

Crimes de guerre et crimes contre l'humanité

Jacques et Stéphanie Amar*

** Jacques Amar, maître de conférences en droit privé, diplômé IEP Paris
Stéphanie Amar, diplômée de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris,
docteur en droit*

- ⇒ La rédaction du rapport Goldstone contredit le principe d'impartialité censé régir un document d'une telle ampleur.
- ⇒ Le rapport repose de façon saisissante sur une seule idée : les Palestiniens ne peuvent avoir tort.
- ⇒ Le rapport ne peut véritablement fonder ses accusations à l'encontre de l'État d'Israël qu'à partir d'une conception problématique du droit international humanitaire dans lequel, contrairement aux textes cités, les droits sont effectifs du seul fait de leur mention dans un texte et leur réalisation est indépendante de toute attache étatique. A ce titre, le rapport ignore que le respect des droits de l'homme peut parfaitement être corrélé au projet d'élimination du sionisme, selon les termes mêmes de la Charte arabe des droits de l'homme ratifiée par l'Autorité Palestinienne.
- ⇒ Le rapport développe une conception du droit à l'auto-détermination des peuples tellement radicale qu'elle en vient, par certains aspects, à légitimer le terrorisme et à nier le droit à la légitime défense de l'Etat d'Israël.
- ⇒ Le rapport refuse non seulement de prendre en compte la situation juridique et politique résultant de la décision de l'État d'Israël de se désengager de la Bande de Gaza mais également les conséquences temporaires d'une situation de guerre sur le respect des droits de l'homme.
- ⇒ Dans ce cadre, le rapport culmine dans les accusations de crime de guerre et de crime contre l'humanité à partir d'une interprétation extrêmement critiquable du statut de la Cour pénale internationale qui transforme en crime relevant de la compétence de cette juridiction tout manquement aux Conventions de Genève.
- ⇒ A travers le rapport Goldstone, se pose ainsi l'avenir d'une justice pénale internationale dont le statut est loin d'être exempt de défauts.

Le rapport rendu le 15 septembre 2009¹ par la Commission d'enquête des Nations Unies sur le conflit de Gaza – que l'on désignera par la suite du nom du président de cette Commission, le juge R. Goldstone – constitue l'acte d'accusation le plus grave porté à l'encontre de l'État d'Israël à l'échelon international depuis la Résolution 3379, depuis abrogée, qui avait déclaré que « *le sionisme est une forme de racisme et de discrimination raciale* ». Ce rapport a en effet estimé que lors de l'opération « Plomb Fondu », l'État d'Israël s'est rendu coupable de crimes de guerre, voire de crimes contre l'humanité.

La portée de l'accusation

L'accusation en soi n'est pas nouvelle. Elle appartient à la rhétorique antisioniste depuis la guerre des six jours. Elle était déjà présente dans les rapports rendus par des organisations non-gouvernementales à propos précisément de l'opération « Plomb Fondu ». A une époque où une affirmation tend à devenir une vérité lorsqu'elle émane d'une instance officielle, l'accusation se pare à présent d'une légitimité internationale en dépit du fait que la Commission qui a commandé le rapport est composée de membres peu concernés par le respect des droits de l'homme

Sa portée peut se décliner sur **trois niveaux** :

– **premier niveau** : la protection des Juifs hors d'Israël : il devient à présent impossible de critiquer les personnes qui formuleraient en permanence de telles accusations à l'encontre de l'État d'Israël – l'antisionisme dispose désormais de la plus belle caution qui soit.

Jusqu'à maintenant, le terme de crime contre l'humanité était indélébilement lié à l'État nazi puisque ses dignitaires ont été condamnés sur ce fondement dans

le cadre d'un Tribunal international, le Tribunal de Nuremberg. C'est pourquoi, seuls quelques extrémistes se hasardaient à mettre sur le même plan sionisme et nazisme en raison du caractère énorme de la comparaison. A présent, à partir du moment où Israël est également accusé de crime contre l'humanité par une instance internationale susceptible de déboucher sur un procès, la comparaison devient possible. Israël peut enfin être traité d'État nazi en toute impunité. Toute tentative d'ériger en délit l'antisionisme à l'origine d'une telle comparaison en raison du risque que ses manifestations font courir sur les Juifs résidant hors d'Israël est par nature, condamnée à échouer.

– **deuxième niveau** : la protection des responsables israéliens hors d'Israël : la condamnation sans appel des crimes contre l'humanité par l'ensemble du monde occidental est à l'origine de l'introduction du principe de compétence universelle en droit pénal pour réprimer ce genre d'infractions. Ainsi, pour prendre l'exemple du droit français, les infractions classiques sont régies par le principe de territorialité en vertu duquel seuls peuvent être poursuivies les infractions commises sur le territoire français ou celles commises par ou à l'encontre d'un citoyen français à l'étranger. Par dérogation, lorsque la compétence universelle est reconnue, il est possible d'enclencher des poursuites à l'encontre de n'importe quelle personne susceptible d'avoir commis certaines infractions particulièrement graves, présente sur le territoire français, alors même que ces faits n'ont ni été commis en France, ni été commis à l'encontre de citoyens français². Autrement dit, le rapport Goldstone fait désormais planer sur tout responsable israélien la menace de poursuites pénales lors de déplacements à l'étranger et notamment en Europe.

Certes, tout dépend de la manière dont s'incorpore le Traité instituant la Cour pénale internationale dans le droit des États qui l'ont ratifié. Par exemple, ce type de poursuites n'est pas envisageable en France faute de transposition interne du Traité. En revanche, le droit anglais autorise de telles poursuites. Comme en plus, la jurisprudence a élargi les possibilités de constitution de partie civile, des associations résidant dans le pays, voire étrangères, à l'instar de l'Organisation de la Conférence Islamique³ peuvent être à l'origine des poursuites. On peut donc lire le rapport Goldstone comme la tentative la plus aboutie de créer une entrave aux relations israélo-européennes⁴.

– **troisième niveau** : la protection d'Israël sur le plan international : Israël n'a pas ratifié le statut de la Cour pénale internationale au même titre que les États-Unis ou la Russie, ce qui, conformément à l'article 12 du statut de la Cour pénale

internationale, rend celle-ci incompétente. Un État pourrait cependant trop facilement s'exonérer de ses responsabilités si la compétence de la Cour dépendait uniquement de sa ratification du traité. C'est pourquoi les articles 13 et 14 prévoient différentes procédures qui vont permettre d'attirer un État non-signataire devant la juridiction internationale. L'article 13 prévoit en effet que « *la Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime visé à l'article 5, conformément aux dispositions du présent Statut : a) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par un État Partie, comme prévu à l'article 14 ; b) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies* ». Quant à l'article 14, il stipule que « *Tout État Partie peut déférer au Procureur une situation dans laquelle un ou plusieurs des crimes relevant de la compétence de la Cour paraissent avoir été commis, et prier le Procureur d'enquêter sur cette situation en vue de déterminer si une ou plusieurs personnes identifiées devraient être accusées de ces crimes* ».

Ces dispositions parfaitement conformes à la logique du statut de la Cour pénale internationale tendent à favoriser un traitement égalitaire de tous les États. Pratiquement, pourtant, nul n'envisagera de poursuivre les États-Unis pour leurs méfaits en Afghanistan ou la Russie pour la répression qu'elle a menée en Géorgie. Plus encore, l'Autorité Palestinienne n'étant pas partie, il est loin d'être évident que sa demande soit recevable, point qui a été expressément formulé lors de la conférence de presse du Président de l'Assemblée des États parties au statut de la Cour pénale internationale⁵.

La situation est d'ailleurs paradoxale. Dans une décision du 31 mai 2004, la Cour spéciale pour le Sierra Leone a précisé que « *toutes les parties à un conflit armé, qu'il s'agisse d'États ou d'acteurs non étatiques sont liées par la loi internationale humanitaire, alors même que seuls des États peuvent être partie aux traités internationaux* »⁶. Dans ce contexte, les groupes terroristes doivent au même titre que les États respecter les règles du droit de la guerre.

Le rapport Goldstone ignore bien évidemment ces considérations de fait et de droit pour justifier son offensive contre l'État israélien. Certes, on nous rétorquera que le rapport accuse également le Hamas de crime de guerre. Nous montrerons cependant le décalage entre les accusations formulées contre le Hamas et celles adressées à Israël. Ce rapport s'inscrit en fait dans la perspective retenue dès le départ par la Ligue arabe⁷ et reprise par les organisations humanitaires Amnesty International⁸ et Human Rights Watch⁹.

Sauf à supposer que Goldstone est naïf^o, il paraît difficile d'imaginer que ce juge de réputation internationale ne savait pas ce qu'il faisait lorsqu'il a accusé Israël d'avoir commis des crimes de guerre, voire des crimes contre l'humanité. Le rapport Goldstone permet de substituer à l'accusation traditionnelle d'Israël de voleur de terres sur la base des résolutions onusiennes celles nettement plus infâmantes de criminel. Et l'auteur réfute toute critique en prétendant qu'elle se focalise sur sa personne uniquement pour éviter d'affronter la réalité des faits qu'il dénonce¹¹.

Nous nous proposons donc de prendre le rapport Goldstone au sérieux, c'est-à-dire de confronter son argumentation avec les principes de base du droit positif, de façon à montrer non seulement l'absence totale d'impartialité de ce rapport à l'égard d'Israël mais aussi l'interprétation problématique des textes dont il revendique l'application.

Pour cela, nous exposerons le cadre d'analyse dans lequel se situe le rapport, pour, ensuite, examiner les différents passages du rapport où sont formulées les accusations à l'encontre d'Israël. Au préalable, nous montrerons citations à l'appui qu'en aucune manière, le rapport ne peut être présenté comme une enquête impartiale.

Pourquoi le rapport Goldstone n'est pas impartial

Dans la partie consacrée à la méthodologie, le rapport Goldstone se targue d'impartialité¹². Il se garde bien de définir le sens qu'il donne à ce mot, ce qui ne l'empêche pas, par la suite, de dénoncer l'absence d'impartialité des enquêtes menées par Israël¹³. La critique est loin d'être neutre. En effet, conformément à l'article 17 du statut de la Cour pénale internationale, *une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque : a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites*. Dans cette perspective, hors tribunal international, point de salut pour Israël.

A suivre le texte du statut de la Cour pénale internationale, l'impartialité n'est cependant pas un principe directeur du procès. Le principe est énoncé uniquement à l'article 68 relatif à la protection et à la participation des victimes et des témoins. Pour bien mesurer cette notion d'impartialité, il faut donc plutôt

se référer à l'interprétation de l'article 6.1 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁴. En l'occurrence, la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a distingué deux types d'impartialité, une impartialité subjective qui repose sur les convictions du juge et une impartialité objective qui s'attache aux conditions d'exercice de la justice.

Il n'est bien évidemment pas possible de préjuger d'un manquement à l'impartialité objective puisqu'aucun procès n'a eu lieu. Pour autant, il est aisé de démontrer qu'il est impossible de prétendre que la commission d'enquête a procédé de façon impartiale.

Pour reprendre ce qu'écrit le Premier avocat général à la Cour de cassation, selon la démarche « subjective », il s'agit de « *déceler le « préjugé » ou la partialité chez le magistrat, de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, d'analyser son comportement personnel, en recherchant s'il a pu favoriser ou défavoriser tel plaideur* »¹⁵.

C'est ce que nous nous proposons de faire à travers les déclarations des membres de la Commission et, surtout, à travers l'analyse de la rédaction de certains passages du rapport.

Les membres de la Commission

L'impartialité du juge Goldstone peut doublement être contestée tant au regard de ses déclarations que de celles intervenues à propos du financement du rapport.

Les déclarations du juge Goldstone

Le juge Goldstone a déclaré lors d'un débat la chose suivante : « *I was afraid to enter Gaza. I had nightmares that Hamas would kidnap me and that the Israelis would rejoice* »¹⁶. [« *J'avais peur d'entrer dans Gaza. Je faisais des cauchemars où le Hamas me kidnappait, ce qui réjouissait les Israéliens* »]

L'aveu est surprenant à un double titre :

– Goldstone avait peur de l'une des parties au conflit avant même de se rendre sur les lieux ;

– Goldstone avait peur chaque fois qu’il procédait à une audition de membres du Hamas.

Pourtant, cela n’empêchera pas la commission d’enquête de louer les membres du Hamas de les avoir pleinement aidés à mener à bien leur mission, ce qui les distingue, bien évidemment des Israéliens¹⁷. Cela n’empêchera pas non plus Goldstone de prétendre que la rédaction du rapport n’a en aucune manière été influencée par peur de représailles du Hamas¹⁸.

Autrement dit, Goldstone sait, en tant que juriste, que sa perception des choses est problématique. Il est donc obligé de redoubler d’efforts pour, d’une certaine façon, rapporter la preuve de son impartialité en évitant de trop attaquer le Hamas.

L’accusation résonne d’autant plus que Goldstone a, pour bien asseoir son impartialité mis en avant sa judéité. Le raisonnement est quand même troublant de la part d’un juriste dont les textes de référence sont les droits de l’homme. Soit en effet l’homme est sur-déterminé par ses origines ; soit, au contraire, il réussit à s’en abstraire. Que n’aurait-on pas entendu en effet si le rapport Goldstone avait constitué un acte à charge contre le Hamas ? D’où la position intermédiaire adoptée par Goldstone : je vais démontrer par mon action que je ne suis nullement lié par mes origines. A la limite, à partir du moment où avant même d’accepter la mission, le juge Goldstone a rappelé qu’il était Juif et attaché affectivement à l’Etat d’Israël, il a entaché son travail d’impartialité¹⁹.

Les déclarations relatives au financement du Rapport par la Ligue Arabe

Voici le compte rendu d’une interview de Luis Moreno Ocampo, procureur auprès de la Cour pénale internationale, – c’est-à-dire l’organe devant lequel Goldstone voudrait qu’Israël soit poursuivi – publié par le Département de l’information des Nations Unies²⁰ :

– « *Quand on (des journalistes) lui a demandé s’il avait été invité par le Hamas pour superviser la légalité de l’enquête menée sur les attaques à Gaza de Janvier, il n’a pas voulu confirmer.* » Autrement dit, l’idée de lancer une procédure pénale contre Israël était peut-être déjà entérinée avant même que le rapport Goldstone ne soit rédigé.

– *il a admis avoir travaillé en étroite collaboration – avec la Ligue arabe – sur le*

sujet, qui a aidé au financement de la mission Goldstone. A la limite, pourquoi pas un financement de la Ligue arabe ? Le seul problème, c'est que cet organe s'est également fendu d'un rapport d'une rare violence contre Israël à propos précisément de l'intervention israélienne à Gaza. Ce rapport mentionne un nombre délirant de victimes qu'aucune organisation humanitaire n'a validé. Bref, finalement, il suffit de payer pour obtenir un rapport contre Israël. Quand, à l'inverse, la Cour pénale internationale lance un mandat contre le président du Soudan, membre de la Ligue arabe, celle-ci adopte des communiqués pour critiquer la compétence de la Cour pénale internationale²¹.

Quand on lit l'acte d'accusation rédigé contre le président soudanais, le nombre de victimes, la façon dont elles ont été tuées, on se dit que la justice diffère selon la nature des victimes : un musulman a le droit de tuer en toute impunité d'autres musulmans.

Mais, terminons par le comble du comble : *le procureur a également déclaré qu'il n'était pas encore évident que la Cour pénale internationale soit compétente à propos de l'intervention israélienne à Gaza*. La Cour ne sera peut-être jamais saisie du dossier et si elle est saisie, elle ne peut véritablement se prononcer car sa compétence ne concerne véritablement que les États. Et pourtant, grâce à la Ligue arabe, tout le monde est à présent persuadé du contraire. Tout cela porte en plus atteinte à la crédibilité de la Cour. Comment en effet accepter que l'organe juridictionnel soit juge et partie à partir du moment où il a positivement répondu à l'invitation du Hamas²² ?

A regarder le cursus des autres membres, il faut se rendre à l'évidence : la question d'une commission d'enquête impartiale ne s'est pas vraiment posée.

Le cas Christine Chinkin

Le professeur Christine Chinkin enseigne le droit international humanitaire à la London School of economics. Ce professeur s'est distingué pour avoir co-signé dans le *Times* du 11 janvier 2009 une tribune²³ dont le contenu pose un double problème au regard de l'exigence d'impartialité :

– d'une part, ce texte est un véritable acte d'accusation à l'encontre de l'Etat d'Israël. A la date de publication, pourtant, l'opération « Plomb fondu » n'est pas encore finie que l'accusation est déjà rédigée.

– d'autre part, et plus subtilement, ce texte évoque en conclusion que le comportement de l'Etat d'Israël équivaudrait à un acte d'agression²⁴. Or, le crime d'agression, s'il relève de la compétence de la Cour pénale internationale, n'a pas été défini en tant que tel. Dès lors, conformément à l'article 5 du Statut, la Cour n'est pas compétente. Autrement dit, le professeur Chinkin a réussi à accuser Israël d'un crime dont les éléments constitutifs n'ont pas encore été précisés. De là à dire qu'Israël est coupable de tous les maux, il n'y a qu'un pas que les auteurs du rapport franchissent aisément.

L'existence de ce texte discrédite donc la participation du professeur Chinkin puisqu'elle sait déjà ce qu'elle doit trouver avant même de participer à la mission d'enquête

Face à cette objection, Goldstone répond de la façon suivante : *Well you know, firstly it's not a judicial inquiry. It's a fact-finding mission, I've known Professor Chinkin for many years. I've found her to be an intelligent, sensible, even-handed person and it wasn't an article, she signed a letter together with a number of other, I think, British academics, at the time, soon after the Operation Cast Lead began, but working with her now I'm absolutely satisfied that she's got a completely open mind and will not exhibit any bias one way or the other but in any event she is one of four people on the committee and I don't believe that any prima facie views she might have held at an earlier stage is going to in any way affect the findings or the recommendations in the report*²⁵. [Comme vous le savez bien, premièrement ce n'est pas une enquête juridique. C'est une mission visant à établir les faits. Je connais le professeur Chinkin depuis de nombreuses années. J'ai trouvé en elle une personne intelligente, sensible, équitable et ce n'était pas un article, elle a signé une lettre en même temps qu'un certain nombre de personnes, des universitaires britanniques je pense, à un moment donné, peu après le début de l'opération Plomb Fondu. Mais je suis complètement convaincu qu'elle a un esprit très ouvert et qu'elle ne fera preuve d'aucun parti-pris dans un sens ou dans l'autre. Mais quoi qu'il arrive elle est l'un des quatre membres de la commission. Je ne crois pas qu'une position qu'elle aurait prise de prime abord dès les premiers moments (de l'opération) puisse affecter de quelque manière que ce soit les conclusions ou les recommandations du rapport.]

Cette réponse témoigne non seulement de la mauvaise foi de son auteur mais également de son mépris à l'égard des normes internationales.

Premièrement, si ce rapport n'a pas la prétention d'être une enquête judiciaire, on ne voit pas pourquoi ensuite Goldstone ne cesse de revendiquer des pour-

suites à l'encontre des belligérants sur la base de ce qu'il a pu écrire²⁶. Plus encore, il ne se contente pas de rapporter les faits ; il les qualifie également de façon à préparer l'instruction²⁷.

Deuxièmement, nous sommes très heureux de savoir que le professeur Chin-kin est un individu disposant d'une grande liberté d'esprit. Mais, sa publication reste marquée d'un sérieux préjugé à l'encontre de l'action israélienne. Or, en matière de justice, l'impartialité se mesure à travers l'apparence que donnent les participants au processus judiciaire. Comme le disent les Anglais, "*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*" (il ne suffit pas que la justice soit rendue, il faut que chacun se rende compte qu'elle l'a été). Dans le cas présent, l'expression d'un pré-jugement pose inévitablement un problème de crédibilité quant à la manière dont la Commission a rapporté les faits²⁸.

Bref, Goldstone illustre parfaitement la stratégie de la chauve-souris : à ceux qui lui reprochent la dimension juridique de son travail, il répond que son travail n'est pas une enquête judiciaire – on se demande bien alors dans ce cas pourquoi la Commission des Nations Unies a tant insisté pour le nommer en raison de sa réputation de juge – ; à ceux qui dénie toute dimension juridique à son travail, il répond sur la nécessité de faire prévaloir la vérité pour les victimes. En jouant indistinctement sur ces deux tableaux selon ses interlocuteurs, Goldstone essaie ainsi de rendre impossible la critique de son travail.

Notre postulat méthodologique consiste cependant à prendre Goldstone au sérieux. Il convient donc de montrer qu'à supposer que l'on s'en tienne uniquement à la collecte des faits, la façon même de rapporter ces faits témoigne d'un parti pris en faveur d'une des parties au conflit, en l'occurrence les Palestiniens²⁹.

Le postulat de rédaction du Rapport : les Palestiniens ne peuvent pas avoir tort

Nous reprenons ici la formule de l'éditorialiste du journal *Haaretz*, A. Shavit³⁰ qui, d'un trait, a résumé l'esprit du rapport par la phrase suivante : *Les Palestiniens ne peuvent pas avoir tort*. La collecte des faits que Goldstone se vante d'avoir effectué repose en effet sur plusieurs assertions visant à soutenir le caractère juste et légitime de la cause palestinienne au regard de la Commission.

Première assertion : tous les Palestiniens ont souffert lors de l'Opération de Gaza

Le rapport s'intitule : *Les droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés*. Il a pour sous-titre : *Rapport de la mission d'enquête des Nations Unies sur le conflit à Gaza*.

Cet intitulé oblige déjà à se poser deux questions :

– qu'est-ce que la Palestine pour les auteurs du rapport ? Comment en effet distinguer la Palestine des autres territoires arabes occupés ? A moins que :

– soit la Commission Goldstone a déjà entériné l'idée qu'il y aura en fait deux Etats palestiniens ;

– soit pour la Commission Goldstone, Israël constitue l'un des territoires arabes occupés – ce serait dans la logique de l'intitulé car on ne voit pas pourquoi le titre se sent obligé d'indiquer que les territoires occupés sont arabes !

Cette approche fusionnelle du peuple palestinien n'était en rien voulue par le mandat confié à la Commission ; celui-ci ne visait expressément que les violations des droits de l'homme commises à n'importe quel moment dans le cadre des opérations militaires menées à Gaza. Déjà, le mandat présupposait l'existence de violations mais les circonscrivait à une zone géographique précise³¹. La Commission a toutefois interprété son mandat de façon à couvrir toutes les atteintes au droit international dans l'ensemble des territoires occupés et Israël³².

Une telle interprétation soulève deux remarques :

– le terme « arabe » a cette fois disparu ;

– sauf erreur de notre part, il n'y a pas eu de guerre dans les territoires ; ce sont plutôt les membres du Fatah qui ont réprimé les manifestations en faveur des membres du Hamas.

Mais, comme il ne faut pas aller à l'encontre du mythe de l'unité palestinienne, le rapport va jusqu'à affirmer, sans rapporter aucune preuve en la matière que plusieurs personnes qui protestaient dans les territoires contre l'opération à Gaza ont été tuées à cette occasion par les forces israéliennes³³. En revanche, lorsqu'il s'agit des exactions des membres du Fatah à l'encontre de ceux du Hamas,

la mention de celles-ci se conclut par un pudique : *Complaints of such practices have not been investigated* [Les plaintes concernant de telles pratiques n'ont pas fait l'objet d'enquête.] (point n° 97). On se demande bien alors à quoi a pu servir la coopération tant vantée avec l'Autorité Palestinienne, si ce n'est à valider uniquement les assertions palestiniennes.

Deuxième assertion : la vérité sort de la bouche des Palestiniens

Nous rappellerons que le rapport a été rédigé principalement à partir d'auditions de témoins palestiniens. Indépendamment des problèmes de recevabilité de preuve que pose une telle démarche, la reproduction des thèses palestiniennes concerne même des faits qui n'ont strictement rien à voir avec le conflit.

Il suffit pour s'en rendre compte de lire le contexte historique tel qu'il est détaillé dans le rapport (n° 77 et s.). On passera sur la reprise de l'interprétation dominante des faits reproduite ici comme par exemple la mention de la visite de A. Sharon comme élément déclencheur de la seconde intifada. On passera également sur la juxtaposition du nombre de victimes israéliennes et palestiniennes dont l'objectif est d'éluder la question du caractère intentionnel ou non-intentionnel des décès. On ne comprend pas trop pourquoi le rapport reprend la distinction entre les Israéliens et les étrangers pour ensuite reproduire un chiffre qui vise indistinctement des individus indépendamment de leur origine. Enfin, on relèvera la manière toute en douceur par laquelle le rapport décrit comment le Hamas a pris le pouvoir à Gaza à la suite d'un véritable coup d'Etat qui a fait, selon la Croix Rouge, plus d'une centaine de victimes³⁴ – (n° 190) *By 14 June 2007, Hamas forces and armed groups had seized all Palestinian Authority security installations and government buildings in the Gaza Strip. [A partir du 14 juin 2007, les forces du Hamas et des groupes armés se sont emparés de toutes les installations de sécurité de l'Autorité Palestinienne et des bâtiments du gouvernement dans la Bande de Gaza.]*

En revanche, hormis la mauvaise foi, rien ne peut justifier les passages suivants :

– selon le rapport, l'opération « Remparts » aurait entraîné la mort de 497 Palestiniens. Cette même opération est ensuite dénigrée par la Commission qui, bien évidemment, ne rappelle pas qu'elle a été enclenchée à la suite d'une multiplication sans précédent des attentats terroristes en Israël (n° 1666). Or, comble du comble en la matière, une enquête de l'ONU a conclu qu'il y avait eu 52 victimes palestiniennes !³⁵ Le rapport, et ce n'est qu'un premier exemple,

ne s'embarrasse pas des sources internationales qui altèreraient la narration palestinienne.

– le passage (note 10, p. 53) mérite d'être reproduit *in extenso* : *Situated at the heart of the Old City in East Jerusalem, the site is of religious significance to both Muslims and Jews. The Temple Mount/al-Haram al-Sharif (the Noble Sanctuary) is the location of al-Aqsa and the Dome of the Rock mosques, the third most sacred place in Islam. It is also believed to be the location of the two ancient Jewish temples. The southern section of its western external perimeter is what is known as the Western Wall. Haram al-Sharif is administered by an Islamic trust (Waqf) and religious rituals performed there by non-Muslims are forbidden.* [Situé au cœur de la vieille ville à Jérusalem Est, le site a une grande importance religieuse pour les musulmans et pour les Juifs. Le Mont du Temple/al-Haram Al-Sharif (le noble sanctuaire) est le site de la mosquée Al-Aqsa et du Dôme du Rocher, le troisième lieu sacré de l'Islam. On pense que c'est également le site des deux temples juifs antiques. La partie méridionale de son périmètre externe est connue sous le nom de Mur occidental. Haram Al Sharif est administré par une institution islamique (Waqf). Les rituels religieux des non-musulmans y sont interdits.]

D'un côté, il est indiqué comme une évidence que le Mont du Temple est le troisième lieu sacré de l'Islam ; de l'autre, on relèvera la formule "*it is also believed*" [*on pense également*] pour rendre compte de la croyance des Juifs. De même, c'est connu que pour les Juifs la section Sud est appelée le Mur occidental. Non seulement le rapport fait délibérément abstraction de l'antériorité de la présence juive à Jérusalem mais en plus il valide la thèse musulmane selon laquelle la sainteté de l'endroit procède de l'envolement de Mahomet vers le ciel. Mais ce n'est pas tout. En dépit de l'attachement sans pareil de la Commission Goldstone au respect des droits fondamentaux, c'est avec une certaine approbation – soumission ? – qu'elle nous explique que les non-musulmans n'ont pas le droit de pratiquer leur religion à cet endroit au mépris le plus complet de la liberté de culte et de celle d'aller et de venir en démocratie.

Cette bienveillance à l'égard des Palestiniens structure tout le rapport. D'où la troisième assertion : les Israéliens sont coupables.

Troisième assertion : les Israéliens sont coupables

En dépit des déclarations de Goldstone précitées sur le caractère factuel de la mission confiée, le rapport se conclut par une condamnation sans appel d'Israël. Il

faut lire et relire les passages compris entre le point 1676 à 1692 qui ne sont rien d'autres que l'affirmation sans discussion possible de la culpabilité israélienne de plusieurs crimes, accusations que l'on discutera par la suite.

De ce passage d'une rare violence, on retiendra les deux extraits suivants :

– point 1682 : *The Mission recognizes that the principal focus in the aftermath of military operations will often be on the people who have been killed – more than 1400 in just three weeks. This is rightly so. [La Mission estime que le principal problème des conséquences des opérations militaires concerne souvent le nombre de personnes tuées, plus de 1400 personnes en seulement trois semaines. C'est l'exacte réalité.]*

– point 1692 : *The Mission in no doubt that responsibility lies in the first place with those who designed, planned, ordered and oversaw the operations. [La Mission ne doute aucunement que la responsabilité revient en premier à ceux qui ont conçu, planifié, ordonné et supervisé les opérations]*

Bref, la Commission s'érige en toute impunité juge et partie et son jugement est sans appel. On se demande bien, dans ce contexte, à quoi peut servir un procès.

Et que Goldstone ne vienne pas nous dire qu'il a également tenu compte des milliers de roquettes qui se sont abattues sur le sud d'Israël. Là encore, il faut lire l'intégralité du texte pour comprendre que, quelle que soit la situation, Israël est coupable.

Coupable par exemple parce que l'alarme qui aurait dû alerter ses citoyens n'a pas fonctionné, ce qui a occasionné la blessure grave d'un médecin israélien³⁶.

Coupable, en dépit du désengagement de ne pas avoir fourni d'abris pour les Palestiniens Israéliens (sic)³⁷. Au passage, on aimerait bien savoir ce que recouvre cette réalité plusieurs fois mentionnée dans le rapport, à moins qu'une telle expression illustre la pensée profonde des auteurs du rapport : le respect des droits de l'homme ne prend sens que dans un Etat binational. L'auteur d'origine sud-africaine aurait ainsi délibérément ignoré que la base internationale de la solution du conflit repose sur le principe : deux peuples, deux Etats.

Coupable de réprimer les groupes et associations qui oseraient émettre un avis contraire sur la politique israélienne. Aux dernières nouvelles pourtant, le jour-

naliste Gidéon Levy, réputé pour la critique virulente de son pays, est toujours en liberté et tient une chronique hebdomadaire dans le supplément du week-end du journal israélien *Haaretz*.

Comparativement, le rapport se garde bien, entre autres choses :

– de rappeler que le Hamas est qualifié de mouvement terroriste par l’Union européenne, les Etats-Unis et le Canada pour ne citer qu’eux³⁸ ;

– de citer toutes les exactions du Hamas dans la Bande de Gaza. L’hypocrisie atteint un summum lorsque le rapport Goldstone cite le rapport que Human Rights Watch a consacré à ce sujet pour uniquement indiquer que les autorités gazaouites ont nommé des juges et des procureurs qui manquaient d’expérience³⁹ ;

– d’ignorer l’idéologie du Hamas au point d’écrire sans que cela ne suscite le moindre commentaire critique : *In response to questions by the Mission, on 29 July 2009, the Gaza authorities stated that they had “nothing to do, directly or indirectly, with al-Qassam or other resistance factions” and stated that they were able to exercise a degree of persuasion over the armed factions in relation to proposed cease-fires. While noting that the weaponry used by the armed factions was not accurate, the Gaza authorities discouraged the targeting of civilians*⁴⁰. [En réponse aux questions de la Mission, le 29 juillet 2009, les autorités de Gaza ont déclaré qu’elles “n’avaient rien à voir, directement ou indirectement, avec Al-Qassam ni avec les autres factions de la résistance” et qu’elles pouvaient exercer un certain degré d’influence sur les factions armées sur la question des cessez-le-feu négociés. Tout en notant que les armes utilisées par les factions armées n’étaient pas précises, les autorités de Gaza déconseillaient de cibler les civils.]

Avec de telles réponses, on mesure véritablement le degré de participation d’une partie des Palestiniens à la mission d’enquête en même temps que le travail d’investigation de la Commission. A moins que ses membres aient eu peur de poser des questions.

Le rapport donne plus de détails sur la répression menée par le Fatah dans la Bande de Gaza (points 1587 à 1622). On notera toutefois que :

– là encore, l’absence délibérée de réponse de l’Autorité Palestinienne (point 1587) ne suscite aucune critique ;

– la commission est beaucoup moins catégorique dans sa façon de qualifier les faits en dépit pourtant d'un luxe de détails que lorsqu'elle appréhende les reproches adressés à Israël – *From the information available to it, the Mission finds that there are features of the repressive measures against actual or perceived Hamas affiliates and supporters in the West Bank that would constitute violations of international law* [A partir des informations disponibles sur cette question, la Mission estime qu'il s'agit de mesures répressives caractérisées à l'encontre de membres et de partisans véritables ou supposés du Hamas en Cisjordanie, ce qui constitue une violation du droit international], (point 1617). On peut également relever un art inouï de la périphrase pour éviter de qualifier l'Autorité Palestinienne de dictature⁴¹.

Dans ce cadre, nous pouvons conclure que le rapport est indiscutablement biaisé. Et encore, nous épargnerons au lecteur les innombrables commentaires laudateurs du rapport Goldstone sur le comportement exemplaire des Palestiniens.

Tous les arguments avancés par Goldstone pour défendre son rapport s'effondrent donc après une lecture attentive du texte. Aussi, il faut comprendre ce rapport comme une tentative hallucinée d'imposer une conception délirante des droits de l'homme de façon à justifier par n'importe quel moyen une condamnation de l'Etat d'Israël.

D'où l'intérêt d'étudier à présent le cadre d'analyse du rapport Goldstone.

Le cadre d'analyse du rapport Goldstone

On pourrait facilement se contenter d'accuser le rapport Goldstone d'être un nouveau libelle antisémite – ou plus sobrement une nouvelle manifestation de la propagande palestinienne. Ce serait cependant ignorer sa logique intrinsèque.

Le rapport Goldstone essaie de fonder sa légitimité sur une référence constante au droit international humanitaire au titre duquel on trouve les droits de l'homme et le statut de la Cour pénale internationale. L'enjeu n'est pas mince car les incriminations avancées relèvent de la compétence de cette juridiction. En outre, comme le précise l'article 21.3 du statut, *l'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus*. Les droits de l'homme sont ainsi érigés en standard d'appréciation des comportements et les infractions sont, dans cette perspective, les comportements les plus répréhensibles au regard de l'obligation

des Etats de respecter les droits universellement reconnus. On comprend mieux ainsi la difficulté de s'opposer aux conclusions du rapport sans subir un procès d'intention quant aux droits des victimes.

Pour autant, toute l'accusation ne prend véritablement sens qu'en raison des ambiguïtés qui fondent la référence aux droits de l'homme et de l'interprétation problématique retenue des règles applicables en cas de conflits.

La référence ambiguë aux droits de l'homme

Trois grands textes définissent les droits de l'homme sur le plan international :

- la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 ;
- le Pacte international des droits civils et politiques de 1966 ;
- le Pacte international des droits économiques et sociaux de 1966.

Le rapport Goldstone cite abondamment ces trois textes pour en permanence pointer les atteintes aux droits de l'homme commises par l'Etat d'Israël et, sous toutes réserves, celles qu'auraient pu commettre les Palestiniens. Il part du principe que ces textes sont de droit positif, c'est-à-dire qu'il est possible sur leur fondement d'envisager des actions en réparation en raison des atteintes que les droits des individus peuvent avoir subi.

Si seulement les choses étaient aussi simples ; si seulement il suffisait qu'un texte soit ratifié et définisse des droits pour qu'il devienne une norme applicable ! Il est dramatique de constater une telle simplification pour aboutir au résultat souhaité : la condamnation d'Israël. Ni le contenu des textes, ni leur portée ne permet pourtant d'aboutir à un tel résultat.

Le Rapport Goldstone dénature le contenu des textes internationaux relatifs aux droits de l'Homme

Les différents textes précités utilisent des termes dont la portée doit être précisée.

Qui dit droit, dit en effet interprétation. Qui dit droit international dit interprétation de termes qui n'ont pas forcément le même sens selon les Etats. Pour éviter ces débats, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et

des libertés fondamentales chargée d'interpréter la Convention du même nom a développé l'idée que les notions utilisées bénéficient d'une interprétation autonome. Autrement dit, l'interprétation donnée aux différents mots peut différer radicalement de celle présente dans le droit interne des pays signataires ; l'interprétation donnée vaut dans tous les pays signataires de la Convention européenne. Se dégage ainsi progressivement un droit commun aux différents pays signataires.

Il n'en va pas de même sur le plan international.

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies ; en tant que simple résolution, elle ne lie pas les Etats et ne produit donc pas d'effets dans l'ordre juridique interne⁴². C'est pourquoi, cette Déclaration doit nécessairement être complétée par d'autres textes, point dont étaient parfaitement conscients les rédacteurs de ce texte puisque, le jour même où cette Assemblée proclamait la Déclaration, elle a chargé la Commission des droits de l'homme de rédiger un pacte pour rendre effectives les règles qu'énonce ladite Déclaration.

S'agissant du pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, il n'y a pas d'interprétation unifiée faute d'organe compétent en la matière. Plus encore, les termes utilisés sont loin de faire l'objet d'une acceptation uniforme au sein des différents signataires. Certes, il est prévu à l'article 17 du Pacte international relatif aux droits économiques culturels et sociaux que *Les Etats parties au présent Pacte présentent leurs rapports par étapes, selon un programme qu'établira le Conseil économique et social dans un délai d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Pacte, après avoir consulté les Etats Parties et les institutions spécialisées intéressées*. Pour autant, les articles 18 et 19 définissent pour leur part le rôle du Comité économique et social avec une faible portée normative – *le Conseil économique et social pourra conclure des arrangements avec les institutions spécialisées... Le Conseil économique et social peut renvoyer à la Commission des droits de l'homme aux fins d'étude et de recommandations d'ordre général ou pour information...*

Le pacte relatif aux droits civils et politiques est complété, quant à lui, par un Protocole facultatif en vertu duquel, conformément à son article premier, *le Comité des droits de l'homme a compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation, par cet Etat partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte*⁴³.

- Comme son nom l’indique, l’adhésion à ce protocole dépend de la volonté des Etats signataires du pacte relatif aux droits civils et politiques, ce qui signifie que celui-ci peut parfaitement rester lettre morte.
- Il n’existe pas de mécanisme équivalent pour les droits économiques et sociaux reconnus par le second pacte. L’instauration d’un protocole facultatif similaire à celui adopté en matière de droits civils et politiques est en discussion depuis 15 ans !

En dépit pourtant de ces dispositions, le rapport Goldstone estime, sur la base d’un avis non-contraignant pris par ce comité en 2003 et à partir d’une formulation extrêmement vague⁴⁴ qu’Israël doit continuer d’assurer le respect des droits de l’homme dans les territoires et à Gaza même après le désengagement ! Le passage mérite d’être reproduit *in extenso* : (point 302) *The first is the impact of the inauguration in 1995 of limited Palestinian self-government and the evacuation of the Gaza Strip by Israel in 2005 on Israel’s international obligations. United Nations human rights treaty bodies have continued to hold Israel responsible for implementing its human rights treaty obligations in the Occupied Palestinian Territory after the establishment of Palestinian self-government bodies. [Le premier est l’impact de l’avènement en 1995 d’un gouvernement palestinien d’autonomie limitée et de l’évacuation de la Bande de Gaza par Israël en 2005 en vertu de ses engagements internationaux. Les conventions des Nations Unies sur les droits de l’homme continuent à tenir Israël responsable de la mise en œuvre de ses obligations en la matière dans les territoires palestiniens occupés après la mise en place d’un gouvernement autonome palestinien.]*

La conclusion est une nouvelle fois sans appel : (point 1305) *The Mission is aware of the Government of Israel’s declaration of the Gaza Strip as a “hostile territory”. Again, for the Mission, such a declaration does not relieve Israel of its obligations towards the civilian population of the Gaza Strip under international humanitarian law. [La Mission est informée de la déclaration du gouvernement israélien selon laquelle la Bande de Gaza est un “territoire hostile”. Encore une fois, pour la Mission, une telle déclaration n’exonère pas Israël de ses obligations découlant du droit humanitaire international à l’égard de la population civile de la Bande de Gaza.]*

Fort de ces convictions, le rapport Goldstone ne s’embarrasse pas non plus à reproduire les formulations utilisées par ce Comité pour justifier son analyse. Là où les avis cités utilisent systématiquement le conditionnel – par exemple, point 1303 : *States parties should refrain* – en parfaite conformité avec les textes

qui fondent la compétence de ce comité, le rapport privilégie systématiquement à l'encontre d'Israël des tournures impératives – point 1306 : *the Mission stresses that Israel is bound to ensure supplies to meet the humanitarian needs of the population, to the fullest extent possible* (c'est nous qui soulignons). [*la Mission souligne qu'Israël est tenu d'assurer les livraisons nécessaires pour répondre aux besoins humanitaires de la population, dans l'acception la plus étendue possible.*]

Plus radicalement, aucune des autres sources que rapporte le rapport ne dispose d'un caractère contraignant. D'ailleurs, on notera le côté tautologique de l'argumentation puisque, au titre de ces autres sources, le rapport cite :

- l'avis de la Cour internationale de Justice sur la construction de la barrière de sécurité ;
- les procédures intentées par le Conseil des droits de l'homme, c'est-à-dire précisément l'organe qui a mandaté la Commission Goldstone⁴⁵.

Autrement dit, la Commission a simplement entériné ce que son mandant, la Commission des droits de l'homme, lui a demandé de chercher. Cet élément permet de comprendre les réticences d'Israël de participer à une telle enquête au fondement de laquelle le principe même du désengagement est vidé de sa substance sur la base de textes non-contraignants. Car, contrairement à ce que laisse penser le rapport Goldstone, ces textes ne définissent ni droits ni obligations et sont loin d'être admis universellement. Au mépris de ces réalités, le rapport crée des obligations à charge d'Israël sans tenir compte des textes et ignore le lien établi par les pays arabes entre droits de l'homme et anti-sionisme.

Le rapport Goldstone créé des obligations à charge d'Israël sans tenir compte des textes

Le problème est le suivant : quelle est la valeur normative des droits et des obligations contenus dans ces textes – en l'occurrence, la Déclaration universelle et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ? Ces textes peuvent-ils servir de fondement à d'éventuelles actions en justice intentées par les individus ?

Si on en croit Goldstone, cela ne fait aucun doute – 1298. *Access to adequate food, shelter and clothing, as part of an adequate standard of living, are human rights recognized in article 11 of the International Covenant on Economic, Social*

and Cultural Rights. The same instrument recognizes the rights to education and to the highest attainable standard of physical and mental health (art. 12)... All these human rights obligations are applicable to Israel with respect to its actions in the Gaza Strip since they apply also in situations of armed conflict. [L'accès à de la nourriture, à un refuge et à des vêtements convenables, en tant qu'éléments constitutifs d'un mode de vie acceptable, sont des droits de l'homme reconnus à l'article 11 de l'Accord sur les droits économiques, sociaux et culturels. Le même texte reconnaît le droit à l'éducation et au niveau le plus élevé possible de santé physique et mentale (art. 12)... Toutes ces obligations en matière de droits de l'homme sont à la charge d'Israël pour ce qui concerne ses actions dans la Bande de Gaza puisqu'elles s'appliquent aussi dans les situations de conflit armé.] D'où la nécessité de prévoir une indemnisation pour les Palestiniens en raison du préjudice subi.

La nature des textes comme la logique qui les anime sont cependant autant d'éléments qui illustrent la difficulté de faire respecter ses droits. Il est dramatique de devoir rappeler des choses aussi élémentaires à un juge de réputation internationale.

De la distinction entre pacte et traité

On remarquera tout d'abord que ces droits et obligations sont définis dans un pacte et non dans un traité ou une convention internationale. La différence sémantique entre pacte, traité et convention n'est pas neutre.

Les termes « traité » et « conventions internationales » sont synonymes et désignent des contrats entre Etats. Ces contrats sont régis par la Convention de Vienne de 1969 qui fait de la bonne foi une règle d'exécution de ces actes.

Par opposition, le terme « pacte » n'a pas de réelle portée si ce n'est symbolique. C'est par exemple un *pacte* et non un *contrat* que signe Faust avec le diable, comme si en utilisant ce terme plutôt que celui de *contrat* on voulait accentuer le risque extrême qui existe dans l'hypothèse où une des parties le romprait. C'est pourquoi, en matière de droit international, l'utilisation du terme de « pacte » par opposition à celui de « traité » renvoie généralement à une hypothèse où les parties signataires cherchent à éviter la guerre à l'image du pacte de non-prolifération nucléaire ou de l'expression pacte de non-agression.

Dans le cas présent, l'enjeu est clairement de signifier que la signature des Etats n'implique pas de conséquences juridiques. Les deux Pactes de 1966,

celui relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et celui relatif aux droits politiques ne sont rien d'autres que des instruments généraux dépourvus de toute contrainte, ce qui explique qu'ils soient massivement ratifiés.

S'agissant du pacte sur les droits politiques, il est d'ailleurs stipulé qu'il n'y a pas d'engagement de respect mais seulement un engagement à **prendre les mesures nécessaires** (art. 2 al. 2), ce qui tranche radicalement avec l'expression précitée utilisée par le rapport sur les obligations qui incombent à Israël à Gaza.

Comparativement, s'agissant du Pacte sur les droits économiques, la rédaction est légèrement plus contraignante : *Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives.*

2. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Mais, la suite du texte définit la méthode qui permet aux Etats de contourner leurs engagements. L'article 4 stipule en effet que *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'Etat conformément au présent Pacte, l'Etat ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique.*

En somme, il suffit d'adopter une disposition législative pour restreindre les droits reconnus par le Pacte. Certes, le pacte renvoie pour légitimer une telle restriction aux exigences que peut requérir la vie dans une société démocratique. Encore faudrait-il cependant, comme on le verra s'entendre sur la définition de la démocratie. Comme l'énonce le Comité économique et social, organe chargé de rendre compte du respect par les Etats de leur engagement, dans ses observations après avoir préalablement rappelé le lien entre pacte et démocratie (!) « *du point de vue des systèmes politiques ou économiques, le Pacte est neutre et l'on ne saurait valablement dire que ses principes reposent exclusivement sur la nécessité ou sur l'opportunité d'un système socialiste ou capitaliste, d'une économie mixte, plani-*

fiée ou libérale, ou d'une quelque autre conception ». Dans ce cadre, on comprendra que l'engagement des Etats à respecter les pactes est purement moral et ne saurait porter à conséquence. Il ne faut donc pas s'étonner que des pays comme la Libye ou la Syrie aient ratifié ce texte.

Tout ce que ces pays ont quand même réussi à introduire comme réserve à leur ratification concerne... Israël ! Ainsi, il est précisé que la ratification du Traité ne doit en aucun cas être interprétée comme une reconnaissance de l'existence de l'Etat d'Israël. Nous sommes donc en présence d'un acte international dans le cadre duquel est niée l'existence d'une des parties. A la limite, le principe de cohérence devrait les empêcher de voter au Conseil des droits de l'homme puisque ces pays ont clairement signifié qu'Israël n'existe pas pour eux.

La ratification n'entraîne donc pas de véritable contrôle et renvoie indirectement à la problématique de la possibilité même d'un droit dont l'effectivité serait garantie en l'absence de toute sanction.

On peut regretter l'état du droit positif et espérer qu'un jour un monde meilleur s'instaure. On ne peut cependant, conclure à l'atteinte aux droits fondamentaux sur des bases aussi peu solides.

Qui plus est, à supposer que l'on accepte le postulat de Goldstone, à savoir que la promulgation des textes proclamant les droits de l'homme fonde leur justiciabilité, le contenu de ces droits est loin d'être précis et ne peut en aucune manière créer d'obligations à charge d'Israël...

De la distinction entre droits-liberté et droits créances

La nature même des droits reconnus par le Pacte rend impossible leur satisfaction et ne peut donc servir de standard d'appréciation des comportements.

Pour discréditer ces droits en période de guerre froide, il était d'usage de les désigner sous l'appellation de droits-créances par opposition aux droits-libertés, selon la terminologie du philosophe R. Aron. Qui dit créances renvoie indirectement à l'idée de débiteur, c'est-à-dire à une personne susceptible d'exécuter l'obligation, en l'occurrence. Toute la critique de l'économiste F. V. Hayek repose sur le lien entre interventionnisme étatique et développement d'une organisation politique autoritaire, voire totalitaire – ce qu'il appelle « la route de la servitude ». On peut bien évidemment ne pas souscrire à une telle interpré-

tation. Là où en revanche il existe, à notre avis, une césure, c'est que, contrairement aux affirmations du Comité précitées, il est impossible de penser les droits de l'homme sans d'un côté les rattacher à une organisation politique – la démocratie – et à une organisation économique à mi-chemin entre le libéralisme et le capitalisme.

A présent que la guerre froide est finie, le problème reste cependant le même en raison de l'imprécision de la rédaction des textes définissant les dits-droits. Par exemple, en vertu de l'article 11 du pacte, il est stipulé que *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les Etats parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie.* Si l'Etat devient le débiteur de tels droits alors il doit nécessairement trouver des sources de financement qui risquent de porter atteinte à la propriété privée des individus ; si l'Etat estime être nullement concerné par ce genre de droits, alors il ignore délibérément les principes posés par les textes.

Dans ce cadre, la logique de la revendication des droits est sans limite. On en voudra pour preuve la description que donne le Comité économique et social des Nations Unies du droit à la santé (Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint : 11/08/2000⁴⁶). Selon cette instance, au titre de ce droit, il faut comprendre entre autres l'accessibilité, notion qui recouvre le principe de non-discrimination, l'accessibilité physique, économique mais également la qualité, – *les installations, biens et services en matière de santé doivent également être scientifiquement et médicalement appropriés et de bonne qualité, ce qui suppose, notamment, du personnel médical qualifié, des médicaments et du matériel hospitalier approuvés par les instances scientifiques et non périmés, un approvisionnement en eau salubre et potable et des moyens d'assainissement appropriés.* A ce stade, les revendications des individus comme leur transcription par les organes des Nations Unies témoignent d'une perpétuelle insatisfaction par opposition aux moyens financiers susceptibles d'atteindre un tel résultat.

Valider Goldstone revient donc à confondre les principes directeurs qui doivent guider les Etats et les droits que les individus peuvent invoquer. A la limite, pourquoi pas ? Mais, à s'en tenir à une telle logique, la reconnaissance des droits se révèle davantage formelle que réelle. D'ailleurs, rares sont les Etats démo-

cratiques qui se sont engagés sur cette voie car elle est pratiquement impossible à suivre⁴⁷ ! Sauf peut-être pour les Palestiniens⁴⁸, voire les victimes des autres conflits contemporains. A lire cependant les statistiques en matière de malnutrition, et en dépit de toutes les souffrances subies par le peuple palestinien que le rapport énumère complaisamment, on sera surpris d'apprendre que « seulement » 10 % des enfants palestiniens souffrent de malnutrition, ce qui représente un taux inférieur à celui existant dans un Etat comme Bahrein (12 %), l'un des Etats les plus riches de la région⁴⁹. On se demande bien sur quelle base il serait possible, au regard de ces chiffres, de définir une méthode d'indemnisation. Le débat est apparemment trop technique et n'est bien évidemment pas abordé par Goldstone.

On mesure ainsi à quel point le rapport Goldstone ignore délibérément le droit international au nom duquel il prétend agir. Sa consécration sur le plan international crée une véritable rupture car elle signifie que des droits dont la réalisation s'inscrit dans un processus long existent et peuvent être invoqués instantanément contre les Etats. Aucun Etat n'a validé une telle interprétation !

En outre, le rapport présuppose l'universalité des droits et leur acceptation par tous les Etats en raison de leur ratification, ce qui est là encore une erreur.

Le rapport Goldstone ignore la corrélation entre droits de l'homme et anti-sionisme dans les pays arabes

Il ne s'agit pas de reprendre la discussion sur l'universalité ou non des droits de l'homme mais seulement de constater qu'en l'état des textes, il est possible de concilier droits de l'homme et anti-sionisme.

Le rapport Goldstone ignore volontairement qu'à défaut d'être partie aux Pactes précités, l'Autorité Palestinienne a cependant ratifié le projet de Charte des droits de l'homme promulguée par la Ligue arabe supposé conforme à la Charia. Ce projet a été salué par l'ONU⁵⁰ et ratifié par la Jordanie, le Bahrein, la Libye, l'Algérie, les Emirats arabes unis, la Palestine, le Yémen. Or, cette charte contredit dans ses principes mêmes :

– l'idée d'universalité des droits en la matière puisque leur mise en œuvre dépendrait de la zone géographique, voire culturelle dans laquelle ils s'exercent ;

– l'idée que hommes et femmes sont égaux tant sur le plan politique que culturels et économiques ;

– l'idée que la consécration des droits de l'homme permet de dresser un rempart face à la loi de la majorité en démocratie – l'article 43 précise bien qu'en aucune manière, « *la présente Charte ne sera interprétée de façon à porter atteinte aux droits et aux libertés protégés par les lois internes des États parties ou énoncés dans les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme que les États parties ont adoptés ou ratifiés, y compris les droits de la femme, de l'enfant et des personnes appartenant à des minorités* ». Les droits de l'homme deviennent ici des règles conditionnées par les pouvoirs en place pour la simple raison que la religion met davantage l'accent sur les devoirs de l'individu que sur les droits.

En revanche, cette Charte valide l'idée que la lutte contre le sionisme est une partie intégrante des droits de l'homme – article 2 c) *Toutes les formes de racisme, le sionisme, l'occupation et la domination étrangères constituent une entrave à la dignité de l'homme et un obstacle majeur à l'exercice des droits fondamentaux des peuples ; il est impératif de condamner leur pratique sous toutes ses formes et de veiller à leur élimination*. Autrement dit, l'Autorité Palestinienne qui n'a pas compétence pour ratifier les Pactes émanant des Nations Unies dispose cependant de la capacité pour affirmer sur le plan international la nécessité d'éliminer le sionisme au titre des droits de l'homme.

On comprend mieux, dans ce cadre, l'insuffisance de la référence aux droits de l'homme. Goldstone peut toujours invoquer les dispositions onusiennes ; l'Autorité Palestinienne lui renvoie comme écho sa conception des droits de l'homme et sa contestation du sionisme.

Dans cette perspective, l'universalité des droits de l'homme se résume à sa souffrance, peu importe ici l'origine de celle-ci. Il n'est plus possible de distinguer entre les atteintes commises au sein des démocraties de celles présentes dans les Etats autoritaires en violation manifeste des principes du pacte qui renvoient expressément à la notion de société démocratique (art. 4 et 8). L'écho que donne Goldstone à cette conception que l'on trouvait jusqu'à maintenant principalement dans les travaux des Organisations Non Gouvernementales⁵¹ est telle qu'elle place n'importe quel Etat en porte-à-faux au regard du respect des conventions internationales. Il n'est en effet pas certain que les Etats qui ont ratifié les textes invoqués par Goldstone aient vraiment anticipé un tel renoncement

à leur souveraineté. Pour cette raison, le rejet du rapport Goldstone ne concerne pas uniquement Israël mais également l'ensemble des démocraties occidentales dont toutes les institutions peuvent être attaquées sur de telles bases⁵².

Car, à cette opération de dénaturation des textes internationaux s'ajoute en plus une extrapolation de la portée des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme.

Le Rapport Goldstone extrapole la portée des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme

Une extrapolation consiste, entre autres choses, à déduire des situations à partir d'éléments connus, au point, dans certains cas, de perdre tout contact avec la réalité. En l'occurrence, l'affirmation qui sous-tend le rapport Goldstone, à savoir la proclamation des droits légitimes, leur identification, heurtent de front la manière dont les Etats adhèrent au point de dissocier la reconnaissance des droits de l'homme de l'Etat dans lequel ils peuvent s'exercer et d'accorder une prééminence au droit à l'auto-détermination des peuples sur les autres droits.

L'interprétation des textes internationaux par le rapport Goldstone ignore le mode d'adhésion des Etats et fait la promotion de l'Etat bi-national

Il convient, là encore, de rappeler des distinctions fondamentales pour mesurer l'atteinte démesurée à la souveraineté de l'Etat d'Israël que promeut l'interprétation des textes par le rapport Goldstone.

LA DISTINCTION ENTRE SIGNATURE ET RATIFICATION

Qui dit pacte dit engagement, ce qui signifie que les Etats non signataires des différents pactes ne sont pas tenus par les dispositions qu'il contient. Du moins, pour reprendre la terminologie du droit international, tout dépend si l'Etat a signé le Pacte ou s'il l'a ratifié. S'il a signé le pacte, il a manifesté son intention de devenir partie au Pacte mais cela ne préjuge nullement de sa ratification par l'Etat et donc de son intégration dans son ordre interne. S'il a ratifié le Pacte, l'Etat s'est obligé à intégrer ce texte dans son ordre juridique. Il peut cependant parfaitement stipuler des réserves.

Cette procédure a automatiquement un impact sur la reconnaissance des droits puisque rien n'oblige un Etat à ratifier le pacte relatif aux droits civils et celui rela-

tif aux droits économiques. En cela, l'existence des textes n'implique nullement leur application au sein des Etats. Le caractère universel de la Déclaration des droits de l'homme n'exclut donc pas une application différenciée des règles par les différents Etats signataires.

Ce caractère universel n'exclut pas, non plus, que le mode d'intégration des droits dans les systèmes internes ne soit pas le même ; tout dépend du caractère moniste ou dualiste du système juridique dans lequel s'insère le Pacte.

LA DISTINCTION ENTRE UN SYSTÈME MONISTE ET UN SYSTÈME DUALISTE

L'effectivité des droits est fortement influencée par la nature du système juridique dans lequel s'insère la ratification.

Dans une présentation simplifiée, si le système juridique du pays est dualiste, alors le droit international public cohabite avec le droit interne sans que l'un prime sur l'autre. Concrètement, le Pacte ne rentre en vigueur qu'une fois qu'un texte de droit interne l'introduit dans la hiérarchie des normes, c'est-à-dire dans l'ordonnement juridique du pays. Si le système juridique du pays est moniste, alors le droit international fait automatiquement corps avec le droit interne dès l'étape de ratification en disposant par principe d'une force supérieure à la loi – reste le débat constant de l'éventuelle primauté de la Constitution sur le droit international, éventuelle primauté qui trouverait son fondement dans le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes reconnus par le Pacte.

L'enjeu est énorme pour les individus : dans un système dualiste, les textes internationaux ne peuvent pas être invoqués directement devant les juridictions internes ; dans un système moniste, l'unité entre les deux corps de règles internes et internationales permet que les règles internationales soient invoquées devant les juridictions internes. Autrement dit, les juges internes peuvent vérifier la compatibilité des textes nationaux avec le Pacte, ce qui théoriquement, assure plus facilement son effectivité et rend inutile l'émergence d'un organe de contrôle externe.

C'est pourquoi, même si le Pacte n'oblige pas formellement les Etats à incorporer ses dispositions dans la législation interne, une telle démarche est souhaitable. Une incorporation directe des dispositions du Pacte permet, en effet, d'éviter les problèmes que peut poser la transformation des obligations conventionnelles en dispositions de droit interne, et donne la possibilité aux personnes d'invoquer directement les droits recon-

nus dans le Pacte devant les tribunaux nationaux (Observation générale n° 9, adoptée, le 3 décembre 1998, par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels [13e session⁵³]).

Si on s'en tient à ses règles élémentaires alors les Pactes internationaux ne sont pas applicables à l'Autorité Palestinienne. Le rapport Goldstone ne recule cependant devant rien et va justifier leur application à l'Autorité Palestinienne de la façon suivante : *The Mission notes that the Palestinian Authority, through its public undertakings as well as those of the Palestine Liberation Organization (PLO) and the Palestinian Legislative Council, has declared its commitment to respect international human rights law in several instances, including in the context of international agreements. This commitment is also contained in the Palestinian Basic Law* [La mission note que l'Autorité Palestinienne, du fait de ses engagements publics ainsi que ceux de l'Organisation de libération de la Palestine (PLO) et du Conseil législatif palestinien, s'est engagée à respecter le droit international humanitaire dans diverses circonstances, dont celles découlant d'accords internationaux. Cet engagement est également contenu dans la Loi fondamentale palestinienne.] (point 306). Il n'y a ici ni adhésion, ni ratification mais simplement une déclaration d'intention. A la limite, ce n'est plus comme dans la perspective classique, les droits de l'homme contre l'Etat mais les droits de l'homme sans l'Etat⁵⁴ !

Or, c'est un contresens total. Les pactes reconnaissent des droits aux individus par l'intermédiaire des Etats et non en tant que tels. Le principe n'est pas que l'individu dispose de droits mais que l'Etat les lui reconnaisse. Cela a deux conséquences :

- la portée du texte ne peut être équivalente à celle d'un texte comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dont la rédaction, au contraire, commence dans la majorité des articles par l'expression « *toute personne a droit* » ;
- la portée du texte dépend de la précision de l'engagement de l'Etat.

L'interprétation des droits retenue par Goldstone disjoint ceux-ci de l'Etat et en même temps de la citoyenneté. On trouve dans son expression la plus forte toute l'ambiguïté de la Déclaration universelle et par là même des pactes qui l'accompagne : c'est un raisonnement détaché de la citoyenneté, par opposition à la Déclaration de 1789 dont le titre exact est Déclaration des droits de l'homme

et du citoyen. Ainsi, en vertu de l'article 2. 2 du Pacte, *les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* Si l'homme est détaché de la citoyenneté, il évolue sans nationalité. En d'autres termes, le pacte sur le fondement de la Déclaration universelle déterritorialise l'individu étant sous entendu qu'en raison du principe de non-discrimination maintes fois rappelé, l'absence de nationalité n'est pas censée avoir d'impact sur ses droits. Sur ce fondement, la politique israélienne devient bien évidemment impossible à soutenir en ce qu'elle discrimine par nature les Palestiniens. En somme, peu importe le caractère moniste ou dualiste de l'Etat d'Israël ; peu importe l'absence d'Etat pour les Palestiniens, le raisonnement suivi n'est rien d'autre que la version juridique de l'Etat bi-national.

Dans ce cadre, le droit à l'auto-détermination des peuples prend une proportion inédite et singulièrement dangereuse.

L'interprétation du droit à l'auto-détermination des peuples par le rapport Goldstone rend illégitime toute action d'Israël à l'encontre des Palestiniens

Nous reproduisons le passage *in extensor* : *The right to self-determination has an erga omnes character whereby all States have the duty to promote its realization* (c'est nous qui soulignons). *This is also recognized by the United Nations General Assembly, which has declared that peoples who resist forcible action depriving them of their right to self-determination have the right to seek and receive support from third parties. Those who take action amounting to military force must comply with IHL [Le droit à l'autodétermination a un caractère « erga omnes » en vertu duquel tous les états ont le devoir de favoriser sa réalisation. Cette obligation est reconnue par l'Assemblée générale des Nations unies qui a déclaré que les peuples qui s'opposent à une utilisation de la force qui vise à les priver de leur droit à l'autodétermination ont le droit de rechercher et de recevoir l'appui de tiers. Ceux qui prennent des actions comparables à une intervention armée doivent se conformer à la loi humanitaire internationale.]* (point 269).

Autrement dit, Israël est dans l'obligation de faciliter l'accession à l'indépendance des Palestiniens. On se demande bien dans ce contexte à quoi peuvent servir les négociations entre les deux parties compte tenu de la nature de cette obligation. Le problème dans cette perspective n'est même plus la légitime défense puisque

toute action d'Israël à l'encontre des Palestiniens s'interprète comme une violation du droit international humanitaire.

Au passage, alors même que le rapport cite à plusieurs reprises la loi palestinienne fondamentale, ses auteurs se gardent bien d'indiquer que le Préambule de ce texte énonce en premier lieu le droit au retour et non le droit à l'auto-détermination. Quant au texte, il proclame l'Islam religion en Palestine au mépris des réalités actuelles.

Et là encore, on mesure le caractère dévastateur de l'interprétation retenue par le rapport Goldstone : rien n'empêche d'estimer en effet que la France porte atteinte à l'auto-détermination des Corses ou des Kanaks, de la même façon que les Espagnols empêchent les Basques d'accéder à l'autonomie. Dès lors, rien n'empêche d'envisager la répression des mouvements indépendantistes comme des crimes de guerre. Sans compter, bien évidemment, que l'atteinte aux droits des individus qui n'ont pu pratiquer leur langue par exemple, doit également être indemnisée.

En somme, Israël est coupable par son existence d'entraver le mouvement national palestinien ; Israël reste responsable du respect des droits en dépit des accords existants sur l'autonomie palestinienne ou du désengagement. Par extension, Goldstone change radicalement la conception de la souveraineté étatique consacrée jusqu'à présent sur le plan international pour lui substituer le despotisme éclairé du juge.

Le débat ne peut donc se limiter aux seules accusations proférées par le rapport Goldstone et doit légitimement porter sur la fonction de la justice internationale surtout à partir du moment où celle-ci peut être amenée à prononcer des sanctions pénales⁵⁵. D'où l'intérêt à présent de se pencher sur l'interprétation que le rapport Goldstone donne des règles applicables en cas de conflit.

L'interprétation problématique des règles applicables en cas de conflit

Le rapport Goldstone ne se contente pas de renouveler complètement l'interprétation des textes relatifs aux droits de l'homme ; il redessine également le cadre légal des opérations militaires au point de proposer une conception archaïque du terrorisme pour qualifier Israël d'Etat terroriste et une conception restrictive de la légitime défense de façon à démontrer plus facilement la commission de

crimes de guerre. Tout cela est sous-tendu par une négation de la spécificité des règles applicables en cas de conflits.

Par voie de conséquence, le rapport Goldstone ne retient que les interprétations des textes étudiés qui vont dans son sens édulcorant ainsi toute discussion sur le caractère inédit de la situation.

Une conception archaïque du terrorisme pour qualifier Israël d'État terroriste

Les règles de conflit, que celui-ci présente un caractère international ou non, sont à bien des égards mais avec quelques nuances très semblables si ce n'est que, contrairement aux présupposés qui animent le rapport Goldstone, la répression de leur violation devant la Cour pénale internationale n'est pas la même. Ces règles donnent une définition ambivalente du terrorisme que le rapport Goldstone ne se prive pas d'exploiter pour éviter de qualifier le Hamas de mouvement terroriste.

L'interdiction du terrorisme est visée expressément par l'article 33 de la IV^e Convention de Genève. En vertu de cet article, *Aucune personne protégée ne peut être punie pour une infraction qu'elle n'a pas commise personnellement. Les peines collectives, de même que toute mesure d'intimidation ou de terrorisme, sont interdites.* Le commentaire précise : *Lors des conflits passés, la pratique des peines collectives a visé moins à la répression qu'à la prévention d'attentats ; en recourant à des mesures d'intimidation destinées à terroriser les populations, les belligérants espéraient empêcher des attentats. Contrairement à l'effet souhaité, de telles pratiques ont, par leur caractère de sévérité excessive et leur cruauté, entretenu la haine et renforcé l'esprit de résistance. Elles frappent sans discrimination coupables et innocents. Elles sont en opposition avec tous les principes fondés sur des considérations d'humanité et de justice, et c'est pourquoi l'interdiction des peines collectives est formellement complétée par l'interdiction de toute mesure d'intimidation et de terrorisme à l'égard des personnes protégées, quel que soit le lieu où elles se trouvent.*

Autrement dit, la définition du terrorisme retenue ici n'a pas grand-chose à voir avec la perception habituelle qui appréhende ce phénomène comme un acte délibéré visant à tuer un maximum de personnes. Il s'agit d'éviter des mesures de répression collective qui auraient pour finalité d'empêcher un acte terroriste. Ce postulat a un corollaire : l'État victime d'attentats terroristes n'a d'autres solutions que d'essayer de punir individuellement les auteurs de tels actes. Et

encore. D'un strict point de vue légaliste, il faut qu'il réussisse à les identifier précisément et ne peut physiquement s'en prendre à eux qu'au moment où ils tirent leurs roquettes, faute de quoi il y a assassinat.

Le rapport Goldstone va pousser cette logique jusqu'au bout pour estimer qu'Israël a violé l'article 33 de cette convention. Il y a ici un renversement des perspectives saisissant qui n'a d'autre utilité que de légitimer l'action du Hamas puisque le terrorisme n'est pas réprimé en tant que tel dans les statuts de la Cour pénale internationale. Aussi, sur les 10 renvois du rapport à cet article de la Convention de Genève, 9 sont consacrés à l'examen des actions d'Israël. Le rapport évite toutefois de se prononcer sur le point central qui permet de parler de terrorisme, à savoir que les mesures frappent indistinctement coupables et innocents. Il en arrive à faire passer le système judiciaire israélien pour une zone d'arbitraire à côté de laquelle la justice rendue dans les territoires ou à Gaza apparaît nettement plus performante.

En revanche, et c'est parfaitement cohérent compte tenu de la conception retenue par le rapport du droit à l'auto-détermination des peuples, Goldstone évite bien de désigner le Hamas comme un mouvement terroriste. Il réussit même à renverser les accusations traditionnelles avancées à l'encontre du Hamas pour estimer qu'Israël a utilisé des boucliers humains (points n°1095 et 1096⁵⁶) D'où le dénigrement des qualificatifs qu'emploie la Cour israélienne pour désigner le Hamas comme mouvement terroriste – point n° 282 : *The Israeli Supreme Court has seen the confrontation between Israeli armed forces and what it calls “terrorist organizations” active in the Occupied Palestinian Territory as an international armed conflict on two grounds : the existing context of the occupation and the cross-border nature of the confrontation. [La Cour Suprême israélienne a qualifié la confrontation entre les forces armées israéliennes et ce qu'elle appelle des “organisations terroristes” actives dans les territoires palestiniens occupés comme un conflit armé international pour deux raisons : le contexte de l'occupation et la nature transfrontalière de la confrontation.]*

Cette approche est cependant singulièrement biaisée ; elle ne tient pas compte des multiples condamnations des pratiques terroristes par les Nations Unies. On rappellera ici trois textes :

– la résolution 49/60 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1994, dans laquelle, entre autres dispositions, « les États Membres de l'Organisation des Nations Unies réaffirment solennellement leur condamnation catégorique, comme cri-

minels et injustifiables, de tous les actes, méthodes et pratiques terroristes, où qu'ils se produisent et quels qu'en soient les auteurs, notamment ceux qui compromettent les relations amicales entre les États et les peuples et menacent l'intégrité territoriale et la sécurité des États »,

– la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif de New York du 15 décembre 1997 qui définit le terrorisme de la façon suivante : *toute personne qui illicitement et intentionnellement livre, pose, ou fait exploser ou détonner un engin explosif ou autre engin meurtrier dans ou contre un lieu public, une installation gouvernementale ou une autre installation publique, un système de transport public ou une infrastructure :*

a) Dans l'intention de provoquer la mort ou des dommages corporels graves ; ou

b) Dans l'intention de causer des destructions massives de ce lieu, de cette installation, de ce système ou de cette infrastructure, lorsque ces destructions entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables.

Il était par ailleurs précisé dans le préambule de cette convention que la Déclaration invite les États « à examiner d'urgence la portée des dispositions juridiques internationales en vigueur qui concernent la prévention, la répression et l'élimination du terrorisme sous toutes ses formes et manifestations, afin de s'assurer qu'il existe un cadre juridique général couvrant tous les aspects de la question ».

Ce texte postérieur à la convention de Genève oblige les Etats parties à réprimer de tels comportements de façon également à faciliter la répression internationale du terrorisme. Il sera d'ailleurs suivi d'une convention visant, cette fois, à réprimer le financement du terrorisme.

– La résolution (1368) du Conseil de sécurité des Nations unies adoptée le 12 septembre 2001 reconnaît « le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective » dès lors que la paix et la sécurité internationales sont menacées par des actes terroristes. Cette résolution adoptée après les attentats du 11 septembre 2001 a appelé la communauté internationale à combattre cette forme de terrorisme perpétrée par des groupes organisés dans la mesure où l'ampleur et les effets de l'attaque sont d'une importance similaire à ceux qu'aurait obtenu une armée régulière.

Or, si on s'en tient cette fois à ces textes, Israël est en droit de lutter contre le ter-

rorisme et la communauté internationale est consciente que les règles en vigueur ne permettent pas de mener cette lutte efficacement.

Faute de prendre parti sur ce débat ni même de l'évoquer, Goldstone adopte la thèse défendue par nombre de pays arabes et formulées dans la convention sur ce sujet déposée par la Ligue arabe en vertu de quoi :

– le Hamas n'est pas un mouvement terroriste ;

– le Hamas ne commet pas d'attentat terroriste mais œuvre uniquement pour son droit à l'auto-détermination. Le rapport ne condamne jamais expressément le Hamas même lorsqu'il évoque et critique les tirs de roquettes sur Israël – il préfère parler de groupes palestiniens armés (point 1748), ce qui rend impossible l'identification d'une quelconque chaîne de commandement. Bref, il n'y a pas d'organisation terroriste mais uniquement des actes dont l'analyse est radicalement différente selon que l'on raisonne à partir de la Convention de Genève ou des traités de l'ONU.

En parallèle, le rapport consacre une conception restrictive de la légitime défense pour plus facilement démontrer l'existence de crimes de guerre.

Une conception restrictive de la légitime défense pour accuser Israël de crime de guerre

La critique rémanente de l'intervention israélienne à Gaza repose sur le supposé caractère disproportionné de la riposte de l'Etat d'Israël face aux tirs de roquettes. Nous voudrions donc exposer ce principe pour ensuite montrer comment le rapport Goldstone va faire abstraction du débat sur la portée de la proportionnalité en ignorant délibérément le principe de légitime défense.

Comment le droit international définit le principe de proportionnalité en cas de légitime défense

Il n'y a pas à proprement dit de définition du principe de proportionnalité en droit international humanitaire. Tout au plus peut-on dégager de l'article 51 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) des indices

qui permettront d'identifier une attaque disproportionnée : « Seront, entre autres, considérés comme effectués sans discrimination les types d'attaques suivants : a) les attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil ; b) les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ».

Tout dépend donc, pour reprendre cette fois, le versant pénal de cet article tel qu'exposé par le Statut de Rome de la Cour internationale de Justice du 17 juillet 1998 du lien entre l'attaque et l'avantage militaire anticipé – « *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* » (art. 8 b. IV relatif aux crimes de guerre).

C'est donc compte tenu de ces deux textes que s'apprécie une action militaire pour, à partir de ses caractéristiques, identifier ou non un crime de guerre.

Il ne faut cependant pas s'y tromper : l'idée de ne pas infliger de dommages "excessifs" inhérente au principe de proportionnalité tel que formulé précédemment n'exclut pas que des dommages puissent être causés aux civils au cours d'une opération militaire légitime. Cette vision des choses ressort parfaitement de nombreux ouvrages militaires qui participent à la codification du droit international humanitaire. Par exemple, l'ancien directeur des services juridiques de l'armée britannique, le Général Rogers, précise : « *Bien qu'ils ne soient pas des objectifs militaires, les civils sont soumis aux dangers généraux de la guerre dans la mesure où des attaques sur des personnels ou des objectifs militaires peuvent causer des dommages incidents. Il n'est pas toujours possible de limiter les effets (de l'attaque) à l'objectif qui doit être attaqué. Il peut arriver qu'une arme ne fonctionne pas bien ou qu'un objectif civil soit attaqué par erreur du fait de mauvaises informations. De même, des civils travaillant sur des sites militaires, bien que n'étant pas eux-mêmes des cibles légitimes, sont en danger si ces objectifs sont attaqués. Les militaires ne sont pas responsables pour de tels dommages accidentels dans la mesure où*

*ils sont proportionnels au gain militaire attendu de l'attaque*⁵⁷. Bref, comme tout principe directeur, la pondération entre les intérêts en présence empêche toute accusation unilatérale.

Dans ce cadre, le principe de proportionnalité peut être analysé selon trois perspectives : celle des civils avec l'obligation de trouver un équilibre entre les objectifs militaires et les dommages aux civils ; celles de la partie attaquante qui a pour obligation de prendre toutes les précautions possibles pour minimiser les dommages aux civils ; enfin, celle de la partie contrôlant un territoire qui a l'obligation de prendre toutes les précautions possibles pour minimiser les dommages aux civils

L'obligation de trouver un équilibre entre les objectifs militaires et les dommages aux civils

L'évaluation du dommage excessif à des civils comparé à l'avantage militaire qui en résulte impose de prendre en compte deux ensembles très différents de valeurs et d'objectifs, dans un contexte où les choix ont des implications sur des vies humaines. Au titre des vies humaines, les Etats doivent en effet tenter de protéger aussi bien la vie de leurs civils et de leurs soldats mais également, d'éviter les pertes accidentelles civiles humaines et matérielles.

Le Comité chargé d'examiner la campagne de bombardements de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie a parfaitement rendu compte de cette difficulté : *« le problème principal avec le principe de proportionnalité n'est pas s'il existe ou non mais ce qu'il signifie et comment il peut être appliqué. La plupart des applications du principe ne sont pas facile à déterminer. Il est plus simple à formuler qu'à appliquer à une situation particulière car la comparaison est souvent entre des quantités et des valeurs qui ne sont pas comparables*⁵⁸ ». Autrement dit, l'analyse doit, pour reprendre la terminologie juridique, s'effectuer *in concreto* et non *in abstracto*.

Par voie de conséquence, il ne s'agit pas de juger avec un regard extérieur mais d'évaluer la situation du point de vue d'un "commandant militaire raisonnable" et des informations qu'il possède au moment de l'attaque. Nous sommes en présence d'un standard similaire par exemple en droit des contrats à celui du bon père de famille. Aussi, la logique même de ce mode d'appréciation n'exclut pas que différents soldats confrontés à la même situation puissent effectuer des choix différents. Le procureur dans son rapport précité a tenu à ce sujet

des propos cinglants : *“il est improbable qu’un avocat spécialiste des droits de l’homme et un combattant militaire expérimenté attribuent la même valeur à un avantage militaire et aux dommages aux civils. De plus, il est improbable que des combattants militaires venant de différents horizons et ayant des expériences militaires différentes aient les mêmes opinions sur des cas similaires. L’appréciation de valeurs relatives doit se faire du point de vue du “commandant militaire raisonnable”⁵⁹”*. Dans ce cadre, l’appréciation de la culpabilité d’une personne dépend de la façon dont elle a traité les informations dont elle disposait au moment des faits.

Pour cela, il est nécessaire de se poser deux questions :

- est-ce que le commandant militaire a rempli son obligation de s’informer compte tenu des circonstances, ce qui conduit à examiner les sources d’information et de renseignement sur lesquelles il a fondé sa décision ?
- “un commandant raisonnable” serait-il arrivé aux mêmes conclusions ?

En aucune manière, on ne peut donc déduire une quelconque culpabilité de la simple collecte de faits.

Plus encore, l’avantage militaire recherché doit être considéré du point de vue global de la mission à l’origine du dommage. A ce titre, il peut légitimement inclure la nécessité de neutraliser les armes de l’adversaire et ses munitions, démanteler des infrastructures militaires ou terroristes ou protéger les forces armées attaquantes elles-mêmes. Ce n’est donc pas parce qu’une attaque a causé des victimes qu’il faut nécessairement rechercher un coupable ; c’est en revanche parce que « le commandant » a agi de façon déraisonnable : il savait que, par son comportement, le nombre de victimes civiles serait tellement important au regard de l’objectif visé que l’on peut se demander si, finalement, il n’a pas délibérément visé les civils. Comme l’explique un auteur à partir de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, *the principle of the proportionality of legitimate defense could be taken to mean that the degree of force used in self-defense must be commensurate with the end to be achieved—the restoration of the rights violated as the result of an armed attack. This means that force must be “strictly necessary” in any situation and “directed” at the removal of the violation and the restoration of the violated rights*⁶⁰. [le principe de proportionnalité en matière de légitime défense devrait signifier que le niveau de force déployé au cours du processus d’autodéfense doit être proportionné à l’objectif à réaliser, la restauration de droits

violés à la suite à une attaque armée. Cela signifie que la force doit être “strictement nécessaire” dans toutes les situations, et “avoir pour objectif » de mettre fin à la violation et de rétablir la situation antérieure.] Or, si on s’en tient à cette perspective, à partir du moment où il n’y a quasiment plus de roquettes qui tombent sur Israël, il est difficile de soutenir que la riposte a été disproportionnée.

C’est ce raisonnement pourtant fondamental dont se dispense une approche comme celle retenue par Goldstone à la suite des réactions médiatiques qui ne tient compte que du déséquilibre des forces en présence pour apprécier le degré de culpabilité des parties en présence.

L’obligation pour la partie qui attaque de prendre toutes les précautions possibles pour minimiser les dommages aux civils

C’est le corollaire de l’obligation énoncée précédemment : comme l’armée se doit d’éviter les attaques qui pourraient causer des dommages disproportionnés aux civils pour obtenir des avantages militaires, elle doit également prendre les mesures nécessaires pour limiter les pertes civiles.

Cela se traduit de deux manières :

- l’attaquant doit « *faire tout son possible pour vérifier que les objectifs visés sont de nature militaire* » ;
- l’attaquant doit « *prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d’attaque en vue d’éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile*⁶¹ ».

Concrètement, l’attaquant doit prévenir à l’avance les populations potentiellement en danger, sauf si les circonstances ne le permettent pas.

Là encore, on ne s’étonnera pas de constater que les mesures de précaution à l’encontre des populations sont évaluées en termes pragmatiques. Ainsi, par exemple, les Etats-Unis dont la position est rapportée par la Croix Rouge considèrent que « *les mesures pour limiter les dommages aux civils et à leurs biens ne peuvent être prises que si les nécessités militaires le permettent, selon les circonstances qui prévalent à ce moment-là*⁶² ». Le manuel d’instruction de la Marine américaine toujours rapporté par la Croix Rouge est encore plus ferme sur ce point : « *quand les circonstances le permettent, les civils devraient être prévenus des attaques qui peu-*

vent les mettre en danger. De telles alertes ne sont pas une obligation si le résultat de la mission repose sur l'effet de surprise ou si cela doit mettre en danger la sécurité des forces qui attaquent⁶³ ».

A titre d'illustration, on notera que pendant la Guerre du Golfe en 1991, les forces américaines ont considéré que l'alerte aux civils n'a pas besoin d'être spécifique. Il peut s'agir d'une alerte globale « *donnée par des tracts et/ou la radio avertissant la population civile d'une nation ennemie de ne pas se trouver à proximité d'objectifs militaires⁶⁴* ». Il est intéressant ici de reprendre l'analyse de cette pratique par le Comité International de la Croix-Rouge : les alertes américaines aux bombardements sont souvent données en termes génériques par exemple, en avertissant les civils d'éviter les usines qui participent à l'effort de guerre, ceci afin de ne pas donner d'indication aux forces aériennes ennemies d'une attaque imminente sur un objectif spécifique⁶⁵ – autrement dit, le conflit ne saurait se dérouler au détriment des forces armées du pays qui attaque.

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la commission d'enquête sur les bombardements de l'OTAN dans l'ancienne Yougoslavie ait indiqué que « *l'obligation de faire existant en la matière n'est pas absolue. Le commandant et les forces aériennes engagées dans les opérations possèdent une certaine marge de manoeuvre, qu'il détermine de façon discrétionnaire pour évaluer le choix des ressources et leur modalités d'utilisation⁶⁶* ». Bref, encore et toujours, comme l'énonce le Protocole additionnel I précité, l'obligation de prévenir les populations civiles des attaques doit être appréciée au regard des circonstances.

A s'en tenir uniquement à ces règles de conduite, la critique des conditions d'intervention de l'armée israélienne un samedi matin formulée par le rapport Goldstone n'a pas lieu d'être. On mesure ainsi le décalage entre les textes et les réactions médiatiques suscitées par l'intervention israélienne, sauf à pré-supposer encore et toujours la culpabilité d'Israël.

Cela ressort d'ailleurs parfaitement à travers l'exposé des obligations pour la partie qui contrôle un territoire de prendre toutes les précautions possibles pour minimiser les dommages causés aux civils.

L'obligation pour la partie qui contrôle un territoire de prendre toutes les précautions possibles pour minimiser les dommages causés aux civils

La règle est la suivante : les parties aux conflits doivent prendre les « *précautions*

*nécessaires pour protéger contre les dangers résultant des opérations militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité*⁶⁷ ». Pour cela, elles ne doivent pas placer des objectifs militaires à l'intérieur ou près d'une zone densément peuplée et doivent au contraire s'efforcer de déplacer les populations civiles et leurs biens qui se trouvent dans le voisinage des objectifs militaires. Placer des armes dans ou près d'habitations, d'écoles, de mosquées ou d'installations médicales ou encourager les civils à se rendre dans des zones qui constituent des cibles militaires potentielles constitue une violation du droit international de la guerre. Une telle tactique accroît inévitablement les dommages aux civils.

C'est pourquoi, toujours si on se fie aux principes codifiés, les combattants qui choisissent de se battre à partir d'immeubles civils sont responsables des dommages que subissent les civils car les attaques qu'ils mènent à partir de tels endroits rendent légitime une attaque contre eux⁶⁸.

Dans ce cadre juridique non cité par Goldstone, les opérations critiquées prennent bien évidemment une autre perspective.

Encore faut-il comprendre que, derrière cette façon biaisée de citer l'intégralité des sources du droit international humanitaire à la manière des Organisations Non Gouvernementales qui ont rendu des rapports sur le même thème, c'est ni plus ni moins le principe même de légitime défense de l'Etat d'Israël qui est visé.

Comment le rapport Goldstone ignore le droit à la légitime défense d'Israël

Le rapport ignore délibérément le principe de légitime défense.

Israël n'a eu de cesse d'estimer que son action était conforme au droit international compte tenu de son droit de légitime défense. Ce faisant, Israël a considéré que son action s'inscrivait dans le cadre fixé par l'article 51 de la Charte des Nations Unies en vertu duquel *Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la*

présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. Cet article est interprété comme permettant à un Etat de se défendre contre les attaques d'un autre Etat mais également contre celles d'une entité non étatique⁶⁹. Un groupe d'experts en droits internationaux a même établi que l'article 51 s'applique aussi aux attaques commises par des acteurs non étatiques si celles-ci ont été commises sur une grande échelle et si l'Etat qui a hébergé les terroristes est « incapable ou n'est pas désireux de s'en occuper »⁷⁰.

Le rapport Goldstone ne rentre pas dans ses considérations en dépit d'un cadre normatif censé inclure la Charte des Nations Unies (points n°15, 155). Comme par hasard, il ne cite que l'article 1^{er} relatif à l'auto-détermination des peuples (points n°269, 1639) et, au titre des références à la Charte, l'avis consultatif de la Cour de Justice internationale sur la nécessité pour Israël de démanteler la barrière de sécurité (points 1579, 1709). Le rapport n'évoque pas l'article 51 mais estime, de façon lapidaire que l'usage disproportionné de la force ne correspond pas à l'esprit de la Charte⁷¹.

Nous pensons, par l'exposé précédent de la diversité des sources sur la difficulté d'apprécier la proportionnalité en matière de combats, avoir montré le caractère excessif et infondé d'un tel propos.

Le problème est en fait nettement plus profond : contrairement aux multiples déclarations de Goldstone à ce sujet, le rapport dénie même à Israël le droit d'utiliser la force – *The State of Israel is therefore also failing to protect its own citizens by refusing to acknowledge the futility of resorting to violent means and military power* [L'Etat d'Israël n'a donc pas réussi non plus à protéger ses citoyens en refusant de reconnaître l'absurdité du recours à des moyens violents et à la force militaire] (point 1711). Le principe même de légitime défense n'est ni étudie ni invoqué pour rendre compte de l'action israélienne⁷². Nous sommes ici véritablement dans un dialogue de sourds en raison de l'unilatéralisme qui caractérise le rapport.

Il est vrai qu'en procédant de la sorte, le rapport ignore également que, selon l'ancien secrétaire des Nations Unies et indirectement dans le droit fil de la Convention relative à la répression du terrorisme, « Les menaces imminentes sont pleinement couvertes par l'Article 51 de la Charte, qui garantit le droit naturel de légitime défense de tout Etat souverain, dans le cas où il est l'objet d'une agression armée »⁷³. Faute de retenir une telle interprétation, l'Etat confronté à des attaques répétées

verrait son sort dépendre de l'intervention du Conseil de sécurité qui autoriserait ainsi l'Etat à réagir. Or, Israël s'est adressée à cette institution sans que cela ne donne le moindre résultat. A suivre Goldstone, Israël n'aurait cependant pas dû réagir et attendre tranquillement l'intervention du Conseil de sécurité. Il est vrai que, rappelons-le, Goldstone estime que l'action du Hamas est légitime et qu'Israël n'a vraiment rien compris en croyant pouvoir régler les problèmes posés par des roquettes tirées à l'aveugle grâce à la force.

Se produit ici un décalage entre la logique juridique qui anime le rapport Goldstone et la réalité nouvelle à laquelle les Etats sont confrontés. Comme l'écrit un auteur, avec le terrorisme, *plus de contrôle territorial, donc de responsabilité étatique claire, et pire encore, plus de frontière entre la guerre et la paix. Tout évolue dans une zone grise où le mot « crise » est certainement utilisé pour montrer l'implication des pouvoirs publics dans la lutte contre le terrorisme mais insuffisamment approfondi pour surmonter l'incapacité chronique du système pris par surprise à réagir. Il devient alors difficile de caractériser l'agression qui n'est plus nécessairement une attaque armée contre le territoire. Son fait générateur demeure certes l'acte illicite provenant d'une attaque armée ou de toute action assimilée à une attaque armée, y compris le soutien étatique à un groupe armé responsable ou à une révolution, même si l'Etat de soutien n'exerce pas un contrôle effectif sur les groupes armés. Mais les Etats ont montré une grande réserve quant à l'assimilation des actions terroristes à des attaques armées en tant qu'éléments constitutifs de la menace*⁷⁴. A s'inscrire dans une telle logique, le rapport réfute ainsi toute légitimité à une action contre un tir permanent de roquettes.

Pour résumer, on retiendra que :

- l'action du Hamas est conforme au droit international en raison du droit à l'auto-détermination ;
- l'action israélienne n'est pas conforme au droit international en ce qu'elle s'effectue en violation des procédures prévues à cet effet en dépit du fait que celles-ci soient restées lettre morte.

Une telle approche n'est cependant pas neutre : elle procède d'une conception maximaliste des droits de l'homme en vertu de laquelle le respect de ces droits ne peut fluctuer selon les périodes de paix ou de guerre.

Une négation de la spécificité des situations de conflit

S'il n'y a pas agression du Hamas alors il n'y a pas de conflits susceptibles d'entraîner des dérogations en matière de protection des droits de l'homme. La culpabilité d'Israël n'en ressort que davantage.

Le rapport précise qu'il est largement accepté que les traités relatifs aux droits de l'homme continuent de s'appliquer en cas de conflits armés⁷⁵. Bien évidemment, le rapport ne donne aucune référence doctrinale pour fonder une telle position qui, juridiquement, n'a strictement rien d'évident. A s'en tenir aux textes invoqués par Goldstone, l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce précisément la possibilité de dérogations en matière de respect des droits de l'homme en cas de danger public exceptionnel. Dès lors, de deux choses l'une : soit les tirs continus de roquettes ne constituent pas un danger de ce type ; soit l'Etat d'Israël est en droit de prévoir des mesures exceptionnelles au regard du caractère exceptionnel de la situation, ce qui néanmoins oblige à supposer qu'Israël reste responsable de la situation des gazaouites en dépit du désengagement⁷⁶.

Le rapport Goldstone évite encore une fois le débat en invoquant trois arguments pour le moins surprenants (points 229 et 230).

Premièrement, la distinction entre état d'urgence et situation normale ne vaudrait pas pour Israël sous prétexte que l'état d'urgence proclamé lors de la Déclaration d'Indépendance n'aurait jamais été abrogé. Cet argument ne vaut pas car il revient à confondre la dimension formelle du texte avec sa dimension matérielle. Toutes choses étant égales par ailleurs, ce n'est pas parce que le droit français contient des dispositions datant de l'époque de Vichy qu'il est possible de soutenir l'illégitimité de leur application. Plus largement, nombre de constitutions, à commencer par celle de la France prévoient des régimes dérogatoires en cas de circonstances exceptionnelles, situation visée par exemple à travers le régime de l'état d'urgence. Par ailleurs, tout un courant doctrinal soutient au contraire la nécessité de bien marquer la différence entre les situations de paix et de guerre afin d'éviter d'appauvrir la protection des droits de l'homme par le risque que représente l'hypothèse d'une référence purement formelle en cas de conflits.

Deuxièmement, le rapport Goldstone se réfugie derrière le constat que les réserves émises par Israël ne portent que sur l'article 9 et non sur l'article 4

du Pacte. Cet argument est également irrecevable. Ou alors il faut estimer que les réserves stipulées par les pays arabes qui conditionnent le respect du Pacte à sa conformité à la charia disposent d'une portée totale... au mépris des textes ! Dès lors, cet argument purement formel contredit la logique même du rapport.

Troisièmement, le rapport Goldstone estime légitime la référence aux droits de l'homme sous prétexte que, cette fois, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne prévoirait pas explicitement de dérogation expresse en matière de situations de crise. C'est là encore un contresens car ce pacte, postérieur au pacte relatif aux droits civils et politiques, n'a pas vocation à reprendre les règles générales contenues dans celui-ci. Qui plus est, à part dans la conception de Goldstone⁷⁷, aucun Etat ne se sent lié par les droits reconnus par le pacte relatif aux droits économiques, les consécutions jurisprudentielles en la matière étant tout bonnement exceptionnelles.

Dans ce cadre, l'affirmation ne peut prendre qu'une tournure péremptoire – *It is today commonly understood that human rights law would continue to apply as long as it is not modified or set aside by IHL. In any case, the general rule of human rights law does not lose its effectiveness and will remain in the background to inform the application and interpretation of the relevant humanitarian law rule* [Tout le monde comprend aujourd'hui que la législation sur les droits de l'homme doit continuer à s'appliquer aussi longtemps qu'elle ne sera pas modifiée ou révoquée par le droit humanitaire international. De toute façon, le droit international humanitaire ne perd rien de son effectivité ; il restera une référence pour rendre compte de l'application et de l'interprétation d'une loi humanitaire internationale pertinente.] (point 296). Il est vrai que Goldstone avance pour seule référence l'avis de la Cour Internationale de Justice sur – comme toujours – le démantèlement de la barrière de sécurité et écarte la position contradictoire exprimée dans l'avis sur la légalité et l'utilisation des armes nucléaires qui avait qualifié le droit international humanitaire de « *lex specialis* » – autrement dit de loi d'interprétation stricte dans les situations de guerre.

Pour bien mesurer la nouveauté radicale que cherche à introduire Goldstone en droit positif, nous citerons la position de l'avocat général auprès de la Cour de Justice des Communautés européennes reprise par cette juridiction : *Assurément, des circonstances exceptionnelles peuvent justifier des restrictions à la liberté individuelle inacceptables dans des conditions normales. Cependant, cela ne doit pas nous amener à indiquer qu'« il y a des cas où il faut mettre, pour un moment, un voile sur la*

liberté, comme l'on cache les statues des dieux ». Cela ne signifie pas non plus, comme le soutient le Royaume-Uni, que le contrôle juridictionnel dans ces affaires ne devrait être que « des plus marginaux ». Au contraire, lorsqu'il y a lieu de croire que les risques pour la sécurité publique sont d'une importance exceptionnelle, la pression pour adopter des mesures qui font fi des intérêts individuels, en particulier dans le cas de justiciables qui n'ont que peu ou pas accès au processus politique, est particulièrement forte. Par conséquent, dans de telles circonstances, les juridictions devraient remplir leur devoir de faire respecter la prééminence du droit avec une vigilance accrue. Les mêmes circonstances qui peuvent justifier des restrictions exceptionnelles aux droits fondamentaux exigent donc également des tribunaux qu'ils apprécient avec soin si ces restrictions vont au-delà de ce qui est nécessaire. Ainsi que je l'examinerai plus loin, la Cour doit vérifier si l'allégation de risques sécuritaires d'une importance exceptionnelle est étayée et elle doit s'assurer que les mesures adoptées assurent une mise en balance adéquate entre la nature du risque sécuritaire et la mesure dans laquelle ces mesures portent atteinte aux droits fondamentaux des justiciables⁷⁸. Bref, là où le principe reste l'obligation de pondération pour les juges, Goldstone insiste au contraire sur la primauté des droits sur la prise en compte de la situation à l'origine des restrictions.

Il faut cependant bien comprendre l'enjeu d'une telle affirmation au regard du principe selon lequel Israël reste responsable des territoires occupés, Gaza inclus, au mépris d'ailleurs de ce qu'a pu décider la Cour suprême israélienne⁷⁹. Car, s'il n'y a pas de distinction entre temps de paix et temps de guerre et si toute violation des droits de l'homme doit être fermement dénoncée alors une intervention militaire devient tout bonnement impossible. Comment en effet envisager une action militaire dans un tel contexte procédural et substantiel ? Tout au plus, l'action israélienne doit se limiter à une simple intervention de police. On comprend mieux pourquoi le rapport ignore le principe même de la légitime défense.

A supposer que l'on valide une telle approche – bref, comme nous le disons depuis le début, à supposer que nous prenions Goldstone au sérieux –, comment concevoir une telle opération de police ? Bien évidemment, le rapport ne donne aucune précision sur ce point. Déjà, le terrorisme en tant que tel ne paraît plus s'apprécier comme un comportement guerrier mais par l'impact qu'il produit sur les populations civiles – il ne faut pas oublier que le droit à l'auto-détermination, tel que défini par Goldstone, empêche finalement de criminaliser des mouvements qui feraient régner la terreur et ne permet qu'une répression des actes⁸⁰.

Plus largement, tout le raisonnement tenu repose sur l'idée que les valeurs démocratiques ne devraient en aucun cas être subverties même en temps de guerre. Dans un texte consacré précisément à l'équilibre à trouver entre lutte contre le terrorisme et le respect des valeurs démocratiques⁸¹, Goldstone a expressément repris la conception développée sur ce point par le juge Barak – *This is the fate of democracy, as not all means are acceptable to it, and not all methods employed by its enemies are open to it. Sometimes, a democracy must fight with one hand tied behind its back. Nonetheless, it has the upper hand. Preserving the rule of law and recognition of individual liberties constitute an important component of its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and strength and allow it to overcome its difficulties. [C'est le destin de la démocratie ; pour elle tous les moyens ne sont pas acceptables et les méthodes utilisées par ses ennemis ne lui sont pas accessibles. Parfois, une démocratie doit combattre avec une main attachée derrière le dos. Néanmoins, elle a le dessus. La préservation de la suprématie de la loi et la reconnaissance des libertés individuelles sont des éléments constitutifs importants de sa vision de la sécurité. En fin de compte, elles renforcent son dynamisme et lui donnent force, lui permettant de surmonter les difficultés.]*

Ce considérant est extrait de la décision à l'origine de l'interdiction de méthodes violentes d'interrogatoire utilisées sur des personnes soupçonnées de projeter de commettre des attentats terroristes susceptibles de tuer de nombreuses personnes. Il est ainsi bien précisé qu'une telle interdiction doit prévaloir même si l'utilité de l'interrogatoire aurait pu précisément sauver des vies humaines. Apparemment, Barak est tellement fier de cette décision qu'il la reproduit dans son ouvrage intitulé *The judge in a democracy* ainsi que dans un article qu'il a consacré à ce sujet à l'occasion du 60^e anniversaire de l'Etat d'Israël⁸².

La suite, non-citée par Goldstone, mérite néanmoins d'être également reproduite. *Terrorism creates much tension between the essential components of democracy. One pillar of democracy — the rule of the people through its elected representatives — may encourage taking all steps effective in fighting terrorism, even if they are harmful to human rights. The other pillar of democracy — human rights — may encourage protecting the rights of every individual, including the terrorists, even at the cost of undermining the fight against terrorism. [Le terrorisme crée beaucoup de tensions entre les composantes essentielles de la démocratie. Un pilier de démocratie – le pouvoir du peuple par l'intermédiaire de ses représentants élus – peut conduire à l'adoption de mesures efficaces dans le combat contre le terrorisme, même si elles portent atteinte aux droits de l'homme. L'autre pilier de la démocratie – les droits de l'homme*

– peut encourager la protection des droits de chaque individu, y compris les terroristes, même au prix de saper le combat contre le terrorisme.

Le rapport Goldstone retranscrit cela de la façon suivante : point 1685. *The Mission recognizes fully that the Israeli armed forces, like any army attempting to act within the parameters of international law, must avoid taking undue risks with their soldiers' lives, but neither can they transfer that risk onto the lives of civilian men, women and children. [La Mission admet pleinement que les forces armées israéliennes, comme toute autre armée essayant d'agir conformément au droit international, doivent éviter de prendre des risques excessifs pour la vie de ses soldats, mais elles ne peuvent transférer ce risque sur la vie des civils, hommes, femmes et enfants.]*

Bref, au nom de la démocratie, il faut donc apprendre à vivre avec le terrorisme ou pour reprendre le cadre du rapport Goldstone, avec la menace permanente de recevoir une roquette sur son appartement.

A ce stade, le débat juridique empiète largement sur le politique. Comment en effet faire accepter aux populations civiles que la lutte contre un ennemi non-démocratique peut se traduire, au nom des valeurs démocratiques par des pertes civiles et militaires dans le plus parfait mépris des conventions de Genève ? Comment, en outre, un Etat peut-il requérir des individus pour servir dans une armée si, compte tenu de ses valeurs, il est clairement annoncé qu'il n'agira pas au maximum pour protéger leurs vies mais pour garantir les droits des civils qu'il combat ? Enfin, cette conception repose sur une conception irénique de la démocratie qui présuppose qu'elle ressortira victorieuse. C'est oublier que, dans un tel contexte, les citoyens peuvent privilégier l'instauration d'un Etat fort et perdre définitivement les avantages de la démocratie. L'Europe des années 80 a bien vu naître le slogan « *plutôt rouge que mort* ».

Mais ce n'est pas tout. Comment en outre ne pas être saisi par la contradiction entre le discours sur les droits de l'homme et celui sur la lutte contre le terrorisme ? L'homme des droits de l'homme a tendance à se confondre avec l'homme qui souffre. Abstraction est faite de sa conscience et de ses opinions en raison du relativisme culturel ambiant. Pourtant, le même homme – le dernier homme nietzschéen ? – serait capable de comprendre la supériorité de la démocratie sur les autres régimes ainsi que la nécessité du sacrifice pour protéger un idéal qui a pour seul horizon son estomac. Le décalage est tellement énorme qu'il revient à consacrer un pouvoir exorbitant au juge par delà le principe même de la légitimité démocratique.

Hormis l'hypothèse d'un champ de bataille conventionnel sur lequel s'affronteraient deux armées, ces considérations heurtent de front le fonctionnement même d'un Etat démocratique. Pis, elles s'inscrivent dans une réalité qui, malheureusement, ne répond en rien à de telles exigences. En cela, le rapport Goldstone oblige clairement les Etats modernes à repenser la relation qu'ils entretiennent avec leur armée et leur population civile⁸³. Ou alors, pour éviter tout problème juridique, il faut s'en remettre à des mercenaires qui, rappelons-le, ne sont pas protégés par la convention de Genève.

Parti de la déterritorialisation des droits de l'homme, le rapport Goldstone en arrive à une négation des conflits. Il confond existence d'une cour de justice internationale avec existence d'un Etat capable d'imposer l'ordre dans les relations internationales. Sa radicalité est une remise en cause frontale de toutes les procédures d'intervention militaire en cas de conflit. Par la banalisation qu'il cherche à imposer de l'état de guerre, il s'inscrit dans une logique désétatisée contraire à celle qui anime les textes dont il prétend contrôler la mise en œuvre. Israël devient ici nécessairement l'incarnation de ce qu'il faut abattre en raison de son combat non achevé pour des frontières stabilisées.

Comme l'écrivait le regretté J. Freund dès 1965, *C'est ainsi qu'on justifie au nom de l'humanité l'extermination inhumaine des ennemis, car tout est permis pour débarrasser le monde de ces hors-la-loi et hors-l'humanité qui, de ce fait, sont des coupables. Dans ces conditions la notion de paix perd toute signification, étant entendu que politiquement elle consiste en un contrat ou traité, ou plutôt la paix devient impossible. Comment pourrait-il en être autrement, puisque toute action de l'ennemi, fût-elle désintéressée et noble, devient automatiquement perverse, immorale et criminelle, tandis que toute action du révolutionnaire, même scélérate et atroce, devient sainte, juste et irréprochable*⁸⁴ ?

Dans cette perspective, les accusations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité à l'encontre d'Israël ne sont pas une aberration mais une conséquence logique dont il convient à présent d'examiner le contenu.

Les accusations formulées par le rapport Goldstone

Le rapport Goldstone accuse Israël d'avoir commis lors de l'intervention à Gaza des crimes de guerre, voire des crimes contre l'humanité.

La façon dont ces accusations sont formulées marque l'aboutissement de la

démarche de Goldstone. Si d'un côté nous y retrouvons la dimension caricaturale qui caractérise l'intégralité des propos rapportés dans ce rapport, de l'autre, nous sommes confrontés à un texte dont on ne mesure pas forcément la portée : les statuts de la Cour pénale internationale.

Nous souhaitons donc détailler ces accusations en les remettant en perspective avec les textes qui définissent ces incriminations. Au préalable, il est indispensable de revenir sur les spécificités du droit pénal relevant de la Cour pénale internationale et de l'enjeu que représente la détermination du nombre de victimes lors du conflit.

Remarques liminaires

Avant d'étudier en détail les deux infractions invoquées par le rapport, nous voudrions procéder à deux séries de remarques :

- l'une sur le statut de la Cour pénale internationale ;
- une seconde sur la détermination du nombre de victimes à l'issue du conflit.

Critique du statut de la cour pénale internationale

Une infraction n'est constituée que si sont réunis trois éléments :

- un élément légal qui définit l'infraction ;
- un élément matériel qui permet d'identifier si un comportement rentre ou non dans le cadre fixé par les prescriptions légales ;
- un élément intentionnel qui permet d'établir la jonction entre les deux, c'est-à-dire que la personne poursuivie doit précisément s'être comportée avec la volonté de commettre le comportement incriminé. Cet élément est fondamental pour déterminer le quantum de la peine et la nature de l'infraction : s'il y a un cadavre sur une route, la répression n'est pas la même selon la nature de la faute à l'origine du décès : imprudence, volonté de tuer, préméditation.

Au titre de l'élément intentionnel, on distingue donc les fautes intentionnelles et celles d'imprudence. Dans un cas, principalement pour les infractions les plus graves à l'instar de celles invoquées dans le rapport Goldstone, la preuve de

l'intention est fondamentale ; dans l'autre, sera sanctionnée la dangerosité de la personne indépendamment de sa volonté de commettre le dommage en raison par exemple de son imprudence ou de sa négligence.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le statut de la Cour pénale ne s'inscrit pas parfaitement dans ce cadre classique. Certes, comme la Cour n'a compétence que pour les infractions les plus graves, le statut ne cesse de rappeler l'importance de l'élément intentionnel dans la définition des infractions – la référence à l'intention criminelle structure l'ensemble des infractions visées (32 occurrences sur l'ensemble du statut). Il n'est donc pas possible de condamner une personne s'il n'est pas clairement établi son intention de commettre l'infraction.

S'agissant en revanche de l'élément légal, la rédaction du statut contient de nombreuses ambiguïtés. Il est prévu à l'article 22 *qu'une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent Statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour.*

2. La définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. 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.

3. Le présent article n'empêche pas qu'un comportement soit qualifié de crime au regard du droit international, indépendamment du présent Statut. Ce texte appelle le commentaire suivant : si, d'un côté il énonce le principe de légalité et son corollaire, le principe d'interprétation stricte, de l'autre, il prévoit en son troisième alinéa une disposition contradictoire : il serait en effet possible pour la Cour de se prononcer indépendamment de tout texte définissant une infraction, au mépris ce faisant du premier alinéa.

Il est d'ailleurs écrit « au regard du droit international » sans que soit précisé le contenu de celui-ci. Or, la généralité des termes utilisés dans ce corps de règles, écrites ou non-écrites, pose inmanquablement un problème de prévisibilité de la norme qui contredit le principe même d'un procès équitable. Techniquement, s'il est possible, sous toutes réserves, d'adopter une interprétation large des principes relatifs aux droits de l'homme en raison de l'idéal à atteindre, il n'en va pas de même en droit pénal sauf à prendre le risque d'incriminer arbitrairement des comportements. A moins que, hypothèse que là encore on ne peut exclure sauf à prendre Goldstone pour un naïf, la rédaction imprécise du rap-

port s'inscrirait délibérément dans cette perspective : bénéficier du flou du texte pour être sûr d'obtenir une condamnation.

Cette stratégie permet au procureur chargé de l'acte d'accusation – on rappellera ici que Goldstone est d'abord et avant tout un procureur – de sortir systématiquement vainqueur du procès en profitant de la multiplication des qualifications applicables à un même comportement. Il faut souligner, à charge, que le statut de la Cour facilite indirectement une telle démarche. En plus de l'article 22, la rédaction large des infractions ne permet pas une claire identification de leur champ d'application. Pour ne prendre qu'un exemple parmi tant d'autres, *l'apartheid est défini comme constitué « d'actes analogues à ceux que vise le paragraphe 1 » (article 7 (2)h)) et quid des « autres actes inhumains de caractère analogue » (article 7 (1)k)) ? Sans parler de la détermination des « autres formes de privation grave de liberté physique » (article 7 (1)e)) ou encore des « autres formes de violence sexuelle de gravité comparable » (article 7 (1)g)), des « autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international » (article 7 (1)h)), propres aux éléments constitutifs des crimes contre l'humanité⁸⁵.*

La définition du crime de guerre n'échappe pas non plus à la critique avec ses 59 alinéas ! Techniquement, les rédacteurs ont voulu signifier aux juges que leur marge d'interprétation est limitée. Mais, avec une telle marge, et compte tenu du flou des termes utilisés, il devient aisé de qualifier un comportement de crime de guerre. Une telle abondance d'alinéas ne trouve pas d'équivalent dans le Code pénal français et serait assurément dénoncé à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La position de la France illustre parfaitement les contradictions que génère une imprégnation trop forte du droit international sur le droit interne. Premièrement, la reconnaissance en droit interne de l'exception d'inconstitutionnalité a, indirectement, remis la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes, bref, à renforcer la souveraineté nationale en dépit des engagements internationaux. Deuxièmement, la ratification du statut de la Cour pénale internationale s'est accompagnée d'une série de réserves à propos précisément des crimes de guerre au point que l'on peut qualifier la France à ce sujet de « havre de paix » pour les criminels de guerre⁸⁶. D'ailleurs, le droit pénal français n'incrimine pas le crime de guerre. Dès lors, il est pour le moins hypocrite ensuite de ne pas s'opposer aux conclusions du rapport Goldstone. Mais, troisièmement, et c'est ici que surgit la contradiction : *pour se prévaloir du principe de*

complémentarité, il faudra que les Etats parties prévoient dans leur loi pénale les incriminations nécessaires pour couvrir tous les comportements susceptibles de faire l'objet de poursuites devant la CPI⁸⁷. En dépit de tous ses efforts, la France se voit à présent obligée de transposer des textes dont elle ne voulait pas. Et paradoxe suprême : une fois transposés, ces textes seront dénoncés devant la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Et c'est ce genre de textes que l'on souhaite appliquer à Israël ! On mesure ainsi la subversion des principes de souveraineté que réalise le statut de la Cour pénale et le coup de force juridique effectué par Goldstone pour achever de déstabiliser le principe de souveraineté.

Plus largement, la référence aux droits de l'homme internationalement reconnus présuppose encore et toujours leur universalité. Mais, si le seul dénominateur commun à l'humanité se résume en la souffrance, faute véritablement de conception commune, alors il sera toujours possible, au regard d'un conflit de condamner l'Etat victorieux. Vu sous cet angle, le texte bénéficie d'une cohérence interne certaine en n'érigeant pas en principe général le droit de toute personne poursuivie de disposer d'un procès équitable, ce droit n'étant en effet pas dissociable d'une conception rigoureuse du principe de légalité.

Il faut donc se rendre à l'évidence : la mauvaise foi patente du rapport n'est peut-être rien d'autre que la mise en œuvre de techniques d'accusation conformes au statut de la Cour pénale internationale. L'Occident aurait créé un organe qui contredit les principes sur lequel se sont construits les différents systèmes judiciaires des démocraties et Israël ne serait que le premier pays, d'une certaine manière, à en faire les frais.

Dans cette perspective, ce n'est pas non plus un hasard si le rapport élude la distinction sur la nature civile ou militaire des victimes du conflit.

Critique des estimations du nombre de victimes résultant du conflit

Il est bien évident et aussi triste que cela puisse être, un conflit entraîne dans son sillage des victimes. Pour autant, contrairement à ce qui ressort du rapport Goldstone, ce n'est pas le nombre de victimes qui permet d'envisager des poursuites pénales pour crimes de guerre. Il faut d'une part bien distinguer les civils des combattants et d'autre part identifier l'intention criminelle de l'acte à l'origine du décès. Goldstone est pour le moins allusif sur ces distinctions.

Nous rappellerons donc les principes qui structurent cette distinction entre civils et combattants en droit international pour ensuite exposer la manière dont Goldstone s'en accommode.

EXPOSÉ DE LA DISTINCTION ENTRE CIVILS ET COMBATTANTS EN DROIT INTERNATIONAL

La distinction entre civils et combattants repose sur deux règles : l'obligation de ne pas viser les civils présents dans le camp ennemi ; l'obligation de ne pas mettre en danger ses propres civils. Ces deux obligations découlent du Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977.

Article 48 : « *En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires* ».

Il est complété par l'article 51 du même protocole : « *La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires (...). Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile* ».

Le statut de la Cour pénale a en somme érigé en infractions ces règles qui ont, tout au long du xx^e siècle étaient considérées comme étant intégrées au droit international coutumier. Sur ce fondement, se dégagent deux interdictions :

– interdiction des attaques dirigées à titre de représailles contre la population civile ou des personnes civiles situées dans le camp ennemi ;

– obligation de limiter les attaques à des objectifs purement militaires – d'où l'article 52 du même Protocole : « *Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis* ».

Plusieurs précisions doivent cependant être apportées pour délimiter correctement le champ d'application de ces règles.

Tout d'abord, le principe de distinction entre civils et combattants n'interdit pas de viser des civils qui ont pris une part directe dans les hostilités. La Cour suprême israélienne a ainsi considéré comme combattant « *un civil portant les armes (dissimulées ou non) qui est en chemin vers le lieu où il les utilisera, qui se trouve à cet endroit ou qui en revient* » de même que quelqu'un « *qui collecte des renseignements sur l'armée* » (...) ou « *une personne qui transporte des combattants illégaux de ou vers les endroits où les hostilités ont lieu, une personne qui dirige des opérations menées par des combattants illégaux ou leur rend service quelle que soit la distance avec le champ de bataille*⁸⁸ ». Bref, prime ici une définition matérielle du combattant, ce qui est parfaitement logique car il suffirait dans le cas contraire d'agir en permanence en tenue civile pour contester le principe même du combat⁸⁹.

Ensuite, apport fondamental de la distinction entre homicide volontaire et homicide par imprudence, s'il est strictement interdit de viser délibérément des civils, il n'est bien évidemment pas interdit de les blesser ou les tuer au cours d'une opération militaire de façon non intentionnelle. Des États comme la France ou le Royaume-Uni ont d'ailleurs explicitement entériné cette position lorsqu'ils ont ratifié le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977.

En outre, la présence volontaire ou involontaire de civils sur un site militaire n'interdit pas en soi une attaque. Comme l'explique la doctrine en la matière, les civils « *ne bénéficient pas d'une immunité particulière. Leur présence ne confère pas l'immunité à des sites militaires pour la simple raison qu'il est impossible de bombarder les objectifs militaires sans causer des dommages aux non-combattants* ». Plus encore, au risque de choquer les bonnes âmes, « *il a toujours été permis d'attaquer des combattants même si des non-combattants doivent être blessés ou tués du moment que les dommages sont indirects et non intentionnels*⁹⁰ ».

Enfin, sur le terrain la distinction entre site ou objectif militaire et site civil n'est pas toujours tranchée. Selon l'article 52 du Protocole précité, « *les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis* ».

Il arrive cependant souvent que du fait de considérations tactiques ou stratégiques, les combattants « militarisent » des sites civils. Cette hypothèse a été explicitement envisagée dans le commentaire officiel du Protocole Additionnel I de la Convention de Genève. Compte tenu des accusations proférées et au regard du contexte dans lequel se sont déroulés les combats, nous reproduisons in extenso le § 1953 : « *Les objectifs que constituent les forces armées et leurs installations pourront être attaqués où qu'ils se trouvent, sauf lorsque l'attaque pourrait incidemment causer des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.*

*Dans la zone des combats, on se trouvera fréquemment en présence de constructions ou d'installations purement civiles qui sont occupées ou utilisées par les forces armées et, **sous réserve de pertes excessives infligées à la population civile** (c'est nous qui soulignons), de tels objectifs pourront être attaqués. Il est évident, par exemple, que si des combats entre forces armées se déroulent dans une ville qui est défendue maison par maison, ces constructions – en faveur desquelles l'article 52 Database 'DIH – Traités & Commentaires', View '1. Tous traités \1.2. Par Articles' (' Protection générale des biens de caractère civil '), paragraphe 3, établit une présomption quant à leur caractère civil – deviennent fatalement des objectifs militaires, du fait qu'elles apportent une contribution effective à l'action militaire ; reste réservée l'hypothèse où une telle attaque causerait des pertes civiles excessives. ».* Très logiquement, les manuels militaires de nombreux pays reconnaissent également que des objectifs qui sont « *normalement de nature civile mais qui sont utilisés à des fins militaires (tels des maisons, des écoles, des lieux de culte) perdent leur protection et peuvent devenir des objectifs militaires* ». Comparativement, on rappellera que le Hamas a toujours cherché délibérément à blesser ou tuer des civils en lançant des roquettes et des mortiers sur le sud d'Israël – et même se vantait de diriger ses attaques sur des civils israéliens.

Dans cette perspective, avant de dénoncer des massacres ou des destructions gratuites comme le fait le rapport Goldstone, il faut d'abord et avant tout analyser le contexte de l'opération. Bien évidemment, le rapport ne fait aucune référence à ce commentaire.

EXPOSÉ DE LA MÉTHODE DE PRÉSENTATION DE CETTE DISTINCTION PAR LE RAPPORT GOLDSTONE

Voici comment le rapport présente les choses : (point n° 30) *Statistics about Palestinians who lost their life during the military operations vary. Based on exten-*

sive field research, non-governmental organizations place the overall number of persons killed between 1,387 and 1,417. The Gaza authorities report 1,444 fatal casualties. The Government of Israel provides a figure of 1,166. The data provided by non-governmental sources with regard to the percentage of civilians among those killed are generally consistent and raise very serious concerns with regard to the way Israel conducted the military operations in Gaza. [Les statistiques sur les Palestiniens qui ont perdu la vie pendant les opérations militaires sont variables. A partir d'une enquête de terrain exhaustive, les organisations non gouvernementales évaluent le nombre total de personnes tuées entre 1 387 et 1 417. Les autorités de Gaza rapportent 1 444 morts. Le gouvernement israélien fournit le chiffre de 1 166 victimes. Les données fournies par des sources non gouvernementales en ce qui concerne le pourcentage de civils parmi les tués sont généralement cohérentes entre elles et elles provoquent de très sérieuses inquiétudes sur les modalités de la conduite des opérations militaires à Gaza par Israël.]

On notera dès le départ que le rapport ne procède pas aux distinctions de base lorsqu'il établit les fondements de sa démarche ; il se contente, comme toujours, d'affirmer que le pourcentage des civils parmi les tués est élevé. Finalement, le rapport précise :

1682. *The Mission recognizes that the principal focus in the aftermath of military operations will often be on the people who have been killed – more than 1 400 in just three weeks. This is rightly so. [La Mission estime que le principal objectif des conséquences des opérations militaires réside souvent dans le nombre de personnes tuées, plus de 1 400 personnes en seulement trois semaines. C'est l'exacte réalité].*

On appréciera bien évidemment le “this is rightly so” qui transforme une estimation contestée en affirmation péremptoire.

1683. *In this respect, the Mission recognizes that not all deaths constitute violations of international humanitarian law. The principle of proportionality acknowledges that under certain strict conditions, actions resulting in the loss of civilian life may not be unlawful. What makes the application and assessment of proportionality difficult in respect of many of the events investigated by the Mission is that deeds by Israeli forces and words of military and political leaders prior to and during the operations indicate that as a whole they were premised on a deliberate policy of disproportionate force aimed not at the enemy but at the “supporting infrastructure.” In practice, this appears to*

have meant the civilian population. [À cet égard, la Mission reconnaît que tous les décès ne constituent pas des violations du droit humanitaire international. Le principe de proportionnalité admet que dans certaines conditions strictes, les actions ayant pour résultat la perte de vies de civils peuvent ne pas être illégales. Ce qui rend difficile l'application et l'évaluation de la proportionnalité dans plusieurs des événements étudiés par la Mission, c'est que les actes des forces israéliennes et les paroles des dirigeants politiques et militaires avant les opérations et au cours de leur déroulement pris comme un tout indiquent qu'ils suivaient une politique délibérée d'utilisation disproportionnée de la force visant non pas l'ennemi mais son "infrastructure de soutien." En pratique, il apparaît qu'il s'agissait de la population civile.]

On relèvera en outre dans ce passage la manière dont le raisonnement est conduit. Contrairement pourtant aux Palestiniens, à commencer par la charte du Hamas, les dirigeants israéliens n'ont jamais appelé au meurtre de Palestiniens.

Some 1,400 Palestinians were killed in attacks by Israeli forces during Operation "Cast Lead" between 27 December 2008 and 18 January 2009. Some 5,000 were injured, many maimed for life. Hundreds of those killed were unarmed civilians, including some 300 children, more than 115 women and some 85 men over the age of 50. The figure is based on data collected by Amnesty International delegates in Gaza and on cases documented in detail by local NGOs and medical personnel in Gaza. According to Palestinian human rights NGOs two thirds of those killed were civilians. Amnesty International delegates who carried out research in Gaza in January-February 2009 did not have the time and resources to verify all the reported deaths, but investigated dozens of cases comprising more than 300 victims, more than half of them children and women, and gathered information from a wide range of sources. They concluded that an overall figure of some 1,400 fatalities is accurate and that, in addition to the children, women and men aged over 50, some 200 men aged less than 50 were unarmed civilians who took no part in the hostilities. [Environ 1.400 Palestiniens ont été tués dans les attaques des forces israéliennes au cours de l'opération "Plomb fondu" entre le 27 décembre 2008 et le 18 janvier 2009. Quelques 5 000 ont été blessés, beaucoup mutilés pour la vie. Des centaines de tués étaient des civils désarmés, dont environ 300 enfants, plus de 115 femmes et environ 85 hommes de plus de 50 ans. Ces chiffres sont calculés à partir des données rassemblées par les délégués à Gaza d'Amnesty International et sur des cas documentés de façon détaillée par les O.N.G. locales et le personnel médical de Gaza. Selon les O.N.G. palestiniennes des droits de l'homme, deux tiers des tués étaient des civils. Les délégués d'Amnesty International qui ont effectué des recherches à Gaza en janvier et février 2009 n'ont pas eu

le temps et les ressources nécessaires pour vérifier tous les décès rapportés, mais ils ont étudié des dizaines de cas représentant plus de 300 victimes, des enfants et des femmes pour plus de la moitié d'entre eux, et ils ont recueilli des informations en provenance de sources diversifiées. Ils ont conclu qu'un nombre total d'environ 1 400 morts est réaliste et que, en plus des enfants, des femmes et des hommes âgés plus de 50 ans, environ 200 hommes âgés de moins de 50 ans étaient des civils sans armes qui n'ont jamais pris part aux hostilités.]

Enfin, deux remarques s'imposent :

– le chiffre de 1 400 morts est repris sans aucune réelle discussion en fin de rapport en dépit des quelques précautions énoncées au tout début – les estimations israéliennes ne sont cette fois pas mentionnées ;

– ce chiffre découle uniquement d'une reprise des recoupements effectués par Amnesty International, cette O.N.G. ayant néanmoins précisé qu'elle n'avait pas pu vérifier l'exactitude du chiffre avancé. A suivre pourtant ces données, le conflit à Gaza aurait donc entraîné la mort de 490 civils, ce qui correspond à plus d'un tiers des victimes.

Seuls problèmes d'une telle approche :

– on ne peut fonder une accusation uniquement sur des recoupements statistiques sauf, là encore, à présumer que le conflit a nécessairement entraîné la mort de civils. On se demande d'ailleurs bien pourquoi à aucun moment les organisations palestiniennes humanitaires n'ont sorti les fiches d'état civil des personnes décédées.

– elle ignore que l'infraction n'est constituée que si, intentionnellement, ces personnes ont été délibérément visées en tant que civils. Les éléments de crimes qui accompagnent le statut de Rome sont formels sur ce point : *Comme le prévoit l'article 30, sauf disposition contraire, une personne n'est pénalement responsable et ne peut être punie 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.* Une nuance est toutefois introduite – *L'existence de l'intention et de la connaissance peut être déduite de faits et de circonstances pertinents* – mais elle ne saurait être exagérée sauf à porter atteinte à la présomption d'innocence.

– l'analyse ignore volontairement les circonstances exposées précédemment

et définies par les textes qui aboutissent à atténuer singulièrement la distinction entre civils et combattants.

Que l'on soit clair : nul ne nie que des civils ont malheureusement été victimes de ce conflit. L'armée israélienne elle-même en rend compte dans ses estimations qui sont cependant et, comme par hasard, nettement inférieures à celles reprises par Goldstone – 709 militants du Hamas, 295 civils, au titre desquels 89 enfants et 49 femmes⁹¹. Pour autant, compte tenu de l'enjeu symbolique du conflit et de ces implications juridiques, il n'est pas possible d'élever le débat sur la réalité du nombre de victimes. Car, même si le principe d'impartialité peut justifier la mise à l'écart de la source israélienne, le rapport refuse de tenir compte de la source palestinienne rapportée par le *Corriere de la Sierra*⁹² qui avait considéré que le Hamas gonflait délibérément le nombre de morts – l'estimation du nombre total de victimes tournait cette fois autour de 500 ou 600 victimes, principalement des jeunes recrutés par le Hamas, ce qui a au moins le mérite de correspondre à la réalité démographique. Bref, près de un an après, nous restons sur un chiffre agité symboliquement – 1 400 morts en trois semaines – dans un cadre médiatique semblable à celui qu'avait créé l'intervention à Jénine.

En somme, la mission de collecte des faits reprend tous les éléments diffusés sans véritablement les soumettre à un quelconque questionnement. On peut même s'interroger sur ce que ses membres ont cherché partant du constat qu'ils savaient les données collectées par Amnesty International insuffisantes.

Le rapport donne ainsi un vernis juridique aux accusations proférées durant l'intervention.

Crimes de guerre ?

Nous avons déjà relevé le caractère problématique de la rédaction de l'article 8 du statut de Rome. Celui-ci détaille six situations dans lesquelles peuvent être commis des crimes de guerre. Il se conclut néanmoins par une disposition extrêmement importante : *Rien dans le paragraphe 2, alinéas c) et e), n'affecte la responsabilité d'un gouvernement de maintenir ou rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité et l'intégrité territoriale de l'État par tous les moyens légitimes.* En outre, la manière dont est qualifié le conflit a un impact sur le champ d'application de l'incrimination puisque le texte distingue bien entre conflit international et conflit non-international. Les comportements visés par le (b) ne

peuvent donc pas être poursuivis. Autrement dit, en dépit d'un luxe de détails, l'incrimination ne saurait jouer de façon absolue dans l'hypothèse d'un conflit armé non-international, ce qui est l'hypothèse retenue pour rendre compte du conflit à Gaza, à propos des violations des quatre conventions de Genève (c) ou des autres lois et coutumes applicables (e).

Goldstone, dans une pure logique d'accusation, ne fait pas ces distinctions pourtant fondamentales. Nous voudrions donc reprendre, dans ce contexte, les différentes accusations formulées par le rapport pour montrer qu'elles parachèvent uniquement un édifice singulièrement biaisé.

Au préalable, nous retrouvons l'idée sous-jacente à toute la rédaction du rapport, à savoir les Palestiniens ne sont pas en tort. Israël ne défend pas son intégrité territoriale puisqu'en dépit du désengagement, Gaza reste un territoire occupé. Par voie de conséquence, les moyens utilisés par l'armée israélienne ne sont pas légitimes.

– point n° 50 : *Unlawful and wanton destruction which is not justified by military necessity amounts to a war crime* [Les destructions illégales et gratuites qui ne sont pas justifiées par des impératifs militaires équivalent à des crimes de guerre] à propos de la fabrique de farine.

Ce point est repris quasiment à l'identique point 928 : *From the facts it ascertained, the Mission finds that there has been a violation of the grave breaches provisions of the Fourth Geneva Convention. Unlawful and wanton destruction which is not justified by military necessity would amount to a war crime. [A partir des faits qu'elle a établis, la Mission constate qu'il y a eu de graves violations des dispositions de la quatrième Convention de Genève. Les destructions illégales et gratuites qui ne sont pas justifiées par des impératifs militaires équivalent à des crimes de guerre]* à propos toujours de la fabrique de farine.

A partir du moment où il n'est pas possible de procéder à un raisonnement par analogie pour interpréter les infractions définies dans le statut de Rome comme d'ailleurs pour l'intégralité du droit pénal, une telle rédaction – *amount to* (équivalent à) – n'a pas lieu d'être et ne prend sens qu'au regard d'une volonté de stigmatiser une partie.

Si on se réfère à présent au texte, une telle description est foncièrement insuffisante.

– Le point a) IV stipule : *La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.* Nous sommes en présence d'une condition cumulative (**et**) et non d'une condition alternative. Dès lors, sauf à mettre l'accent sur l'appropriation du bien étant en plus entendu que le tout peut être justifié par les nécessités militaires, le comportement visé ne rentre pas dans la catégorie des crimes de guerre.

– le point e) XII stipule : *Le fait de détruire ou de saisir les biens d'un adversaire, sauf si ces destructions ou saisies sont impérieusement commandées par les nécessités du conflit.* Cette fois, effectivement, il est écrit (ou) et non (et), ce qui montre bien que les rédacteurs sont conscients de la différence entre une condition cumulative et une condition alternative. Reste une question : l'opération était-elle nécessaire ?

Le rapport discute cette justification de façon contradictoire (point n° 926). Il indique que le bâtiment était l'un des plus grands de la zone, ce qui en constituait assurément selon les termes mêmes du rapport un objectif de guerre afin d'assurer un contrôle efficace sur la zone en question. Si on s'en tient à cet objectif, la destruction n'a donc strictement aucun sens. On peut aussi se demander si ce bâtiment ne constituait pas une cible en raison précisément de sa hauteur. Le rapport écarte cette hypothèse sans se donner la peine de la discuter – *There is also no suggestion that the Israeli armed forces considered the building to be a source of enemy fire.* [Rien ne suggère que les forces armées israéliennes considéraient le bâtiment comme une source du feu adverse.] Effectivement, à partir du moment où les Israéliens n'ont pas participé à l'élaboration du rapport, aucune suggestion de ce genre n'a pu être émise – cela aurait demandé aux membres de la commission un effort intellectuel trop intense d'envisager cette hypothèse.

– point n° 50 : *The Mission also finds that the destruction of the mill was carried out for the purposes of denying sustenance to the civilian population, which is a violation of customary international law and may constitute a war crime. The strike on the flour mill further constitutes a violation of human rights provisions regarding the right to adequate food and means of subsistence.* [La mission constate également que la destruction du moulin a été exécutée dans le but de soustraire des moyens de subsistance à la population civile, ce qui représente une violation du droit international coutumier et peut constituer un crime de guerre. La frappe sur le moulin à farine constitue une violation des dispositions relatives aux droits de l'homme en ce qui concerne le droit à une nourriture et des moyens de subsistance convenables.]

– point 934 : *From the facts ascertained by it, the Mission finds that the destruction of the mill was carried out for the purpose of denying sustenance to the civilian population, which is a violation of customary international law as reflected in article 54 (2) of Additional Protocol I and may constitute a war crime. [A partir des faits qu'elle a établis, la Mission constate que la destruction du moulin a été effectuée pour retirer ses moyens de subsistance à la population civile, ce qui est une violation du droit international coutumier tel qu'il est exprimé dans l'article 54 (2) du protocole additionnel I et peut constituer un crime de guerre.]*

Cette fois, le texte se réfère à une violation des coutumes du droit international. Il anticipe donc sur une infraction qui n'existe pas encore ! Eventuellement, nous nous situerions dans le cadre de l'article a (III) qui incrimine *Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé*. Mais, il faudrait dans ce cas rapporter la preuve de grandes souffrances. Or, les statistiques sur la malnutrition infantine rapportées précédemment montrent précisément le contraire. La mort des 31 000 poulets rapportés au point n° 51 est effectivement un évènement dont on ne doit en rien minorer la portée symbolique mais ne préjuge en rien d'un préjudice physique. Nous sommes donc typiquement dans une criminalisation des comportements indépendamment de la réalité des faits.

– points n° 55 et 1732 : *The use of human shields also is a war crime. The Palestinian men used as human shields were questioned under threat of death or injury to extract information about Hamas, Palestinian combatants and tunnels. This constitutes a further violation of international humanitarian law. [L'utilisation de boucliers humains est également un crime de guerre. Des Palestiniens utilisés comme boucliers humains ont été interrogés sous la menace de la mort ou de blessures pour obtenir des informations sur le Hamas, les combattants palestiniens et les tunnels. Ceci constitue une nouvelle violation du droit humanitaire international.]*

L'utilisation de boucliers humains n'est incriminée en tant que tel qu'en matière de conflits internationaux et non dans les autres conflits – *Le fait d'utiliser la présence d'un civil ou d'une autre personne protégée pour éviter que certains points, zones ou forces militaires ne soient la cible d'opérations militaires*. L'affirmation est donc, comme toujours, péremptoire. D'où l'invocation d'une violation de la loi internationale humanitaire, ce qui renvoie à l'hypothèse critiquée selon laquelle la Cour pourrait créer des infractions sur le simple constat de la violation des conventions de Genève⁹³. Ce point mis à part, la situation décrite ne correspond en plus nullement à celle visée par le texte.

L'utilisation de bouclier humain peut éventuellement, si on s'en tient aux dispositions expressément applicables aux conflits non-internationaux, correspondre aux éléments des textes suivants :

– a V) *Le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou une personne protégée à servir dans les forces d'une puissance ennemie, ce qui ne couvre cependant pas la réalité décrite ;*

– c II) *Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, étant cependant précisé que ce texte ne concerne que les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités. Reste un point problématique : le rapport suppose que la future interprétation du statut de la Cour pénale internationale rejoindra celle retenue dans la jurisprudence israélienne, à savoir quasiment l'obligation de résultat pour protéger les civils situés dans la zone en guerre. La rédaction du statut n'impose cependant aux soldats qu'une obligation de moyens. Bref, l'incrimination ne vaut que dans un cadre très particulier qui ne correspond pas au droit positif international.*

– point 60 : *In addition to arbitrary deprivation of liberty and violation of due process rights, the cases of the detained Palestinian civilians highlight a common thread of the interaction between Israeli soldiers and Palestinian civilians which emerged clearly also in many cases discussed in other parts of the Report : continuous and systematic abuse, outrages on personal dignity, humiliating and degrading treatment contrary to fundamental principles of international humanitarian law and human rights law. The Mission concludes that the treatment of these civilians constitutes the infliction of a collective penalty on those persons and amounts to measures of intimidation and terror. Such acts are grave breaches of the Geneva Conventions and constitute a war crime. [En plus de la privation arbitraire de liberté et de la violation du droit à une procédure légale, les cas de civils palestiniens détenus mettent en lumière le fil directeur des rapports entre les soldats israéliens et les civils palestiniens qui s'est aussi manifesté clairement dans de nombreux cas abordés dans d'autres parties du rapport : abus continus et systématiques, outrages à la dignité humaine, humiliations et traitements dégradants contraires aux principes fondamentaux de la législation humanitaire internationale et des droits de l'homme. La Mission en conclut que le traitement de ces civils constitue une punition collective de ces personnes et relève de l'intimidation et de la terreur. De tels actes sont de graves infractions aux conventions de Genève et constituent des crimes de guerre.]*

Il s'agit ici de la violation de l'article 3 commun à l'ensemble des conventions de Genève dont la formulation est reprise à l'identique à l'article c) IV : *Les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables*. Il ne nous est bien évidemment pas possible de vérifier de tels faits.

Nous nous permettrons uniquement deux remarques :

– le rapport d'Amnesty international dont le rapport Goldstone accepte les chiffres sans discussion ne mentionne des faits de torture qu'à propos... du Hamas⁹⁴. Ce même rapport d'Amnesty n'a relevé en revanche aucune violation de l'article 3 des différentes conventions de Genève. Enfin, toute la jurisprudence israélienne en la matière a eu pour objet de renforcer les droits de la défense des civils poursuivis et arrêtés par l'armée. Bref, il faut peut-être se demander si l'accusation formulée ici ne concerne pas tout simplement l'existence de tribunaux militaires, ce qui en soi n'est nullement interdit dans les conventions internationales.

– il n'est pas possible d'incriminer systématiquement tout manquement aux conventions de Genève : d'une part, les conventions de Genève elles-mêmes se refusent à employer le qualificatif de crime de guerre pour caractériser les éventuelles violations qui peuvent être commises ; d'autre part, le statut de la Cour pénale a clairement limité les hypothèses de violation pouvant véritablement entraîner de sanctions pénales – le texte délimite bien en annonce de la liste des éléments matériels susceptibles de constituer des crimes de guerre que seules sont concernées *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* (c'est nous qui soulignons⁹⁵).

– point 292 : *In addition, article 8 (2) (b) (iii) of the Rome Statute defines as a war crime the direct attack against protected personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission. [De plus, l'article 8 (2) (b) des statuts de Rome caractérise comme crime de guerre les attaques directes contre des personnels, des installations, du matériel, des unités et des véhicules sous protection, engagés dans l'assistance humanitaire ou les missions de maintien de la paix.]*

Certes, mais l'article invoqué cite ne s'applique qu'aux conflits internationaux. Ou alors, il faudrait expliquer pourquoi le statut de Rome distingue selon la nature des conflits. Les points 1101, 1102 se réfèrent également aux dispositions de l'article 8 (2) (b). Nous sommes donc en présence d'une extension de la loi pénale contraire au principe d'interprétation stricte censé régir la matière.

Les points suivants multiplient les accusations de crimes de guerre d'une manière que l'on peut qualifier de disproportionnée. Tous ont une double particularité :

– ils incriminent des violations aux conventions de Genève par delà le statut de la Cour pénale internationale. On peut le déplorer mais, intellectuellement, il est difficilement acceptable de vouloir faire passer un souhait pour un état du droit positif.

– il est surprenant que le rapport n'établisse pas systématiquement le nombre de victimes causé par le comportement critiqué. En toute logique, à partir du moment où le rapport fait état d'un nombre important de victimes, à partir du moment également où le rapport est le résultat d'une mission d'enquête, l'accusation aurait été véritablement pertinente si elle avait pu établir un lien entre l'action israélienne qu'elle stigmatise et le nombre de personnes qui, d'une façon ou d'une autre, ont souffert de cette action.

– point 1169 : *The rounding-up of large groups of civilians and their prolonged detention under the circumstances described above constitute a collective penalty on those persons in violation of article 33 of the Fourth Geneva Convention and article 50 of the Hague Regulations. Such treatment amounts to measures of intimidation and terrorism, prohibited under article 33 and a grave breach of the Convention that constitutes a war crime. [Le rassemblement de groupes importants de civils et leur détention prolongée dans les circonstances décrites ci-dessus constituent une punition collective contre ces personnes en violation de l'article 33 de la quatrième convention de Genève et de l'article 50 de la Convention de La Haye. Ces traitements équivalent à des mesures d'intimidation et de terrorisme, interdites par l'article 33, une infraction grave à la Convention, constitutive de crime de guerre.]*

Là encore, manie du juge Goldstone, le raisonnement s'effectue par analogie pour un résultat incertain. Il faut d'une part effectuer intellectuellement le rapprochement entre le comportement décrit et l'article 33 de la Convention de Genève, pour ensuite estimer, en dépit du texte du statut de Rome que cela constitue un

crime de guerre. Or, le terrorisme n'est pas défini dans le statut de Rome, les parties n'ayant pas réussi à se mettre d'accord sur ce point. C'est uniquement une fois ce rapprochement établi que Goldstone l'insère dans la catégorie de crime de guerre, sans bien évidemment préciser le comportement visé par le texte.

1170. *By holding the detainees in sandpits without privacy, the Israeli soldiers failed to ensure respect for their persons or to treat them humanely as required by article 27 of the Fourth Geneva Convention. The information before the Mission suggests that this treatment could not be justified as necessary “measures of control and security.” This treatment also constituted outrages on personal dignity, humiliating and degrading treatment contrary to the Geneva Conventions, common article 3, and Additional Protocol I, article 75 (2) (b). The abuse, which required a considerable degree of planning and control, was sufficiently severe to constitute inhuman treatment within the meaning of article 147 of the Fourth Geneva Convention and thus a grave breach of the said Convention that would constitute a war crime. [En retenant les détenus dans les carrières de sable sans intimité, les soldats israéliens ne les ont traités ni avec respect et ni avec humanité comme cela est requis par l'article 27 de la quatrième Convention de Genève. Les informations en possession de la Mission suggèrent que ce traitement ne pouvait pas être justifié au titre des “mesures nécessaires de contrôle et de sécurité.” Ce traitement constitue également un outrage à la dignité individuelle, un traitement humiliant et dégradant contraire aux Conventions de Genève – article commun 3, et Protocole additionnel I, article 75 (2) (b). Ces mauvais traitements, qui ont exigé un degré considérable de planification et de contrôle, ont été suffisamment graves pour constituer des traitements inhumains au sens de l'article 147 de la quatrième convention de Genève, et donc un manquement grave de ladite convention susceptible de constituer un crime de guerre.]*

Au risque de nous répéter, nous rappellerons une nouvelle fois que le simple constat d'une violation d'une des conventions de Genève n'est pas suffisant pour caractériser un crime de guerre. D'ailleurs, la formulation retenue par les auteurs n'est pas innocente – *would constitute a war crime* – : nous sommes davantage en présence d'une hypothèse à vérifier que d'une réalité tangible.

1171. *“Women shall be the object of special respect”, in accordance with article 76 of Additional Protocol I. The Mission finds, on the information before it, that the treatment of the women in the sandpits, where they endured especially distressing circumstances, was contrary to this provision and would also constitute a war crime. [“Les femmes doivent faire l'objet de mesures de respect particulières”, selon l'article 76 du Protocole additionnel I. La Mission conclut, en fonction des informations en sa pos-*

session, que le traitement des femmes dans les carrières de sable, où elles ont enduré des conditions particulièrement pénibles, était contraire à cette disposition et était également susceptible de constituer un crime de guerre.]

1172. *The Mission has received information relating to the particular treatment received by some witnesses, such as shackling, severe beatings during detention and interrogation, being held in foul conditions or solitary confinement, which added to their already profound sense of degradation. Such treatment violates article 31 of the Fourth Geneva Convention, which prohibits physical or moral coercion against protected persons, “in particular to gain information from them”. This would also constitute a war crime. [La Mission a été informée du traitement particulier subi par quelques témoins, imposition de chaînes, coups violents au cours de périodes de détention et d’interrogatoires, détentions qui se sont déroulées dans des conditions infectes ou confinement solitaire, ce qui accentué leur sentiment déjà profond de déchéance. Ce type de traitement viole l’article 31 de la quatrième Convention de Genève, qui interdit la coercition physique ou morale contre les personnes sous protection, “en particulier dans le but d’en obtenir des informations”. Cela devrait aussi être constitutif de crime de guerre.]*

A ce stade, il est dommage que le ridicule ne tue pas. Il y aurait eu, si on reprend les chiffres validés par le rapport, 115 femmes mortes au cours de l’opération. Pourtant, Goldstone trouve uniquement à rapporter un fait qui, comparativement à la situation dramatique supposée causée par l’opération, paraît bien dérisoire. A moins, finalement, raisonnement a contrario : si tout ce que Goldstone réussit à mettre en avant se résume à ce genre de situations – des femmes ont dû marcher dans des carrières de sable, alors l’opération n’a peut-être pas eu autant d’impact que cela sur les populations civiles. Là encore, deux remarques :

– les femmes bénéficient effectivement d’un respect spécial dans les textes ; c’est pourquoi sont particulièrement incriminés les viols durant les opérations militaires – les circonstances ont été stressantes, ce dont nous ne doutons point, mais nous sommes loin des comportements spécialement visés par le statut de la Cour de Rome ;

– la crédibilité de la Cour repose sur sa capacité à clarifier le sens des termes utilisés dans le statut compte tenu des imprécisions et du risque d’une dépréciation des infractions à sanctionner. Si le moindre comportement fait l’objet de poursuites, le risque est grand de laisser passer les véritables atteintes aux droits de l’homme. Pour le dire autrement, la Cour n’a pas vocation à servir

de caisse de résonance aux rapports de Amnesty International, organisation qui se refuse à distinguer du point de vue des droits de l'homme les régimes démocratiques des autres.

C'est pourquoi, si l'on s'en tient

– au statut, la Cour n'est pas forcément compétente – article 21 (4) : *L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite.*

– à la jurisprudence du tribunal pénal international à propos de l'ex-Yougoslavie, tous les traitements apparemment inhumains qui avaient fait l'objet de poursuites n'ont pas systématiquement entraîné de condamnations⁹⁶.

La différence de rédaction entre le rapport Goldstone et les rapports qui servent à l'instruction des affaires au niveau de la Cour pénale internationale est ici saisissante. Nous prendrons pour exemple le rapport final présenté au Procureur par le Comité chargé d'examiner la campagne de bombardements de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie : « *Une grande partie des documents soumis au Bureau du Procureur se composait de rapports que des civils avaient été tués, invitant souvent à la conclusion à en tirer que des crimes avaient donc été engagés. Les dommages collatéraux aux populations civiles et les dommages collatéraux à des biens civils peuvent survenir pour diverses raisons*⁹⁷ ». Quitte à choquer, nous noterons que l'expression « dommages collatéraux » ne relève pas uniquement du langage militaire et marque parfaitement la nécessité constante de distinguer l'intention des parties accusées pour pouvoir fonder une accusation sérieuse.

1173. *Furthermore, on the basis of this information, the Mission considers that the severe beatings, constant humiliating and degrading treatment and detention in foul conditions allegedly suffered by individuals in the Gaza Strip under the control of the Israelis and in detention in Israel, would constitute torture, and a grave breach under article 147 of the Fourth Geneva Convention and a violation of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Such violations also constitute war crimes. [En outre, sur la base de cette information, la Mission considère que les passages à tabac violents, les traitements humiliants et dégradants en permanence, la détention dans des conditions infectes dont auraient souffert des personnes de la Bande de Gaza sous contrôle des Israéliens et en détention en Israël, sont susceptibles de constituer une torture, un manquement grave selon l'article 147 de la quatrième Convention de*

Genève et une violation de la Convention contre la torture et les traitements et punitions cruels, inhumains ou dégradants. De telles violations sont également constitutives de crimes de guerre.]

On ne peut que relever le caractère incertain de la démarche de la part de personnes réputées pour leur compétence. Au point 1172, le comportement devrait relever de la catégorie des crimes de guerre ; au point 1173, les auteurs n'ont aucun doute que des comportements apparemment semblables constituent des crimes de guerre. Techniquement, deux textes peuvent ici être invoqués :

– article 8 (a) III : *Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé.* Il revient toutefois dans ce cas à démontrer les grandes souffrances – autrement dit, aussi moralement condamnable que cela puisse être, ce n'est pas parce qu'un soldat se livre à un passage à tabac que son comportement est un crime de guerre ;

– article 8 (c) II : *Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants.* Dans ce cas, il faudrait démontrer qu'il s'agit de *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 par toute autre cause.*

En résumé, l'accusation de crime de guerre repose sur une confusion permanente entre ce qui est véritablement incriminé et ce que les auteurs du rapport estiment nécessaires de condamner au regard des textes internationaux. La démarche retenue contredit :

– le principe d'interprétation stricte de la loi pénale à travers le recours à l'analogie ;

– le principe de légalité en vertu duquel un comportement ne peut être réprimé que s'il est expressément décrit par un texte au moment où il a été commis ;

– le principe de la présomption d'innocence par la présomption quasi-systématique de culpabilité qui pèse sur Israël en raison de son statut de puissance occupante par delà la réalité du désengagement.

Que l'on soit clair, à supposer qu'il y ait eu crimes de guerre, le rapport Goldstone n'est d'aucun secours pour faciliter leur identification. Il n'en va pas différem-

ment de l'accusation selon laquelle l'opération aurait entraîné la commission de crimes contre l'humanité à Gaza.

Crimes contre l'humanité ?

Apparemment conscient de la charge symbolique que représente une telle accusation, le rapport Goldstone évoque également au titre des accusations à l'encontre d'Israël, mais de façon moins catégorique qu'en matière de crimes de guerre, celle d'avoir commis des crimes contre l'humanité. De façon à bien appréhender une telle accusation, il convient, avant d'exposer les différents endroits où elle est mentionnée, de préciser le contenu de l'infraction de crime contre l'humanité.

Si on s'en tient en effet au droit français, cohabitent à présent deux définitions des crimes contre l'humanité, celle présente dans le Code pénal et celle du statut de la Cour pénale internationale. En vertu de l'article 212-1 du Code pénal, *La déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité*. Deux éléments sont ici déterminants : la preuve du fondement des comportements criminels – inspirées par des motifs... – et la preuve des modalités de mise en œuvre des comportements criminels – un plan concerté. Telle était la logique qui, schématiquement, animait le droit pénal international à la suite du procès de Nuremberg.

Comparativement, la définition retenue par le statut de la Cour pénale internationale couvre un champ d'application beaucoup plus large : (article 7) : *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 :*

- a) *Meurtre ;*
- b) *Extermination ;*
- c) *Réduction en esclavage ;*
- d) *Déportation ou transfert forcé de population ;*

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

f) *Torture ;*

g) *Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;*

h) *Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;*

i) *Disparitions forcées de personnes ;*

j) *Crime d'apartheid ;*

k) *Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.*

2. *Aux fins du paragraphe 1 :*

a) *Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une 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 ;*

b) *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 ;*

c) *Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants ;*

d) *Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région*

où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ;

e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acception de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ;

f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ;

g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ;

h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ;

i) Par « disparitions forcées de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent Statut, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

La démonstration de l'infraction nécessite en outre, conformément à l'article 30 du statut, la preuve d'un élément intentionnel.

De cette rédaction découlent deux différences. D'une part, il n'est plus fait état comme élément constitutif de l'infraction du dol spécial à l'origine du comportement – le fait de toucher des civils est en soi un crime contre l'humanité

au même titre que la persécution pour un motif religieux par exemple – ; d'autre part, manque également la notion de plan concerté. Le saut qualitatif est tellement énorme que l'on peut se demander si, véritablement, le législateur peut transposer un tel texte et en même temps réprimer les propos qui nieraient l'existence de ces crimes – Cass. crim., 23 juin 2009, n° 08-82.521 : *Le délit puni par l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 se limite à la contestation de crimes tels que définis par l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945*. La reprise de la définition propre au statut de Rome corrélée à une extension du champ d'application de la loi du 29 juillet 1881 aboutirait indirectement à entraver la liberté d'expression et la critique historique de façon peut-être disproportionnée.

Nous avons ici l'idée plusieurs fois exprimée selon laquelle la souffrance est le seul dénominateur commun de l'humanité, ce que confirme le rapport Goldstone de façon caricaturale⁹⁸ – 293. *Crimes against humanity are crimes that shock the conscience of humanity*⁹⁹.

Comme pour les crimes de guerre, le raisonnement à l'origine de l'accusation repose sur des analogies au mépris encore et toujours des principes de base du droit pénal¹⁰⁰. Il faut cependant se demander si, par principe, le simple fait de rentrer en guerre n'entraîne pas la commission de crime contre l'humanité. En effet, par définition, lors d'un conflit, il y aura atteinte aux droits des personnes présentes sur la zone en guerre. Dès lors, la négation de la distinction entre période de paix et période de guerre justifie automatiquement que la partie la plus forte soit accusée de crime contre l'humanité. Tout dépend en somme de la manière de définir la notion d'*attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile*.

La notion d'attaque systématique paraît impliquer un plan concerté. La notion de système renvoie en effet à une logique d'ensemble qui a guidé l'attaquant. En revanche, une attaque généralisée peut parfaitement être menée indépendamment de toute logique d'ensemble, uniquement afin de semer la terreur. Dans un cas comme dans l'autre, la preuve de l'attaque doit s'accompagner de la preuve de la commission des actes criminels visés par la suite du texte.

Quelle que soit l'acception retenue, l'opération israélienne rentre difficilement dans un tel cadre. Comment envisager le caractère systématique d'une attaque sur plus de vingt jours à partir du moment où trois jours après le début du conflit, le ministre de la défense E. Barak souhaitait interrompre l'opération ?

Quant au caractère généralisé, il peut paraître plus aisé à démontrer. Reste qu'il doit s'accompagner de la preuve de meurtre, torture, extermination...

Toute l'accusation de Goldstone repose pratiquement sur la présomption que l'attaque, par son effet de surprise avait pour objet de tuer un maximum de Palestiniens. Le rapport ignore ainsi délibérément les messages envoyés à la population civile pour les informer des futurs bombardements afin qu'ils évacuent les lieux conformément au Protocole additionnel de la Convention de Genève exposé précédemment.

Comme pour les crimes de guerre, l'accusation n'est en plus pas exempte de contradictions :

1534. *The systematic discrimination, both in law and in practice, against Palestinians, in legislation (including the existence of an entirely separate legal and court system which offers systematically worse conditions compared with that applicable to Israelis), and practice during arrest, detention, trial and sentence compared with Israeli citizens is contrary to ICCPR article 2 and potentially in violation of the prohibition on persecution as a crime against humanity. [La discrimination systématique tant dans la loi que dans la pratique contre des Palestiniens, inscrite dans la législation (où figure un régime juridique et judiciaire entièrement séparé qui est systématiquement désavantageux comparé à celui qui est applicable aux Israéliens), et dans les pratiques (en cas d'arrestation, de détention, de procès et de jugement) comparées à celles applicables aux citoyens israéliens est contraire à l'article 2 de l'ICCPR et constitue potentiellement une violation de l'interdiction de la persécution entendue comme crime contre l'humanité.]*

On appréciera ici tout particulièrement :

– « potentially » (« potentiellement ») : Goldstone invoque une nouvelle catégorie d'infractions, les infractions potentielles, c'est-à-dire qu'il faudrait poursuivre Israël afin d'apprécier si les risques pris lors de l'opération permettent ou non de qualifier un crime contre l'humanité – bref, le plus fort a par principe tort. C'est une méconnaissance flagrante du statut de la Cour pénale internationale. Comme l'écrit un auteur, il n'y a *pas de place pour le dol éventuel* « dans lequel l'auteur est conscient qu'une conséquence pourrait advenir... et l'accepte pour le cas où elle adviendrait effectivement. A fortiori, il n'y a pas de place non plus pour la négligence, consciente ou inconsciente¹⁰¹.

– la critique de la distinction entre le système palestinien et le système israélien :

- si Israël décide d'appliquer uniformément sa loi aux populations palestiniennes, nul doute que le monde entier criera à la discrimination ;
- si Israël se refuse à un tel comportement, il y a quand même discrimination.

Le même rapport ne cesse de dénoncer, sans se rendre compte de la contradiction, les insuffisances de la justice israélienne. Imaginons cependant qu'Israël décide de poursuivre aussi bien les Israéliens et les Palestiniens qui, **potentiellement**, auraient commis des crimes relevant de la compétence de la Cour. Israël envoie des forces de police arrêter les membres du Hamas et, automatiquement, ceux-ci y voient une déclaration de guerre tandis que la Ligue arabe qualifierait ce comportement d'impérialisme culturel.

Le rapport Goldstone se garde bien d'aborder la question de l'intention criminelle des responsables israéliens car, autre principe fondamental oublié, le doute profite à l'accusé. Et ce n'est pas un hasard s'il se refuse à parler de légitime défense pour qualifier l'action israélienne car, s'il y a légitime défense, il ne peut pas y avoir crime contre l'humanité faute d'intention de tuer.

Là encore, citons une nouvelle fois l'étude de référence sur le sujet : *l'attaque généralisée ou systématique constitutive des crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale doit être menée en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque.*

Il est évidemment inconcevable que la légitime défense puisse être menée en fonction de la même politique criminelle, qui, si elle n'existe pas, interdit la qualification de crimes contre l'humanité des éléments en cause. Il faut donc nécessairement en conclure qu'il n'est pas possible de commettre des crimes contre l'humanité en état de légitime défense, ce qui interdit l'application de cette cause d'exonération de la responsabilité pénale dans le Statut de la Cour pénale internationale à ces crimes¹⁰².

Au terme de cette étude, nous voudrions montrer comment le rapport Goldstone développe deux formes de critiques à l'égard de l'Etat d'Israël.

Par son manque d'impartialité qui heurte de front tous les standards de justice, ce rapport s'inscrit dans la pratique malheureusement longue d'instrumentalisation des institutions onusiennes pour cautionner en permanence la critique traditionnelle de l'Etat d'Israël.

Par sa conception du droit international humanitaire, ce rapport oblige à repenser les relations entre démocratie et droits de l'homme au point, peut-être, non seulement de rendre illégitime le principe même de souveraineté des Etats face au droit à l'auto-détermination mais aussi d'entraver toute action militaire. Plus largement, ce rapport donne une illustration saisissante des interprétations divergentes que peut susciter le statut de la Cour pénale internationale.

En cela, limiter la critique du rapport Goldstone à Israël serait une grave erreur : il est potentiellement le vecteur d'une dissociation sans précédent sur le plan international de la mise en œuvre des droits de l'homme indépendamment de toute structure étatique.

Vu sous cet angle, la question de la validation des conclusions de ce rapport à l'échelon international va peut-être devenir la dernière occasion offerte aux Etats démocratiques de prendre conscience de la monstruosité juridique que représente un droit pénal international dont les infractions ne sont pas explicitement définies par les textes.

notes

1. A l'heure où nous rédigeons, le rapport n'a pas été traduit en français. Comme l'analyse juridique repose sur les mots utilisés, nous avons fait le choix de reproduire en anglais les citations du rapport.
2. Article 689-1 du code de procédure pénale : *En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable.* Cf. infra.
3. CEDH, 5e section, 15 janvier 2009, Ligue du monde islamique et Organisation mondiale du secours islamique c/France, n° 36497/05. On citera ici l'article 1^{er} de la Charte arabe des droits de l'homme : *Le racisme, le sionisme, l'occupation et la domination étrangère sont des pratiques qui défont la dignité humaine et constituent un obstacle majeur à la jouissance des droits fondamentaux par les peuples ; il faut condamner ces pratiques et faire en sorte qu'elles soient supprimées est un devoir.*
4. Point 1654 : *The Mission supports the reliance on universal jurisdiction as an avenue for States to investigate violations of grave breach provisions of the Geneva Convention of 1949, prevent impunity and promote international accountability. [La Mission s'en remet à la juridiction universelle, voie royale pour inciter les Etats à enquêter sur les graves infractions aux dispositions de la convention de Genève de 1949, pour prévenir l'impunité et pour encourager les comportements responsables au plan international.]* NDLR : les auteurs ont conservé les citations anglaises pour plus de fiabilité juridique. Les traductions que nous proposons (par les soins de Jean Pierre Bensimon) ont pour seul but de faciliter la lecture des non anglophones. Elles n'ont pas été soumises à une expertise de droit comparé.
5. Communiqué de presse du 10 juin 2009 <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/B27EF994-C76B-45B0-9F29B7C7CF8A0941/0/ICCASPPressConference10June2009FRA.pdf> : *Pour ce qui est de la demande de l'Autorité Palestinienne que la Cour enquête sur l'incursion militaire israélienne à Gaza en décembre, M. Wenaweser a indiqué que la demande était une soumission ad hoc présentée par une entité ou un État qui n'était pas État Partie au Statut de Rome de la Cour. La Cour examinait la validité de la demande et tentait d'établir si elle tombait sous la juridiction de la Cour.* Il faut arriver à la note de bas de page 173 du rapport pour qu'il soit fait mention de cette discussion pourtant fondamentale.
6. Prosecutor v. Sam Hinga Norman, SCSL-2004-14-AR72 (E) du 31 mai 2004.
7. La Ligue arabe du 30 avril 2009, *Report of the independent fact finding committee on Gaza, no safe place, [Rapport de la commission d'enquête sur Gaza, zone dangereuse]* (http://www.arableagueonline.org/las/picture_gallery/reportfullFINAL.pdf)
8. Rapport d'Amnesty International du 9 juin 2009, *Operation Cast Lead : 22 days of death and destruction, [L'opération Plomb fondu : 22 jours de mort et de destructions]* (<http://www.amnesty.org/en/library/asset/MDE15/015/2009/en/8f299083-9a74-4853-860f-0563725e633a/mde150152009en.pdf>)
9. Human Right Watch, *Rain of fire : Israel 's unlawful use of white phosphorus in Gaza*, mars 2009,

[*Pluie de feu : l'utilisation illégale du phosphore blanc par Israël à Gaza*] (<http://www.hrw.org/node/81760>)

10. A moins que la naïveté ne confine chez cet homme à la bêtise, R. Koller, « Richard Goldstone déplore la récupération politique de son rapport », *Le Temps*, 16 octobre 2009, « Richard Goldstone ne cache pas son irritation » : « Cette proposition de résolution m'attriste, car elle ne fait part que d'allégations à l'encontre d'Israël. Il n'y a pas une phrase pour condamner le Hamas comme nous le faisons dans le rapport. J'espère que le Conseil pourra encore modifier ce texte. »

11. *Haaretz*, 13 novembre 2009 : « Goldstone : U.S. does not have to protect Israel blindly ». [*Goldstone : les États-Unis ne doivent pas protéger Israël aveuglément*]

12. Point 17: *The Mission based its work on an independent and impartial analysis of compliance by the parties with their obligations under international human rights and humanitarian law in the context of the recent conflict in Gaza, and on international investigative standards developed by the United Nations. [La Mission a fondé ses travaux sur une analyse indépendante et impartiale de la conformité du comportement des parties à leurs obligations découlant du régime international des droits de l'homme et du droit humanitaire dans le contexte du récent conflit de Gaza, et des normes élaborées par les Nations unies en matière d'enquête internationale.]*

13. Point 121: *International human rights law and humanitarian law require States to investigate and, if appropriate, prosecute allegations of serious violations by military personnel. International law has also established that such investigations should comply with standards of impartiality, independence, promptness and effectiveness. The Mission holds that the Israeli system of investigation does not comply with all those principles. [Le régime international des droits de l'homme et du droit humanitaire impose aux Etats d'enquêter et, si c'est nécessaire de poursuivre, en cas de suspicion d'infractions sérieuses commises par des personnels militaires. Le droit international a également établi que de telles enquêtes doivent être conformes aux principes d'impartialité, d'indépendance, de promptitude et d'efficacité. La Mission soutient que le système d'investigation israélien n'est pas conforme à tous ces principes]. Cf. infra, l'analyse de Jean-Pierre Bensimon.*

14. La jurisprudence de la C.E.D.H. apparaît, selon les commentateurs, comme une source d'influence de la Cour pénale internationale. Cf. G. Bitti, « Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale », *Revue de sciences criminelles*, 2006, p. 694 et s.

15. R. de Gouttes, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité », *Revue de sciences criminelles*, 2003, p. 63

16. Y. Benhorin, *Ynet*, 6 novembre 2009, "Goldstone : I was afraid of being abducted in Gaza". [*Goldstone : j'avais peur d'être enlevé à Gaza.*]

17. Point n° 9 : *During its visits to the Gaza Strip, the Mission held meetings with senior members of the Gaza authorities and they extended their full cooperation and support to the Mission. [Au cours de sa visite à Gaza, la Mission a rencontré les membres les plus importants des autorités gazaouites qui apportèrent leur pleine coopération et leur soutien à la Mission.]*

18. Lettre de R. Goldstone en date du 29 octobre 2009 : *The allegation that Hamas was able to shape the findings of my report or that it pre-screened the witnesses is devoid of truth. [L'allégation selon*

laquelle le Hamas était en mesure d'infléchir les conclusions de mon rapport ou qu'il sélectionnait au préalable les témoignages est dénué de tout fondement.] <https://org2.democracyinaction.org/o/5664/images/Goldstone%20letter.pdf>

19. Le lien entre les origines du juge, en l'occurrence sa judéité, et sa supposée impartialité avait été soulevé lors du procès Papon. Les parties civiles avaient cependant renoncé à invoquer ce grief pour obtenir l'annulation de la procédure. La question est depuis restée en suspens.

20. <http://www.reliefweb.int/rw/rwb.nsf/db900SID/MUMA-7YF4EF?OpenDocument>

21. Dépêche A.F.P. du 9 mars 2009 : *Le secrétaire général de la Ligue arabe Amr Moussa, se rend cet après-midi à Khartoum pour rencontrer le président soudanais Omar el-Béchar, objet d'un mandat d'arrêt de la Cour pénale internationale (CPI), a annoncé la Ligue arabe au Caire.*

Le but de cette visite est de discuter de "la démarche arabo-africaine à suivre pour faire face à la décision de la CPI", a déclaré le secrétaire adjoint de la Ligue arabe, Ahmed Ben Hilli.

"La procédure politique et juridique (...) pour préparer la visite à New York d'une délégation arabo-africaine de haut niveau", sera également au centre des entretiens de M. Moussa, a-t-il ajouté. Quelques heures après la décision de la CPI, la Ligue arabe a indiqué qu'elle prévoyait l'envoi d'une délégation arabo-africaine de haut niveau au Conseil de sécurité de l'ONU pour demander le report des procédures prises par la CPI.

22. Déclaration de la Ligue arabe du 19 décembre 2009 : *Le représentant a, en outre, relevé la concomitance de l'action au niveau de l'ONU avec les efforts palestiniens et arabes au niveau de la Cour pénale internationale (CPI), à Rome, soulignant qu'une délégation de la Ligue examinait la question avec le procureur général de la CPI, M. Luis Moreno-Ocampo. Les efforts déployés par l'Autorité Palestinienne et la Ligue Arabe au sujet de la poursuite des criminels de guerre israéliens sont accompagnés d'intenses contacts établis avec les experts des tribunaux internationaux et du Droit international.* <http://www.elmoudjahid.com/accueil/monde/44364.html>

23. *The Times*, 11 janvier 2009, "Israel's bombardment of Gaza is not self-defence – it's a war crime".

24. Art. préc., *The manner and scale of its operations in Gaza amount to an act of aggression and is contrary to international law, notwithstanding the rocket attacks by Hamas. [Les procédés mis en œuvre et l'étendue de ses opérations à Gaza constitue un acte d'agression, contraire à la loi internationale, en dépit des tirs de roquette du Hamas.]*

25. Goldstone defends Christine Chinkin from bias charge, [Goldstone defend Chinkin contre l'accusation de partialité] <http://blog.unwatch.org/?p=416>

26. Cf. <https://org2.democracyinaction.org/o/5664/images/Goldstone%20letter.pdf>

27. Point 25 : *In all of these cases the Mission has found that there is sufficient information to establish the objective elements of the crimes in question. [Dans tous ces cas, la Mission a estimé qu'elle disposait d'une information suffisante pour établir les éléments objectifs des crimes en question.]*

28. Goldstone réussit le tour de force de le reconnaître sans discréditer son travail : *If it had been a judicial inquiry, that letter she'd signed would have been a ground for disqualification, [S'il s'agissait*

d'une enquête judiciaire, la lettre qu'elle a signé aurait constitué la base d'une disqualification.] *Business Day*, 2 août 2009, <http://www.businessday.co.za/articles/Content.aspx?id=77618>

29. Nous écrivons les Palestiniens et non le Hamas en raison de l'extension du mandat à l'ensemble des territoires occupés en dépit du fait qu'il s'agissait d'une collecte des faits sur le conflit à Gaza.

30. A. Shavit, "Watch out for the Goldstoners", *Haaretz*, 8 octobre 2009.

31. Point n° 1.

32. Point n° 11.

33. Point n° 83.

34. Gaza-Westbank – ICRC Bulletin No. 22/2007, 15 June 2007.

35. On renverra à S. Ansky, *Chronologie israélienne : compter les morts*, Outre-Terre, n° 9, 4/2004, disponible sur internet, <http://www.cairn.info/revue-outre-terre-2004-4-page-491.htm>

36. Point 1673 : *It should be noted that the Tseva Adom system is not 100 percent effective ; according to Noam Bedein, the system failed to detect a rocket that struck Sderot on 21 May 2007, killing one and wounding two others. Moreover, the system may also give false alerts, a fact which led authorities in Ashkelon to switch off the system in May 2008. Consequently, no warning was given when a rocket struck a shopping centre on 14 May 2008, seriously injuring three people (including Dr. Emilia Siderer, who appeared before the Mission at the public hearings held in Geneva on 6 July 2009). [Il convient de noter que le système d'alerte dit Tseva Adom n'est pas efficace à 100 pour cent ; selon Noam Bedein, le système n'a pas détecté une roquette qui a frappé Sderot le 21 mai 2007, tuant une personne et en blessant deux autres. En outre, le système peut lancer également de fausses alertes, ce qui a conduit les autorités à le neutraliser à Ashkelon en mai 2008. En conséquence, il n'y a pas eu d'alerte au moment où une roquette a frappé un centre commercial le 14 mai 2008, blessant sérieusement trois personnes (dont le docteur Emilia Siderer, qui a comparu devant la mission lors des audiences publiques tenues à Genève le 6 juillet 2009)]*

37. Point 1699.

38. Du moins, le rapport fait une seule fois référence à cette réalité dans une note de bas de page tendancieuse : note 246 : *The Australian Government's listing of al-Qassam Brigades as a terrorist organization (last updated 14 September 2007), for instance, explains : "The functions of the Hamas organization, which has distinct civilian and military wings, include legitimate political and social activities. Its welfare and mosque networks act as a base for its recruitment and propaganda activities. Its terrorist operations are conducted by its military wing, the Izz ad-Din al-Qassam Brigades."* [Le classement des Brigades al-Qassam sur la liste des organisations terroristes par le gouvernement australien (dont la dernière mise à jour date du 14 septembre 2007), explique par exemple que : "les fonctions de l'organisation du Hamas, qui a deux branches distinctes, civile et militaire, recouvrent des activités politiques et sociales légitimes. Son réseau d'assistance et de mosquées sert de base à ses activités de recrutement et de propagande. Les opérations terroristes sont conduites par la branche militaire, les brigades Izz ad-Din al-Qassam."] Autrement dit, et comme on le verra infra, le Hamas n'est pas un mouvement terroriste !

39. Point 212. A comparer avec le résumé du rapport de Human Rights Watch : Internal Fight,

Palestinian abuses in Gaza and the West Bank, July 2008, p. 3 : *Since June 2007, when Hamas forcefully seized control in Gaza, it has conducted arbitrary arrests of political opponents, tortured detainees, clamped down on freedom of expression and assembly, and violated due process rights enshrined in Palestinian law. The victims have frequently been leaders, activists and supporters of Fatah, especially those with suspected ties to a security force or those who sought to undermine Hamas rule after its electoral win in January 2006. In the West Bank, the Fatah-dominated authorities have committed many of the same abuses, with victims being the activists, leaders and supporters of Hamas and affiliated institutions. Fearful of a Hamas takeover of the West Bank, security forces have detained hundreds of people arbitrarily, tortured detainees, and closed media and organizations that are run by or sympathetic to Hamas. The West Bank security forces have operated with significant support, financial or otherwise, from the United States, the European Union and Israel. [Depuis juin 2007, date où le Hamas a pris le pouvoir par la force à Gaza, il a procédé à des arrestations arbitraires parmi ses adversaires politiques, torturés des détenus, baillonné la liberté d'expression et de réunion, et violé les procédures juridiques qui sous-tendent le droit palestinien. Les victimes ont fréquemment été des chefs, des militants et des partisans du Fatah, en particulier ceux qui étaient soupçonnés d'avoir des liens avec les forces de sécurité ou ceux qui avaient tenté de saper la domination du Hamas après sa victoire électorale de janvier 2006. En Cisjordanie, les autorités affiliées au Fatah ont commis de nombreux abus semblables, les victimes étant les militants, les chefs et les partisans du Hamas et des groupes affiliés. Craignant une prise de contrôle du Hamas en Cisjordanie, les forces de sécurité ont détenu arbitrairement des centaines de personnes, les ont torturées, et elles ont interdit les médias et les organisations proches ou sympathisantes avec le Hamas. Les forces de sécurité de Cisjordanie ont agi avec l'appui significatif, financier ou autre, des Etats-Unis, de l'Union européenne et d'Israël.]* Le point 80 fait état d'exaction uniquement à l'encontre de cinq membres du Fatah.

40. Point 1668.

41. Point 1622. *It is a serious concern to the Mission that the normal system of checks and balances between the executive, the legislative and the judiciary branches in the area controlled by the Palestinian Authority appears to be flawed. There seems to be little evidence of a functioning accountability system to counter instances of torture and other forms of abuse of power. [Le fait que le système habituel de contrôle réciproque et d'équilibre entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire semble défaillant dans le secteur contrôlé par l'Autorité Palestinienne constitue une préoccupation sérieuse pour la Mission... Il semble y avoir peu de preuves attestant du fonctionnement d'un système efficace de prévention des cas de tortures et des autres formes d'abus de pouvoir.]*

42. Par exemple, cette Déclaration n'est pas ratifiée par la France.

43. http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_opt_fr.htm

44. Note 181 : *For instance, in its 2003 concluding observations, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights reiterated "its regret at the State party's refusal to report on the occupied territories" (E/C.12/1/Add.90, para. 15). [Par exemple, dans les observations qu'il a mentionnées à titre de conclusion en 2003, le Conseil des Droits économiques, sociaux et culturels réitère "ses regrets*

devant le refus de l'État partie de rendre compte de son action dans les territoires occupés".]

45. Point 302.

46. Questions de fond concernant la mise en œuvre du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.Fr?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.Fr?OpenDocument).

47. On en voudra pour preuve cette référence au Pacte international relatif aux droits économiques, culturels et sociaux dans la jurisprudence française récente : Cass. Soc., 16 décembre 2008 (n° 05-40876) : *Vu l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ensemble l'article 75, alinéa 3, du code du commerce local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle ;*

Attendu que le premier de ces textes, directement applicable en droit interne, qui garantit le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave ;

Attendu que débouter M. X... de sa demande relative à la contrepartie financière de la clause de non-concurrence prévue par l'article 74 du code du commerce local, l'arrêt énonce qu'en vertu de l'article 75, alinéa 3, de ce code, en cas de faute grave, le salarié ne peut prétendre à une indemnité de ce chef ;

C'est une consécration expresse du Pacte qui n'ajoute cependant rien au droit positif car la solution est constante depuis juillet 2002. Le changement de fondement pour consacrer une telle solution illustre uniquement la liberté du juge par rapport aux sources internationales alors même que la liberté d'entreprendre consacrée au droit interne permet également de conditionner la validité d'une clause de non-concurrence à la stipulation d'une contrepartie financière. A la limite, peut-être même faut-il s'inquiéter d'une telle solution pour la raison suivante : la restriction de la liberté est fondée si l'employeur paye. Mais si le raisonnement vaut pour la liberté de travailler et puisque les droits sont indivisibles, il n'y a pas de raison de limiter cette faculté pour l'employeur à cette seule liberté. Pourquoi ne pas restreindre le droit de grève en contrepartie d'une somme d'argent supplémentaire pour le salarié ? Dès lors, derrière la satisfaction de voir consacré le Pacte pour la première fois en droit interne, peut-être faut-il lire la règle suivante : les droits de l'homme sont négociables qu'ils trouvent leur source en droit interne ou en droit international. Nous serions donc en présence d'une régression et non d'un progrès social et d'une nouvelle confirmation de la difficulté de reconnaître pleinement les droits de l'homme au quotidien.

48. Point 1670 : *The international community needs to provide an additional or alternative mechanism of compensation by Israel for damage or loss incurred by Palestinian civilians during the military operations.* [La communauté internationale doit arrêter un mécanisme de compensation supplémentaire ou alternatif à la charge d'Israël pour les dommages causés et les pertes subies par les civils palestiniens au cours des opérations militaires.]

49. Cf. Coordination humanitaire des Nations Unies : <http://www.irinnews.org/Report.aspx?ReportId=87018>

50. <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/6C211162E43235FAC12573E00056E19D?>

opendocument

51. E. POINSOT, « Vers une lecture économique et sociale des droits humains : l'évolution d'Amnesty International », *Revue française de science politique*, Vol. 54 2004/3, <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-science-politique-2004-3-page-399.htm>

52. La France a également fait les frais d'une telle approche à travers les critiques que l'association HRW lui a adressé à propos de la façon dont elle traite les enfants de personnes en situation irrégulière dans les zones de transit. La réponse du Ministre à cette occasion n'est, sur le fond, pas très différente, de celle du gouvernement israélien lors de la diffusion du rapport Goldstone. Communiqué du 29 octobre 2009 : *La méconnaissance du régime juridique et des procédures juridictionnelles applicables, la multitude des erreurs factuelles et des approximations terminologiques, enfin le ton inutilement polémique du rapport, disqualifient cette approche partisane. Il est également regrettable, sur le plan de la méthode de travail, que les cas individuels évoqués n'aient pas donné lieu à des échanges contradictoires avec les services concernés. (...) Au total, la position exprimée sans nuance par Human Rights Watch en faveur de la suppression de la zone d'attente est parfaitement infondée et, à bien des égards, dangereuse. On relèvera en particulier : – qu'aucune norme internationale, ni aucune jurisprudence internationale ne pose pareille obligation et qu'une telle préconisation méconnaîtrait le principe unanimement reconnu selon lequel les États – la France comme les autres – ont le droit de contrôler l'entrée et le séjour sur leur territoire des étrangers, y compris des mineurs isolés.*

53. http://www.aidh.org/ONU_GE/Comite_Drteco/obs-gen012.htm

54. On trouve une illustration de cette idée dans A. Barak, *The judge in a democracy*, 2006, que Goldstone considère comme l'une de ses principales références. Cf. Richard Goldstone, "The Jurisprudential Legacy of Justice Aharon Barak", 48 Harv. Int'l L.J. Online 54 (2007), <http://www.harvardilj.org/online/108>. On se demande bien comment un tel système judiciaire a pu émerger – point n° 1756 : *the Mission found major structural flaws that in its view make the system inconsistent with international standards. [la Mission pense qu'il s'agit d'une faille structurelle majeure qui selon elle, rend le système non-conforme aux normes internationales.]*

55. Les critiques que le juge R. Posner adresse au juge Barak sont en tous points transposables à Goldstone, cf. R. Posner, "The enlightened despot", *The New Republic*, 23 avril 2007 : *He takes for granted that judges have inherent authority to override statutes. Such an approach can accurately be described as usurpative. [Il considère comme acquis que les juges ont par nature autorité pour aller au-delà du droit écrit. Il est fondé de caractériser cette conception comme usurpatrice.]*

56. On notera la recherche de la caution des décisions rendues sous la présidence de A. Barak.

57. Major General A.P.V. Rogers, *Command Responsibility under the Law of War* (1999) www.lcil.cam.ac.uk/Media/lectures/doc/COMDRESP.doc.

58. NATO Bombings, Final Report to the ICTY Prosecutor, 48.

59. NATO Bombings, Final Report to the ICTY Prosecutor, 50-1.

60. G. Z. Capaldo, *Providing a Right of Self-Defense Against Large-Scale Attacks by Irregular Forces : The Israeli-Hizbollah Conflict*, 48 HARV. INT'L L.J. ONLINE 101 (2007), <http://www.harvardilj.org>.

org/online/115

61. Art. 57 2 a (ii) du Protocole préc. : *a) ceux qui préparent ou décident une attaque doivent :*
- i) faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 de l'article 52 Database 'DIH – Traités & Commentaires', View '1. Tous traités \1.2. Par Articles', et que les dispositions du présent Protocole n'en interdisent pas l'attaque ;*
 - ii) prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment ;*
62. ICRC CIL Study, Practice, Ch. 5, 147-158.
63. U.S. Naval Handbook (1995), 11.2, voir également 8.5.2 ; ICRC CIL Study, Practice, Ch. 5, ¶ 457.
64. ICRC CIL Study, Practice, Ch. 5, 483.
65. (134) ICRC CIL Study, Practice, Ch. 5, 485.
66. NATO Bombings, Final Report to the ICTY Prosecutor, ¶ 29.
67. Article 58 (ii) du Protocole additionnel préc.
68. Commentaire du Protocole additionnel préc. § 2196 : *D'une manière générale, la présence de troupes ennemies dans des édifices, établissements ou installations rendra une attaque contre eux légitime, sous réserve des autres précautions prévues sous chiffres ii et iii ou de la protection spéciale qui peut couvrir ces édifices, établissements ou installations. Il est évident que le belligérant qui loge des troupes dans des édifices purement civils, par exemple des maisons d'habitation ou des écoles, ou qui les emploie comme point d'appui dans le combat, expose ces édifices et les civils qui s'y trouvent à de graves dangers. Même si les attaques ne sont dirigées que contre les membres des forces armées, il est vraisemblable qu'il en résultera des dégâts importants aux édifices où ils se trouvent.*
69. Cf. par exemple C. Greenwood, « Terrorism : The Proper Law and the Proper Forum », *International Law Review*, n° 79, janvier 2003 : « Rien dans le texte ou les travaux préliminaires de la Charte (de l'ONU) suggère que la notion d'attaque armée concerne uniquement les actes des Etats (...). La pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux internationaux depuis l'adoption de la Charte (de l'ONU) a adopté une distinction formelle entre les actes des Etats et les actes des terroristes et d'autres groupes pour déterminer ce qui constitue une attaque armée ». Voir également T. M. Franck, *Terrorism and the Right of Self-defense*, *American journal of international law* (2001), volume 95 : « Il est inconcevable que les Etats ne puissent pas exercer leur droit à l'autodéfense contre des acteurs non étatiques comme ils le feraient contre d'autres Etats ».
70. Chatham House, *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*, International Law Programme, (2005).
71. Point 1691 : *The Mission has noted with concern public statements by Israeli officials, including senior military officials, to the effect that the use of disproportionate force, attacks on civilian population and destruction of civilian property are legitimate means to achieve Israel's military and poli-*

tical objectives. The Mission believes that such statements not only undermine the entire regime of international law, they are inconsistent with the spirit of the United Nations Charter and, therefore, deserve to be categorically denounced. [La mission a noté avec préoccupation les déclarations publiques des responsables israéliens, et parmi eux des militaires de premier plan, sur l'usage disproportionné de la force, sur les attaques contre la population civile et sur la destruction de propriétés civiles comme moyens légitimes pour atteindre les objectifs militaires et politiques d'Israël. La mission croit que de telles déclarations non seulement sapent le régime du droit international dans son ensemble, et qu'elles sont de plus en contradiction avec l'esprit de la Charte des Nations unies : elles doivent, en conséquence, être catégoriquement dénoncées.] On notera ici l'utilisation du terme "disproportionné" : le rapport réussit à critiquer la légitime défense sans véritablement se poser la question de l'exercice de ce droit.

72. On relèvera là encore une nouvelle reprise sans discussion des thèses palestiniennes sur le sujet : (point 1662) *Palestinian armed groups generally justify these attacks as a legitimate form of resistance to Israeli occupation and as acts of self-defence and reprisals for Israeli attacks. [Les groupes armés palestiniens justifient en général ces attaques comme des formes légitimes de résistance à l'occupation israélienne et comme des actes d'autodéfense et de représailles en réponse aux attaques israéliennes.]*

73. K. Annan, *Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous* (cf. A/59/2005), par.124.

74. S. El Sayegh, *Légitime défense, terrorisme et préemption*, www.diplomarc.org.

75. Point 295.

76. On mesure ici toute l'hypocrisie du rapport : Israël reste responsable mais, sauf erreur de notre part, ne se voit reprocher que ses actions. Or, logiquement, il devrait également être possible de lui imputer les exactions permanentes du Hamas dans la Bande de Gaza. Un tel résultat obligerait de facto Israël à réoccuper la Bande de Gaza. Bref, toujours la même stratégie du côté Goldstone : Israël n'est responsable qu'à condition de ne pas gêner l'action du Hamas quand bien même celle-ci serait extrêmement critiquable du point de vue des droits de l'homme.

77. On reproduira ici la critique de R. A. Posner in *Law, pragmatism and democracy*, Harvard, 2003, spec. P. 293-321 : *The law is ultimately public policy and policy should be based on facts rather than on points of law, so lawyers and judges have to balance concrete interests drawn from the real world, as indeed I have been arguing that they should. This is hardly a counsel of complacency. It implies, rather, that lawyers' hubris is a menace in many fields of law, not just in those that about on national security. Legal thinkers have to pay more attention to the facts and to other practical, empirical considerations bearing on legal policy than they do. [La loi est en définitive une politique publique et la politique devrait être basée sur les faits plutôt que sur des points de droit ; c'est ainsi que les avocats et les juges doivent trouver des points d'équilibre entre les intérêts concrets émanant du monde véritable, comme je l'avais défendu. C'est presque une invitation à la suffisance. En fait, cela signifie que l'orgueil des juristes est une menace dans de nombreux secteurs du droit, et pas seulement dans ceux qui concernent la sécurité nationale. Les théoriciens du droit doivent prêter davantage d'attention*

aux faits et aux considérations pratiques et empiriques qui sous-tendent la politique juridique.]

78. Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, 23 janvier 2008 § 35, aff. C-415/15, Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes.

79. La Cour suprême israélienne a reconnu en 2008 que « Depuis septembre 2005 Israël n'a plus un contrôle effectif sur ce qui se passe dans la Bande de Gaza » et ne peut donc plus être considérée comme « une puissance occupante » au sens du droit international. Affaire Jaber Al-Bassiouni contre Premier ministre d'Israël HCJ 913/07 § 12 du 30 janvier 2008.

80. On peut se demander dans la perspective retenue par Goldstone si l'infraction en droit français d'associations de malfaiteurs définie pour appréhender les comportements dangereux n'excèdent pas les limites de ce qui peut être admis dans une démocratie reposant sur une telle conception des droits de l'homme.

81. R. Goldstone, *The Tension between Combating Terrorism and Protecting Civil Liberties*, <http://human-rights.uconn.edu/documents/papers/TerrorCivilRightsRGoldstone.pdf>

82. Cf. le dossier complet sur ce sujet http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/599F2190-F81C-4389-B978-7A6D4598AD8F/O/terrorirm_law.pdf

83. L'action en justice intentée contre l'armée française à la suite du décès de soldats français en Afghanistan, s'inscrit dans un tel contexte.

84. J. Freund, *L'Essence du politique*, Sirey, 1965, p. 493. On se souviendra aussi ici du philosophe G. Gusdorf qui, dans ses mémoires, s'étonnait du traitement médiatique démesuré accordé à Israël dans les médias et analysait ce phénomène comme une manifestation de la haine de l'Occident à l'égard de ses valeurs en raison de l'incapacité à les assumer. *Le crépuscule des illusions : mémoires intempêtifs*, La Table Ronde, 2002. Le détournement des droits de l'homme auxquels nous assistons à travers le rapport Goldstone marque à notre sens un aboutissement. Il ne s'agit pas de droits de l'homme, expression utilisée pour discréditer l'invocation des droits de l'homme mais d'une conception radicalement différente aux implications foncièrement anti-étatiques.

P. Currat, « L'interprétation du statut de Rome », *Revue québécoise de droit international*, 2007, 20.1, p. 137, spéc. p. 152.

C. Tréan, « L'absurde paradoxe français sur les crimes de guerre », *Le Monde*, 24 décembre 2002.

G. Bitti, « Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale », *Revue de sciences criminelles*, 2006, p. 694, spéc. p. 703.

Public committee against torture in Israel v. Government of Israel, v. Government of Israel, HCJ 769/02 (11 décembre 2005), § 34-35.

85. Aux mauvaises langues qui contesteraient la légitimité de cette référence, nous rappellerons que le *Manuel de droit international et coutumier humanitaire* édité par la Croix Rouge en 2006 cite à plusieurs reprises les décisions de la Cour suprême israélienne pour exposer précisément les règles applicables en cas de conflits. Il serait donc pour le moins contestable de ne retenir que les décisions favorables aux Palestiniens. Le *Manuel* cite même le manuel de droit de la guerre édité par l'Etat d'Israël, ce qui en fait une source validée et reconnue sur le plan international (cf. par exemple note 20, p. 251).

86. I. Oppenheim, *International law : Disputes, War and Neutrality*, Longman et company, 7^e ed., 1952 n°525
87. A. Pfeiffer, "Israel challenges Palestinian claim on Gaza war dead", *Haaretz*, 26 mars 2009.
88. Il est amusant de constater que le rapport Goldstone se réfère une fois à un article du journal italien en date du 22 janvier 2009. Or, les estimations sont parues le 21 janvier et ont été reprises par *Ynet* sur son site le 22.
89. Article 51 Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977 « *La présence ou les mouvements de la population civile ou de personnes civiles ne doivent pas être utilisés pour mettre certains points ou certaines zones à l'abri d'opérations militaires, notamment pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri d'attaques ou de couvrir, favoriser ou gêner des opérations militaires. Les Parties au conflit ne doivent pas diriger les mouvements de la population civile ou des personnes civiles pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri des attaques ou de couvrir des opérations militaires* »
90. Amnesty International, Operation Cast Lead, 22 days of death and destruction, 2009, p. 4 : *Amnesty International's delegates who visited Gaza during and after Operation "Cast Lead", as on many other occasions in recent years, were able to carry out their investigations unhindered and people often voiced criticisms of Hamas' conduct, including rocket attacks. While in Gaza Amnesty International delegates also investigated crimes and human rights abuses committed by Hamas forces and militias against fellow Palestinians, including deliberate killings, torture, abductions and arbitrary detention. The findings were published on 10 February 2009 in a report entitled : Hamas'deadly campaign in the shadow of the war in Gaza. [Les délégués d'Amnesty International qui se sont rendus à Gaza après opération "Plomb fondu", comme en beaucoup d'autres occasions ces dernières années, pouvaient effectuer leurs investigations en toute liberté et les gens leur ont souvent exprimé des critiques contre la conduite du Hamas, y compris ses attaques à la roquette. Alors qu'ils étaient à Gaza les délégués d'Amnesty International ont aussi étudié les crimes et des abus en matière de droits de l'Homme commis par les forces et les milices du Hamas contre leurs frères palestiniens : massacres délibérés, tortures, enlèvements et détentions arbitraires. Les conclusions ont été éditées le 10 février 2009 dans un rapport intitulé : « La campagne meurtrière du Hamas à l'ombre de la guerre à Gaza ».]*
91. Le rapport Goldstone ne se tient pas à ce cadre – point n° 291 : *This category of crimes includes and/or overlaps with the grave breaches as defined in the four Geneva Conventions. [Cette catégorie de crimes inclut et/ou recoupe les graves manquements définies dans la quatrième Convention de Genève.]*
92. A propos de passages à tabac, il a été précisé qu'il n'a pas été établi que cela était suffisamment sérieux pour conclure que des actes inhumains ou un traitement cruel avaient été commis au sens des infractions visées par le texte, TPIY, Krnojelac, § 211.
93. Rapport final présenté au Procureur par le Comité chargé d'examiner la campagne de bombardements de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie, 14 juin 2000, § 51.
94. Point 75 : *Finally, the Mission considered whether the series of acts that deprive Palestinians in*

the Gaza Strip of their means of sustenance, employment, housing and water, that deny their freedom of movement and their right to leave and enter their own country, that limit their access a court of law and an effective remedy, could amount to persecution, a crime against humanity. [En conclusion, la Mission a considéré que la série des actes qui privent les Palestiniens de la Bande de Gaza de moyens de subsistance, d'emplois, de logements et d'eau, qui leur refuse la libre circulation et le droit de sortir et d'entrer dans de leur propre pays, qui limitent leur accès aux tribunaux et à des solutions efficace à leurs problèmes, peut équivaloir à de la persécution, un crime contre l'humanité.]

95. Si on voulait faire du mauvais esprit, on dirait que l'humanité n'a pas été choquée par le traitement réservé aux Juifs durant la seconde guerre mondiale. Elle n'est pas non plus choquée par les menaces proférées par l'Iran à l'encontre d'Israël. Plus sérieusement, on ne fait pas de droit avec des bons sentiments sauf à prendre le risque de criminaliser le comportement de la personne avec laquelle on est en désaccord.

96. Voici ce que disent les éléments des crimes annexés au statut de la Cour pénale internationale : *Comme l'article 7 relève du droit pénal international, ses dispositions, conformément à l'article 22, doivent être interprétées strictement, compte tenu du fait que les crimes contre l'humanité tels qu'ils y sont définis sont parmi les crimes les plus graves qui concernent l'ensemble de la communauté internationale, qu'ils engagent la responsabilité pénale individuelle et supposent une conduite inadmissible au regard du droit international général applicable tel qu'il est reconnu par les principaux systèmes juridiques du monde.* On notera ici les interventions pour le moins problématiques de la Ligue arabe ou de l'O.C.I... Ces pays ne perdent jamais une occasion de critiquer Israël et de l'accuser de tous les maux. Par exemple, dès avril 2009, la Ligue arabe publiait un rapport à charge d'Israël. La même Ligue dénonce en revanche en permanence l'ingérence de la Cour pénale internationale dans les affaires du Soudan. Compte tenu du poids démographique de la Ligue arabe, la référence à l'ensemble de la communauté internationale peut cependant servir à justifier systématiquement des poursuites contre Israël. Ou alors il faudrait imaginer que l'ONU et le Conseil des droits de l'homme dénoncent la Ligue arabe. Autant rêver.