteindre le meilleur niveau d'efficacité, tout en laissant intact, sauf peut-être un peu déblayé, le terrain pour les actions futures qu'auraient à conduire les victimes.

8. Ce qui est parfois présenté comme un slogan – pas de paix sans justice – s'est imposé avec une force particulière, comme en témoigne l'écho reçu par cette démarche, et dans des secteurs sociaux ou des pays qui ne sont pas directement impliqués dans la question palestinienne. C'est dire que ces faits parlent à la conscience de l'humanité.

9. La procédure s'inscrit dans un contexte politique aussi complexe que sensible, auquel il est impossible d'échapper. Mais ces considérations politiques essentielles laissent intact le fondement de l'action en justice, à savoir la défense de la mémoire des victimes et la recherche des coupables. Il faudra être souple et pragmatique dans la conduite de la procédure, mais il reste une base intangible : justice doit être rendue aux 1417 Palestiniens décédés entre le 27 décembre 2008 et le 18 janvier 2009, victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

10. La présente note examinera, dans un esprit de synthèse, les deux questions du choix de la procédure (Chapitre 1) et de l'état d'avancement de cette procédure (Chapitre 2).

1^o juin 2009,

Gilles Devers ¹

¹ La plainte du 22 janvier 2009 a été signée par un collectif d'avocats : M^{me} Maître Gilles Devers, Lyon, France ; M^{me} Maître Anam Abd el Kader, Le Caire, Egypte ; M^{me} Maître Ahmed Bin O. Altuwajri, Arabie Saoudite ; M^{me} Maître

Chapitre 1 La détermination de la procédure

11. La détermination de la procédure conduit à examiner les faits (I) pour identifier la juridiction la plus compétente (II).

I – Les faits

12. S'agissant des faits, les références ne manquent pas : rapport du secrétariat général de l'Onu, des grandes ONG, articles de presse, témoignages des victimes. A ce jour, les deux documents les plus probants sont le rapport du Conseil des droits de l'homme de l'ONU et celui établi au nom de la Ligue Arabe, liée aux excellents travaux du Centre Palestinien pour les Droits de l'Homme.

13. Les faits sont ici abordés uniquement à parti de points permettant de fonder l'analyse juridique, qu'il s'agisse du contexte (A) ou de l'agression elle-même (B).

A – Le contexte

14. Le contexte s'apprécie à partir de trois éléments :

- Israël, puissance occupante (1),
- Le mépris du droit international (2),
- Le blocus de Gaza (3).

1. Israël, puissance occupante

15. L'Etat d'Israël a la qualité de puissance occupante. La cadre a été posé par la résolution 242 du Conseil de sécurité des Nations unies le 22 novembre 1967, qui rappelant que tout prise de territoire par la force est contraire à la Charte des Nations unies, a affirmé que l'accomplissement des principes de la Charte exige l'instauration d'une paix juste et durable au Moyen-Orient qui devrait comprendre l'application des deux principes suivants :

(i) Retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit ;

(ii) Cessation de toutes assertions de belligérance ou de tous états de belligérance et respect et reconnaissance de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de chaque Etat de la région et leur droit de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues à l'abri de menaces ou d'actes de force.

Georges Henri Beauthier, Bruxelles Belgique ; Maître Abdel Rahman Beneumer, Bâtonnier de Rabat, Maroc ; Maître Mostefa Bouchachi, Alger, Algérie ; Maître Michael Chahine, Munich, Allemagne ; Maître Dominique Cochain, Paris France ; Maître Stanley Cohen, Stanley Cohen & Associates, New York City, Etats Unis ; Maître Hélène Crokart, Bruxelles Belgique ; Maître Alexis Deswaef, Bruxelles Belgique ; Maître Abdelrahim El Jam, Bâtonnier de Rabat, Maroc ; Maître Abdel Azim El Maghraby, Le Caire, Egypte ; Maître Mohamed Ellouze, Liège, Belgique ; Maître Bechir Essid, Bâtonnier de la Tunisie ; Maître Philippe Favard, Bruxelles Belgique ; Maître Liliane Glock, Nancy, France ; Maître Sevda Göğ, Istanbul, Turquie ; Maître Najet Hadriche Abouali, Paris France ; Maître Narimane Kattineh, Nice, France ; Maître Mourad Sebki, Luxembourg ; Maître Brahim Semlali, Bâtonnier de Casablanca Maroc ; Maître Nada Serra Abouzeid, Paris France ; Maître Khalid Souffiani, Rabat, Maroc ; Maître Jutta Stoll, LL.M., Frankfurt/Main, Allemagne ; Maître Guy Thomaz, Luxembourg ; Maître Véronique Van der Planken, Bruxelles Belgique ; Maître Gaston Vogel, Luxembourg ; Maître Jamil Youness, Barreau de Paris Assistance pour la rédaction de Mireille Fanon Mendès France, membre du Bureau national de l'UJFP et présidente de la Fondation Frantz Fanon. Ce groupe, constitué dans l'urgence du mois de janvier 2009, avocation à souvrir et tous les talents sont bienvenus

16. Or, Israël, loin de respecter cette résolution, a agi en sens inverse pour sans cesse étendre son territoire et son pouvoir, par la force. On relèvera ici, donnée importante pour la suite de la procédure, que si Israël a pratiqué une politique d'annexion de territoire, notamment par les implantations illégales, et a occupé Gaza, il n'y a pas eu d'appropriation du territoire de Gaza. De facto, Israël reconnaît l'existence d'une frontière, en instaurant une zone de no man's land entre les terres qu'il entend contrôler et le territoire de Gaza, et en présentant l'entrée de ses troupes à Gaza comme une arrivée en terre étrangère.

17. A maintes reprises, les instances de l'ONU ont demandé à Israël de mettre fin à son occupation de tous les territoires palestiniens occupés depuis 1967 et à respecter son engagement dans le processus de paix en vue de la création de l'État palestinien indépendant et souverain, avec Jérusalem-Est comme capitale : résolutions 338 (1973) du 22 octobre 1973, 425 (1978) du 19 mars 1978, 465 (1980) du 1^{er} mars 1980 et 497 (1981) du 17 décembre 1981, 1397 (2002) du 12 mars 2002, et 1515 (2003) du 19 novembre 2003.

18. L'Assemblée générale s'est prononcée dans le même sens, avec une politique constante depuis sa résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

19. Le droit international humanitaire, en particulier la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949², est applicable au territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et aux autres territoires arabes occupés par Israël depuis 1967.

Toute partie contractante à la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre est tenue de respecter et de faire respecter les obligations découlant de cette convention.

20. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels doivent être respectés dans le territoire palestinien occupé.³

2. Le mépris du droit international

21. Les décisions du Conseil de sécurité ne sont pas prises en compte par l'Etat d'Israël.

22. Il en est de même sur le plan juridictionnel. Israël a dénié toute pertinence à l'avis rendu sur les « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé » par la Cour internationale de Justice le 9 juillet 2004.⁴

23. L'agression sur Gaza s'inscrit donc dans une ligne constante, l'ignorance du droit international et un renforcement régulier des moyens mis en œuvre.

3. Le blocus de Gaza

24. Le siège israélien imposé à la bande de Gaza occupée, notamment la fermeture des points de franchissement des frontières et l'interruption de l'approvisionnement en carburants, en vivres et en médicaments, constitue une punition collective à l'encontre des civils palestiniens et a des conséquences humanitaires et environnementales désastreuses.

25. Ce blocus s'est renforcé après l'agression armée, freinant les opérations de reconstructions, limitant les interventions humanitaires auprès des victimes, et empêchant les journalistes de se rendre sur place.

26. Dans une délibération du 19 décembre 2008⁵, soit immédiatement antérieure à l'agression, l'assemblée générale des Nations Unies avait souligné le caractère inadmissible de l'attitude d'Israël au regard du droit international.

² || ationsl nies *Recueil des Traités*, vol. 75, n 973.

³ Voir résolution 2200 A (XXI), annexe.

⁴ A/ES-10/273 et Corr.1 ; voir également *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p.136, et résolution ES-10/15.

⁵ 72^e séance plénière, résolution n° 63/201, « Souveraineté permanente du peuple palestinien dans le territoire palestinien occupé,

27. L'assemblée avait rappelé le droit du peuple palestinien de demander réparation pour les ressources naturelles exploitées, altérées, détruites, épuisées ou mises en péril par suite de mesures illégales prises par Israël, Puissance occupante, dans le territoire palestinien occupé. Il était demandé à Israël de mettre fin à la destruction d'équipements essentiels, notamment de réseaux d'adduction d'eau et d'assainissement.

B – L'agression

28. L'agression dénommée « Plomb durci » se caractérise à travers un bilan dramatique (1) et un ensemble d'éléments établissant le but civil de l'agression (2).

1. Un bilan dramatique

29. Après ces 22 jours d'engagement militaire, le bilan est explicite.

30. Sur un total de 1 417 Palestiniens tués, seuls 236 étaient des combattants. Le nombre de décès est plus important chez les enfants que chez les combattants.⁶

31. Du côté israélien, on compte la perte de 3 civils et 10 soldats.

32. L'UNRWA, qui ne compte comme civils que les femmes et les enfants, a indiqué que cette proportion était de 50% s'agissant des décès.

33. Le ministère de la santé palestinien a indiqué avoir recensé 5.303 blessés graves, et parmi lesquels 1 606 enfants et 828 femmes.

34. Ainsi, tous les chiffres sont convergents.⁷

35. En tant que puissance occupante, l'Etat d'Israël a l'obligation, de par la 4^e convention de Genève, de garantir un accès sans réserve aux appuis humanitaires, particulièrement dans le domaine de la santé (Article 55 de la 4^e convention). Or, quatre mois après la fin de cette opération militaire, aucun accès normal n'est possible, et cette rareté des moyens de secours amplifie les effets de l'agression.

36. Pendant l'opération militaire, de très nombreux biens et équipements civils ont été détruits.

- 2.400 maisons, dont 490 par bombardement, et des milliers d'autres ont été endommagées.

- 29 établissements publics : administrations ministérielles, bâtiments affectés à l'administration locale, le siège du Conseil législatif palestinien.

- 60 postes de police

- 21 établissements privés dans le secteur du service : cafeterias, salles de réunion, équipements de loisir, hôtels.

- 30 mosquées, et 15 partiellement

- 10 bureaux consacrés à des œuvres de solidarité

- 121 bâtiments commerciaux ou industriels, et 200 partiellement.

- 5 bâtiments accueillant des organes de presse

- 29 bâtiments consacrés à l'éducation

37. Le tiers des terres agricoles ont été détruites, et souvent rendue inexploitable pour des années.

⁶ PCHR, War Crimes Against Children: new report on the 313 children killed during Gaza offensive <http://www.pchrgaza.org/files/PressR/English/2008/2008/07-2009.html>

⁷ Récapitulatif très précis dans le rapport rédigé pour la Ligue Arabe.

38. Les services de communication du gouvernement d'Israël ont justifié cette agression par la nécessité de combattre des actes qualifiés de terroristes stigmatisant le groupe politique le Hamas et ses combattants.

Or, des responsables étatiques ne pouvaient raisonnablement croire un instant au fait qu'une opération militaire ainsi construite pendant trois semaines pouvait avoir pour effet la chute politique des responsables du Hamas qui auraient déposé les armes et auraient renoncé au pouvoir. De plus, aucune violation du droit international humanitaire, à la supposer établie, ne peut légitimer en retour une violation de ce droit international humanitaire.

39. Ainsi, les objectifs militaires étaient secondaires. Le but décisif de l'agression était civil, ce qui caractérise le crime de guerre et le crime contre l'humanité.

2. Éléments de faits établissant le but civil

40. Il faut d'abord prendre en compte un certain nombre de faits précis et identifiés.

41. Il s'agit notamment de faits tels que le bombardement de l'école de Jabaliya, du bombardement d'une maison dans laquelle était regroupée la population civile, ou du bombardement de maisons d'habitation.

Ces atteintes ont été systématisées.

42. Mais d'autres éléments établissent que la conception même de cette opération militaire caractérise la volonté d'atteindre les populations civiles.

- Absence d'avertissement donné à la population

43. Aucune information n'a été donnée lors de l'enclenchement de l'agression de telle sorte que l'on a compté plus de 200 morts le premier jour parmi lesquels de nombreux enfants, ce qui s'explique par le choix de l'heure des bombardements correspondant à la sortie des écoles.

- Absence de protection

44. Du fait de l'étroitesse du secteur, de la densité de population et du blocus, il était impossible pour les populations civiles de se protéger, et même de fuir.

- Armes utilisées

45. Les armes utilisées caractérisent l'intention d'atteindre les civils, comme cela ressort de plusieurs rapports d'étude⁸.

- Destruction des postes de la sécurité civile

46. Une étude établit qu'ont été directement visés tous les centres de la sécurité civile, par des bombardements ciblés. Les photos établissent que dans un quartier le seul bâtiment détruit était celui de la sécurité civile. C'est faire le choix de remettre en cause l'organisation des secours civils, ce qui témoigne d'une intention, et alourdit le sort des victimes.

- Destruction du tiers des terres arables

47. A été acheminé sur place un matériel important, utilisé pendant les trois semaines de l'opération militaire, à détruire les cultures. Au total près du tiers de terres cultivées ont été détruites, avec des déplacements de terre visant à rendre ces terrains inexploitable. Des terres plantées d'arbres fruitiers ou d'oliviers ont été entièrement détruites, ce qui signifie une action particulièrement déterminée pour parvenir à dessoucher tous ces arbres. Il s'agit là d'une action déterminée organisée par le gouvernement d'Israël qui vise à ruiner la population civile, à remettre en cause la capacité alimentaire et aura des conséquences environnementales sur le long terme.

- Destruction des entrepôts alimentaires

48. Les Nations-Unies sont propriétaires sur place de locaux auxquels étaient annexés d'importants entrepôts qui servaient de réserve alimentaire. Il y a eu des bombardements ciblés, laissant intacts les bureaux et détruisant tous les hangars qui détenaient les stocks alimentaires.

⁸ Human Rights Watch, [Rain of Fire](http://www.hrw.org/node/81760), Israel's Unlawful Use of White Phosphorus in Gaza, <http://www.hrw.org/node/81760>

- Destruction dans les cimetières et profanation des tombes

49. Des bulldozers et des pelleteuses sont entrés dans les cimetières pour tout détruire, profaner des tombes et déterrer des corps. Ces actes traduisent la volonté de dire aux Palestiniens que cette terre ne sera jamais à eux, et que même lorsqu'ils sont morts ils ne seront pas en paix. C'est un message très violent pour toutes les familles.

- Motif de fin des opérations

50. L'opération militaire n'a pas pris fin par référence à un objectif militaire ou politique survenu sur le territoire de Gaza, mais en fonction d'un événement politique extérieur à savoir le discours d'investiture du Président Obama. Tous les témoignages confirment que les derniers jours les actes militaires étaient encore plus sauvages, et que surtout les destructions de biens s'accéléraient.

51. Le but de la guerre n'était pas politique, ni militaire, mais visait à causer le plus grand nombre de pertes civiles.

52. Dans ce contexte, le choix de tuer était le fruit d'une politique déterminée pour détruire la société palestinienne. Il s'agit de rendre la vie impossible à cette population, de manière à faire comprendre qu'à tout moment, pour quelque prétexte que ce soit, l'armée d'Israël se permettrait de revenir sur ce territoire pour faire d'autres destructions et d'autres morts.

53. C'est le fruit d'une politique reposant sur un rapport de domination, niant le plus fondamental des droits de l'homme, celui de l'égalité des êtres humains.

II - La juridiction

54. Si toute procédure de droit pénal international est semée d'embûche, il n'en existe pas moins plusieurs voies permettent d'agir (A), et la plainte devant la Cour pénale Internationale apparaît, dans ce contexte difficile, comme la plus adaptée (B).

A - Plusieurs possibilités

55. L'idée globale est d'agir pour mettre fin à l'impunité d'Israël, ce qui suppose des actions tous azimuts utilisant le droit international et les spécificités des droits nationaux. Mais pour cette première phase, le choix de la CPI s'est imposé comme la meilleure solution. .

56. Il n'y a rien à envisager auprès des juridictions israéliennes, au moins à bref délai. Le rapport d'enquête effectué par l'armée israélienne est dénué de sérieux⁹.

57. Sont envisageables des plaintes pénales devant les juridictions nationales en fonction de la nationalité des victimes. Mais de telles procédures individuelles sont vouées à rencontrer des difficultés procédurales aiguës. De plus, elles prennent mal en compte l'un des points-clés, à savoir le caractère massif de l'agression.

58. Dans le cadre de la compétence universelle, des plaintes pénales ont été envisagées en Espagne, en Grande-Bretagne, en Turquie ou en Norvège, et on peut aussi se tourner vers une action civile aux Etats-Unis, sous le régime de l'American Alien Statute. S'il ne faut renoncer à rien, il faut mesurer les difficultés.

Le ministre turc de la justice s'est opposé à l'engagement des poursuites. En Espagne, le Parquet s'oppose à une procédure en cours, et le parlement a entrepris de modifier la loi, pour en restreindre la portée.

59. Enfin, doit aussi être retenue la demande de création par l'ONU d'une juridiction spéciale, ce qui est une perspective à moyen terme, perspective largement hypothéquée par le contexte politique.

60. Quelque soit l'intérêt de ces actions, le choix a été la saisine de la Cour Pénale Internationale, entendue comme la juridiction pénale internationale permanente, compétente pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

⁹ Rapport pour la Ligue Arabe, n° 192 s.

B - La CPI, juridiction la plus adaptée

61. Alors que nous étions saisis par les ONG, la saisine de la Cour Pénale Internationale permettait de poser globalement la question de l'agression, et cela devant une juridiction internationale pénale permanente. La procédure devant la Cour Pénale Internationale nous a semblé une réponse à hauteur de l'évènement, avec une vraie capacité fédérative.

- Une juridiction à promouvoir

62. Le Statut de Rome souffre hélas, dans le cadre de la défense des droits fondamentaux, d'un intérêt relatif, largement dû au décalage entre le texte espéré et celui existant, fruit de la négociation. Des pays très influents, au premier rang desquels les Etats-Unis et Israël ont tout fait pour affaiblir le texte, menaçant de ne pas le signer, pour obtenir cet affaiblissement puis ont fini par refuser de le ratifier. Si le texte aurait pu être moins dépendant de la volonté des Etats, il n'en reste pas moins qu'il existe, qu'il a ses vertus propres, et que la confrontation à des faits hors norme peut, dès lors qu'existe un fort courant pour soutenir une plainte, révéler une nouvelle dynamique d'interprétation.

63. La Cour est également mise en cause pour pratiquer le double standard, et n'être qu'une « Cour pour l'Afrique ». S'il est exact que les quatre procédures dont est saisie la Cour concernent l'Afrique, cette critique n'est pas fondée. D'abord, dans trois dossiers, ce sont les Etats eux-mêmes qui ont donné compétence à la Cour. Ensuite, dans l'affaire du Darfour, la procédure a été engagée à l'initiative du Conseil de sécurité contre le Soudan, qui n'est pas partie au traité. Le « double standard » n'est pas le fait de la Cour mais du Conseil de sécurité qui saisit la Cour contre le Soudan mais s'abstient de toute démarche à l'encontre d'Israël.

64. Mais il est difficile de faire le reproche à la Cour Pénale Internationale de ne pas enquêter sur les faits de Gaza, si on ne lui donne pas tous les éléments permettant d'ouvrir l'enquête. Mettre en cause l'indépendance de la Cour Pénale Internationale relève du procès d'intention.

- Une compétence juridictionnelle effective

65. Le principal argument était l'allégation de l'incompétence juridictionnelle de la Cour Pénale Internationale dès lors qu'Israël n'avait pas ratifié le Traité, que la nature étatique de la Palestine est contestée, et qu'en toute hypothèse une démarche auprès de la CPI serait tardive, car intervenant après les faits.

66. Ces arguments ne pouvaient être négligés, mais les éléments de réponse ne manquaient pas :

- Le CPI peut être saisi par le Conseil de sécurité.

- Un Etat membre peut porter plainte.

- Le gouvernement de Palestine peut effectuer une déclaration de compétence, à effet rétroactif.

- L'armée d'Israël connaît un nombre exceptionnellement important de doubles nationaux, et plus d'un ressort de la nationalité d'un Etat ayant ratifié le statut de Rome.

67. La solution retenue a été une plainte des ONG (Art. 15.1) en complémentarité d'une déclaration de compétence du gouvernement de Palestine (Art. 11§2 et 12§3). Les données actuelles de cette procédure seront analysées dans le chapitre 2 de cette note, en fonction de l'état d'avancement de la procédure, au début juin 2009.

- Un juge de droit commun pour la population palestinienne

68. Alors que la Cour Pénale Internationale fait encore peu partie des références, s'orienter vers la CPI était paradoxalement le choix du droit commun. Certes, la Cour Pénale Internationale a, de par son Statut, un rôle subsidiaire. Mais la population palestinienne est, en tant que peuple, la plus menacée de la planète car sa structure étatique est contestée par son agresseur, ce qui pour la question posée – crime de guerre et crime contre l'humanité – opère comme un basculement : la CPI n'est plus le juge subsidiaire, mais le juge de droit commun. A défaut, ce serait admettre un ordre juridique international dans lequel la plus vulnérable des populations serait aussi celle la plus éloignée de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux.

69. L'agression sur Gaza est hors norme : la question posée est celle d'un crime contre l'humanité vis-à-vis d'une population assiégée, et sans protection, le tout s'inscrivant comme la résultante de soixante

ans de mépris du droit international. Il faut donc puiser dans la substance des statuts pour en tirer les enseignements les plus essentiels, notamment quant aux missions de cette juridiction.

70. Les premiers alinéas du préambule du Traité de Rome permettent cette interprétation :

« Conscients que tous les peuples sont unis par des liens étroits et que leurs cultures forment un patrimoine commun, et soucieux du fait que cette mosaïque délicate puisse être brisée à tout moment,

« Ayant à l'esprit qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine,

« Reconnaissant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

« Affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale,

« Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

« Rappelant qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux... »

71. N'écartant rien des difficultés, nous avons pensé que la dynamique de la plainte était de nature à repositionner bien des obstacles. L'histoire montre ce que peuvent devenir des règles de droit quand elles sont soumises à des juridictions pertinentes et confrontées à des enjeux vitaux. Le large consensus qui se forme autour de cette procédure en est une première illustration, comme si, devant la conscience du monde, il s'avérait impossible qu'un tel crime reste impuni.

Chapitre 2 La mise en œuvre de la procédure

72. Après un point sur l'état actuel de la procédure (I), nous examinerons les questions en débat dans le cadre de cette phase d'étude préliminaire (II).

I – L'état actuel de la procédure

73. La procédure, qui a reçu de nombreux soutiens (A), a été engagée selon deux voies qu'autorise le Statut (B).

A – Un écho mondial

74. Dans cette affaire aux ramifications infinies, nous avons limité le mandat à la saisine de la Cour Pénale

Internationale, car nous n'entendions en aucune manière nous engager sur un terrain qui aurait fait de nous *peu ou prou* les avocats de la cause palestinienne. Cette spécialisation était indispensable pour obtenir un large regroupement dans l'opinion internationale.

75. De fait, le premier enseignement a été la force du besoin de justice à travers le monde, et de l'attente d'une réponse par une cour internationale. Ce massacre organisé a parlé à la conscience du monde. Avec l'effroi de Gaza, la cause palestinienne devient celle de l'humanité. Rapidement, s'est imposé le thème : «

A la violence doit répondre la justice. »

76. Une première plainte a été rédigée et transmise à quelques associations locales, qui entendaient clore une manifestation en remettant une pétition en préfecture. Le texte a circulé sur Internet, et en 48 heures, on comptait plus de cinquante associations voulant s'associer à la plainte. En deux semaines, ce sont 300 associations et ONG qui avaient donné mandat. Parmi ces associations, de nombreuses fédérations, soit un nombre décuplé d'associations issus des pays européens, du Proche et Moyen Orient, et d'Amérique du Sud. A ce jour, près de 400 mandats ont été reçus.

B – Les actes de procédure

77. Nous avons décidé d'agir dans deux directions, en demandant à la France de saisir le Conseil de Sécurité, et avec une plainte des ONG combinée à une déclaration de compétence du gouvernement de Palestine.

1. Requête à la présidence de la République en vue de saisir le Conseil de sécurité

78. Une requête a été déposée à l'Elysée, demandant à la France d'assumer ses responsabilités – les Etats se sont engagés à lutter contre les crimes de guerre – en saisissant le Conseil de sécurité, sur la base de l'article 13 du statut, en lien avec le chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Aucune réponse n'a été donnée. Le Conseil de sécurité, qui avait enclenché les poursuites contre le Soudan, avait ici l'occasion de se démarquer du grief du « double standard ». Cette démarche gagnerait à être systématisée auprès d'autres Etats, alors que les éléments du crime sont probants.

2. Saisine de la CPI (Art. 15.1), en lien avec une déclaration de compétence par l'Autorité Nationale Palestinienne (Art. 11 § 2 et 12 § 3)

79. Il convient d'examiner successivement ces deux actes.

a. La plainte

80. Une plainte a été déposée dans le cadre de l'article 15.1 du Traité, pour crime de guerre et crime contre l'humanité, au nom d'ONG et associations, sous la signature d'une quarantaine d'avocats. Cette

plainte, déposée le 22 janvier 2009, a été rédigée en des termes généraux, en fonction des informations alors disponibles, notamment *via* le site du Palestinian Center of Human Rights (PCHR).

81. L'article 15 est ainsi rédigé :

« 1. Le Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu de renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour.

« 2. Le Procureur vérifie le sérieux des renseignements reçus. À cette fin, il peut rechercher des renseignements supplémentaires auprès d'États, d'organes de l'Organisation des Nations Unies, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ou d'autres sources dignes de foi qu'il juge appropriées, et recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour.

« 3. S'il conclut qu'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête, le Procureur présente à la Chambre préliminaire une demande d'autorisation en ce sens, accompagnée de tout élément justificatif recueilli. Les victimes peuvent adresser des représentations à la Chambre préliminaire, conformément au Règlement de procédure et de preuve.

« 4. Si elle estime, après examen de la demande et des éléments justificatifs qui l'accompagnent, qu'il existe une base raisonnable pour ouvrir une enquête et que l'affaire semble relever de la compétence de la Cour, la Chambre préliminaire donne son autorisation, sans préjudice des décisions que la Cour prendra ultérieurement en matière de compétence et de recevabilité. »

82. La plainte prenait en compte la première visite sur place du secrétaire général de l'ONU, demandant l'ouverture d'une enquête. Cette plainte a pu être présentée oralement aux représentants du bureau des poursuites.

83. Le texte est joint en annexe. La plainte est rédigée contre X, et la demande est ainsi formalisée :

« Les ONG et associations, agissant sur le fondement de l'article 15.1 du Traité de Rome du 17 juillet 1998 instaurant la Cour Pénale Internationale de la Haye,

« Ont l'honneur de vous saisir de renseignements de nature à conduire à la vérification de leur sérieux (art. 15.2) en vue de déterminer s'il existe une base raisonnable pour ouvrir une enquête (art. 15.3) en vue de saisir le chambre préliminaire (Art 15.4).

« pour des faits de crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis sur la terre palestinienne de Gaza, du 27 décembre 2008 au 18 janvier 2009. »

b. La déclaration de compétence

84. Cette plainte des ONG a été déposée en concertation étroite avec le gouvernement de Palestine. Le 21 janvier, M. Ali Khashan, le ministre de la Justice a formé auprès du greffe de la Cour, après une entrevue avec le Procureur M. Ocampo, une déclaration donnant compétence à la CPI pour enquêter sur les crimes commis sur le territoire de Gaza, et ce depuis 2002, comme le permet le statut (Art. 11 § 2 et 12 § 3).

« In conformity with Article 12, paragraph 3 of the Statute of the International Criminal Court, the Government of Palestine hereby recognizes the jurisdiction of the Court for the purpose of identifying and judging the authors and accomplices of acts committed on the territory of Palestine since 1 July 2002.

«As a consequence, the Government of Palestine will cooperate with the Court without delay or exception, in conformity with Chapter IX of the Statute.

«This declaration, made for an indeterminate duration, will enter into force upon its signature.

«Material supplementary to and supporting this declaration will be provided shortly in a separate communication.

«Signed in The Hague, the Netherlands, 21 January 2009. For the Government of Palestine Minister of Justice s/Ali Khashan¹⁰

¹⁰ <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>

85. La déclaration est faite au nom du gouvernement de Palestine et vise le territoire de Palestine.

86. Dans le but de démontrer que cette démarche faisait consensus, des représentants de la tendance politique majoritaire sur le territoire de Gaza ont également écrit au procureur près la CPI pour dire que cette enquête était une nécessité.

87. La Cour a rendu officiellement compte de ces rencontres :

- Visite du 22 janvier 2009 du Ministre de la Justice ¹¹
- Visite du 13 février 2009 du Ministre de la Justice et du Ministre des Affaires Etrangères ¹².

88. Le bureau du Procureur a publié le communiqué suivant ¹³ :

« Since 27 December 2008, the OTP has also received 326 communications under Article 15 by individuals and NGOs, related to the situation context of Israel and the Palestinian Territories; some of them were made public by the senders. As per normal practice, the Office is considering all information, including open sources.

« The Office will carefully examine all relevant issues related to the jurisdiction of the Court, including whether the declaration by the Palestinian National Authority accepting the exercise of jurisdiction by the ICC meets statutory requirements; whether the alleged crimes fall within the category of crimes defined in the Statute, and whether there are national proceedings in relation to those crimes.

II - La phase d'analyse préliminaire

89. Deux questions sont en cause : les faits (A) et la capacité du ministre de la Justice de Palestine à donner compétence à la Cour, ce qui pose la question de l'Etat palestinien (B).

A- Les faits

90. Il convient d'examiner, pour prouver le caractère raisonnable de l'enquête :

- l'établissement des faits (1),
- les qualifications envisageables (2),
- les personnes pouvant être poursuivies (3).

1. L'établissement des faits

91. Le choix avait été d'engager cette démarche alors que l'agression était en cours, ce qui a renforcé son écho. Depuis, les faits analysés dans la plainte sont confirmés, du moins dans la limite de ce qui est nécessaire à ce stade de la procédure : constituer une base matérielle raisonnable pour ouvrir une enquête.

Même s'il reste très difficile de se rendre à Gaza, des informations adéquates affluent de l'ONU¹⁴, du

¹¹ <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/979C2995-9D3A-4E0D-8192-105395DC6F9A/280141/ICCOTP20090122Palestinerev.pdf>

¹² <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4CC08515-D0BA-454D-A594-446F30289EF2/280140/ICCOTP20090213Palestinerev.pdf>

¹³ Idem Note 7. Voir aussi:
<http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279787/QARegistryArticle15.pdf>

¹⁴ Ban trans et au Conseil de sécurité un résumé du rapport d'enquête sur Gaza
<http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=19082&Cr=israël&Cr1=gaza>

Conseil des droits de l'homme¹⁵, de la Ligue Arabe¹⁶, des grandes ONG, de la presse... Le bilan humain et matériel a été établi par plusieurs organisations présentes sur place de manière très concordante. Toutes les informations vont dans le même sens. L'existence d'une base raisonnable à l'engagement des poursuites résulte d'éléments généraux et d'une série d'informations plus spécifiques.

92. À ce stade de la procédure, il n'y a pas lieu d'aller au-delà. Il n'est pas opportun de s'engager dans la recherche de témoignages individuels recueillis en dehors du cadre juridictionnel. Ce rôle d'enquête doit relever de la juridiction elle-même. La jurisprudence de la CPI a reconnu que les victimes pouvaient participer à la recherche de la vérité. Mais dans la phase préliminaire, qui n'offre pratiquement pas de garantie procédurale, il est impensable de placer des victimes devant le risque de contradictions ultérieures, ce qui ruinerait leurs droits et affaiblirait la cause.

93. Il en va différemment de l'audition de témoins par le bureau des poursuites, possible à ce stade de l'étude préliminaire. Aux termes de l'article 15.2, le Procureur vérifie le sérieux des renseignements reçus, et à cette fin, « il peut recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour. » L'audition de victimes et de témoins par les services de la Cour, à La Haye, aurait un fort impact sur la suite de la procédure.

2. Les qualifications

94. A ce stade est-il possible de réunir des éléments raisonnables sur les qualifications pouvant être retenues.

95. Il s'agit d'un conflit international, dès lors qu'Israël ne peut prétendre à la moindre souveraineté sur le territoire de Gaza, pas plus d'ailleurs que sur l'ensemble des territoires occupés de Cisjordanie. Toutes résolutions du Conseil de Sécurité qualifient Israël comme puissance occupante, ce qui établit ses obligations et confirme le caractère international de l'opération militaire.

96. Il s'agit par ailleurs d'un conflit asymétrique, au sens du droit international, la population de Gaza ne disposant d'une forme armée au sens conventionnel du terme.

97. Les qualifications visées sont celles du traité de Rome, mais il faut rappeler deux données générales :

- les obligations contenues dans les conventions de Genève (à l'exception des protocoles additionnels) sont de droit coutumier.

- Israël est tenu de respecter le Droit international humanitaire en vertu du principe de non réciprocité de ce droit, et ne peut affirmer que des actes lui permettraient d'échapper à ce corps de règles.

a. Crimes contre l'humanité

Définition par le statut

98. Les crimes contre l'humanité sont définis par l'article 7 du statut. Au delà de la liste des incriminations, apparaît l'élément déterminant : l'atteinte à la population civile choisie comme un but de l'opération militaire.

99. Premier alinéa de l'article 1 : « Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque »

100. Il s'agit donc d'analyser si les actes définis par l'article 7 ont été commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ». Par « attaque lancée contre une population civile », le statut entend (Art 7 §2) « le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une

¹⁵ U N Human Rights Council : United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict <http://www.2.dhchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/9/FactFindingMission.htm>

¹⁶ Report of the Independent Fact Finding Committee on Gaza to the League of Arab States 30 April 2009 : <http://www.pchrgaza.org/files/press/English/2008/Report%20full.pdf>

population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »

Application aux faits

Caractère systématique

101. Le caractère systématique et généralisé de cette attaque est établi : sur cette petite bande de terrain, les actes ont été systématisés, dans le cadre d'une opération conduite tous azimuts. Il s'agissait donc d'agir de manière disproportionnée contre tout ce qui était analysé comme une menace,

Meurtre

a) Meurtre

102. La plupart des morts civiles d'enfants peuvent être qualifiés de meurtre. Dans un certain nombre de cas, il y a eu de véritables exécutions, c'est-à-dire par des tirs visés. Il faut rappeler l'extrême précision des armes utilisées. Mais le fait, pour le premier jour, d'avoir lancé » une attaque de grande ampleur sur les centres-villes, juste à l'heure de la sortie des écoles, inclut le choix déterminé de frapper des enfants se trouvant, insouciant, dans la rue, et doit recevoir la qualification d'ordre criminel, le fait que la victime ne soit pas identifiée n'étant pas un critère pertinent pour écarter la qualification.

Extermination

b) Extermination

103. Le §2 de l'article 7 précise que par « extermination », on entend notamment le fait « d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population. »

104. L'opération militaire a été conduite sur une population rendue très vulnérable par un blocus qui en était arrivé à des privations pour les besoins élémentaires en alimentation et en médicaments. Les livraisons, qui étaient déjà insuffisantes, se sont raréfiées. Les privations d'électricité ont remis en cause la vie des personnes soignées. Dans ces conditions, les bombardements massifs dans les zones très densément occupées, et dans ce contexte de privation avérée, requièrent la qualification d'acte d'extermination au sens de l'article 7§2.

Privation grave de liberté physique

105. e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;

106. Les populations civiles étaient placées dans une situation de privation totale de liberté physique dès lors qu'il n'existait aucune possibilité de fuir ou de se protéger, le blocus étant renforcé pendant cette période d'agression militaire. Les locaux d'écoles de l'UNRWA, utilisés comme refuge, ont été bombardés. Ailleurs, des familles ont été enfermées dans une maison, qui a été ensuite bombardée.

b. Crimes de guerre

Définition par le statut

107. Les crimes de guerre sont définis par l'article 8 du statut.

« 1. La Cour a compétence à l'égard des crimes de guerre, en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle.

« 2. Aux fins du Statut, on entend par « crimes de guerre » :

« a) Les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'ils visent des personnes ou des biens protégés par les dispositions des Conventions de Genève (et suit une liste de qualifications)

« b) 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 (et suit une liste de qualifications)

108. Les alinéas c) à f) concernent les conflits qui n'ont pas un caractère international et sont donc sans application. Les faits seront donc analysés au regard des alinéas a) et b).

Applications

** Infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949*

109. i) L'homicide intentionnel

110. Les opérations militaires conduites sur des populations civiles, et notamment sur des maisons d'habitations, des écoles ou des maisons utilisées comme refuge révèlent l'intention homicide.

111. iii) Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé

112. Les opérations militaires conduites sur des populations civiles, et notamment sur des maisons d'habitations, des écoles ou des maisons utilisées comme refuge, comme l'utilisation de bombes au phosphore blanc témoigne du choix déterminé de causer de graves souffrances et des mutilations à la population civile, et aux enfants, comme l'établit le bilan humain.

113. iv) La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire

114. La liste a été donnée plus haut de l'ampleur des biens et équipements administratifs, économiques et civils détruits.

** Violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux*

115. i) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement part aux hostilités

116. Le fait est établi par le bilan humain, soit

- 1 300 morts d'un côté et 10 de l'autre,

- Parmi les victimes, majorité de femme et d'enfant

- Le nombre de soldats tués inférieurs au nombre d'enfants tués.

117. L'annexe A du rapport déposé au nom de la Ligue Arabe apporte toutes précisions à ce égard.

118. ii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens de caractère civil, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas des objectifs militaires

119. L'opération a inclut une destruction systématique de biens civils :

- 28 établissements publics : administrations ministérielles, bâtiments affectés à l'administration locale, le siège du Conseil législatif palestinien.

- 60 postes de police

- 21 établissements privés dans le secteur du service : cafeterias, salles de réunion, équipements de loisir, hôtels.

- 121 bâtiments commerciaux ou industriels, et 200 partiellement.

- 2.400 maisons ont été détruites, dont 490 par bombardement, et des milliers d'autres ont été endommagées.

Le tiers des terres agricoles ont été détruites, et souvent rendue inexploitable pour des années.

De nombreux cimetières ont été détruits.

120. iii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil

121. Un plan de destruction systématique des équipements de sécurité civile a été mis en œuvre. L'usage des bombes de haute précision montre que dans ces quartiers, seul était visé le local des pompiers. De même, est établi le bombardement de l'école de l'UNRAW, et la destruction des locaux renfermant les denrées et médicaments distribués par l'UNRAW.

122. iv) Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu.

123. L'engagement des opérations, par l'envoi de 60 bombardiers un jour ouvrable à l'heure de la sortie des écoles, pour des objectifs situés au cœur des villes, démontre que ces attaques étaient conduites avec la volonté de causer des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus,

124. v) Le fait d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires.

125. Il n'existe aucune défense aérienne à Gaza.

126. Des zones entières ont été transférées en champ de ruine. Toutes les structures administratives, sociales ou économiques ont été durement atteintes.

127. ix) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés, à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires.

128. Ont été détruits

- 30 mosquées, et 15 partiellement.

- 29 bâtiments consacrés à l'éducation

- 10 bureaux pour des accueillant des œuvres de solidarité

129. xiii) Le fait de détruire ou de saisir les biens de l'ennemi, sauf dans les cas où ces destructions ou saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre

130. De nombreuses infrastructures ont été endommagées. Il s'agit des bâtiments publics (ministères, parlement, services administratifs, universités, hôpitaux...) mais aussi des voies de communications, de nombreuses toutes ayant été défoncées pour être rendues inutilisables.

131. xx) Le fait d'employer les armes, projectiles, matières et méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à frapper sans discrimination en violation du droit international des conflits armés, à condition que ces armes, projectiles, matières et méthodes de guerre fassent l'objet d'une interdiction générale et qu'ils soient inscrits dans une annexe au présent Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123

132. Il est établi que l'armée israélienne a utilisé des bombes au phosphore blanc, dont l'usage en zone urbaine est contraire au droit conventionnel, et vise à causer des morts et des blessures qui ne sont justifiées par aucun objectif militaire. Sont rapportés les cas de nombreux enfants ainsi tués ou mutilés.¹⁷

133. Ont également été utilisées des armes DIME, aux effets destructeurs sur les populations civiles.

134. xxi) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants

¹⁷ Human Rights Watch, « Rain of Fire: Israel's Unlawful Use of White Phosphorus in Gaza », Rapport du 25 mars 2009 : <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/iropt0309web.pdf>

135. On dispose de plusieurs témoignages d'enfants devant lesquels il a été procédé à des exécutions sommaires ou des destructions de bien, notamment de leur maison.

136. Des Palestiniens ont été arrêtées, emmenées en territoire israélien et humiliées afin qu'elles acceptent de collaborer. Plusieurs témoignages de torture ont été recueillis.

137. xxiv) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre les bâtiments, le matériel, les unités et les moyens de transport sanitaires, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève.

138. Le bombardement des installations de l'UNRWA est établi.

139. De même, sont prouvées les attaques contre les services de secours et les ambulances, empêchant intentionnellement le transport des victimes. Enfin, l'hôpital de Gaza a été bombardé.

140. xxvi) Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités.

141. Il est ici renvoyé aux informations données le 23 mars 2009, par Radhika Coomaraswamy, représentante spéciale du secrétaire général de l'ONU pour les enfants et les conflits armés, décrivant qu'un enfant palestinien de 11 ans a été utilisé comme bouclier humain par des soldats israéliens, le 15 janvier, à Tel al-Hawa.¹⁸

3. Les responsabilités pouvant être recherchées

142. L'article 30 du Statut énonce l'élément subjectif général de tous les crimes relevant de la compétence de la Cour, en précisant que :

« sauf disposition contraire, nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance à savoir :

- lorsque la personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements

- et lorsque la personne entend adopter le comportement en question et entend causer la conséquence en question ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements. » :

143. La Cour¹⁹ a ainsi interprété ces dispositions.

« Il convient de distinguer deux cas de figure.

« Premièrement, si le risque de causer les éléments objectifs du crime est élevé (c'est-à-dire s'il est probable que cette conséquence « adviendra dans le cours normal des événements »), le fait que le suspect et les autres coauteurs admettent de manière partagée l'idée de provoquer les éléments objectifs du crime peut se déduire de ce que :

- le suspect et les autres coauteurs ont tous conscience de la probabilité importante que la mise en œuvre du plan commun se traduise par la réalisation des éléments objectifs des crimes ; et

- malgré cette conscience, le suspect et les autres coauteurs décident de mettre en œuvre le plan commun.

« Deuxièmement, si le risque de causer les éléments objectifs du crime est faible, le suspect et les autres coauteurs doivent avoir manifestement ou expressément accepté l'idée que ces éléments objectifs puissent résulter de la mise en œuvre du plan commun. »

144. Ces dispositions trouvent ici application, tant dans l'analyse ponctuelle des crimes commis, que dans la volonté générale, le chef du gouvernement ayant revendiqué » qu'il s'agissait de « ripostes disproportionnées ».

¹⁸ http://www.un.org/News/Press/docs/2009/Conf090209-Coomaraswamy_Ging.doc.htm

¹⁹ Chambre préliminaire, R DC – Proc. C. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06

B - L'Etat

145. Il est nécessaire de déterminer quelle est la question réelle qui se pose dans le cadre de la procédure (1) avant d'aborder quelques éléments de réponse (2).

1. La question posée

146. Le ministre de la justice de Palestine a donné compétence à la Cour et de manière rétroactive comme le permet le Statut, par application des articles 11§2 et 12§3.

147. Rappel des textes.

« Article 11. Compétence razione temporis

« 1. La Cour n'a compétence qu'à l'égard des crimes relevant de sa compétence commis après l'entrée en vigueur du présent Statut.

2. Si un État devient Partie au présent Statut après l'entrée en vigueur de celui-ci, la Cour ne peut exercer sa compétence qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut pour cet État, sauf si ledit État fait la déclaration prévue à l'article 12, paragraphe 3.

« Article 12. Conditions préalables à l'exercice de la compétence

« 3. Si l'acceptation de la compétence de la Cour par un État qui n'est pas Partie au présent Statut est nécessaire aux fins du paragraphe 2, cet État peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, consentir à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime dont il s'agit. L'État ayant accepté la compétence de la Cour coopère avec celle-ci sans retard et sans exception conformément au chapitre IX. »

148. Cette déclaration est un acte majeur. Le Procureur n'a pas marqué d'hostilité de principe, bien au contraire. Dans une déclaration publique, il a demandé que lui soient adressés des éléments pour conforter la capacité de l'Autorité Nationale Palestinienne à donner cette compétence à la Cour. Alors que la déclaration était rédigée au nom du gouvernement de Palestine et à propos du territoire de Palestine, il aurait été plus juste de répondre « au gouvernement de Palestine », même si à ce stade il s'agit d'une phase pré-juridictionnelle.

149. L'Assemblée des Etats-Parties n'a pas manifesté d'hostilité à la démarche du gouvernement de Palestine.

150. Dans un premier temps, des actes formels (traités et activités internationales) ont été remis au bureau du Procureur. Le gouvernement de Palestine doit rendre une note détaillée confortant son point de vue, et a créé un groupe de travail à cet effet. S'agissant de ce travail, nous estimons qu'il s'agit d'une question qui doit être traitée par les responsables politiques palestiniens, et non par les ONG ayant porté plainte. La question, certes juridique, est éminemment politique, et c'est à ces responsables d'apporter au procureur près la CPI, aux fins d'analyse par la chambre préliminaire, les éléments adaptés.²⁰

151. Les ONG entendent seulement souligner quelques éléments de réponse, liées au pragmatisme fondamental nécessaire à la conduite de la procédure.

2. Des éléments de réponse

152. La réflexion doit être conduite en l'état actuel des statuts (a) et dans la perspective de leur révision, ouverte en juillet 2009 (b).

²⁰ Analyse du professeur John D. Uigley : "The Palestine declaration to the International Criminal Court : The Statehood issue". Conclusion: "On the issue of Palestine statehood, however, one finds a solid base in international law for a conclusion that such statehood exists. While that conclusion may be counterintuitive to many, it follows logically from the rules in customary international law on sovereignty and on recognition". L'analyse du professeur Uigley est de type fondamental. C'est dire qu'il ne s'est pas prononcé dans le cadre pragmatique de l'application du Statut.

a. En l'état actuel du Statut

153. Notre propos est de nous référer exactement à ce qui est nécessaire pour l'avancement de la procédure. Le procureur, à ce stade de la procédure, a besoin d'éléments pertinents pour saisir la chambre préliminaire d'une « base raisonnable aux poursuites », mais le statut réserve les questions de recevabilité et de compétence à la procédure au fond.

« Article 15.4 du statut

« 4. Si elle estime, après examen de la demande et des éléments justificatifs qui l'accompagnent, qu'il existe une base raisonnable pour ouvrir une enquête et que l'affaire semble relever de la compétence de la Cour, la Chambre préliminaire donne son autorisation, sans préjudice des décisions que la Cour prendra ultérieurement en matière de compétence et de recevabilité. »

154. Aussi, coexistent deux registres d'analyse : les éléments suffisants pour la procédure – l'affaire semble relever de la compétence de la Cour – et les éléments approfondis pour déterminer, sur un plan de politique fondamentale, ce que sera l'Etat palestinien. De telle sorte, la réflexion sur la nature juridique de la Palestine doit résulter d'approches très différenciées :

- la réflexion fondamentale, pour apprécier ce que doit être l'Etat palestinien, sujet de droit international, dans le contexte des années 2009 ;

- l'approche pragmatique, liée à l'avancée d'une procédure pénale devant une juridiction déterminée.

156. Ce pragmatisme s'apprécie sous deux angles :

- Pour plaider devant une juridiction, chaque plaideur doit montrer que l'il est vivant, mais il n'est pas nécessaire d'établir sa structure biologique. La Palestine prouve qu'elle est vivante en revendiquant d'être un Etat de plein exercice, et en exerçant toutes les missions étatiques, internationales ou internes, qui ne lui sont pas usurpées par l'Etat agresseur.

- La question est moins « comment accueillir la Palestine ? » que « comment accueillir la Palestine et dire non aux autres mouvements de libération, revendiquant la réalité d'un Etat ne parvenant pas à exercer tous ses pouvoirs ? ».

157. Ceci conduit à porter l'accent sur deux points.

158. D'abord, et sans trop entrer dans des questions de structures, il faut s'intéresser à tout qui prouve que la Palestine est vivante. Le débat sur la structure juridique peut être relativisé par la démonstration factuelle d'une vie étatique. Or, la Palestine assume au quotidien maintes missions qui relèvent du pouvoir d'Etat. Surtout, il faut souligner que ce que la Palestine ne parvient pas à assumer, c'est ce que son agresseur, objet de la plainte pour crime contre l'humanité, lui usurpe. Le peuple palestinien ne dépend d'aucune autre structure étatique, et toutes les forces politiques se retrouvent dans un processus électoral d'ensemble. Ce pouvoir étatique existe tant sur le plan international, par la participation à des instances interétatiques ou la signature de traités, que sur le plan interne, par l'octroi d'une nationalité ou d'un droit personnel spécifique.

159. Cette approche pragmatique doit être analysée au regard des buts de la Cour Pénale Internationale. Le texte doit être interprété en fonction du Statut qui souligne l'importance de la fonction juridictionnelle pour parvenir à juger les crimes les plus graves, dans une vraie universalité. Or, il est impossible d'écarter le peuple palestinien de ce principe d'universalité, au prétexte qu'il est privé de la protection d'un Etat de plein exercice alors que cette limitation de la protection est le fait exclusif de l'Etat qui l'a agressé.

160. Ensuite, la spécificité de la Palestine, par rapport à d'autres mouvements revendiquant le statut étatique, est le nombre d'actes de reconnaissance par les instances de l'ONU, qui font de la Palestine une question à part. Il en est de même des actes de reconnaissance suite à la déclaration de souveraineté de 1988, par plus de cents Etats – dont trente ont ratifié le Statut de Rome – ou de la participation de la Palestine, en tant qu'Etat, à des structures interétatiques. Les grandes phases de négociations internationales ont toujours accredité le gouvernement de Palestine comme interlocuteur. Des analyses très fouillées sont conduites sur ces questions, mais sur le plan de l'évidence, le fait s'impose.

161. La démarche du ministre de la Justice n'a pas été une demande de ratification, mais une déclaration de compétence, possibilité ouverte par le statut à des Etats qui ne sont pas partie au Traité de Rome. Cette voie répond notamment à la situation d'un Etat qui ne parvient à exercer la plénitude

des pouvoirs étatiques, et qui peut donner compétence pour conduire un procès qu'il ne peut assumer. C'est là exactement la situation de la Palestine. Il existe d'ailleurs un précédent très prometteur, avec la décision du TPI pour l'Ex-Yougoslavie reconnaissant à la Serbie naissante la qualité d'Etat, au sens du statut que le TPI devait appliquer, et indépendamment des données politiques et diplomatiques générales. .

162. Contester cette capacité du gouvernement de Palestine à donner compétence reviendrait à nier les décisions prises par d'autres Etats ayant reconnu la Palestine, et à placer un peuple hors du champ d'application du statut de Rome, alors que ce statut a vocation à l'universalité.

163. Il convient à ce stade de rappeler les conclusions du rapport à la demande de la Ligue arabe.
« 604. This report shows there is a prima facie case that crimes falling within the jurisdiction of the ICC were committed during operation *Cast Lead*. Palestine exercises criminal jurisdiction within its territory. It is thus able to fulfill the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes. Therefore there is national criminal jurisdiction to which the jurisdiction of the ICC is complementary.

« 605. The Committee recommends that the League and its members support the decision of the Government of Palestine to recognize the jurisdiction of the ICC in accordance with Article 12(3) of the Rome Statute. And, in order to prevent new Israeli military operations in the Gaza Strip the Committee further recommends that the League and its members advise the Government of Palestine to deposit an instrument of accession to the Rome Statute of the ICC in accordance with

Article 125.

« 606. In so doing the League may underline that Palestine is a member of the League, which is a regional organization cooperating with the United Nations, that Palestine has been recognized as a state by a substantial number of states and has diplomatic relations with states. Whatever the present legal status of the Oslo Agreements, these Agreements do not deny that Palestine is a state, their main purpose being the recognition of Palestine by Israel - and vice versa- as a basis for a peace treaty between the two states, not the establishment of the State of Palestine.

b. Les perspectives ouvertes par la révision du Statut

164. La CPI est une juridiction autonome, dont l'existence repose sur la réunion des Etats parties, en assemblée.

165. La première observation est que depuis la déclaration de compétence du 21 janvier, et la réception solennelle assurée par le procureur, aucun Etat partie n'a manifesté d'hostilité à la démarche. On imagine ce qu'auraient été les réactions si le procureur avait agi de même avec un gouvernement séparatiste. Si on ne peut parler d'accord implicite il faut prendre acte de cette absence de réactions hostiles.

166. La seconde observation est liée à la révision des statuts, ouverte ce mois de juillet 2009, après une première période de sept ans. Il y a le plus grand intérêt à chercher à s'inscrire dans le Plan d'action adopté par l'assemblée des Etats le 24 avril 2009 (ICC-ASP/8/S/PA/19), plan destiné à « parvenir à l'universalité et à la mise en œuvre intégrale du Statut de Rome ».

167. L'objectif de ce plan d'action est ainsi défini.

« Objectif

« 1. Il est impératif de parvenir à l'universalité du Statut de Rome de la Cour pénale internationale pour mettre un terme à l'impunité des auteurs des crimes les plus graves ayant une portée internationale, concourir à la prévention de nouveaux crimes et garantir durablement le respect de la justice internationale et sa mise en œuvre. »

168. Est encouragée (4) « la mise en place d'initiatives centrées sur les États voisins et sur les régions, sous-régions ou autres groupements auxquels ils appartiennent, ainsi que sur les obstacles particuliers rencontrés par ces États, régions, sous-régions ou groupements. »

169. Est prévue (6-d) « l'octroi d'une assistance technique ou financière aux États souhaitant devenir parties au Statut de Rome ainsi qu'aux États et autres entités souhaitant promouvoir son universalité » et
(6-h-i) le traitement « des obstacles auxquels les États se heurtent pour ratifier ou mettre en œuvre intégralement le Statut de Rome. »

170. La Conférence de révision du Statut de Rome se tiendra à Kampala (Ouganda) au cours du premier semestre de 2010.

171. Aussi, il y a opportunité majeure à se manifester dans cette phase de révision des statuts.

172. Le plus simple pourrait être une décision de l'Assemblée générale des Etats parties énonçant que, au sens du statut, le ministre de la justice du gouvernement de Palestine a qualité pour faire la déclaration de compétence. Il s'agirait d'une délibération expresse portant validation de la déclaration du 21 janvier 2009.

173. Cette possibilité présente de nombreux avantages :

- Lors de la rédaction, la référence juridique a bien entendu été l'Etat, qui est la norme internationale. Mais rien dans la lettre des statuts ne légitime le fait qu'un peuple puisse rester hors juridiction de la Cour, alors que la donnée majeure est la volonté d'universalité. Telle serait pourtant la situation si la capacité du gouvernement de Palestine était contestée, car aucun Etat ne revendique d'exercer le pouvoir politique sur la population palestinienne.

- La décision serait prise par l'instance politique, l'Assemblée des Etats parties, ce qui est solution intéressante pour les Etats, qui gardent la maîtrise, et pour la Palestine qui dépend moins de la procédure.

- L'Assemblée générale éviterait le débat sur l'Etat, en se contentant de valider la déclaration de compétence faite par le ministre de la justice du gouvernement de Palestine, et elle peut le faire en retenant un critère juridique spécifique à la Palestine, à savoir les actes de reconnaissance par les instances de l'ONU et les nombre d'Etats, dont une trentaine sont membres de la CPI. De telle sorte, cette motivation ne serait pas transposable.

174. En filigrane, se pose la question de la ratification du Traité au sein du monde arabo-musulman. La CPI devient un acteur important de la scène internationale, surtout dans la perspective d'une enquête faisant suite à l'agression sur la population de Gaza. D'autres procédures intéressent aussi ces Etats. La ratification permettrait de participer à cette action juridictionnelle, alors que rester à l'écart revient à laisser d'autres assumer la tâche.