



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

**L'ABSENCE DE COMPÉTENCE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE CONCERNANT
LA PRÉTENDUE « SITUATION EN PALESTINE »***

20 Décembre 2019

SOMMAIRE

1. Dès sa fondation, l'État d'Israël s'est engagé pour la cause de la justice pénale internationale. Établi au lendemain des événements catastrophiques du XX^{ème} siècle, notamment l'Holocauste perpétré contre le peuple juif, Israël a été un défenseur précurseur et passionné de la création d'une cour pénale internationale qui ferait rendre des comptes aux auteurs de crimes odieux qui choquent profondément la conscience de l'humanité. Il a pris une part active aux négociations ayant mené en 1998 à l'adoption du Statut de Rome et persiste à considérer qu'un tribunal pénal international permanent agissant de façon diligente peut jouer un rôle constructif dans le but de dissuader la commission d'atrocités de masse et de punir ceux qui les commettent.
2. Malgré son soutien aux valeurs qui ont motivé la création de la Cour pénale internationale (« CPI »), Israël a très tôt exprimé sa profonde inquiétude, également partagée par d'autres États, que cette Cour pourrait être exposée à des manipulations politiques qui pourraient la conduire à dévier de son mandat. Dès lors, Israël a décidé de ne pas devenir État Partie du Statut de Rome, tout en continuant de jouer un rôle actif au sein de divers efforts internationaux pour mettre fin à l'impunité pour les crimes internationaux les plus graves.
3. Les tentatives palestiniennes d'amener la CPI à se pencher sur des aspects politiques fondamentaux du conflit israélo-palestinien ont mis en évidence le risque que la Cour soit exploitée à des fins politiques illégitimes. Comme le démontre ce mémorandum, la Cour n'est manifestement pas compétente pour connaître de la prétendue « situation en Palestine ». La question de la compétence juridictionnelle n'est pas qu'une simple formalité. Au contraire, la compétence joue un rôle essentiel dans la définition de l'autorité judiciaire afin d'empêcher l'abus de procédure, de garantir que les tribunaux ne dévient pas des mandats qui leur sont confiés avec soin, et de prémunir le droit contre les abus de pouvoir et le populisme. Tout tribunal dérogeant à ces règles essentielles qui régissent son activité trahirait les exigences de son caractère judiciaire et porterait gravement atteinte à son intégrité juridique.
4. Dans le cas de la « situation en Palestine », la condition préalable fondamentale à la compétence inscrite dans le Statut de Rome – à savoir qu'un État ayant compétence pénale

* N.B.: Ce document est une traduction du document intitulé « THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT'S LACK OF JURISDICTION OVER THE SOCALLED "SITUATION IN PALESTINE" », disponible sur le site web du ministère de la justice d'Israël – https://www.gov.il/BlobFolder/reports/lack_of_authority/en/memorandum-en.pdf. La traduction française n'est fournie qu'à titre informatif.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

sur son territoire et ses ressortissants ait délégué cette compétence à la Cour – n'est manifestement pas remplie. Comme le démontre ce mémorandum, une enquête juridique de fond sur cette question est incontournable ; et une telle enquête conduit inévitablement à la conclusion que la condition préalable n'est en effet pas remplie.

5. Une enquête juridique de fond sur les conditions préalables à la compétence de la Cour ne peut être évitée, principalement parce que les événements entourant la prétendue adhésion de la « Palestine » au Statut de Rome en 2015 n'ont pas réglé la question très controversée de l'existence ou non d'un État palestinien. En fait, la circulation administrative du prétendu instrument d'adhésion palestinien était accompagnée d'une clarification explicite selon laquelle elle avait été exécutée sans préjuger de la question juridique de l'existence d'un État palestinien. La résolution 67/19 de l'Assemblée générale des Nations Unies, sur laquelle reposait l'instrument palestinien d'adhésion, concernait uniquement une question procédurale de la représentation palestinienne au sein de l'ONU, et avait de toute façon fait référence à l'État palestinien comme relevant d'une aspiration future. De même, la participation ultérieure de la « Palestine » à l'Assemblée des États Parties à la CPI a été facilitée justement par l'idée que la question juridique de savoir s'il existait un État palestinien serait laissée à d'autres. Dans ce contexte, la décision de janvier 2015 du Procureur de la CPI d'ouvrir un examen préliminaire sur ce qu'elle a appelé la « situation en Palestine » était sensée ne pas préjuger la question de la compétence de la Cour, laquelle demeure en suspens.
6. Si une évaluation sérieuse des développements juridiques et factuels était entreprise, sa conclusion inévitable en serait qu'il n'existe pas d'État palestinien souverain et donc, que la condition préalable à la compétence de la Cour ne peut être remplie. Il en est ainsi car la souveraineté sur la Cisjordanie et la bande de Gaza reste en suspens, et l'entité palestinienne échoue manifestement à répondre aux critères nécessaires pour la reconnaissance d'un État en vertu du droit international général. Notamment, l'Autorité palestinienne ne jouit pas d'un contrôle effectif sur le territoire concerné (et, en affirmant que le territoire est occupé par Israël, elle reconnaît essentiellement qu'elle n'en a pas le contrôle). La prétendue reconnaissance de la « Palestine » par certains États ne saurait pallier à l'absence des critères constitutifs établis d'un État; et le droit des Palestiniens à l'autodétermination ne doit pas être confondu avec une quelconque prétention à un État. La prétention palestinienne à un État déjà constitué est en effet truffée de contradictions importantes, telles qu'avouées par de hauts responsables palestiniens eux-mêmes quand ils continuent à faire référence à un État palestinien au futur.
7. L'absence d'un État palestinien souverain signifie en outre qu'il n'y a manifestement aucune capacité souveraine de poursuivre susceptible d'être déléguée à la Cour, et qu'il n'y a donc pas de « territoire » d'un État (au sens du Statut de Rome) sur lequel la Cour puisse exercer sa compétence. Toute délimitation par la Cour du territoire concerné l'obligerait à agir en violation des accords israélo-palestiniens en vigueur qui remettent expressément ces questions à la négociation directe entre les parties. Une telle délimitation constituerait par ailleurs une prise de décision inadéquate pour un tribunal pénal international. Il n'y a pas lieu, dans ce contexte, à faire référence à des termes lourds de sens politique tels que « les territoires palestiniens occupés ». Bien que ces termes soient souvent employés, ils ne sauraient préjuger la question fondamentalement juridique du titre de souveraineté.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

8. Enfin, même si le Statut de Rome devait être interprété de manière erronée au point de permettre à des entités non souveraines de conférer compétence à la Cour, les accords israélo-palestiniens existants indiquent clairement que les Palestiniens n'ont aucune compétence pénale, ni en droit ni en fait, ni sur la zone C, ni sur Jérusalem, ni sur les ressortissants israéliens – et ne peuvent donc valablement pas déléguer cette compétence à la Cour. Ici aussi, toute conclusion selon laquelle la condition préalable à la compétence de la Cour est remplie s'écroulerait devant un examen juridique et factuel sérieux et se heurterait inévitablement aux termes mêmes du Statut de Rome ainsi que, plus largement, aux règles du droit international général.
9. Israël reconnaît que l'absence de compétence de la part des tribunaux internationaux à l'égard d'un différend particulier ne soustrait pas les États à leur devoir de s'acquitter de leurs obligations juridiques internationales. Dans le contexte actuel, Israël reste disposé et apte à répondre aux griefs palestiniens par le biais de diverses voies de recours (y compris des mécanismes d'examen déjà en place aux différents échelons du système), ainsi que par des négociations bilatérales directes. Les tentatives cyniques de manipuler la CPI pour qu'elle agisse là où sa compétence fait manifestement défaut, menacent d'ébranler non seulement la légitimité et la crédibilité de la Cour, mais aussi les perspectives de parvenir à un règlement juste et durable tant attendu à la fois par les Israéliens et les Palestiniens.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

A. INTRODUCTION*

1. Le 16 janvier 2015, le Bureau du Procureur (« BDP ») de la Cour pénale internationale (« CPI ») a ouvert un examen préliminaire de ce qu'il a appelé la « situation en Palestine » concernant les « crimes présumés commis dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, depuis le 13 juin 2014 »¹. Cette décision faisait suite à la soumission par les Palestiniens d'une déclaration *ad hoc* prétendant accepter la compétence de la CPI en vertu de l'article 12 (3) du Statut de Rome (le traité fondateur de la Cour²) ainsi qu'un prétendu instrument d'adhésion à celui-ci. Le BDP a reconnu que la décision d'ouvrir un examen préliminaire était sans préjudice à la question de la compétence de la Cour (qui reste en suspens à ce jour), et a en outre reconnu que cette question n'est pas exempte de difficultés³.
2. Comme il sera expliqué dans ce mémorandum, la CPI n'est manifestement pas compétente pour connaître de la prétendue « situation en Palestine ». En effet, la condition préalable fondamentale à l'exercice de la compétence de la Cour – à savoir qu'un État ayant compétence pénale sur son territoire et ses ressortissants ait délégué cette compétence à la Cour – n'est manifestement pas remplie. Comme le Procureur l'a elle-même observé, l'intervention de la CPI « lorsque des paramètres clairs relatifs à sa compétence ne sont pas satisfaits,... n'est pas respectueux des principes du droit et ne permet pas de jeter les bases d'une action judiciaire responsable »⁴.
3. Israël, comme d'autres États, s'est opposé dès le départ à la prétendue adhésion palestinienne au Statut de Rome, par principe, arguant que seuls des États peuvent adhérer au Statut et conférer

* Dans les cas où une traduction officielle en français du texte cité en anglais existe, celle-ci est référencée dans la note de bas de page. Certaines références ont été modifiées par rapport à la version anglaise en conséquence.

¹ Bureau du Procureur, *The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine*, ICC-OTP-20150116-PR1083, 16 Jan. 2015, disponible sur <https://www.icccpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1083> (dernier accès : 19 Déc. 2019).

² Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, *ouvert pour signature le 17 Juillet 1998*, 2187 U.N.T.S. 3 (ci-après : « Statut de Rome »).

³ Bureau du Procureur, *Report on Preliminary Examination Activities 2015*, 12 Nov. 2015, para. 54, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf> (dernier accès : 19 Déc. 2019); Bureau du Procureur, *Report on Preliminary Examination Activities 2016*, 12 Nov. 2016, para. 119, disponible sur https://www.icccpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf (dernier accès : 19 Déc. 2019); Bureau du Procureur, *Report on Preliminary Examination Activities 2017*, 4 Déc. 2017, paras. 58, 67-68, disponible sur https://www.icccpi.int/itemsDocuments/2017-PE-rep/2017-otp-rep-PE_ENG.pdf (dernier accès : 19 Déc. 2019); Bureau du Procureur, *Report on Preliminary Examination Activities 2018*, 5 Déc. 2018, para. 268, disponible sur <https://www.icccpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf> (dernier accès : 19 Déc. 2019).

⁴ Bureau du Procureur, *Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda : « Tout le monde est en droit de connaître la vérité sur la compétence de la CPI concernant la Palestine »*, 2 Sep. 2014, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-st-14-09-02&ln=fr> (dernier accès : 11 Fév. 2020).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

compétence à la CPI⁵. Le BDP a pourtant adopté une position différente lorsqu'il a ouvert l'examen préliminaire de la « situation en Palestine », considérant que la détermination de la validité d'un acte d'adhésion ne nécessitait pas un examen de la question très controversée d'un éventuel État palestinien. Le BDP a considéré, au contraire, que la « Palestine », s'étant vu accorder par l'Assemblée générale des Nations Unies le statut d'« État observateur non membre » des Nations Unies, devait être considérée comme un « État » aux seules fins d'adhérer au Statut de Rome et de déposer une déclaration au titre de l'article 12 (3)⁶. Le BDP a donc estimé que l'adhésion ne pouvait équivaloir à l'obtention du statut d'État en substance et il a fait une distinction entre le « statut » nécessaire pour adhérer au Statut, et l'indépendance étatique *en soi* en vertu du droit international. De l'avis du Bureau du Procureur, la question de l'indépendance étatique demeure non résolue par cet acte d'adhésion.

4. Compte tenu de la position adoptée par le BDP en ce qui concerne l'adhésion, une décision de fond sur la question contestée d'un éventuel État palestinien ne peut être évitée lorsqu'il s'agit de l'examen de la compétence de la Cour concernant la « situation en Palestine » et compte tenu

⁵ Notification de dépôt C.N.63.2015.TREATIES-XVIII.10 (Israel: Communication) (23 Jan. 2015) : « La "Palestine" ne remplit pas les critères constitutifs d'un État en vertu du droit international et n'a pas la capacité juridique d'adhérer au Statut susmentionné en vertu du droit international public, ainsi qu'aux termes du Statut de Rome et des accords bilatéraux israélo-palestiniens ». Voir aussi, par exemple, la notification de dépôt C.N.64.2015.TREATIES-XVIII.10 (United States of America: Communication) (23 Jan. 2015) (« L'accès au Statut de Rome est réservé aux États souverains. Par conséquent, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique ne considère pas que l'"État de Palestine" soit qualifié à adhérer au Statut de Rome »); notification de dépôt C.N.57.2015.TREATIES-XVIII.10 (Canada: Communication) (23 Jan. 2015) (« La "Palestine" ne répond pas aux critères constitutifs d'un État en droit international et n'est pas reconnue en tant qu'État par le Canada. Par conséquent, afin d'éviter toute confusion, la Mission permanente du Canada souhaite prendre acte de sa position selon laquelle... « la Palestine » n'est pas en mesure d'adhérer à cette convention et que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'entre pas en vigueur ou n'a pas d'effet sur les relations conventionnelles du Canada en ce qui concerne l'« État de Palestine »). L'Australie a également écrit au Secrétaire général des Nations Unies pour exprimer sa préoccupation concernant le dépôt par l'Autorité palestinienne du prétendu instrument d'adhésion au Statut de Rome, soulignant que « le gouvernement australien ne reconnaît pas l'"État de Palestine" ». À ce titre, l'Australie ne reconnaît pas le droit de l'Autorité palestinienne de déposer des instruments d'adhésion en vertu des dispositions d'entrée en vigueur de [divers traités multilatéraux, en particulier le Statut de Rome de la Cour pénale internationale]. [...] La position de longue date de l'Australie est qu'un accord négocié est le seul moyen d'assurer la création d'un futur État palestinien [...] » : Lettre du représentant permanent de l'Australie auprès des Nations Unies en date du 6 Fév. 2015, jointe à une lettre de l'ambassadeur d'Australie en Israël au conseiller à la sécurité nationale d'Israël, 11 Fév. 2015 (archivée auprès du gouvernement israélien). Le ministre néerlandais des Affaires étrangères a également déclaré devant le parlement néerlandais en août 2014, en référence aux intentions palestiniennes d'adhérer au Statut de Rome, que « [...] seuls les États peuvent accepter la compétence de la CPI en devenant parties au Statut de Rome ou en faisant une déclaration à cet effet conformément aux dispositions du Statut de Rome. Les Pays-Bas ne reconnaissent pas l'État palestinien » : TWEEDE KAMER [Site Web du parlement néerlandais] (22 Août 2014), disponible sur <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2014Z13910&did=2014D28652> [Traduit du néerlandais] (Dernier accès : 19 Déc. 2019). L'absence de déclaration explicite semblable de la part de tout autre État ne doit pas être interprétée comme impliquant qu'il considère l'adhésion comme valide : voir également *infra* note 109.

⁶ *Report on Preliminary Examination Activities 2015*, *supra* note 3, au para. 53. Voir également para. 18 ci-dessous.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

des conditions juridictionnelles prescrites par le Statut de Rome. En effet, la compétence n'est pas une simple question de forme ou de procédure – au contraire, elle se trouve au cœur du droit international et de tout exercice de la compétence judiciaire afin d'empêcher l'abus de procédure et de prémunir le droit contre les abus de pouvoir et le populisme. Plus précisément, la question doit être posée de savoir s'il existe un État ayant une compétence pénale sur son territoire et ses ressortissants qui pourrait être (et a effectivement été) déléguée à la Cour. Comme l'établit ce mémorandum, toute analyse juridique crédible de cette question conclurait inévitablement par la négative.

5. D'autres conditions nécessaires pour l'exercice de la compétence de la Cour, tels que la complémentarité, la gravité et les intérêts de la justice⁷, ne sont pas non plus remplies. Ces questions, comme celles de la compétence temporelle et matérielle, de la question de savoir si la Cour peut exercer sa compétence sur les ressortissants d'États non parties au Statut de Rome⁸, et d'autres questions pouvant être sous-entendues, ne relèvent pas de ce mémorandum.
6. Le mémorandum se compose de la façon suivante. La section B ci-dessous explique que la compétence de la CPI en vertu de l'article 12 du Statut de Rome repose sur la délégation par des États souverains de leur compétence pénale sur leur territoire et leurs ressortissants. La section C explique que les événements entourant la prétendue adhésion de la « Palestine » au Statut de Rome (tout comme l'acceptation présumée des Palestiniens de la compétence de la Cour en vertu de l'article 12 (3)) ne permettent en rien que cette condition essentielle soit remplie. La section D démontre ensuite que la « Palestine » ne remplit pas cette condition préalable en raison de l'inexistence d'un État palestinien souverain en droit international et que l'étendue du territoire concerné n'est en tout état de cause pas définie. La section E explique enfin que même si le Statut de Rome était interprété de façon erronée afin de permettre à des entités non souveraines de conférer compétence à la Cour, les Palestiniens n'auraient pas pour autant la capacité de déléguer de manière valide quelque compétence que ce soit, ni sur la zone C ni sur Jérusalem, ni sur les ressortissants israéliens.

⁷ Statut de Rome, *supra* note 2, art. 53.

⁸ Israël n'est pas État Partie du Statut de Rome. Le 31 décembre 2000, Israël a signé le Statut de Rome pour exprimer son soutien moral à l'idée fondamentale sous-jacente à la création de la Cour, tout en exprimant ses inquiétudes concernant un risque de politisation du Statut et en rejetant toute tentative d'interprétation des dispositions du Statut dans un contexte politiquement motivé contre Israël et ses citoyens. Le 28 août 2002, Israël a informé le Secrétaire général de l'ONU qu'« Israël n'avait pas l'intention de devenir partie au traité ». En conséquence, Israël n'a aucune obligation juridique découlant de sa signature du 31 décembre 2000 » : Notification de dépôt C.N.894.2002.TREATIES-35 (Israël: Communication) (28 Août 2002).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

B. LA COMPÉTENCE DE LA COUR EST FONDÉE SUR LA DÉLÉGATION PAR LES ÉTATS SOUVERAINS DE LEUR COMPÉTENCE PÉNALE SUR LEUR TERRITOIRE ET LEURS RESSORTISSANTS

7. Il est largement admis que la compétence de la CPI « n'est pas fondée sur le principe de la compétence universelle : il revient au Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (article 13-b) ou à un « État » (article 12) de lui attribuer cette compétence»⁹. L'article 12, en particulier, est en effet l'expression d'un compromis durement acquis entre les États qui ont participé aux négociations menant à l'adoption du Statut de Rome, et qui ont finalement rejeté les propositions de compétence universelle, en faveur d'un régime juridictionnel plus limité¹⁰. L'article 12 (2), dispose que :

« la Cour peut exercer sa compétence si l'un des États suivants ou les deux sont Parties au présent Statut ou ont accepté la compétence de la Cour conformément au paragraphe 3 :

a) L'État sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu ou, si le crime a été commis à bord d'un navire ou d'un aéronef, l'État du pavillon ou l'État d'immatriculation ;

⁹ Bureau du Procureur, *Situation en Palestine*, 3 Avr. 2012, para. 4, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284388/SituationinPalestine030412FRA.pdf> (dernier accès : 11 Fév. 2020).

¹⁰ Le régime ayant finalement été incorporé dans l'article 12 du Statut de Rome était fondé sur une proposition avancée par la République de Corée pour sortir d'une impasse dans laquelle les négociations s'étaient trouvées. Cette proposition est importante pour deux raisons. Premièrement, les Coréens ont précisé que leur proposition était fondée sur le principe de la délégation et ont déclaré que, selon leur proposition, « la compétence est déléguée à la Cour sur la base du consentement de l'État ». Deuxièmement, la proposition coréenne montre que la compétence à déléguer à la Cour se limite à la compétence territoriale et à la compétence personnelle active. Certes, la proposition coréenne initialement soumise incluait un libellé qui aurait également délégué la compétence personnelle passive (compétence dans les cas où la victime était ressortissante de l'État délégataire), ou la compétence de détention, « *custodial jurisdiction* » (compétence fondée sur la présence de l'accusé dans l'État délégant compétence), mais cette formulation supplémentaire a été supprimée et, par conséquent, la compétence que les États délèguent en vertu du Statut de Rome est limitée à la compétence territoriale et à la compétence personnelle active : voir Proposition soumise par la République de Corée pour les articles 6 [9] , * 7 [6] et 8 [7], A/CONF.183/C.1/L.6 (18 Juin 1998), disponible sur <https://legal-tools.org/doc/2fba4e> (dernier accès : 19 Déc. 2019). Ceci est illustré dans plusieurs commentaires sur le Statut de Rome : voir Elizabeth Wilmshurst, *Jurisdiction of the Court*, dans *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: THE MAKING OF THE ROME STATUTE – ISSUES, NEGOTIATIONS, RESULTS* 127, 127 (Roy S. Lee éd., 1999); Philippe Kirsch et Darryl Robinson, *Reaching Agreement at the Rome Conference*, in *THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY* 67, 83 (Antonio Cassese et al. eds., 2009) (ci-après: « Commentaire Cassese et al. »); Olympia Bekou et Robert Cryer, *The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter?*, 56 *INT'L & COMP. L.Q.* 49, 50 (2007); WILLIAM A. SCHABAS, *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY ON THE ROME STATUTE* 345-350 (2nd éd., 2016).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

b) L'État dont l'accusé du crime est un ressortissant. »¹¹

8. L'article 12 (2) consacre ainsi un régime juridictionnel expressément fondé sur les bases juridictionnelles traditionnelles de territorialité et de nationalité, qui établissent à leur tour que la compétence de la Cour repose sur la délégation par des États souverains de leur compétence pénale sur leur territoire et leurs ressortissants. Il existe donc trois conditions essentielles : premièrement, que l'entité constitue un État au regard du droit international public; deuxièmement, que cet État possède une compétence qui, dans les circonstances, soit destinée à être déléguée; et, troisièmement, qu'une telle délégation ait effectivement eu lieu. Ces conditions existent pour garantir que la Cour fonctionne uniquement sur une base juridictionnelle ferme.
9. Bien que le terme « État » ne soit pas défini dans le Statut de Rome, il ne fait aucun doute que sa définition est effectivement celle qui est communément acceptée et reconnue en droit international public : celle d'un État souverain¹². Cela devient complètement clair lorsque l'article 12 (2) est interprété conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités reflétées dans la convention de Vienne sur le droit des traités, qui exigent qu'« un traité doit être interprété de bonne foi selon le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »¹³.
10. Le droit international attache une grande importance à la distinction entre les États et les autres entités. Il réserve systématiquement le statut juridique fondamental d'État aux seules entités qui remplissent certains critères objectifs qu'il a prescrit et qui atteignent donc la souveraineté, cette dernière étant en effet une conséquence du statut d'État. Les États sont donc souverains par

¹¹ L'article 12 établit en outre qu'un « État » peut conférer compétence à la Cour en devenant partie au Statut de Rome (art. 12 (1)) ou en faisant une déclaration *ad hoc* acceptant la compétence de la Cour (art. 12 (3)).

¹² Le fait que le sens attribué aux termes utilisés dans l'art. 12 (2) (a) du Statut de Rome doit être conforme au droit international a récemment été reconnu par le Bureau du Procureur : voir Bureau du Procureur, *Report on Preliminary Examination Activities 2019*, 5 Déc. 2019, par. 47, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-repotp-PE.pdf> (dernier accès : 19 Déc. 2019). Voir également Harmen van der Wilt, *The Rome Statute: Only States are Invited to Tune In*, 20 QUEST. INT'L L. 5, 7-8 (2015) (faisant observer que l'article 12 du Statut de Rome fait allusion aux critères constitutifs d'un État acceptés en droit international).

¹³ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 Mai 1969, 1155 U.N.T.S. 331, art. 31 (1). La Cour a eu l'occasion de déclarer que « [l']interprétation des traités, et le Statut de Rome ne fait pas exception, est régie par la Convention de Vienne sur le droit des traités (23 mai 1969) » : Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04168, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 Mar. 2006 Decision Denying Leave to Appeal, para. 33 (13 Juillet 2006). Voir également Le Parquet c. Jean-Pierre Bemba Gombo et al., ICC-01/05-01/13, Arrêt d'application de l'Article 74 du Statut, para. 17 (19 Oct. 2016).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

définition. La souveraineté signifie quant à elle qu'« aucune autre autorité que celle du droit international ne s'applique sur l'État »¹⁴.

11. Rien ne prouve que les rédacteurs du Statut de Rome aient voulu donner au terme «État» un autre sens particulier¹⁵, comme cela a été fait, par exemple, dans le cas des Règles de procédure et de preuve du Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie¹⁶. Au contraire, l'existence de non-États ou entités sub-étatiques n'a pas été envisagée par les rédacteurs du Statut de Rome lors de la négociation de l'article 12.
12. La référence dans l'article 12 (2) du Statut au « territoire » d'un État renforce encore le fait que le terme « État » indique un État souverain, car il est largement admis que le « territoire d'un [État] » comprend, en vertu du droit international, toute la terre, les eaux intérieures et la mer territoriale, ainsi que l'espace aérien au-dessus d'eux, sur lequel un État a la souveraineté¹⁷. De même, « pour qu'une partie de la terre soit reconnue comme rentrant dans un Etat déterminé, la condition juridique nécessaire est que ce territoire se trouve soumis à la souveraineté de l'Etat »¹⁸. Le BDP a lui-même récemment reconnu en 2019 que le terme « territoire » d'un État, « tel qu'il est utilisé à l'article 12(2)(a), comprend les zones relevant de la souveraineté de l'État »¹⁹.

¹⁴ Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, Avis consultatif du 5 septembre 1931, C.I.J.P. (Ser. A/B) No. 41, à 55, 57 (5 Sep. 1931) (Avis individuel par M. Anzilotti).

¹⁵ Voir également Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra* note 13, art. 31 (4).

¹⁶ Les Règles de procédure et de preuve du Tribunal International chargé de poursuivre les personnes accusées de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 ont pris soin de définir le terme « État » de manière plus large afin d'inclure d'autres entités que les États souverains dans le cadre des activités du Tribunal : Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, IT/32/Rev.50, 8 Juillet. 2015, Règle 2. D'autres instruments internationaux font également explicitement référence à ces entités lorsque leur participation au régime conventionnel est recherchée : voir, par exemple, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 1982, 1833 U.N.T.S. 397, art. 305 (1) et 307.

¹⁷ ANTHONY AUST, MODERN TREATY LAW AND PRACTICE 178 (3^{ème} éd., 2013). D'autres dispositions des traités multilatéraux faisant référence au « territoire d'un [État] », telles que l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), attachent le même sens à ce terme: voir respectivement Anthony Aust, *Treaties, Territorial Application*, dans MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, para. 2 (Rüdiger Wolfrum éd., 2006); MANFRED NOWAK, U.N. COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CCPR COMMENTARY 43 (2^{nde} éd., 2005). Inutile d'ajouter que le débat concernant l'application extraterritoriale du PIDCP porte sur l'interprétation de l'expression « et sous sa compétence », et non sur l'expression « sur son territoire ».

¹⁸ Île de Palmas (Pays-Bas c. U.S.A), R.I.A.A. Vol II 829, 838 (Cour Permanent d'Arbitrage 1928), traduction disponible sur <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=10035> (dernier accès 12 Fév. 2020). La Grande Chambre de la Cour de justice européenne a déterminé de manière similaire que l'expression « territoire du Royaume du Maroc » signifie « l'espace géographique sur lequel [le Royaume du Maroc] exerce la plénitude des pouvoirs accordés aux entités souveraines par le droit international » : Case C-104/16 P, Conseil c. Front Polisario, 2016 EU:C:2016:973, paras. 16 et 95 (21 Déc. 2016).

¹⁹ *Report on Preliminary Examination Activities 2019*, *supra* note 12 (ajoutant que « [cette] interprétation de la notion de territoire est compatible avec le sens du terme en droit international »). Voir également William A. Schabas et Giulia



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

13. Les chapitres 9 et 10 du Statut de Rome, qui traitent respectivement de la coopération internationale, de l'entraide judiciaire et de la mise en application du Statut, présupposent – et parfois même requièrent l'existence d'une compétence souveraine²⁰. Il en va de même pour d'autres dispositions du Statut²¹, notamment celles qui se réfèrent à la complémentarité de la Cour avec les compétences pénales nationales, exigeant que « la compétence principale appartient à l'État ayant le *lien souverain* le plus étroit avec le lieu du crime ou le suspect présumé »²². La référence à la compétence pénale nationale indique une fois de plus que les rédacteurs du Statut de Rome n'envisageaient que les États souverains dans ce contexte.

Pecorella, *Article 12: Preconditions to the exercise of jurisdiction*, dans THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – A COMMENTARY 672, 681-682 (Otto Triffterer et Kai Ambos eds., 3^{ème} éd., 2016) (remarquable, en référence à l'art. 12(2)(a), que « la compétence territoriale est une manifestation de la souveraineté des États »). La référence dans l'article 12 (2) (b) du Statut de Rome au terme « nationalité » indique également que le terme « État » signifie un État souverain.

²⁰ La décision de la première Chambre préliminaire de la CPI concernant la procédure contre Saif Al-Islam Kadhafi est instructive à cet égard, la Cour ayant ordonné au Greffier de communiquer avec le Gouvernement libyen, et non avec les milices détenant M. Kadhafi, afin de répondre à une demande de remise à cette milice : Le Parquet c. Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11, Ordonnance au greffier concernant la « Demande d'ordonnance au Greffier de transmettre la demande d'arrestation et de remise à M. al-'Ajami Al-'Atiri, commandant du bataillon *Abu-bakr alSiddiq* à Zintan, Libye », paras. 8-9 (2 Juin 2016). Voir également Jackson N. Maogoto, *A Giant without Limbs: The International Criminal Court's State-Centric Cooperation Regime*, 23 U QUEENSLAND LJ 102, 109, 115 (2004) (« La mesure dans laquelle les États, en devenant parties du Statut de Rome, acceptent l'obligation d'assister la CPI dans ses activités sur leur propre territoire est une question de souveraineté. Comme pour d'autres domaines définissant les relations entre la CPI et les États, le texte final du *Statut de Rome* fait l'équilibre entre la volonté des États de prendre les engagements nécessaires au fonctionnement de la CPI, et la reconnaissance que la CPI fonctionnera dans un monde d'États souverains. [...] Les poursuites pénales sont intrinsèquement liées aux notions de souveraineté nationale et de contrôle sur les personnes et le territoire »); van der Wilt, *supra* note 12, aux pp. 6 et 12 (« l'acceptation d'entités non étatiques est difficile à concilier avec le système d'application du droit pénal international tel qu'il est prévu dans le Statut de Rome. Cette conclusion est tirée d'une interprétation téléologique de la notion d'"État", à la lumière des objectifs du Statut de Rome. Compte tenu du principe de complémentarité, la Cour pénale internationale est considérée comme une option par défaut, une instance de dernier ressort, chaque fois que les États ne veulent pas ou ne peuvent pas véritablement enquêter ou poursuivre une affaire. Il y a fortement lieu de douter que des quasi-États ne soient jamais capables d'accomplir ces engagements. De même, il est douteux que des entités non étatiques soient en mesure de coopérer avec la Cour, obligation expressément stipulée à l'article 12 (3), du Statut de Rome. [...] Selon le chapitre 9 du Statut de Rome, l'obligation de coopérer [...] requiert un cadre institutionnel et juridique qui n'est guère moins exigeant que celui qui serait nécessaire pour conduire un procès complet au pénal. Il est difficile d'imaginer qu'une entité non étatique n'exerçant pas de « contrôle effectif » soit en mesure de fournir le niveau d'assistance requis. Quant à savoir si une entité serait qualifiée pour déposer une déclaration au titre de l'article 12 (3), je dirais donc qu'elle devrait répondre à tous les critères mentionnés dans la Convention de Montevideo »).

²¹ Voir, par exemple, l'article 8 (3), qui fait référence à « la responsabilité d'un gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité et l'intégrité territoriale de l'État »; et l'article 21, qui permet à la Cour d'appliquer, dans certaines circonstances, les « lois nationales des États ».

²² Chile Eboe-Osuji, président de la Cour pénale internationale, discours liminaire lors de la réunion annuelle de l'American Society of International Law (29 mars 2019), disponible sur <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/190329stat-pres.pdf> (emphasis ajoutée) (dernier accès : 19 Déc. 2019). Dans l'affaire de la situation en Géorgie, le BDP (lors de l'examen de la question de la complémentarité dans le cadre de sa demande d'ouverture d'une enquête) a donc considéré que, l'Ossétie du Sud faisant partie du territoire de la Géorgie et n'étant donc pas un État au sens du Statut, les autorités *de facto* d'Ossétie du Sud n'avaient pas qualité pour saisir la Cour afin de former un recours en recevabilité : Bureau du Procureur, Situation in Georgia - Version corrigée de « Request for



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

14. Le BDP a reconnu que la compétence de la Cour découle en effet de l'existence d'une « capacité souveraine de poursuivre »²³; et le Président de la Cour a récemment confirmé que « la nature de la compétence de la CPI [...] respecte et souligne de fait la souveraineté nationale »²⁴. Un commentaire du Statut de Rome observe également que « l'article 12 du Statut de Rome est une manifestation du principe de la souveraineté des États, l'un des principes les plus importants du droit international public régissant la communauté internationale ainsi que les relations entre les États »²⁵. Aux fins de la compétence de la CPI, le terme « État » doit donc être interprété comme signifiant un État souverain selon le droit international public. Y attacher tout autre sens serait incompatible avec les règles d'interprétation des traités généralement acceptées et enfreindrait les termes du Statut de Rome de manière flagrante.
15. Comme indiqué ci-dessus, l'article 12, paragraphe 2 reflète en outre le principe fondamental selon lequel la Cour fonctionne sur la base de la compétence déléguée : elle n'a pas de compétence illimitée, mais, au contraire, « exerce sa compétence sur la base de la compétence qui lui est déléguée par les États membres ». Elle ne peut le faire, par ailleurs, « que d'une manière conforme à l'exercice de la compétence par les tribunaux d'un Etat partie »²⁶.

authorisation of an investigation pursuant to article 15 », ICC-01/15-4-Corr, para. 322 (16 Oct. 2015). La première Chambre préliminaire a convenu que « toute procédure engagée par les autorités *de facto* d'Ossétie du Sud n'est pas en mesure de satisfaire aux conditions de l'article 17 du Statut, l'Ossétie du Sud n'étant pas un État reconnu » : Situation in Georgia, ICC-01/15-12, Decision on the Prosecutor's Request for Authorization of an Investigation, para. 40 (27 Jan. 2016).

²³ Bureau du Procureur, Demande du Parquet de décision sur la compétence en vertu de l'article 19 (3) du Statut, ICC-RoC46 (3) -01 / 18-1, paragraphe 49 (9 avril 2018) (non mis en emphase dans l'original, citation de Schabas et Pecorella).

²⁴ Eboe-Osuji, *supra* note 22.

²⁵ Stéphane Bourgon, *Jurisdiction Ratione Loci*, dans Cassese et al. Commentary, *supra* note 10, en pp. 559, 562. Voir également Marko Milanovic, *Is the Rome Statute Binding on Individuals (And Why We Should Care)*, 9 J. INT'L CRIM. JUST. 25, 47-48 (2011) : « Dans le véritable esprit du droit international, les principaux intéressés du Statut sont les États souverains, qui doivent accepter volontairement la compétence de la Cour... » ; Yaël Ronen, *ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip: Art. 12(3) of the ICC Statute and Non-state Entities*, 8 J. INT'L CRIM. JUST. 3, 26-27 (2010) : « Une interprétation plus large de l'article 12 (3) pour inclure les entités régissant effectivement un territoire non souverain semble également injustifiée, car une telle interprétation va à l'encontre de la lettre du Statut de la CPI et de l'esprit de ses rédacteurs. Toute implication dans les questions de reconnaissance risque d'exposer le Procureur et la Cour à des accusations de politisation et de subjectivité. L'objectif de la CPI de mettre fin à l'impunité passe par un mécanisme centré sur l'État ».

²⁶ Rod Rastan, *Jurisdiction*, dans THE LAW AND PRACTICE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT 141, 155 (Carsten Stahn ed., 2015) (se référant à la délégation dans le contexte de la compétence personnelle ; sur la délégation dans le contexte de la compétence territoriale, voir pp. 163 -164). Voir également Mahmoud Cherif Bassiouni, *The Permanent International Criminal Court*, dans JUSTICE FOR CRIMES AGAINST HUMANITY 173, 181 (Lattimer and Sands eds., 2003) (« [la CPI] n'est pas un organisme supranational, mais un organisme international similaire à ceux qui existent déjà... La CPI ne fait pas plus que ce que chaque État peut faire en vertu du droit international existant... La CPI est donc une extension de la compétence pénale nationale... ») ; Le Comité des Rédacteurs, *The Rome Statute: A Tentative Assessment*, dans Cassese et al. Commentary, *supra* note 10, pp. 1901, 1911



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

Selon les termes du BDP, l'article 12(2)(a) « a pour fonction de déléguer à la Cour la "capacité souveraine [des États membres] de poursuivre" » les crimes concernés²⁷. Il est à noter que la délégation par un État de sa compétence pénale à la Cour est en soi un « exercice de la souveraineté nationale »²⁸.

16. Le régime juridictionnel de la CPI est ainsi fondé, de façon prudente et délibérée, sur la notion fondamentale qu'il existe un État souverain qui ait délégué à la Cour sa compétence pénale sur la base du principe de territorialité ou de nationalité ; et la Cour doit s'assurer, dans chacun des cas, que cette condition fondamentale est effectivement remplie en droit. Une telle investigation n'est pas une simple formalité : elle est essentielle pour garantir que la Cour reste fidèle à la fois aux termes du Statut de Rome ainsi qu'aux principes fondamentaux de l'ordre juridique international plus large au sein duquel elle opère. Pour un organisme cherchant à faire valoir la compétence pénale des États souverains qui lui a été délégué, une enquête juridique de fond pour savoir s'il existe un tel État souverain est donc inévitable. Elle ne peut être ni éludée, ni ancrée dans des théories juridiques artificielles. De toute évidence, si la condition préalable à l'existence d'un état souverain n'est pas remplie, la Cour doit conclure à un manque de compétence.

(« La compétence territoriale est le principe fondateur de la compétence en vertu du droit international ; c'est, en fait, un attribut essentiel de la souveraineté des États... si l'État souhaite déléguer cette compétence à une cour pénale internationale... il est clairement dans son droit... La CPI n'est pas fondée sur la compétence universelle, mais sur des bases de compétence conventionnelle - territorialité et/ou nationalité ») ; Michael A. Newton, *How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms*, 49 VAND. J. TRANSNAT'L L. 371, pp. 374-375 (2016) (« l'autorité de la Cour n'est ni indépendante ni illimitée. La compétence de la CPI fondée sur un traité découle exclusivement de la délégation du pouvoir juridictionnel souverain d'un État membre. À l'exception de l'autorité primordiale du Conseil de sécurité des Nations Unies à conférer compétence à la Cour par le biais de résolutions contraignantes en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, la compétence de la CPI, telle qu'elle est énoncée à l'article 12 du Statut de Rome, est fondée uniquement sur la compétence dérivée accordée par les États au moment où ils ratifient le traité multilatéral ») ; Roger O'Keefe, *Response: "Quid" Not "Quantum": A Comment on "How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms"*, 49 VAND. J. TRANSNAT'L L. pp. 433, 439 (2016) (« en vertu de l'article 12 (2) (a) du Statut de Rome, un État membre appartenant au Statut délègue à la CPI l'exercice de son droit coutumier de recevoir les procédures pénales pour les crimes visés à l'article 5 du Statut lorsque ces délits sont commis sur son territoire ») ; Kevin Jon Heller, *What Is an International Crime? (A Revisionist History)*, 58 HARV. INT'L L.J. 353, 375 (2017) (« la Cour est fondée sur la compétence déléguée de ses États membres ») ; Schabas et Pecorella, *supra* note 19, p. 682 (faisant référence à la compétence de la CPI comme étant déléguée par un État territorial) ; Yuval Shany, *In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute: A Response to Yaël Ronen*, 8 J. INT'L CRIM. JUST. pp. 329, 331-333 (2010) (« Les renvois au titre de l'article 12, qui sont conditionnés à l'appartenance au Statut ou au consentement ad hoc à la compétence de la CPI par l'État « territorial » ou l'État dont l'auteur présumé détient la nationalité, reflètent l'approche fondée sur la délégation »).

²⁷ *Supra* note 23. Cette demande provenant du Parquet lui-même reconnaît que seule la compétence territoriale et celle fondée sur la nationalité, par opposition à la compétence universelle, peuvent être déléguées à la Cour.

²⁸ MAHMOUD CHERIF BASSIOUNI, *THE LEGISLATIVE HISTORY OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: INTRODUCTION, ANALYSIS, AND INTEGRATED TEXT OF THE STATUTE, ELEMENTS OF CRIMES AND RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE* p. 136 (2005).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

C. LA PRÉTENDUE ADHÉSION PAR LA « PALESTINE » AU STATUT DE ROME (TOUT COMME SA PRÉTENDUE ACCEPTATION DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR EN VERTU DE L'ARTICLE 12 (3)), NE REMPLIT PAS LA CONDITION DE FOND POUR LA COMPÉTENCE DE LA COUR

17. Les Palestiniens ont tenté une première fois de conférer compétence à la CPI en janvier 2009, lorsque l'« Autorité nationale palestinienne » a prétendu présenter une déclaration en vertu de l'article 12 (3) du Statut de Rome. Le BDP a entamé un examen préliminaire, mais a finalement fermé le dossier en avril 2012 au motif que le statut juridique de la « Palestine » au sein des Nations Unies n'était pas celui d'un État²⁹.
18. En ouvrant l'examen préliminaire de la « situation en Palestine » en janvier 2015, le BDP a érudé toute investigation de fond sur la question - a priori préliminaire - de l'existence d'un État palestinien souverain en s'appuyant sur la résolution 67/19 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 29 novembre 2012, qui avait accordé à la « Palestine » le statut d' « État observateur non membre » aux Nations Unies. Ce faisant, le BDP a adopté la position selon laquelle « le point central de l'investigation sur la capacité de la Palestine à adhérer au Statut de Rome a toujours été la question du *statut* de la Palestine au sein de l'ONU, étant donné le rôle du SGNU en tant que dépositaire des traités du Statut »³⁰. Dans le même temps, le BDP a fait savoir que « [l]'examen préliminaire de la situation en Palestine soulève des problèmes spécifiques liés à des déterminations factuelles et juridiques. Pour ce qui est de ces déterminations, le Bureau doit considérer en particulier les éventuelles contestations au regard de la compétence de la Cour, voire de l'étendue d'une telle compétence »³¹. En cela, le BDP a lui-même reconnu que la prétendue adhésion de la « Palestine » au Statut de Rome est distincte de la question de la compétence de la Cour sur la « situation en Palestine » et il ne dispose pas de cette question. De même, le greffier de la Cour a souligné, dans une lettre envoyée au Président palestinien Mahmoud Abbas après réception de la déclaration palestinienne prétendument faite en vertu de

²⁹ *Supra* note 9, au para. 7.

³⁰ *Supra* note 1 (en italique dans l'original). Le Procureur a précisé que « mon bureau ne s'est jamais servi de la question du statut d'État comme facteur déterminant pour décider d'intervenir ou non. Ce n'est pas la raison pour laquelle nous avons décidé – ou non – d'ouvrir un examen préliminaire [...] nous avons été très cohérents en disant que le statut de la Palestine au sein des Nations Unies est ce qui a déterminé, pour nous, si nous devons ou non ouvrir l'examen préliminaire », vidéo disponible sur *Fatou Bensouda : S Africa 'had to arrest Omar al-Bashir'*, ALJAZEERA, 27 Jan. 2015 12:45 GMT), <http://www.aljazeera.com/programmes/talktojazeera/2015/06/fatou-bensouda-africa-arrest-omar-al-bashir150626132631885.html> (minutes 4:39 à 5:20) (dernier accès : 19 Déc. 2019).

³¹ Bureau du Procureur, *Report on Preliminary Examination Activities 2017*, *supra* note 3, au para. 67.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

l'article 12 (3) du Statut de Rome, que « son acceptation est sans préjudice à toute décision d'engagement de poursuites ou décision judiciaire à ce sujet »³².

19. La prétendue adhésion de la « Palestine » ne peut donc pas constituer en elle-même la source d'une compétence de la CPI car elle n'a pas disposé de la question de l'existence d'un État palestinien souverain. Comme nous le verrons, c'est le cas pour au moins trois raisons: (1) La résolution 67/19 de l'Assemblée générale n'avait pas pour objet de déterminer juridiquement si la « Palestine » pouvait être considérée comme un État, et ses effets étaient explicitement circonscrits aux Nations Unies; (2) les actions du Secrétaire général des Nations Unies en tant que dépositaire des traités multilatéraux, n'ont pas d'effet déterminant sur une question « hautement politique et controversée » telle que celle de l'existence d'un État palestinien³³ comme il l'a lui-même précisé; et (3) la participation palestinienne à l'Assemblée des États parties de la Cour ne peut non plus être considérée comme constituant ou démontrant un tel statut d'État.
20. Dans ces conditions, même si l'entité palestinienne est (à tort) considérée comme un État Partie du Statut de Rome en vertu de l'acte technique d'adhésion en conformité avec son article 125, cela ne peut pas, en soi, satisfaire à la condition de fond qui sous-tend le régime de compétence de la Cour. Cela a été reconnu par le BDP lui-même lorsqu'il a récemment déterminé que, dans chaque cas, il devait être confirmé que le « territoire » concerné (au sens de l'art. 12 (2) (a) du Statut de Rome) est un domaine sous la souveraineté d'un État³⁴. Pour le Procureur elle-même, le critère de la compétence de la Cour ne doit donc pas être fondé sur la simple adhésion ou sur le seul statut d' « État Partie », mais sur la question de fond qui est de déterminer si l'entité concernée est un État souverain.
21. La résolution 67/19 de l'Assemblée générale des Nations Unies n'a pas réglé la question juridique de fond de l'existence d'un État palestinien souverain en vertu du droit international. Selon ses propres termes, la résolution 67/19 se limitait à une promotion procédurale de la représentation palestinienne au sein des Nations Unies uniquement³⁵. Le Secrétaire général des

³² Lettre du Greffier de la Cour Pénale Internationale à S.E. M. Mahmoud Abbas (7 Jan. 2015), disponible sur <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/150107-Registrar-Letter-to-HE-President-Abbas-regarding-Palestine-Art12-3--Declaration.pdf> (dernier accès : 19 Déc. 2019).

³³ Bureau des affaires juridiques des Nations Unies – Section des traités, *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, U.N. Doc. ST/LEG/7/Rev.1 (1999), para. 81.

³⁴ *Report on Preliminary Examination Activities 2019*, supra note 12.

³⁵ Res. A.G. 67/19, U.N. Doc. A/RES/67/19 (4 Déc. 2012). La formule « au sein des Nations Unies » figurant dans le deuxième paragraphe du corps de la résolution (ainsi que dans son titre) ne faisait pas partie du texte original, mais a été



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

Nations Unies souligna ce point précis en déclarant que le statut accordé aux Palestiniens par la résolution « ne s'applique pas à des organisations ou organes extérieurs aux Nations Unies »³⁶, la CPI étant clairement un tel organe. En outre, le statut d'«État observateur non membre» (tout comme le nom choisi pour l'entité concernée³⁷) n'est de toute façon pas déterminant pour la question de savoir si l'entité concernée a le statut juridique international d'un État : des organes politiques ne sont intrinsèquement pas équipés, et ne sont pas non plus compétents pour prendre des décisions définitives sur des questions controversées de droit international qui ne relèvent pas de leur compétence³⁸. En tout état de cause, la résolution 67/19 elle-même fait référence à un État palestinien comme une aspiration future plutôt que comme une réalité juridique actuelle, et appelle à des négociations dans le cadre du processus de paix au Moyen-Orient afin de faire avancer une solution à deux États³⁹. De nombreux États, notamment ceux qui ont voté en faveur de la résolution, ont pris soin d'expliquer que leur vote était sans préjudice à la question d'un État palestinien au regard du droit international⁴⁰. Ceci est cohérent, en outre, avec la position en

ajoutée dans le but précis de souligner cette distinction. On peut en outre noter que le statut d'« État observateur non membre » n'est pas envisagé par la Charte des Nations Unies et s'est développé simplement pour faciliter une plus grande participation aux travaux de l'ONU : voir aussi Ulrich Fastenrath, *Membership, Article 4*, dans *THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS: A COMMENTARY* 341, 355-357 (Bruno Simma et al. eds., 3ème éd., 2012) (ci-après : « Commentaire Simma et al. »).

³⁶ Statut de la Palestine à l'Organisation des Nations Unies: Rapport du Secrétaire général, A/67/738, para. 1 (8 Mar. 2013).

³⁷ Le nom d'« État de Palestine » tel qu'il est utilisé au sein des Nations Unies (et ailleurs) a été choisi par les Palestiniens eux-mêmes comme une question de procédure en vertu du protocole des Nations Unies et n'est pas – et ne peut pas être – en soi déterminant du statut d'État ou encore refléter une telle reconnaissance.

³⁸ Voir également Jure Vidmar, *Palestine and the Conceptual Problem of Implicit Statehood*, 12 *CHINESE J. INT'L LAW* 19, 37, para. 60 (2013) : « l'appellation d'"État non membre" à l'Assemblée générale ne signifie pas nécessairement qu'une entité est un État simplement parce que le terme "État" est utilisé. »

³⁹ Voir Res. A.G. 67/19, *supra* note 35, au para. préambulaire 9 et aux paras. du corps 4, 5, et 6 : « Réaffirmant [...] la nécessité de [...] concrétiser les droits inaliénables du peuple palestinien, principalement le droit à l'autodétermination et le droit à son État indépendant »; « Affirme sa détermination à contribuer à la concrétisation des droits inaliénables du peuple palestinien et à la réalisation d'un règlement pacifique au Moyen-Orient qui [...] accomplit la vision de deux États »; « Exprime le besoin urgent de reprendre et accélérer des négociations au sein du processus de paix au Moyen-Orient sur la base de [...] la feuille de route du Quatuor pour une solution permanente au conflit israélo-palestinien avec deux États »; « Exhorte tous les États et les institutions et organisations spécialisées du système des Nations Unies à continuer de soutenir et d'aider le peuple palestinien à réaliser rapidement son droit à l'autodétermination, à l'indépendance et à la liberté » (emphase ajoutée).

⁴⁰ Voir les propos contenus dans Nations Unies Assemblée Générale, Soixante-septième session, 44e séance plénière, U.N. Doc. A/67/PV.44 (29 Nov. 2012) et Nations Unies Assemblée Générale, Soixante-septième session, 45e séance plénière, U.N. Doc. A/67/PV.45 (29 Nov. 2012) (ci-après : « Procès-verbaux de l'Assemblée générale »). La Nouvelle-Zélande a, par exemple, déclaré que « Cette résolution est un symbole politique de l'engagement des Nations Unies en faveur de la solution des deux États. La Nouvelle-Zélande a voté en conséquence, en partant du principe que notre vote ne préjuge pas de la position de la Nouvelle-Zélande concernant la reconnaissance de la Palestine... » (A / 67 / PV.44, à la p. 22, emphase ajoutée); La Belgique a déclaré que « la résolution adoptée aujourd'hui par l'Assemblée générale ne constitue pas encore une reconnaissance d'État au sens complet du terme » (ibid., à la p. 17, emphase ajoutée); L'Italie a déclaré que « L'Italie insiste sur le fait que son vote aujourd'hui ne préjuge aucunement de son attachement à un



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

vertu du droit international, selon laquelle les résolutions de l'Assemblée générale ne peuvent avoir un effet contraignant, ou constitutif, ou définitif, et encore moins universellement déterminant, de la qualité d'État⁴¹.

22. Comme le Secrétaire général de l'ONU l'a lui-même précisé, ses actions en tant que dépositaire du Statut de Rome n'ont pas d'effet déterminant sur des questions « hautement politiques et controversées » telles que celle de l'existence d'un État palestinien. En vertu du droit des traités, les fonctions assignées à un dépositaire de traités sont purement administratives⁴². Précisément dans les cas où la question se pose de savoir si une certaine entité souhaitant adhérer à un traité est un État, le Secrétaire général, en tant que dépositaire, ne prétend pas déterminer la question à cet effet : comme l'a expliqué le Bureau des affaires juridiques de l'ONU, « [le Secrétaire général] ne souhaiterait pas trancher, de sa propre initiative, de la question hautement politique

accord de paix global négocié, *qui reste la seule voie possible vers un État palestinien* Membre de plein droit de l'ONU » (*ibid.*, à la p. 20, emphase ajoutée); La Norvège a déclaré que « Notre appui au nouveau statut de la Palestine à l'ONU *ne préjuge pas de la question de sa reconnaissance*. Les procédures nationales norvégiennes pour reconnaître officiellement l'État de Palestine sont toujours en cours. » (*ibid.*, à la p. 23, emphase ajoutée); La Serbie a déclaré que « nous avons tout intérêt à promouvoir une telle solution, qui doterait la Palestine du statut d'État [...] *une nation encore en quête d'un État* » (*ibid.*, à la p.18, emphase ajoutée); voir également l'opinion exprimée par la France (*ibid.*, à la p. 15); la Grèce (*ibid.*, à la p. 20); le Danemark (*ibid.*, à la p. 19); la Suisse (*ibid.*, à la p. 16); la Finlande (*ibid.*, à la p. 21); le Soudan du Sud (A/67/PV.45, à la p. 1); la Géorgie (*ibid.*, aux pp. 4-5); la Malaisie (*ibid.*, à la p. 21); l'Île Maurice (*ibid.*, à la p. 7); et la Tunisie (*ibid.*, à la p. 24). D'autres États, qui n'ont pas voté en faveur de la résolution, ont exprimé des positions similaires, notamment l'Allemagne (A/67/PV.44, à la p. 16, déclarant qu'« il doit être clair pour tout le monde que l'on ne pourra parvenir à créer un État palestinien que grâce à des négociations directes entre Israéliens et Palestiniens »); la Hongrie (*ibid.*, à la p. 21); la République tchèque (*ibid.*, à la p. 21); l'Australie (*ibid.*, à la p. 22); le Royaume-Uni (*ibid.*, à la p. 16); les États-Unis (*ibid.*, à la p. 14); la Bulgarie (*ibid.*, à la p. 17); les Pays-Bas (A/67/PV.45, à la p. 2); et la Roumanie (*ibid.*, à la p. 6).

⁴¹ Crawford a également fait remarquer, en ce qui concerne l'ancien statut d'« observateur » de la « Palestine » au sein des Nations Unies, que les arguments selon lesquels ce statut était révélateur de la qualité d'État « [...] sont loin de prétendre que l'Assemblée générale peut reconnaître la Palestine comme un État, et pas seulement à des fins "internes" aux Nations Unies comme statut d'observateur, avec un effet qui serait "constitutif, définitif et universellement déterminant" » : James Crawford, *The Creation of the State of Palestine: too much too soon?*, 1 EJIL 307, 312 (1990). Voir également JAMES CRAWFORD, *THE CREATION OF STATES IN INTERNATIONAL LAW* 441 (2nd éd., 2006) (ci-après : « Crawford 2006 »). Il va sans dire que l'Assemblée générale n'a pas le pouvoir d'adopter des résolutions juridiquement contraignantes (sauf en ce qui concerne la gestion interne et les questions de procédure relatives à la fonction de l'ONU) et ne peut pas créer d'obligations juridiques pour les États membres de l'ONU ou pour d'autres organisations internationales, ou des acteurs tels que la Cour : voir, par exemple, Eckart Klein et Stefanie Schmahl, *The General Assembly, Functions and Powers, Article 10*, dans Commentaire Simma et al., *supra* note 35, aux pp. 461, 463, 480; Yaël Ronen, *Recognition of the State of Palestine: Still Too Much Too Soon?*, dans SOVEREIGNTY, STATEHOOD AND STATE RESPONSIBILITY – ESSAYS IN HONOUR OF JAMES CRAWFORD 229, 231 (Christine Chinkin et Freya Baetens eds., 2015).

⁴² Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra* note 13, art. 77. Le commentaire proposé par la Commission du droit international sur le projet d'article correspondant précise que le dépositaire « n'a pas compétence pour prendre une décision définitive » sur les questions de fond : *Yearbook of the International Law Commission 1966*, Y.B. Int'l L. Comm'n Vol. II, U.N. Doc. A/CN.4/SER. A/1966/Add, à la p. 270. Voir également Fatsah Ouguergouz et al., *Art. 77 1969 Vienna Convention*, dans *THE VIENNA CONVENTIONS ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY* 1715, 1720-1722 (Olivier Corten et Pierre Klein eds., 2011).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

et controversée de savoir si les zones dont le statut n'était pas clair étaient des États. De son propre avis, une telle prise de position ne serait pas de son ressort »⁴³.

23. Ce n'est donc qu'à titre administratif qu'après avoir reçu le prétendu instrument palestinien d'adhésion au Statut de Rome, le Secrétaire général a diffusé le 6 janvier 2015 une notification de dépôt type aux signataires du Statut de Rome, précisant rapidement qu'il s'agissait d'« une fonction administrative assumée par le Secrétariat » et soulignant qu'« il appartient aux États de prendre leur propre décision concernant toute question juridique soulevée par les instruments distribués par le Secrétaire général »⁴⁴. Dans ces circonstances, la circulation du prétendu instrument palestinien d'adhésion en vertu d'une disposition technique commune à divers accords internationaux (ainsi que le statut dérivé d'« État Partie ») ne peut manifestement pas être invoquée pour déterminer l'existence d'un État palestinien souverain.⁴⁵ Considérer un tel acte technique comme un test valable de la compétence de la Cour reviendrait à trahir l'esprit de ses fondateurs et à éroder gravement le régime juridictionnel consensuel qu'ils ont soigneusement élaboré.

24. *La participation palestinienne aux activités de l'Assemblée des États parties à la CPI ne peut avoir pour effet ni de constituer ni de faire démontrer l'existence d'un État au sens de l'article 12 du Statut de Rome.* Pour sa part, l'Assemblée des États Parties (« AEP ») a pris soin d'éviter d'adopter une position juridique sur la question de savoir si la « Palestine » constitue un État souverain. Ainsi, dès que les Palestiniens ont été invités pour la première fois à participer à la réunion annuelle de l'Assemblée en tant qu'« État invité », le président de l'AEP a

⁴³ *Supra* note 33. Il est à noter que dans un rapport publié en mars 2019, le Secrétaire général de l'ONU lui-même fait référence à « un État palestinien futur » : Implementation of Security Council resolution 2334 (2016) – Report of the Secretary General, S/2019/251, para. 67 (20 Mar. 2019).

⁴⁴ *Note to correspondents – Accession of Palestine to multilateral treaties* (7 Jan. 2015), disponible sur <https://www.un.org/sg/en/content/sg/note-correspondents/2015-01-07/note-correspondents-accession-palestinemultilateral> (dernier accès : 19 Déc. 2019). Les dépositaires d'autres traités ont abordé la question de la même manière. Par exemple, après que « l'État de Palestine » ait présenté un prétendu instrument d'adhésion à la Convention sur la protection physique des matières nucléaires, le directeur général de l'Agence internationale de l'énergie atomique a précisé que « [l]a désignation employée [c.-à-d. "État de Palestine"] n'implique aucunement l'expression d'une opinion de la part du dépositaire concernant le statut juridique de quelque pays ou territoire ou de ses autorités, ou concernant la délimitation de ses frontières » : Notification de dépôt 170-N5.92.21 Circ du 1^{er} Fév 2018 (Convention on the Physical Protection of Nuclear Material: Accession by the State of Palestine).

⁴⁵ Le fait que le mot « État » figurant à l'article 125 du Statut de Rome n'ait apparemment pas été interprété comme permettant l'adhésion présumée d'une entité qui n'est pas un État souverain n'a pas non plus d'incidence sur la signification du terme « État » dans d'autres dispositions de fond du Statut. Le BDP lui-même a récemment observé qu'un terme utilisé dans le Statut de Rome n'a pas nécessairement la même signification dans toutes les dispositions du Statut : Office of the Prosecutor, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan - Consolidated Prosecution Response to the Appeals Briefs of the Victims, ICC-02/17, para. 40 (22 Oct. 2019) (citant RICHARD GARDINER, TREATY INTERPRETATION (2nd éd., 2015)).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

explicitement précisé que « l'Assemblée prend de telles décisions [procédurales] conformément au Règlement intérieur de l'Assemblée, indépendamment et sans préjudice des décisions prises à toute autre fin, y compris les décisions de toute autre organisation ou organe de la Cour concernant toute question juridique qui pourrait leur être soumise »⁴⁶. Cette pratique de l'AEP est conforme aux dispositions du Statut de Rome selon lesquelles les questions concernant les fonctions judiciaires de la Cour, y compris celles qui ont trait à la compétence, sont confiées à la Cour et non à l'AEP⁴⁷. En conséquence, la simple participation au travail d'un organe politique tel que l'AEP ne peut pas, en un tournemain, et au mépris du Statut même de la Cour, être interprété comme déterminant des questions juridiques complexes et controversées, et encore moins déterminer l'existence d'un État.

25. Ainsi, il n'y a aucun fondement quelconque à la supposition que la question de l'existence d'un État palestinien a été réglée par la résolution 67/19 de l'Assemblée générale ou par la prétendue adhésion au Statut de Rome qui s'en inspirait, ou par la participation de la « Palestine » aux travaux de l'AEP. Une question juridique critique telle que celle de la compétence de la Cour ne doit pas être tranchée sur la base d'un vote sur une résolution d'un organe politique; et la création d'un État en droit international ne peut certainement pas être implicite ou un simple effet secondaire de dispositions procédurales telles que l'article 125 du Statut de Rome⁴⁸. L'adhésion au Statut de Rome – même lorsqu'elle est valide – n'a jamais été conçue pour servir un tel objectif ni pour exercer un tel poids dans un régime juridictionnel explicitement fondé sur la délégation de la capacité souveraine de poursuivre. Comme indiqué ci-dessus, le BDP lui-même, avec le Secrétaire général des Nations Unies, le Greffier de la Cour et le Président de l'AEP, ont en effet tous reconnu que de tels raccourcis normatifs ne pouvaient suffire aux fins de l'exercice crucial consistant à établir la compétence de la Cour. La Cour, tout comme le BDP⁴⁹, renoncerait ainsi à son devoir de résoudre la question juridique de la compétence en vertu de

⁴⁶ Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome, Treizième session, Documents officiels, Vol. 1, ICC-ASP/13/20, p. 5 (8-17 Déc. 2014). Voir également *infra* note 109.

⁴⁷ Statut de Rome, *supra* note 2, art. 119(1); voir également art. 119(2).

⁴⁸ Voir également Vidmar, *supra* note 38, au para. 72 (ajoutant, au para. 60, en référence aux traités internationaux, que « l'objet et le but de ces traités ne sont ni la création d'États ni la clarification de statuts juridiques. Ce serait un usage abusif du droit des traités internationaux s'ils étaient interprétés de cette manière, et si le statut juridique d'une entité était établi par une lecture inversée du terme "État Partie" dans les traités multilatéraux »). Vidmar explique en outre que l'adhésion à des traités ou à des organisations internationales n'a pas d'effet constitutif d'un État, étant donné qu' « en raison de la nature politique du vote, des entités non étatiques ont parfois la possibilité de participer à des forums internationaux destinés à être réservé aux États. Pourtant, cela ne fait pas automatiquement d'eux des États au regard du droit international » (au par. 69).

⁴⁹ Statut de Rome, *supra* note 2, art. 42.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

l'article 12 si elle ne procédait pas à une évaluation minutieuse et indépendante du droit et des faits en cause⁵⁰. Une telle évaluation, ainsi qu'il sera maintenant démontré, ne peut conduire qu'à une seule conclusion : il n'existe aucun État palestinien souverain – et encore moins un État avec un titre sur un territoire sur lequel il aurait la compétence pénale requise pouvant être déléguée à la Cour.

D. L'ENTITÉ PALESTINIENNE MANQUE MANIFESTEMENT DE SATISFAIRE À LA CONDITION FONDAMENTALE DE LA COMPÉTENCE AU TITRE DE L'ARTICLE 12 (2), DU STATUT DE ROME

26. Ayant clarifié que la prétendue adhésion de la « Palestine » au Statut de Rome ne peut à elle seule satisfaire la condition de compétence énoncée à l'article 12, il sera maintenant démontré qu'une évaluation approfondie des développements juridiques et factuels conduirait inévitablement à la conclusion qu'aucune compétence n'existe. Ceci est principalement dû au fait que la souveraineté sur la Cisjordanie et la bande de Gaza est actuellement en suspens, et l'entité palestinienne ne remplit pas les critères établis pour un État en vertu du droit international public. Le droit des Palestiniens à l'autodétermination, ou la prétendue reconnaissance de la « Palestine » par certains États, ne modifient pas cette réalité, ce qui est par ailleurs exprimé par les Palestiniens dans leurs propres déclarations sur la question. Dans ces circonstances, il est clair – une fois de plus – que la condition préalable à la compétence de la CPI, telle qu'énoncée à l'article 12 (2) du Statut de la Cour, n'est pas remplie.

27. *Aucun État palestinien n'a jamais existé et la souveraineté sur la Cisjordanie et la bande de Gaza est en suspens.* Le territoire, qui en 1922 a été appelé « Palestine mandataire », avait fait partie de l'Empire ottoman jusqu'à ce que la Turquie (en tant que successeur de l'Empire ottoman) renonce à sa souveraineté lors de la cession de divers territoires à l'administration des puissances alliées après sa défaite lors de la Première Guerre mondiale⁵¹. Comme l'a énoncé le

⁵⁰ Voir, dans la même veine, l'examen par le TPIY du statut d'État de la Croatie dans Parquet c. Slobodan Milošević, Affaire No. IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, paras. 85-115 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia 16 Juin 2004), http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/040616.htm (dernier accès : 19 Déc. 2019).

⁵¹ Ceci a été incorporé dans le Traité de Sèvres de 1920, qui a été remplacé par le Traité de Lausanne de 1923, dans lequel la Turquie a renoncé à tous ses droits et titres sur ses anciens territoires situés hors de ses frontières : Traité de paix avec la Turquie signé à Lausanne, art. 16, 24 Juillet 1923, 28 L.N.T.S 11. Le nom « Palestine » a été adopté au II^e siècle après J.C. par l'Empire romain, régnant sur le territoire à l'époque : voir Encyclopaedia Britannica, *Palestine* (dernière mise à jour : 3 Octobre 2019), disponible sur <https://www.britannica.com/place/Palestine> (dernier accès : 19 Déc. 2019). Cela a été fait « dans un but d'effacer toute mémoire du lien entre les Juifs et la terre, Hadrian a changé le



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

tribunal arbitral dans sa décision *Érythrée c. Yémen*, cette renonciation « a créé pour [le territoire en question] un statut juridique objectif d'indétermination en attendant une nouvelle décision des parties intéressées »⁵². Entre les années 1917 et 1948, la Grande-Bretagne a administré le territoire, d'abord par le biais d'un contrôle militaire, puis en tant que puissance mandataire sous le régime de la Société des Nations. La souveraineté sur ce territoire est restée en suspens pendant le mandat britannique⁵³, ce dernier ayant été approuvé par le Conseil de la Société des Nations et ayant constitué un instrument international contraignant⁵⁴. Reconnaisant le « lien historique du peuple juif avec la Palestine », le mandat confia explicitement à la Grande-Bretagne la mise en application de la déclaration Balfour de 1917 qui fut écrite « en faveur de l'établissement en Palestine d'un foyer national pour le peuple juif »⁵⁵. Il prévoyait en outre que « la reconnaissance a ainsi été accordée au lien historique du peuple juif avec la Palestine et aux motifs de reconstitution de son foyer national dans ce pays », reconnaissant ainsi les droits autochtones du peuple juif sur la terre comme étant antérieurs au mandat⁵⁶. La création d'un foyer national juif devait se faire sans porter atteinte « aux droits *civils et religieux*

nom de la province de Iudaea en Syrie-Palestine [...] » (S. Safrai, *The Era of the Mishnah and Talmud (70-640)*, dans *A HISTORY OF THE JEWISH PEOPLE* 307, 334 (H.H. Ben-Sasson éd., 1976)).

⁵² Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (*Eritrea v. Yemen*), R.I.A.A. Vol XXII 209, para. 445 (Cour permanente d'arbitrage 1996) (en référence à l'article 16 du Traité de Lausanne, et plus spécifiquement, aux territoires auxquels la Turquie a renoncé de manière identique).

⁵³ Voir également Malcolm N. Shaw, *The League of Nations Mandate System and the Palestine Mandate: What Did and Does it Say About International Law and What Did and Does it Say About Palestine?*, 49 *ISR. L. REV.* 287, 295 (2016). Concernant l'observation selon laquelle « la souveraineté sur un territoire sous mandat est en suspens », voir Statut international du Sud-Ouest africain, Avis consultatif, 1950 C.I.J. 128, à 150 (11 Juillet 1950) (Opinion individuelle du juge McNair); JAMES CRAWFORD, *BROWNLIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 235 (9^{ème} éd., 2019).

⁵⁴ Voir également Sud-Ouest africain (*Libéria c. Afrique du Sud*), Exceptions Preliminaries, 1962 C.I.J. Rep. 319, p. 330 (21 Dec. 1962).

⁵⁵ *Mandate for Palestine*, 3 *League of Nations Official Journal* 1007 (1922), para. préambulaire 2. La Déclaration Balfour de 1917 déclarait que « le gouvernement de Sa Majesté [du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord] envisage favorablement la création en Palestine d'un foyer national pour le peuple juif et emploiera tous ses efforts pour faciliter la réalisation de cet objectif, étant clairement entendu que rien ne sera fait qui puisse porter atteinte ni aux droits civiques et religieux des collectivités non juives existant en Palestine, ni aux droits et au statut politique dont les Juifs jouissent dans tout autre pays » : Lettre d'Arthur James Balfour, Secrétaire d'Etat aux affaires étrangères de Lord Walter Rothschild (2 Nov. 1917). L'incorporation de la Déclaration Balfour dans le Mandat pour la Palestine a été expressément convenue dans une résolution des principales puissances alliées à la Conférence de San Remo du 24 au 25 avril 1920. Churchill, en tant que secrétaire d'Etat aux Colonies, a précisé que la correspondance britannique datant de 1915 qui offrait aux Arabes l'indépendance dans certaines parties des territoires appartenant à l'Empire ottoman (« l'engagement McMahon »), avait exclu « toute la Palestine à l'ouest du Jourdain » : voir le rapport de la Commission royale pour la Palestine (la Commission Peel), qui avait été nommée en 1936 par le gouvernement britannique pour enquêter sur les causes des troubles parmi les Arabes et les Juifs palestiniens : *PALESTINE ROYAL COMMISSION REPORT, PRESENTED BY THE SECRETARY OF STATE FOR THE COLONIES TO PARLIAMENT BY COMMAND OF HIS MAJESTY*, 1937, Cms. 5479 pp. 19-20 (Gr. Brit.).

⁵⁶ *Mandate for Palestine*, *ibid.*, au para. préambulaire 3.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

des communautés non juives existantes de Palestine »⁵⁷. L'article 5 du Mandat, qui prévoyait qu'aucune partie du territoire de la Palestine mandataire ne serait cédée ou louée à une puissance étrangère, ainsi que d'autres termes du Mandat et ses nombreux *travaux préparatoires*, attestent qu'à l'époque, le droit du peuple juif à un foyer national s'étendait à l'ensemble du territoire de la Palestine mandataire⁵⁸.

28. Les droits du peuple juif sous le mandat ont été préservés en vertu de l'article 80 (1) de la Charte des Nations Unies, dont l'inclusion dans la Charte a été avancée précisément par ceux qui soutiennent la création d'un foyer national juif en Palestine⁵⁹ – et malgré la forte opposition des États arabes. Le 29 novembre 1947, à la suite de l'annonce par le gouvernement britannique de son intention de se retirer de la Palestine mandataire, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution 181, recommandant la partition du territoire en un État juif et un État arabe⁶⁰. Cette résolution fut acceptée, quoiqu'avec réticence, par les représentants de la communauté juive de Palestine, mais fut rejetée explicitement par les États arabes et les représentants arabes palestiniens, et est ainsi tombée en désuétude⁶¹. Le 14 mai 1948, le mandat

⁵⁷ *Ibid.*, para. préambulaire 2 (emphase ajoutée). Il n'est pas anodin que le mandat ne fasse référence à aucun droit *politique* de ces communautés non juives en Palestine.

⁵⁸ *Ibid.*, art. 5. Ceci est également implicite dans la résolution du Conseil de la Société des Nations approuvant la séparation de la Cisjordanie du territoire de la Palestine mandataire (comme prévu à l'art. 25 du Mandat), dans laquelle il était précisé que la création d'un foyer national pour le peuple juif n'était « pas applicable au territoire dit de Transjordanie » : voir l'article 25 du Mandat pour la Palestine, huitième réunion (publique), 3 Société des Nations O. J. 1188-9 (1922). Dans le même esprit, l'obligation prévue à l'art. 6 du mandat visant à faciliter l'immigration juive et à encourager l'« établissement restreint des Juifs sur le territoire » s'appliquait à toute la Palestine mandataire.

⁵⁹ L'article 80 (1), prévoit que « À l'exception de ce qui peut être convenu dans les accords particuliers de tutelle conclus conformément aux Articles 77, 79 et 81 et plaçant chaque territoire sous le régime de tutelle, et jusqu'à ce que ces accords aient été conclus, aucune disposition du présent Chapitre ne sera interprétée comme modifiant directement ou indirectement en aucune manière les droits quelconques d'aucun État ou d'aucun peuple ou les dispositions d'actes internationaux en vigueur auxquels des Membres de l'Organisation peuvent être parties ». Voir également Dietrich Rauschnig, *Article 77, dans Commentaire Simma et al., supra* note 35, aux pp. 1861-1862; Huntington Gilchrist, *Colonial Questions at the San Francisco Conference*, 39(5) AMER. POL. SCI. REV. 982, 990-991 (1945) (en référence à l'article 80 disant que « cette clause résultait des craintes du pouvoir mandataire de peur que leur position juridique dans les territoires sous mandat leur soit enlevée par le système de tutelle. Il y avait également des craintes de la part des groupes minoritaires (tels que les partisans du peuple juif par rapport à la Palestine) de voir leurs privilèges en vertu du Pacte de la Ligue et les mandats supprimés »); LELAND M. GOODRICH ET AL., *CHARTER OF THE UNITED NATIONS: COMMENTARY AND DOCUMENTS* 495 (1969); Shaw, *supra* note 53, à la p. 303; Eugene V. Rostow, *The Future of Palestine, dans 24 MCNAIR PAPER, INSTITUTE FOR NATIONAL STRATEGIC STUDIES, NATIONAL DEFENSE UNIVERSITY* 10-11 (1993).

⁶⁰ Res. A.G. 181 (II), U.N. Doc. A/RES/181(II) (29 Nov. 1947), désignant la ville de Jérusalem comme devant être placée sous un régime international spécial. La Commission spéciale des Nations Unies sur la Palestine avait précédemment conclu que les « Les Arabes de Palestine [...] ne possèdent pas [le territoire du Mandat de Palestine] en tant que nation souveraine », et qu'il n'y avait « aucun motif de remettre en cause la validité du Mandat pour la raison avancée par les États arabes » : U.N.S.C.O.P., *Question of Palestine/Majority plan (Partition), Minority plan (Federal State)*, paras. 163, 179, U.N. Doc. A/364 (3 Sep. 1947).

⁶¹ Voir également Crawford 2006, *supra* note 41, aux pp. 424-425, 430-432. Il va sans dire que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies telles que la résolution 181 n'ont, en tout état de cause, aucun effet contraignant.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

britannique pris fin officiellement et l'État d'Israël fut créé, pour être envahi le lendemain par plusieurs pays arabes⁶².

29. La guerre de 1948, au cours de laquelle la Jordanie et l'Égypte ont pris le contrôle de la Cisjordanie et de la bande de Gaza respectivement, s'est terminée en 1949 par une série d'accords d'armistice entre Israël et ses voisins. Ceux-ci stipulaient que les frontières de l'armistice (appelées plus tard la « Ligne verte ») devaient être temporaires, ne démontraient en aucun cas « une frontière politique ou territoriale » et étaient délimitées « sans préjudice aux droits, revendications et positions de l'une ou l'autre des Parties aux accords dans le règlement pacifique final de la question de Palestine »⁶³. La souveraineté sur la Cisjordanie et la bande de Gaza est donc restée en suspens⁶⁴.
30. En juin 1967, agissant en état de légitime défense, Israël a pris le contrôle de la Cisjordanie et de la bande de Gaza et a unifié sous sa souveraineté la ville de Jérusalem. Tout argument selon lequel la Cisjordanie et la bande de Gaza sont depuis occupées n'affecte ni la revendication de

Les allégations récentes selon lesquelles Israël a par la suite accepté la délimitation territoriale suggérée par le plan de partition de l'ONU quand il a signé le Protocole de Lausanne en 1949 sont trompeuses, car Israël s'est simplement engagé en ce faisant, à considérer le plan comme une base pour de futures discussions sur les frontières. Cette volonté politique n'indiquait en aucune manière une renonciation à des droits ou réclamations juridiques. Par exemple, le directeur général du ministère israélien des Affaires étrangères, représentant Israël à Lausanne, a clairement indiqué qu'accepter les frontières du 29 novembre comme « *base de travail* » (en Français dans le texte) ne signifiait pas y consentir : Lettre de W. Eytan (le Directeur Général du Ministère israélien des Affaires étrangères) à M. Sharett (Ministre israélien des Affaires étrangères), 9 Mai 1949. Qu'Israël n'ait renoncé à aucun de ses droits ou ses revendications territoriales est également mis en évidence, *inter alia*, dans les accords d'armistice conclus avec les États arabes et les accords conclus entre Israël et les Palestiniens.

⁶² Le Secrétaire général de l'ONU, Trygve Lie, a décrit plus tard l'invasion arabe comme « la première agression armée que le monde ait connue depuis la fin de la [Seconde] [G]uerre [Mondiale] » : TRYGVE LIE, IN THE CAUSE OF PEACE: SEVEN YEARS WITH THE UNITED NATIONS 174 (1954).

⁶³ Accords d'armistice, Egypt-Isr., 24 Feb. 1949, 42 U.N.T.S. 251, arts. V(2), V(3) et XI; voir également Accords d'armistice, Isr.-Jordan, 3 Avr. 1949, 42 U.N.T.S. 303, arts. II(2), IV(2) et VI(9).

⁶⁴ Tout argument selon lequel, lorsqu'Israël a pris le contrôle de la Cisjordanie en 1967, ce territoire appartenait déjà à un État, est donc sans fondement. En particulier, le 15 mai 1950, la Ligue arabe a convenu que la prétendue annexion de la Cisjordanie par la Jordanie cette année-là était illégale : voir *Jordan's annexation in Palestine is called illegal by Arab League*, THE NEW YORK TIMES (16 Mai 1950); U.S. DEPARTMENT OF STATE – OFFICE OF INTELLIGENCE RESEARCH, INTELLIGENCE REPORT, NO. 6565, DISUNITY AMONG THE ARAB STATES: THE HASHEMITE CONTROVERSY AND ARAB PALESTINE, p. 9 (1954), disponible sur https://www.cia.gov/library/readingroom/docs/HUSSEINI%2C%20AMIN%20EL%20%20%20VOL.5_0204.pdf (dernier accès : 19 Déc. 2019). Israël a, pour sa part, maintenu sa revendication au territoire, notamment par le biais des accords d'armistice de 1949, en affirmant qu'il ne se considérait pas lié par l'annexion proclamée unilatéralement par le Parlement jordanien. La position officielle israélienne était en effet que « [c']est un acte unilatéral qui ne lie en rien Israël. Nous avons conclu un accord d'armistice avec le Royaume hachémite de Jordanie et nous avons la ferme intention de le respecter pleinement. Cet accord n'implique cependant aucun règlement politique définitif, et aucun règlement final de ce type n'est possible sans négociations ni sans conclusion d'un traité de paix entre les deux parties. Il doit donc être clair que le statut des zones arabes à l'ouest du Jourdain reste une question ouverte en ce qui concerne Israël » : *Two areas united by vote in Jordan*, THE NEW YORK TIMES (25 Avr. 1950); voir également la lettre de M. Sharett (Ministre israélien des Affaires étrangères) à Sir Alexander Knox Helm (Ministre Britannique d'Israël), 2 Mai 1950.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

longue date d'Israël sur ce territoire ni le fait que la souveraineté sur celui-ci reste en suspens, car une occupation belligérante n'invalide aucune revendication préexistante sur le territoire concerné. Le 22 novembre 1967, le Conseil de sécurité de l'ONU a adopté à l'unanimité la résolution 242, affirmant que le respect des principes de la Charte des Nations Unies pour parvenir à la paix au Moyen-Orient « devrait inclure l'application des deux principes suivants » : Le retrait d'Israël des territoires et le respect du droit de chaque État de la région à exister à l'intérieur de frontières sûres et reconnues⁶⁵. Cette résolution a plus tard été acceptée par Israël, l'Égypte et la Jordanie, ainsi que par l'Organisation de Libération de la Palestine (OLP, en tant que représentant du peuple palestinien), comme base de règlement permanent de leurs différends respectifs⁶⁶. Le traité de paix israélo-égyptien de 1979 et le Traité de paix israélo-jordanien de 1994 ont été conclus sans préjudice au statut des territoires qui étaient sous contrôle israélien en 1967⁶⁷, laissant ainsi à nouveau la souveraineté sur ces territoires en suspens.

31. En 1993, Israël et les Palestiniens ont convenu de régler leur différend – y compris leurs revendications concurrentes sur la Cisjordanie et la bande de Gaza – par le biais de négociations bilatérales conduisant à une paix juste et durable. L'Accord intérimaire conclu en 1995 entre les parties avec l'encouragement de la communauté internationale stipule qu'aucune partie ne peut « changer le statut de la Cisjordanie et de la bande de Gaza en attendant le résultat de négociations sur le statut permanent »⁶⁸. Les Palestiniens ont systématiquement et de manière

⁶⁵ S.C. Res. 242, U.N. Doc. S/RES/242, para. 1 (22 Nov. 1967). Il est à noter que le texte de la résolution fait référence de manière délibérée au retrait des forces israéliennes « des territoires occupés lors du récent conflit », et non de « tous les territoires occupés ». Lord Caradon, qui a été Représentant permanent du Royaume-Uni auprès de l'Organisation des Nations Unies entre 1964 et 1970 et a été l'architecte de la résolution 242, a expliqué plus tard que « [nous] aurions pu dire : eh bien, vous revenez à la ligne de 1967. Mais je connais la ligne de 1967, et c'est une ligne atroce. On ne pourrait pas avoir une pire ligne comme frontière internationale permanente. Il s'est trouvé que c'est là que les troupes se trouvaient une certaine nuit de 1948. Il n'a aucun rapport avec les besoins de la situation. [...] Nous voulions dire que les territoires occupés ne peuvent pas être détenus simplement parce qu'ils sont occupés, mais nous avons délibérément omis de dire que l'ancienne ligne, où les troupes se trouvaient cette nuit-là il y a de nombreuses années, était une ligne de démarcation idéale » : *An Interview with Lord Caradon*, 5(3/4) J. Palestine Stud. 142, 144-145 (1976). La résolution elle-même reconnaît que les frontières n'ont pas encore été déterminées et que toute décision de ce type doit être prise par « un règlement pacifique et accepté ».

⁶⁶ Traité de paix entre Israël et l'Égypte, Egypt-Isr., art. II, 26 Mar. 1979, 1138 U.N.T.S. 59, para. préambulaire 1; Traité de paix entre l'État d'Israël et le Royaume Hachémite de Jordanie, Isr.-Jordan, art. 3(1)-(2), 26 Oct. 1994, 2042 U.N.T.S. 351, para. préambulaire 3; Accord israélo-palestinien intérimaire sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza, 28 Sep. 1995, aux paras. préambulaires 5 et 6.

⁶⁷ À l'exception de la péninsule du Sinaï. Voir le Traité de paix entre Israël et l'Égypte, *ibid.*, art. II; Traité de paix entre l'État d'Israël et le Royaume Hachémite de Jordanie, *ibid.*, arts. 3(1) et (2).

⁶⁸ Accord israélo-palestinien intérimaire sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza, *supra* note 66, art. XXXI (7). Le désengagement d'Israël de la bande de Gaza en 2005 n'a pas marqué une renonciation à sa revendication au territoire, ni modifié la situation juridique selon laquelle la souveraineté sur la bande de Gaza reste en suspens, et l'accord intérimaire



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

répétitive violé les accords conclus avec Israël, notamment en soutenant le terrorisme et par la tentative même d'affirmer unilatéralement la constitution d'un État devant la CPI, mais cela ne les dispense pas de leurs obligations en vertu de ceux-ci. Les négociations sur le statut permanent n'ont pas encore été conclues⁶⁹, et la souveraineté sur la Cisjordanie et la bande de Gaza reste donc en suspens à ce jour.

32. Au vu de ces circonstances, il est clair que l'entité palestinienne ne détient pas, et n'a jamais détenu, de titre souverain sur la Cisjordanie et la bande de Gaza, un territoire qui, en fait, a toujours été sous le contrôle effectif d'autres entités. Des tentatives révisionnistes récentes visant à argumenter autrement ne peuvent tout simplement pas être soutenues au vu des développements juridique et historique, et notamment pas par le discours tenu par les Palestiniens eux-mêmes au cours des décennies⁷⁰.

33. ***L'entité palestinienne ne remplit pas les critères établis pour l'existence d'un État en vertu du droit international, notamment celui du contrôle effectif.*** Il est clairement établi en droit international que la création d'un État requiert, entre autres, un gouvernement doté de pleins pouvoirs gouvernementaux sur le territoire auquel il prétend⁷¹. Cependant, l'entité palestinienne

s'y applique toujours (*mutatis-mutandis*). Comme l'a déclaré le gouvernement israélien, « le processus décrit dans le plan [de désengagement] est sans préjudice des accords pertinents entre l'État d'Israël et les Palestiniens. Les accords pertinents continueront de s'appliquer » : *Israeli Cabinet Resolution regarding the Disengagement Plan, Government Decision No. 1996, Revised Disengagement Plan, Addendum A*, para. 1 (7) (6 Juin 2004).

⁶⁹ La volonté d'Israël de reprendre sans délai les négociations sur le statut permanent a été affirmée à plusieurs reprises, notamment ces dernières années et ce, aux échelons les plus élevés du gouvernement. Concernant l'approche palestinienne, voir par exemple BILL CLINTON, MY LIFE 944-945 (2005) (« Le rejet par Arafat de ma proposition après que Barak l'ait acceptée était une erreur historique »); les Palestiniens ont également rejeté ou refusé de répondre à d'autres propositions de compromis, y compris celles faites dans le cadre des pourparlers de proximité (mai-septembre 2010); de la proposition du Quartet de 2011 (septembre 2011); des négociations d'Amman (janvier 2012); et les négociations du Cadre Kerry (juillet 2013-avril 2014).

⁷⁰ Voir également *infra* note 106.

⁷¹ Voir les règles du droit international consacrées dans la Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États, art. 1, 26 Dec. 1933, 165 L.N.T.S. 19. Cela a également été l'approche du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie dans *Parquet c. Slobodan Milošević*, *supra* note 50, au para. 86 : « Ces quatre conditions [énumérées à l'article 1 de la Convention de Montevideo] ont été utilisées à maintes reprises lorsqu'il fut question de la création et de la formation des États. De fait, elles sont invoquées d'une manière si généralisée qu'elles passent dans certains milieux pour l'expression du droit international coutumier ». Comme le dit *Oppenheim's International Law*, « un État proprement dit existe lorsqu'un peuple est installé sur un territoire avec son propre gouvernement souverain. [...] Il doit y avoir [...] un gouvernement *souverain*. La souveraineté est l'autorité suprême, ce qui, sur le plan international, signifie non pas une autorité juridique sur tous les autres États, mais plutôt une autorité juridique qui ne dépend en droit d'aucune autre autorité au monde. La souveraineté au sens strict et le plus étroit du terme implique donc l'indépendance à tous les niveaux, à l'intérieur comme à l'extérieur des frontières du pays » : ROBERT JENNINGS & ARTHUR WATTS, *OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW: PEACE*, vol. 1, pp. 120, 122 (9^{ème} éd., 2008) (en italique dans l'original). Voir également Crawford 2006, *supra* note 41, à la p. 46 (« Le droit d'être un État dépend, au moins dans un premier temps, de l'exercice de tous les pouvoirs publics sur un territoire quelconque »); MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 157 (8^{ème} éd., 2017). Même si certains suggèrent qu'une approche plus souple de cette condition puisse être adoptée lors de l'examen de la situation d'un État existant, elle a été appliquée strictement lors de



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

n'a jamais possédé – et ne possède pas actuellement, en fait ou en droit – les éléments clés d'un tel contrôle territorial effectif.

34. L'Autorité palestinienne (ci-après « AP ») est une entité juridique créée par les accords bilatéraux conclus entre l'OLP et Israël, et qui ne possède que les pouvoirs qui lui ont spécifiquement été transférés en vertu de ces accords. Les accords stipulent explicitement qu'Israël conserve tous les pouvoirs et responsabilités résiduels non transférés à l'Autorité palestinienne : « la compétence de [l'Autorité palestinienne] couvrira le territoire de la Cisjordanie et de la bande de Gaza [...] à l'exception : [...] des pouvoirs et des responsabilités qui [ne lui] seront pas transférés ».⁷² Israël est ainsi « la source de l'autorité et le détenteur des pouvoirs résiduels »⁷³, ce qui indique une fois de plus que les Palestiniens n'ont pas de souveraineté.
35. Plus précisément, les accords bilatéraux israélo-palestiniens ne prévoient le transfert aux Palestiniens que de pouvoirs limités n'approchant même pas le test du contrôle effectif : l'Unité de soutien aux négociations palestiniennes a elle-même conclu que « [l]es pouvoirs administratifs accordés à l'Autorité palestinienne par les accords intérimaires sont beaucoup plus limités que les pouvoirs d'un gouvernement »⁷⁴. Il est important de noter qu'Israël conserve le contrôle de la sécurité extérieure, comme le précise l'accord temporaire en notant qu' « Israël continuera à assumer la responsabilité de la défense contre les menaces extérieures, y compris la responsabilité de la protection des frontières avec l'Égypte et la Jordanie, ainsi que

l'examen de l'éventuelle création d'un nouvel État : Crawford 2006, *supra* note 41, à la p. 59; voir également para. 41 ci-dessous.

⁷² Accord israélo-palestinien intérimaires sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza, *supra* note 66, art. XVII(1). Voir également art. I(1) (« Israël transférera les pouvoirs et responsabilités, tel que prévu dans le présent accord, du Gouvernement militaire israélien et de son Administration civile au Conseil, conformément au présent accord. Israël continuera à exercer les pouvoirs et responsabilités non transférés.»); art. I (5) (« [Le retrait du gouvernement militaire] n'empêchera pas le gouvernement militaire israélien d'exercer les pouvoirs et responsabilités qui non transférés au Conseil »); et l'art. XVII (4) (a) (« Israël exerce son autorité, par le biais de son gouvernement militaire, sur les zones qui ne sont pas couvertes par la juridiction territoriale du Conseil, sur les pouvoirs et responsabilités non transférés au Conseil, ainsi que sur les citoyens israéliens »).

⁷³ YORAM DINSTEIN, *THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION* 58 (2009). Voir également Joel Singer, *The Oslo Peace Process – A View from Within*, in *NEW POLITICAL ENTITIES IN PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW WITH SPECIAL REFERENCE TO THE PALESTINIAN ENTITY* 17, 49 (A. Shapira et M. Tabory éd., 1999) (« Il est à noter que la possession de pouvoirs résiduels [par un Etat] est normalement une indication [qu'il détient] la source de l'autorité »).

⁷⁴ Mémoire interne de l'Unité de soutien aux négociations au Dr. Saeb Erekat nommé « Implications of Change in *de facto* Control in Gaza » (19 Juin 2007), disponible sur <http://www.ajtransparency.com/en/projects/thepalestinepapers/20121822587187346.html> (dernier accès : 19 Déc. 2019) (reconnaissant par ailleurs que « [le Territoire palestinien occupé] ne devrait pas être traité comme un État car il ne possède pas les attributs d'un État indépendant »).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

la défense contre les menaces extérieures maritimes et aériennes, de même que la responsabilité de la sécurité globale des Israéliens et des implantations, afin de sauvegarder leur sécurité intérieure et l'ordre public, et il disposera de tous les pouvoirs pour prendre les mesures nécessaires pour s'acquitter de cette responsabilité »⁷⁵. Par ailleurs, les Palestiniens n'ont aucun contrôle sur d'autres attributs clés de la souveraineté, tels que l'espace aérien⁷⁶ et les principaux aspects de la perception des impôts⁷⁷; sans oublier que la compétence pénale de l'Autorité palestinienne est très limitée⁷⁸. Il est significatif par ailleurs que l'exercice de certains pouvoirs, tels que l'utilisation du champ électromagnétique et l'établissement de réseaux de télécommunications, est assujéti à la coopération ou au consentement israélien⁷⁹. La fourniture de certains services monétaires dépend également d'une autorisation israélienne⁸⁰. Tout cela ne constitue certainement pas une « autorité exclusive et complète », que le BDP lui-même juge nécessaire aux fins de l'exercice de la compétence de la Cour⁸¹. Qui plus est, les quelques pouvoirs limités détenus par l'Autorité palestinienne sont, en tout état de cause, circonscrits par les accords, en matière géographique (dans certaines zones désignées) comme *in personam* (s'appliquant uniquement aux Palestiniens et aux non-Israéliens)⁸².

36. Malgré les violations répétées par les Palestiniens des accords bilatéraux israélo-palestiniens, ceux-ci continuent de former le cadre juridique applicable pour régir la conduite des parties.

⁷⁵ Accord israélo-palestinien intérimaire sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza, *supra* note 66, art. XII (1). En vertu de l'Accord, Israël a transféré à l'Autorité palestinienne certains pouvoirs concernant uniquement la sécurité intérieure (art. XII-XIII et arts. IV-VI de l'annexe I); il a également transféré certains pouvoirs concernant certaines affaires civiles telles que l'éducation, les affaires municipales et la santé (par exemple, Annexe III, Appendice I, art. 9, 17, 20, 36 et 37).

⁷⁶ *Ibid.*, annexe I, art. XIII (4) : « Toute activité aérienne ou utilisation de l'espace aérien par quelque véhicule aérien que ce soit en Cisjordanie et dans la bande de Gaza doit être préalablement approuvée par Israël ».

⁷⁷ Voir, par exemple, l'Accord de 1994 sur la bande de Gaza et la région de Jéricho, annexe IV : Protocole sur les relations économiques entre le gouvernement de l'État d'Israël et l'OLP, représentant le peuple palestinien, art. III, VI, 29 April 1994.

⁷⁸ Voir par. 56-60 ci-dessous.

⁷⁹ *Id.*, en annexe III, arts. 28 et 36 (A) (2) (a).

⁸⁰ Accord israélo-palestinien intérimaire sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza, *supra* note 66, en annexe III, art. 29.

⁸¹ *Report on Preliminary Examination Activities 2019*, *supra* note 12, au para. 48. Dans ce contexte, le BDP cite la célèbre sentence rendue dans l'affaire de l'Île de Palmas, dans laquelle il a également été déclaré, entre autres, que « La souveraineté, dans les relations entre Etats, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions étatiques [...] Comme il a déjà été dit, la souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques » : Île de Palmas, *supra* note 18, aux pp. 838-839 (emphase ajoutée).

⁸² Accord israélo-palestinien intérimaire sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza, *supra* note 66, art. XVII (2) (a) et annexe III. Israël a transféré à l'Autorité palestinienne certains pouvoirs législatifs qui, en tout état de cause, « ne dérogeront pas à la législation israélienne personnelle applicable aux citoyens israéliens. » (*ibid.*, arts. XVIII (4) et XVII (4)).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

Cela a été reconnu à maintes reprises par les parties, même très récemment⁸³ et par écrit⁸⁴, malgré des déclarations politiques contradictoires isolées provenant de certains responsables palestiniens⁸⁵. L'engagement actuel entre les responsables israéliens et palestiniens est en effet basé sur les accords, des discussions bilatérales étant en cours ces derniers mois dans le cadre de comités mixtes créés par l'Accord intérimaire pour faciliter leur mise en œuvre dans divers domaines tels que la sécurité, la gestion de l'eau ainsi que celle des eaux usées. En outre, plusieurs accords ont été conclus dans ces domaines entre les deux parties au cours des dernières années, se fondant explicitement sur les termes des accords intérimaires. La communauté internationale a également réitéré à maintes reprises son soutien aux accords bilatéraux existants en tant que cadre juridique applicable pour régler le conflit israélo-palestinien et déterminer le statut de la souveraineté du territoire sous litige⁸⁶.

⁸³ Voir, par exemple, *President Abbas meets Palestinian community in US on sidelines of 74th session of UN General Assembly in New York*, Wafa (23 Sep. 2019), disponible sur <http://english.wafa.ps/page.aspx?id=Crv2Xia113546988159aCrv2Xi> (dernier accès : 19 Déc. 2019); *President Abbas: All agreements with Israel will end once it annexes any part of the Palestinian territory*, Wafa (9 Sep. 2019), disponible sur <http://english.wafa.ps/page.aspx?id=hPcYhZa111508333233ahPcYhZ> (dernier accès : 19 Déc. 2019); Le discours du président Mahmoud Abbas aux ministres des Affaires étrangères de la Ligue arabe le 21 avril 2019, dans lequel il a déclaré que « nous [l'AP] sommes engagés dans tous les accords » (enregistrement vidéo disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=NsW3gPt9Tio> (minutes 7:45 à 8:30) (dernier accès : 19 Déc. 2019)); *President says he is ready to sever all ties with Israel if it keeps ignoring agreements*, Wafa (3 Juillet 2019), disponible sur <http://english.wafa.ps/page.aspx?id=YK01zda110829733344aYK01zd> (dernier accès : 19 Dec. 2019) (« Si [Israël] continue à ne pas les honorer, nous annulerons tous les accords entre nous quoi qu'il arrive »); Discours du président Mahmoud Abbas devant le Conseil de sécurité des Nations Unies : C.S. O.N.U., 8183^{ème} réunion, U.N. Doc. S/PV.8183, 9 (20 Fév. 2018) (en référence aux obligations existantes en vertu des accords d'Oslo de 1993). Les déclarations palestiniennes de ces dernières années, affirmant qu'Israël a violé les accords, indiquent également le point de vue des Palestiniens selon lequel les accords israélo-palestiniens sont effectivement en vigueur : voir *Palestinian cabinet condemns Israel's decision to cut tax revenues*, Wafa (19 Fév. 2019), disponible sur <http://english.wafa.ps/page.aspx?id=c1pseca108483662199ac1psec> (dernier accès : 19 Déc. 2019); *Abbas: Liberman Violated Oslo Accords by Naming PNF a Terror Organization*, THE JERUSALEM POST (17 Mar. 2017), disponible sur <https://www.jpost.com/Arab-Israeli-Conflict/Abbas-Liberman-violated-Oslo-accords-by-naming-PNF-a-terror-organization-484448> (dernier accès : 19 Déc. 2019).

⁸⁴ Par exemple, plusieurs accords bilatéraux signés en 2015, 2016 et 2017 dans les domaines de l'électricité, de l'eau, des télécommunications et des postes font tous référence en termes explicites à l'accord intérimaire et sont considérés comme étant conclus en vertu de celui-ci. Voir également Adam Rasgon, Tovah Lazaroff et Sharon Udasin, *Israel gives Pal. Authority limited water autonomy in West Bank*, THE JERUSALEM POST (17 Jan. 2017), disponible sur <http://www.jpost.com/Arab-IsraeliConflict/Israel-gives-Pal-Authority-limited-water-autonomy-in-West-Bank-478672> (dernier accès : 19 Déc. 2019); *Israel, Palestinians sign 3G mobile network agreement*, REUTERS (19 Nov. 2015), disponible sur <https://www.reuters.com/article/us-israel-palestinians-3g-idUSKCN0T81MS20151119> (dernier accès : 19 Déc. 2019); *Israel, PA sign deal on massive Palestinian electricity bill*, THE TIMES OF ISRAEL (13 Sep. 2016), disponible sur <https://www.timesofisrael.com/israel-pa-sign-deal-on-massive-palestinian-electricity-bill/> (dernier accès : 19 Déc. 2019).

⁸⁵ De telles déclarations ne constituent manifestement pas un avis de dénonciation ni de retrait et ne peuvent avoir un tel effet. Quoi qu'il en soit, Israël n'a jamais reçu un tel avis.

⁸⁶ Voir, par exemple, Res. A.G. 73/19, U.N. Doc. A/RES/73/19, para. préambulaire 25 et paras. du corps 16 et 19 (23 Jan. 2019); Res. A.G. 73/256, U.N. Doc. A/RES/73/256, para. préambulaire 2 (5 Déc. 2018); Res. C.S. 2334, U.N. Doc. S/RES/2334, para 8 (23 Déc. 2016); Res. A.G. 67/19, *supra* note 35, au para. 5.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

37. Il est également à noter que l'Autorité palestinienne n'exerce aucun contrôle sur la bande de Gaza⁸⁷, où réside plus de 40% de la population palestinienne⁸⁸. Elle ne contrôle pas non plus près de 60% de la zone de la Cisjordanie dont les Palestiniens réclament la propriété. Ceci est tout à fait indépendant du fait que les Palestiniens n'ont jamais exercé et n'exercent toujours aucun pouvoir sur Jérusalem.
38. Les Palestiniens eux-mêmes affirment qu'Israël occupe la bande de Gaza, la Cisjordanie et Jérusalem-Est⁸⁹, suggérant ainsi qu'Israël exerce un contrôle effectif sur ces territoires à l'exclusion d'autres entités⁹⁰. Au vu de telles circonstances, survenant depuis 1967, le critère essentiel du contrôle territorial effectif ne peut manifestement pas être rempli : si le territoire est occupé, alors le contrôle effectif sur celui-ci doit, par définition, appartenir à Israël et non aux Palestiniens. L'unité de soutien aux négociations des Palestiniens a en effet reconnu que « mettre fin à l'occupation [...] est une condition fondamentale pour la création d'un État palestinien souverain »⁹¹. Dans un mémorandum juridique traitant spécifiquement de la stratégie palestinienne devant la CPI, elle a ainsi conclu que l'affirmation selon laquelle Israël occupe la Cisjordanie et la bande de Gaza crée un obstacle insurmontable pour établir la

⁸⁷ Malgré plusieurs tentatives d'unification, les divisions entre le Hamas dans la bande de Gaza et l'Autorité palestinienne en Cisjordanie persistent, différentes autorités administrant ces territoires. Voir, par exemple, la position palestinienne consignée dans le rapport sur les conclusions détaillées de la commission d'enquête indépendante créée en application de la résolution S-21/1 du Conseil des droits de l'homme, U.N. Doc. A/HRC/29/CRP.4, para. 666 (24 Juin 2015) : « L'Autorité palestinienne affirme que son incapacité à ouvrir des enquêtes résulte de l'insuffisance des moyens pour les mener au sein d'un territoire sur lequel elle n'a pas encore rétabli le contrôle unifié ».

⁸⁸ Voir également Conseil de sécurité des Nations Unies, rapport du Comité d'admission de nouveaux membres concernant la demande d'admission de la Palestine à l'Organisation des Nations Unies, par. 12, U.N. Doc. S/2011/705 (11 Nov. 2011) : « il a été déclaré que le Hamas contrôlait 40 % de la population de la Palestine et, qu'en conséquence, on ne pouvait considérer que l'Autorité palestinienne exerçait un contrôle effectif sur le territoire qu'elle revendiquait ».

⁸⁹ Voir, par exemple la déclaration officielle intitulée *Borders*, se trouvant sur le site Web de l'Organisation de Libération de la Palestine - Département des négociations, disponible sur <https://www.nad.ps/en/our-position/borders> (dernier accès : 19 Déc. 2019).

⁹⁰ L'idée que l'occupation d'un territoire nécessite d'en exercer le contrôle à l'exclusion des autres est fermement établie dans le droit international et sa pratique. Voir, par exemple, la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son annexe : Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, art. 42, 18 Oct. 1907, 205 C.T.S. 277; Le Parquet c. Naletilic et al., IT-98-34-T, Jugement, para. 217 (31 Mar. 2003); The United Kingdom Ministry of Defence, Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, JSP 383, [11.3] (10 Fév. 2004); United States Department of Defense, Law of War Manual, [11.2.2.2] (Juin 2015). Pour le point de vue des publicistes, voir, par exemple, Adam Roberts, *What is Military Occupation?*, 55(1) BRIT. Y.B INT'L L. 249, 300-1 (1985); Dinstein, *supra* note 73, aux pp. 42-43.

⁹¹ Mémorandum de l'Unité de soutien aux négociations à la direction palestinienne intitulé « Legal Approaches to be advanced at the ICC in order to protect overall Palestinian Strategy and realize rights and interests » (25 Mars 2009), disponible sur <http://www.ajtransparency.com/en/projects/the-palestine-papers/201218205613718519.html> (dernier accès : 19 Déc. 2019).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

compétence de la CPI sur la « situation en Palestine », car un « État n'émergera qu'une fois l'occupation israélienne terminée »⁹².

39. Il va sans dire que la présence d'Israël en Cisjordanie est pleinement conforme au droit international : Israël a pris le contrôle du territoire dans un acte de légitime défense⁹³ ; il applique les dispositions humanitaires du droit international de l'occupation (malgré sa position de principe selon laquelle elles ne s'appliquent pas *de jure*)⁹⁴ ; et il a exprimé à plusieurs reprises son engagement à négocier avec les Palestiniens pour résoudre cette situation. Comme le reconnaissent les accords déjà conclus entre Israël et les Palestiniens et la résolution 242 du Conseil de sécurité⁹⁵, le retrait des forces armées israéliennes et la détermination de frontières sûres et reconnues relèvent des négociations de paix entre les parties. L'exercice continu de l'autorité d'Israël sur ce territoire, dans l'attente de telles négociations, est donc conforme au droit international applicable ainsi qu'aux accords bilatéraux existants. Toute revendication selon laquelle la présence d'Israël en Cisjordanie équivaut à une « occupation illégale » est donc sans fondement⁹⁶.

40. ***Le droit à l'autodétermination ne doit pas être confondu avec la constitution d'un État.*** Le droit international fait clairement la distinction entre l'autodétermination et le statut juridique d'État : alors que le premier concerne le droit des peuples à déterminer leur condition politique et à poursuivre librement leur développement économique, social et culturel, le second n'est qu'une façon parmi d'autres de réaliser un tel droit.⁹⁷ Par conséquent, la reconnaissance du droit

⁹² *Ibid.* Le mémorandum explique qu'argumenter que « l'État de Palestine » a vu le jour pendant l'occupation n'est « PAS RECOMMANDÉ » (en majuscule dans l'original), étant donné qu'« il sera très difficile de satisfaire aux critères de Montevideo pour l'indépendance d'un État (c.-à-d. population permanente, territoire défini, gouvernement effectif et capacité d'entrer en relations extérieures) dans les circonstances actuelles. En effet, un état d'occupation contredit sans doute le contrôle effectif requis pour l'émergence d'un État ».

⁹³ Voir également YORAM DINSTEIN, *WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE* 192 (4^{ème} éd., 2004).

⁹⁴ Voir également Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 ISRAEL Y.B HUM. RTS. 262 (1971), où la position du gouvernement israélien a été présentée pour la première fois par le Procureur Général d'Israël de l'époque.

⁹⁵ Voir para. 30 ci-dessus.

⁹⁶ La présence israélienne en Cisjordanie est en effet nettement différente de ces situations où une occupation résulte d'une violation du *jus ad bellum*, comme ce fut le cas, par exemple, avec l'occupation irakienne du Koweït ou l'occupation ougandaise de la RDC. (Voir Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), Arrêt, 2005 C.I.J Rep. 116, paras. 259, 345, (19 Déc. 2005)). Dans ces cas, comme pour l'occupation de la Namibie par l'Afrique du Sud, l'illégalité de l'occupation en droit international a été déterminée par le Conseil de sécurité, la Cour Internationale de Justice ou les deux. Il convient de noter que même la constatation selon laquelle la Namibie était occupée illégalement n'a pas – et en fait ne pouvait pas – en soi donner naissance à l'État namibien : voir *infra* note 98.

⁹⁷ Voir aussi Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis consultatif, 2019 C.I.J. 169, paras. 156-157 (25 Fév. 2019); Crawford 2006, *supra* note 41, à la p. 446 (« [...] le droit international a établi une distinction entre le droit à l'autodétermination et la réalisation effective de la qualité d'État, et à raison »); DAVID RAIČ,



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

des Palestiniens à l'autodétermination ne revient pas à reconnaître qu'un État palestinien souverain existe déjà et ne peut, en soi, servir à en créer un. Les déclarations faites sur le plan international en référence au droit des Palestiniens à l'autodétermination décrivent en effet la création d'un État palestinien comme une aspiration et non comme un fait juridique existant⁹⁸. Cassese a également émis cet avis, après avoir indiqué qu'« il n'y a pas d'accord [...] sur le territoire exact sur lequel le droit [palestinien] à l'autodétermination s'exercerait », que « [l]es seules indications qui peuvent être tirées des règles juridiques internationales et des résolutions des Nations Unies indiquent que ce droit doit être exercé pacifiquement, c'est-à-dire par le biais de négociations entre toutes les parties concernées et sur la base de souhaits librement exprimés de la population des territoires ». ⁹⁹ Cela est conforme à l'approche de la communauté internationale, qui appelle régulièrement à une solution négociée afin de concrétiser le droit palestinien à l'autodétermination.

41. Toute proposition d'assouplir la condition essentielle d'un gouvernement efficace pour permettre la création d'un État dans le cadre de l'autodétermination, ne modifie en rien la situation. Ceux qui défendent cette position controversée se réfèrent à quelques rares cas ne pouvant pas former une base suffisante pour une telle généralisation. Qui plus est, les cas auxquels il a été fait référence n'ont aucune incidence sur les circonstances actuelles, car ils concernent des situations où l'entité revendiquant le statut d'État avait, à l'époque des faits, une

STATEHOOD AND THE LAW OF SELF-DETERMINATION 444-445 (2002); Shaw, *supra* note 71, à la p. 204; Christian Tomuschat, *Secession and Self-Determination*, dans *SECESSION: INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVES* 23, 24 (Marcelo G. Kohen éd., 2006). Cette distinction continue d'être maintenue dans la pratique internationale : même dans les cas où un droit à l'autodétermination a recueilli un soutien international considérable en tant que fondement de la création d'un État, cet État n'a vu le jour qu'une fois que les conditions juridiques requises pour devenir un État ont été remplies. Un exemple important est celui de la Namibie, dont le statut d'État n'a été atteint qu'après la fin de l'occupation sud-africaine. On se souviendra que l'administration sud-africaine du territoire de l'Afrique du Sud-Ouest (qui est devenu plus tard la Namibie) a été autorisée par un mandat de la Société des Nations, lequel a été terminé par les Nations Unies en 1966. Après le refus subséquent de l'Afrique du Sud de se retirer du territoire, son occupation a été jugée illégale par le Conseil de sécurité de l'ONU et l'Afrique du Sud été punie par des sanctions internationales et par le soutien de l'Assemblée générale des Nations Unies à la lutte armée du peuple namibien pour l'indépendance. Même dans ces circonstances extrêmes et sans précédent, la Namibie ne s'est établie en tant qu'État qu'après la conclusion d'un accord entre l'Afrique du Sud, l'Angola et Cuba, qui prévoyait que « [toutes] les forces militaires de la République sud-africaine quitteront la Namibie conformément à avec la résolution 435/78 du Conseil de sécurité des Nations Unies », et que l'Afrique du Sud « coopérera avec le Secrétaire général pour garantir l'indépendance de la Namibie par des élections libres et équitables [...] » (Accord entre la République populaire d'Angola, la République de Cuba et la République d'Afrique du Sud, arts. 2, 3, 22 Déc. 1988, A/43/989, S/20346). Sur cette question particulière, voir également Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, I.C.J. Reports 1971, p. 16, paras. 90-103, 108-116 (21 Juin 1970); Crawford 2006, *supra* note 41, aux pp. 439-440, 595-596

⁹⁸ Voir paras. 21 ci-dessus et 43 ci-dessous.

⁹⁹ CASSESE, SELF-DETERMINATION OF PEOPLES: A LEGAL REAPPRAISAL 240-241 (1995).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

revendication exclusive sur le territoire pertinent (les revendications concurrentes antérieures ayant alors été retirées)¹⁰⁰. Dans le cas présent, cependant, Israël revendique depuis longtemps la Cisjordanie et la bande de Gaza, et Israël et les Palestiniens ont explicitement convenu, en vertu des accords existants, de régler leurs revendications conflictuelles de manière pacifique et par la négociation¹⁰¹. En outre, dans les cas concernés, le droit à l'autodétermination était entravé par la force, notamment dans le contexte colonial¹⁰². Ce n'est certainement pas le cas dans la situation présente, dans laquelle Israël a non seulement reconnu le droit des Palestiniens à l'autodétermination et encouragé l'autonomie gouvernementale palestinienne par le biais d'accords bilatéraux ayant établi l'Autorité palestinienne, mais a également accepté d'encourager d'avantage l'autonomie palestinienne et s'est engagé à plusieurs reprises dans des efforts de négociation à cette fin, à laquelle il reste attaché. Faire valoir que l'autodétermination palestinienne n'a pas encore été pleinement réalisée à cause de prétendus délits d'Israël reviendrait à ignorer les offres internationales et israéliennes répétées au fil des décennies pour permettre l'émergence d'un État palestinien, qui ont toutes été rejetées par la partie palestinienne¹⁰³. Chercher à étiqueter Israël comme un pays refusant arbitrairement l'autodétermination palestinienne serait donc non seulement fondamentalement faux, mais nécessiterait également l'adoption d'un discours politique et partisan particulier, ce qui serait clairement inapproprié pour tout tribunal, et encore plus pour une cour pénale internationale.

42. ***Les revendications palestiniennes concernant la reconnaissance sont totalement trompeuses et, quoi qu'il en soit, ne sont pas constitutives d'un État.*** En vertu du droit international, la reconnaissance, en soi, n'a pas un effet constitutif et ne peut ni supplanter ni remplacer les conditions factuelles et juridiques constitutive d'un État, ni même compenser pour leur absence¹⁰⁴. Une revendication palestinienne à un État fondé sur une prétendue reconnaissance

¹⁰⁰ Par exemple, la République démocratique du Congo et la Guinée-Bissau, ainsi que le Bangladesh, n'ont été créés en tant qu'États et admis aux Nations Unies, qu'à la suite de l'accord explicite de l'État qui revendiquait auparavant le territoire. Dans le cas des États baltes, le Conseil de sécurité de l'ONU n'a examiné leurs demandes d'adhésion à l'ONU qu'après que l'Union soviétique (qui avait annexé leurs territoires en 1940) ait accepté de les reconnaître comme États. Voir également Crawford 2006, *supra* note 41, aux pp. 57-58, 140-142, 181, 394-395.

¹⁰¹ Voir également para. 31 ci-dessus.

¹⁰² Voir, par exemple, le cas de la Namibie : *supra* note 97.

¹⁰³ *Supra* note 71.

¹⁰⁴ Voir, par exemple, Crawford 2006, *supra* note 41, à la p. 93 (« Une entité n'est pas un État parce qu'elle est reconnue; elle est reconnue parce que c'est un État »). La Commission Badinter d'arbitrage sur la Yougoslavie a également noté que « l'existence ou la non-existence d'un État devait être établie sur la base de principes universellement reconnus du droit international concernant les éléments constitutifs d'un État » et que « la reconnaissance d'un État par d'autres États n'a de



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

de la « Palestine » par un certain nombre d'États n'a donc aucune signification juridique dans le contexte présent. De plus, cette affirmation ne résiste à aucun examen sérieux des faits.

43. Premièrement, plus des deux tiers des prétendus actes de reconnaissances invoqués par les Palestiniens ont été faits dans le cadre de la prétendue Déclaration d'indépendance palestinienne de 1988, alors que les Palestiniens ont eux-mêmes reconnu qu'aucun État palestinien n'existait à l'époque, et au cours des décennies qui l'ont suivi¹⁰⁵. De tels actes de reconnaissance ne peuvent donc être invoqués pour former la base d'une existence prétendue d'un état palestinien. Deuxièmement, de nombreux États qui auraient reconnu la « Palestine » continuent de faire référence à un État palestinien souverain comme relevant uniquement d'une aspiration future, et d'autres ont clairement indiqué qu'en fait, ils ne reconnaissaient pas l'existence d'un État palestinien¹⁰⁶. Il va sans dire que c'est également la position d'un nombre important d'États

valeur que déclarative » : Opinion No. 8 de *Conference on Yugoslavia Arbitration Commission: Opinions on Questions Arising From the Dissolution of Yugoslavia*, 31(6) I.L.M. 1488, 1522-1523 (Nov. 1992).

¹⁰⁵ En 1998, par exemple, Yasser Arafat, président de l'Autorité palestinienne, a déclaré que « le peuple palestinien était déterminé à déclarer son indépendance [...] » : Communiqué de presse, Assemblée générale, le président Arafat déclare que les Palestiniens ont plus que jamais besoin du soutien mondial pour faire de l'indépendance une réalité, U.N. Communiqué de presse Ga/PAL/788 (30 Nov. 1998). Dans le même esprit, Mahmoud Abbas, alors secrétaire général du Comité exécutif de l'OLP, a déclaré en 2000 que « la déclaration d'un État indépendant est un droit que notre peuple peut exécuter à tout moment. En 1988, lorsque nous avons déclaré notre Etat en exil, plus de 100 pays ont reconnu cette déclaration. Mais la reconnaissance d'un État sur le terrain est différente [de celle] d'un État en exil. Et bien que de nombreuses nations se soient déclarées en faveur d'un État indépendant, beaucoup ont fait allusion à la nécessité de faire cette déclaration une fois établi sur le terrain et/ou après qu'un accord entre les parties ait été conclu. Et donc nous devons maintenant nous arrêter et réfléchir » : Discours d'Abou Mazen à la réunion du Conseil central de l'OLP, 9 septembre 2000, communiqué de presse des Nations Unies, disponible sur <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/172D1A3302DC903B85256E37005BD90F> (dernier accès : 19 Déc. 2019). Dans leur communiqué à la Cour internationale de Justice en 2004, au cours de la procédure consultative du *Mur*, les Palestiniens ont également reconnu explicitement qu'un État palestinien n'avait pas encore émergé : Conséquences juridiques de la construction d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, déclaration écrite présentée par la Palestine, par. 375 (29 Jan. 2004) (« Israël en a gardé, de manière générale, le contrôle et les forces israéliennes continuent d'occuper la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est, et la bande de Gaza. Ces régions, prises dans leur ensemble, ont reçu l'appellation de "Territoire palestinien occupé, car elles ne font pas parties de l'Etat d'Israël : elles sont territoire du peuple palestinien, destiné à faire partie de l'Etat palestinien [...] » (emphase ajoutée)).

¹⁰⁶ Voir, par exemple, *Procès-verbaux assemblée générale*, supra note 40. Pour des points de vue plus récents, voir, par exemple, Narendra Modi, Premier ministre de l'Inde, discours prononcé lors d'une conférence conjointe avec le président Mahmoud Abbas (10 Fév. 2018), disponible sur <https://www.diplomaticsquare.com/india-hopes-that-palestine-will-soon-be-a-sovereigncountry-achieved-in-a-peaceful-manner/> (dernier accès : 19 Déc. 2019) (« L'Inde espère que la Palestine deviendra bientôt un pays souverain et indépendant de manière pacifique »); *President Xi's Speech at Arab League Headquarters: Full Text*, CHINA DAILY (22 Jan. 2016), disponible sur http://www.chinadaily.com.cn/world/2016xivisitmiddleeast/2016-01/22/content_23191229.htm (dernier accès : 19 Déc. 2019) (« La Chine soutient fermement le processus de paix au Moyen-Orient et soutient la création d'un État Palestinien jouissant de sa pleine souveraineté »); Adam Withnall, *Vladimir Putin says Russia will fight for right of Palestinians to their own State*, THE INDEPENDENT (29 Mar. 2015), disponible sur <https://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/vladimir-putin-says-russia-will-fight-for-the-right-of-palestinians-to-their-own-state-10141902.html> (dernier accès : 19 Déc. 2019) (citant le Président russe disant que « les Palestiniens ont le droit d'établir un État indépendant et habitable [...] »).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

supplémentaires, comme les Palestiniens le reconnaîtront certainement¹⁰⁷. Toutes choses considérées, il est clair que l'État palestinien n'a même pas obtenu l'appui quasi unanime (et cela même parmi les États parties au Statut de Rome) qui aurait a priori été considéré comme révélateur de l'existence d'un État palestinien, et l'affirmation concernant la reconnaissance de la « Palestine » ne tient tout simplement pas debout.

44. Pareillement, toute participation de la « Palestine » à des traités multilatéraux n'implique ni ne constitue une reconnaissance de l'État palestinien par une partie ou la totalité des autres parties à ces traités : « il est généralement admis que la participation au même traité multilatéral ne signifie pas une reconnaissance, même implicite »¹⁰⁸. En effet, être un « État Partie » nominal en vertu d'un acte procédural ou politique n'est pas la même chose qu'être un État au regard du droit international. On peut en dire autant de la participation aux forums internationaux, et des États ont en effet noté expressément que la participation palestinienne à l'AEP est sans préjudice à la question de l'État palestinien¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Parmi les États ne reconnaissant pas la « Palestine » comme État, se trouvent l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Cameroun, le Danemark, la France, l'Allemagne, le Japon, le Mexique, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, le Panama, Singapour, la Corée du Sud, la Suisse, le Royaume-Uni et les États-Unis. Ces positions ont parfois été inscrites, entre autres, dans des communications avec le Secrétaire général des Nations Unies en tant que dépositaire, et dans le contexte de débats des Nations Unies ou de déclarations et d'instruments internationaux : voir, par exemple, Notification de dépôt, C.N.363.2018.TREATIES-X.10 (Canada: Communication) (27 Juillet 2018) disponible sur <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2018/CN.363.2018Eng.pdf> (dernier accès : 19 Déc. 2019); Notifications de dépôt C.N.295.2018.TREATIES-XXVI.3 (United States of America: Communication) (18 Juin 2018), disponible sur <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2018/CN.295.2018Eng.pdf> (dernier accès : 19 Déc. 2019); Note diplomatique de la République fédérale d'Allemagne à l'Unité de soutien à la mise en œuvre de la Convention sur les armes biologiques au sein la branche de Genève du Bureau des affaires de désarmement des Nations Unies, No. 27/2018 (11 déc.2018); Réunion des États parties à la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, Explication de la Position sur « l'État de Palestine », présentée par l'Australie, le Canada, l'Allemagne et les Pays-Bas, APLC / MSP.17 / 2018 / MISC.2 (3 déc. 2018), disponible sur <https://undocs.org/APLC/MSP.17/2018/MISC.2> (dernier accès : 19 Déc. 2019).

¹⁰⁸ Rapport de la Commission de droit international, soixante-troisième session (26 Avril-3 Juin et 4 Juillet-12 Août 2011), U.N. Doc. A/66/10/Add.1, pp. 95-96 (2011). Voir également ROBERT KOLB, THE LAW OF TREATIES: AN INTRODUCTION 34 (2016) (« En ce qui concerne les traités multilatéraux [...] la ratification ou l'adhésion n'implique pas la reconnaissance des autres États parties. [...] Il est également possible de conclure que la ratification ou l'adhésion à ce traité n'implique pas la reconnaissance d'un État particulier. [...] Même sans la déclaration faite dans l'accord, la reconnaissance ne s'ensuivrait pas en vertu du droit international. La déclaration est donc de nature simplement politique. Elle est faite soit par méconnaissance de la loi ou *ex abundanti cautela*, soit pour faire preuve de politesse »); Jean-François Marchi, *Art.15: 1969 Vienna Convention*, dans THE VIENNA CONVENTIONS ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY 308, 320-321 (Olivier Corten et Pierre Klein eds., 2011) (« Le principe est bien établi que la participation d'un État au traité n'entraînera donc pas la reconnaissance formelle de la partie susmentionnée en tant qu'État »); para. 24 ci-dessus.

¹⁰⁹ Voir la déclaration du Canada, de l'Allemagne, des Pays-Bas et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord pour expliquer leur position concernant l'utilisation du terme « État de Palestine », Bureau de l'Assemblée des États parties, 7^{ème} réunion, annexe II (15 Nov. 2016), disponible sur https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Bureau/ICC-ASP2016-Bureau-07-15Nov2016.pdf (dernier accès : 19 Déc. 2019) : « Conformément à nos positions réitérées dans d'autres enceintes internationales, nous estimons que la désignation d'"État de Palestine" telle qu'elle est utilisée dans



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

45. *La revendication palestinienne à un État est juridiquement incohérente et souvent contradictoire.* La revendication palestinienne au statut d'État est communément dénoncée comme intenable par les Palestiniens eux-mêmes. Les responsables palestiniens non seulement se contredisent en affirmant que la Cisjordanie et la bande de Gaza sont occupées par Israël et sont en même temps sous contrôle effectif palestinien¹¹⁰, mais ils se réfèrent également de manière fréquente à la création d'un État palestinien comme un événement futur. Trois ans après la prétendue adhésion de la « Palestine » au Statut de Rome, par exemple, le président Abbas a déclaré en termes explicites qu'« [en] temps voulu, il y aura un État palestinien, mais cela ne se produira pas de sitôt. Nous construisons l'État palestinien graduellement, et cela prend du temps »¹¹¹. Le Premier ministre (à cette époque) Hamdallah a également déclaré pas plus tard qu'en janvier 2019 que « la création même d'un État palestinien souverain » n'a pas encore eu lieu, et que « [...] les Palestiniens ont déjà préparé l'infrastructure institutionnelle et législative qui pourrait être mise en service comme base pour le futur État palestinien »¹¹². De nombreuses autres déclarations ont été faites dans le même sens¹¹³, les sources palestiniennes officielles faisant fréquemment référence aux « aspirations nationales à un État » et à un « futur État palestinien »¹¹⁴.

certaines de ces rapports ne doit pas être interprétée comme la reconnaissance d'un État de Palestine et est sans préjudice des positions individuelles des États parties sur ce problème ».

¹¹⁰ Voir également para. 38 ci-dessus.

¹¹¹ Entretien du président Mahmoud Abbas avec la chaîne égyptienne CBC (3 Oct. 2017), disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=huJVJK5FUf0> (traduit de l'Arabe) (dernier accès : 19 Déc. 2019).

¹¹² AL-HAYAT AL-JADIDA (20 Jan. 2019), disponible sur http://www.alhayat-j.com/arch_page.php?nid=331747 (traduit de l'Arabe) (dernier accès : 19 Déc. 2019).

¹¹³ Voir, par exemple, le récent discours de Saeb Erakat, secrétaire général du Comité exécutif de l'Organisation de libération de la Palestine, à la conférence nationale de J Street (28 Oct. 2019), vidéo disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=7U6Wmmtp9T4&feature=youtu.be> (minutes 11:48 à 11:50) (dernier accès : 19 Déc. 2019) (« un État palestinien sera créé »); *President Abbas Welcomes Britain's Prince William to Palestine*, Wafa (27 Juin 2018), disponible sur <http://english.wafa.ps/page.aspx?id=TXHJYSa98232330636aTXHJYS> (dernier accès : 19 déc. 2019) (« J'espère que ce ne sera pas la dernière visite ... et que votre prochaine visite aura lieu dans l'État de Palestine lorsque nous aurons notre pleine indépendance »); Déclaration du président Mahmoud Abbas devant le Conseil des Droits de l'Homme des Nations unies (CDH) lors de la 34^{ème} session tenue à Genève (27 février 2017), disponible sur <https://www.nad.ps/en/mediaroom/speeches/he-president-mahmoud-abbas-statement-un-human-rights-council-unhrc-34th-session> (dernier accès : 19 Déc. 2019) « La création de l'État de Palestine sapera la force motrice de la terreur et de l'extrémisme »; et la déclaration du président Mahmoud Abbas à la 72^{ème} session de l'Assemblée générale des Nations Unies (20 Sep. 2017), disponible sur <https://www.nad.ps/en/media-room/speeches/he-president-mahmoud-abbas-statement-un-general-assembly-72ndsession-2017> (dernier accès : 19 Déc. 2019) (« Nous avons choisi la solution à deux États sur la base des frontières de 1967, et nous accorderons toutes les chances aux efforts entrepris par le président Donald Trump, le Quatuor et la communauté internationale dans son ensemble pour parvenir à un accord historique qui fasse de la solution à deux États une réalité »)

¹¹⁴ Voir diverses pages Web sur le site Web de l'Organisation de Libération de la Palestine - Département des affaires de négociation : Security, disponible sur <https://www.nad.ps/en/our-position/security> (dernier accès : 19 déc. 2019) (faisant référence à un intérêt palestinien « à établir un État palestinien qui sera reconnu, qui agira en tant qu'État indépendant et



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

46. De même, dans la requête présentée par les Palestiniens à la Cour internationale de Justice en septembre 2018 concernant la relocalisation de l'ambassade des États-Unis à Jérusalem, il est soutenu – en totale contradiction avec la position exprimée par les Palestiniens auprès de la CPI – que Jérusalem et certaines parties de la Cisjordanie constituent un *corpus separatum* sur lequel ni Israël ni les Palestiniens n'ont la souveraineté¹¹⁵. L'ancien ministre palestinien pour les Affaires de Jérusalem, M. Ziad Abuzayyad, a également déclaré en juin 2018 que « le statut de Jérusalem au regard du droit international est toujours défini [...] comme un espace de non-souveraineté »¹¹⁶.
47. De telles positions contradictoires concernant les aspects les plus fondamentaux des caractéristiques d'un État indiquent bien plus que de la confusion juridique. Elles indiquent en fait que les Palestiniens tentent de faire reconnaître par la CPI un statut souverain qu'ils reconnaissent eux-mêmes ne pouvoir revendiquer de manière crédible. Ils se sont tournés vers la Cour dans une tentative délibérée de lui soumettre des questions dont il a été explicitement convenu qu'elles seraient résolues par le biais de négociations bilatérales.
48. Tout ce qui précède montre clairement qu'aucun État palestinien n'a jamais existé. Toute autre conclusion repousserait les limites de la crédibilité et ne pourrait être maintenue ni en fait ni en droit. Étant donné que la compétence de la Cour en vertu de l'article 12 (2) du Statut de Rome exige la présence d'un État souverain, il faut inévitablement conclure que la Cour n'est manifestement pas compétente pour connaître de la « situation en Palestine ». Il va sans dire que s'il n'existe pas d'État souverain, il n'y a pas de « territoire » de cet État au sens de l'article 12 (2) du Statut sur lequel la Cour peut exercer sa compétence territoriale ; et il n'y a de toute façon non plus aucune capacité souveraine de poursuivre pouvant être déléguée à la Cour.

qui pourra exercer pleinement ses droits et responsabilités en tant que nation souveraine »); Refugees (position), disponible sur <https://www.nad.ps/en/our-position/refugees> (dernier accès : 19 déc. 2019) (« Les options pour nos réfugiés devraient être : le retour en Israël, le retour/la réinstallation dans un futur État palestinien, l'intégration dans les États hôtes ou la réinstallation dans des États tiers » (emphase ajoutée)) Claims resolution, disponible sur <https://www.nad.ps/en/our-position/claims-resolution> (dernier accès : 19 Déc. 2019) (faisant référence à « notre futur état »).

¹¹⁵ Déménagement de l'ambassade des États-Unis à Jérusalem (Palestine c. États-Unis d'Amérique), Application Instituting Proceedings (28 Sep. 2018), disponible sur <https://www.icj-cij.org/files/case-related/176/176-20180928-APP01-00-EN.pdf> (dernier accès : 19 Déc. 2019).

¹¹⁶ « Le statut juridique de Jérusalem au regard du droit international », discours prononcé par M. Abuzayyad lors d'une conférence internationale intitulée « Conférence internationale sur la question de Jérusalem : la question de Jérusalem après 50 ans d'occupation et 25 ans des accords d'Oslo » (27 Juin 2018).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

49. *En tout état de cause, l'étendue du territoire concerné n'est pas définie.* Comme cela a déjà été noté¹¹⁷, la souveraineté sur la Cisjordanie et la bande de Gaza est actuellement en suspens, les accords israélo-palestiniens actuels énumérant explicitement la question des « frontières » comme étant parmi les questions à régler par le biais de négociations bilatérales sur un statut permanent¹¹⁸. Alors que la délimitation du territoire reste à convenir, tout exercice de compétence territoriale par la Cour exigerait non seulement qu'elle rende une décision totalement inappropriée pour un tribunal pénal international¹¹⁹, mais qui serait également contraire aux accords conclus entre les parties et compromettrait ainsi les efforts de réconciliation. Une telle position ne peut être ni légale ni légitime.
50. On ne peut pas non plus se fier à des termes tels que « le territoire palestinien occupé », référence qui, même si elle est fréquente dans le discours international, est faite en termes strictement politiques et sans préjudice à la question fondamentalement juridique du titre souverain. En effet, ces références sont habituellement accompagnées d'un appel explicite à des négociations entre les parties en vue de parvenir à un accord sur les questions territoriales¹²⁰; et les textes dans lesquels elles figurent n'ont aucun caractère contraignant. Elles ne peuvent donc

¹¹⁷ Voir ci-dessus paras. 27-32.

¹¹⁸ Déclaration de principe sur les accords intérimaires sur l'autonomie, art. V (3) (13 Sep. 1993).

¹¹⁹ La CPI n'est, de toute évidence, pas l'instance appropriée pour résoudre les différends territoriaux. Pour le principe plus général selon lequel un tribunal international ne devrait pas statuer sur les droits, obligations et intérêts juridiques d'un État n'étant pas partie à la procédure en question, voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : intervention de la Grèce)*, Jugement, 2012 C.I.J. Rep. 99, para. 127 (3 Fév. 2012); *Retrait de l'or monétaire retiré de Rome en 1943 (Italie c. France; Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique)*, Question préliminaire, 1954 I.C.J. Rep. 19, p. 32 (15 Juin 1954); *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, Jugement, 1995 I.C.J. Rep. 90, para. 34 (30 Juin 1995); *M/V Norstar (Panama c. Italie)*, Affaire No. 25, *Objections Préliminaires Jugement* du 4 Nov. 2016, para. 172, disponible sur https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C25_Judgment_04_11.16_orig.pdf (dernier accès : 19 Déc. 2019); *Larsen c. Royaume hawaïen*, para. 11.22 (Perm. Ct. Arb. 2001) disponible sur <https://pcacases.com/web/sendAttach/123> (dernier accès : 19 Déc. 2019).

¹²⁰ Voir, par exemple, Res. C.S. 2334, *supra* note 86, au para. préambulaire 10. Res. A.G. 67/19 qui mentionne spécifiquement que la question des frontières reste centrale et en suspens dans l'attente d'un accord permanent entre les parties (*supra* note 35, para. du corps 5). Voir également, par exemple, *Letter Dated 7 May 2003 from the Secretary-General addressed to the Security Council*, Annexe : A Performance-Based Road Map to a Permanent Two-State Solution to the Israeli-Palestinian Conflict, U.N. Doc. S/2003/529 (30 Avr. 2003), disponible sur <https://undocs.org/S/2003/529> (dernier accès : 19 Déc. 2019) (adopté ensuite pas Res. C.S. 1515, U.N. Doc. S/RES/1515 (19 Nov. 2003)); Res. C.S. 1850, para. préambulaire 4, U.N. Doc. S/RES/1850 (16 Déc. 2008); Res. A.G. 68/15, paras. préambulaires 21, 25, et para. du corps 2, U.N. Doc. A/RES/68/15 (26 Nov. 2013). Israël a toujours indiqué clairement que l'expression « territoire palestinien occupé » n'avait aucun sens juridique et ne pouvait pas prédéterminer l'issue d'un différend territorial auquel les parties avaient convenu de trouver une solution négociée : voir, par exemple, U.N. GAOR Cinquante-sixième session, 87^e assemblée plénière, U.N. Doc A/56/PV.87 (14 Déc. 2001) (Le représentant d'Israël a souligné « une fois de plus que notre adhésion au consensus sur le projet de résolution A/56/L.59 ne devait pas être interprété comme une preuve implicite de toute position concernant le statut actuel ou futur des zones palestiniennes occupées. Nous soulignons qu'une décision finale sur ces domaines devra être prise par le biais de négociations bilatérales directes entre les parties »).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

pas être invoquées pour tirer des conclusions juridiques telles que la délimitation territoriale ou l'attribution de la souveraineté.

51. La Cour internationale de Justice a également employé le terme « Territoires palestiniens occupés » dans son avis consultatif sur le mur, tel qu'il figurait dans la question posée à la Cour par l'Assemblée générale, et sans prendre de décision légale quant à la souveraineté sur le territoire concerné. En effet, en analysant brièvement le statut du territoire, la Cour a noté que les lignes de démarcation de l'armistice de 1949 entre les forces israéliennes et arabes étaient explicitement convenues comme « sans préjudice de règlements territoriaux ultérieurs, du tracé des frontières ou des revendications de chacune des parties à ce sujet » ainsi qu'à un « règlement ... définitif entre les parties »¹²¹. Elle a ensuite observé que la frontière fixée en 1994 par le traité de paix entre Israël et la Jordanie était « sans préjudice aucun au statut de tout territoire placé sous le contrôle du gouvernement militaire israélien en 1967 »¹²² (comme cela a également été convenu dans le traité de paix de 1979 entre Israël et l'Égypte¹²³). En se concentrant ensuite sur le droit international applicable aux territoires situés entre la Ligne verte et l'ancienne frontière orientale de la Palestine mandataire, la Cour a pu s'abstenir de prendre toute décision quant à la souveraineté sur ces territoires¹²⁴ : le juge Higgins a clairement indiqué que « [la] Cour, avec sagesse et comme il sied, [a] évit[é] les questions dites du "statut permanent " »¹²⁵. Au lieu de cela, la Cour a attiré l'attention sur la nécessité de parvenir à « une solution négociée aux problèmes pendants et à la création d'un État palestinien »¹²⁶.
52. Encore une fois, il est critique de noter que les Palestiniens eux-mêmes ont récemment reconnu que le terme « territoire palestinien occupé » ne peut pas légalement être utilisé pour désigner le territoire « palestinien », en soumettant à la Cour internationale de Justice que Jérusalem et des parties importantes de la Cisjordanie ont plutôt le statut de *corpus separatum* en vertu du droit international¹²⁷.
53. On peut également rappeler que le BDP a précisé que tout territoire sur lequel la Cour peut exercer sa compétence territoriale doit être une zone géographique « sous le contrôle souverain

¹²¹ Conséquences juridiques de la construction d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, 2004 I.C.J. 136, para. 72 (29 Jan. 2004).

¹²² *Ibid.*, au para. 76.

¹²³ Traité de paix, Israël et Égypte, supra note 66, art. II.

¹²⁴ *Supra* note 121, au para. 101.

¹²⁵ *Ibid.*, Opinion individuelle du juge Higgins, à la p. 211, para. 17.

¹²⁶ *Ibid.*, à la p. 201, para. 162. Dans son opinion individuelle, le juge Owada a fait référence à la « Palestine » comme « une entité qui n'est pas reconnue comme un État aux fins du Statut de la Cour » : *ibid.*, à la p. 267, par. 19.

¹²⁷ Requête introductive d'instance, supra note 115.



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

d'un État – c'est-à-dire les zones sur lesquelles un État exerce une autorité exclusive et complète »¹²⁸. Dans ces circonstances, il serait juridiquement insoutenable que la Cour s'arroge le droit de constater l'existence d'un territoire alors que les parties elles-mêmes ne se sont pas encore entendues sur la question, et n'ont pas consenti à ce que la Cour joue ce rôle.

54. Dans ces conditions, il est clair que l'existence et l'étendue d'un territoire aux fins de l'article 12 (2) du Statut de Rome ne peuvent être établies, et que par conséquent l'une des conditions préalables à l'exercice de la compétence de la Cour ne peut, une fois de plus, être remplie.

E. MÊME SI LE STATUT DE ROME EST INTERPRÉTÉ DE MANIÈRE ERRONÉE AFIN DE PERMETTRE AUX ENTITÉS NON SOUVERAINES DE DÉLÉGUER UNE COMPÉTENCE À LA COUR, LES PALESTINIENS N'ONT COMPÉTENCE NI SUR LA ZONE C, NI SUR JÉRUSALEM, NI SUR LES RESSORTISSANTS ISRAËLIENS ET NE PEUVENT DONC PAS LA DÉLÉGUER À LA COUR

55. Comme cela a été démontré, l'exercice de la compétence de la CPI exige qu'un État souverain ait délégué à la Cour sa compétence pénale sur la base de la territorialité et de la nationalité, condition préalable qui n'est manifestement pas remplie en l'espèce. À cela, on peut maintenant ajouter que même si le Statut de Rome devait être interprété erronément de manière à permettre à des entités non souveraines de conférer compétence à la Cour, celle-ci serait constitutionnellement contrainte à agir à l'intérieur des limites de la délégation. Elle serait dans l'impossibilité d'exercer sa compétence, puisque l'entité délégatrice n'a pas compétence dans la mesure requise. Ainsi, en l'espèce, la Cour devrait s'assurer que l'entité palestinienne ait une compétence correspondant à la « situation en Palestine ». Il est cependant clair que ce n'est pas le cas.

56. L'Accord israélo-palestinien intérimaire de 1995 stipule explicitement que les Palestiniens n'ont aucune compétence pénale sur les ressortissants israéliens. Dans la partie intitulée « Juridiction », qui définit en termes spécifiques l'étendue limitée des pouvoirs devant être détenus par l'Autorité palestinienne, l'Accord prévoit que « la compétence territoriale et fonctionnelle de [l'Autorité palestinienne] s'appliquera à toutes les personnes, à l'exception des Israéliens, sauf disposition contraire du présent accord »¹²⁹.

¹²⁸ Voir para. 35 ci-dessus.

¹²⁹ Accord israélo-palestinien intérimaire sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza, *supra* note 66, art. XVII (2) (c) (emphase ajoutée). L'exception se réfère à certaines affaires civiles telles que spécifiées à l'appendice 4, art. 3 (2).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

57. Le protocole relatif aux affaires juridiques annexé à l'Accord Temporaire prévoit en outre que :
« La compétence pénale de [l'Autorité palestinienne] couvre toutes les infractions commises par des Palestiniens et/ou des non-Israéliens sur le territoire, sous réserve des dispositions de cet article. Aux fins de la présente annexe, « territoire » désigne le territoire de Cisjordanie, à l'exception de la zone C [...], et le territoire de la bande de Gaza, à l'exception des implantations et de la zone d'installation militaire »¹³⁰.
58. Comme indiqué ci-dessus, le protocole, ainsi que les autres accords qui définissent de manière exhaustive les pouvoirs transférés et dévolus à l'Autorité palestinienne, continuent à ce jour de régir les relations entre Israël et les Palestiniens¹³¹. Toute compétence actuellement détenue par les Palestiniens découle de ces accords bilatéraux, en vertu desquels Israël continue de détenir tous les pouvoirs non explicitement transférés aux Palestiniens¹³².
59. Pour être clair, les Palestiniens n'avaient aucune compétence – normative, juridictionnelle ou d'exécution – avant de conclure les accords bilatéraux avec Israël. La compétence sur les ressortissants israéliens, la zone C et Jérusalem n'est donc pas quelque chose que l'entité palestinienne possédait précédemment et dont elle aurait ensuite accepté de limiter l'exercice : elle ne l'a jamais eue au départ et ne l'a certainement pas aujourd'hui, ni en droit ni en fait. Même une approche généreuse de la délégation qui mettrait l'accent sur la possession d'une compétence normative dans laquelle l'exercice de la compétence jurisprudentielle et d'exécution est restreint¹³³ ne serait pas compatible avec la capacité judiciaire pénale détenue par l'entité palestinienne.
60. Étant donné que l'entité palestinienne n'a de compétence pénale ni sur les ressortissants israéliens ni sur la zone C ni sur Jérusalem, il lui est donc juridiquement impossible de déléguer une telle compétence à la Cour : *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (nul

¹³⁰ *Ibid.*, en Annexe IV, art. I (1) (a). L'Accord intérimaire spécifie explicitement (dans l'art. XVII) qu'aucune compétence de l'Autorité palestinienne en Cisjordanie et dans la bande de Gaza ne s'étend à Jérusalem. Il convient également de rappeler que l'Autorité palestinienne n'a exercé aucun pouvoir juridictionnel sur la bande de Gaza depuis que le Hamas a pris le contrôle du territoire par la violence en 2007 : voir également *supra* note 87.

¹³¹ Voir para. 36 ci-dessus.

¹³² Accord israélo-palestinien intérimaire sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza, *supra* note 66, art. XVII (4) (à condition que « (a) Israël exerce son autorité, par le biais de son gouvernement militaire, sur les zones ne relevant pas de la compétence territoriale du Conseil, sur les pouvoirs et responsabilités *non transférés au Conseil* et sur les citoyens israéliens » (emphase ajoutée)).

¹³³ Voir Bureau du Procureur, Situation en République islamique d'Afghanistan - Version publique expurgée de « Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15 », ICC-02/17, p. 27, fn. 47 (20 Nov. 2017).



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

ne peut transmettre plus de droits qu'il ne possède). Une fois de plus, la condition préalable fondamentale à la compétence de la Cour ne peut être remplie.

CONCLUSION

61. Pour les raisons indiquées ci-dessus, la CPI n'a manifestement pas compétence sur la « situation en Palestine ». Comme cela a été démontré, la condition préalable nécessaire à la compétence de la Cour en vertu de l'article 12 (2) du Statut de Rome, qui exige qu'un État souverain ait délégué à la Cour une compétence pénale sur son territoire et ses ressortissants, ne peut être remplie pour la simple raison qu'aucun État palestinien souverain n'existe. Les événements entourant l'acte purement technique de la prétendue adhésion de la « Palestine » au Statut de Rome, ou la prétendue déclaration palestinienne au titre de l'article 12 (3), ne modifient pas cette conclusion et ne remplacent pas l'investigation de fond requise pour établir la compétence de la Cour. En outre, même si l'on conclut de façon erronée à l'existence d'un État palestinien souverain, l'étendue du territoire concerné est indéterminée et il n'appartient manifestement pas à un tribunal pénal international de la définir ; et si le Statut de Rome est interprété de telle manière à permettre à des entités non souveraines de conférer compétence à la Cour, celle-ci n'aurait toujours pas compétence sur la zone C, ni sur Jérusalem, ni sur les ressortissants israéliens.
62. En fin de compte, toute position selon laquelle les conditions de l'article 12 (2) sont remplies dans le cas de la « situation en Palestine » nécessiterait non pas une seule, mais toute une série de déterminations juridiques hautement douteuses et insoutenables. Elle irait à l'encontre non seulement du régime juridictionnel minutieusement prescrit par le Statut de Rome, mais aussi du droit international de manière plus générale, qui servent tous les deux à empêcher que la cour n'abuse de sa compétence ou ne l'exerce en fonction de préoccupations arbitraires ou de préjugés politiques. Le BDP et les autres organes de la Cour ont clairement indiqué à maintes reprises que la légitimité et l'avenir de la CPI dépendaient de son attachement à l'impartialité juridique et à l'indépendance judiciaire. Pour que ces mots ne soient pas des formules vides de sens, ils doivent en fait guider les décisions du BDP et de la Cour elle-même et être perçus comme tels. Si ce ne sont pas des simples mots vides de sens, alors la position concluant à l'incompétence en l'espèce n'est pas controversée, elle est même inévitable.
63. Même si une analyse juridique solide conduisant inévitablement à la conclusion que la compétence fait défaut risque d'être impopulaire pour certains à une époque où le conflit



ÉTAT D'ISRAËL
BUREAU DU PROCUREUR GÉNÉRAL

israélo-palestinien attend toujours d'être résolu, rien ne pourrait être plus préjudiciable à la crédibilité et à la légitimité d'un tribunal que de compromettre son intégrité judiciaire et de paraître outrepasser sa compétence. Ce serait encore plus flagrant dans le cas où le consentement à la compétence n'aurait pas été donné (par exemple en ce qui concerne la conduite d'un État non partie au Statut de Rome), et lorsque des questions intrinsèquement inadaptées aux mécanismes de justice pénale internationale seraient portées de manière malhonnête devant la Cour. Il convient de rappeler à nouveau que le procureur de la CPI, face aux « arguments de certains juristes selon lesquels les règles de compétence fondamentales peuvent être soumises à une interprétation libérale et sélective », a elle-même confirmé sans équivoque en 2014 que lorsque des paramètres juridictionnels clairs ne sont pas remplis, l'exercice de la compétence « ne constitue ni une interprétation valide du droit, ni une action judiciaire responsable »¹³⁴. Cela reste tout aussi vrai aujourd'hui.

¹³⁴ *Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, supra note 4.*