

Boycott, Désinvestissement, Sanctions

Le cadre juridique de l'action des militants

Cette analyse générale, rédigée par l'équipe juridique de BDS, s'adresse à tous. C'est un schéma général qui pose les bases du cadre juridique d'ensemble, et qui doit être approfondi en fonction des situations particulières. Les militants de BDS n'ont pas à redouter la justice, dont au contraire ils attendent la victoire. Mais le droit est technique, et l'objet de cette note, fruit d'une réflexion collective, est de le rendre plus lisible. Ces textes ne sont d'ailleurs pas figés, et ils évolueront au fil du temps, en fonction des éléments nouveaux.

La violation du droit, c'est la politique d'Israël dans les territoires occupés

1. Personne ne peut ignorer les violations du droit commises par Israël. Conseil de sécurité, Assemblée générale de l'ONU, Cour Internationale de Justice (CIJ), Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), rapports Dugard et Goldstone... Tous les avis et toutes les instances concordent. Les problématiques sont nombreuses, mais la clé est unique : c'est la colonisation, par Israël, puissance occupante depuis 1967, des territoires de Palestine, et l'exploitation économique qui en est la condition et le but. Or le droit condamne la colonisation, cette redoutable menace contre la paix.

2. Les pouvoirs publics, car c'est leur responsabilité en droit international, devraient amener Israël au respect du droit. Or, loin de cela, ils négligent la mise en œuvre des décisions de justice et envisagent d'engager des poursuites contre les militants du droit. Le procès contre les militant de BDS, si procès il doit y avoir, deviendra inévitablement le lieu où seront posées les questions juridiques que les autorités publiques n'ont pas prises en charge. En effet, il n'existe pas deux systèmes juridiques : le droit international d'un côté, qui stigmatise les graves violations des règles juridiques par Israël, et un droit national de l'autre côté, qui sanctionne les militants de la cause palestinienne. Toute poursuite conduirait à poser la question de la colonisation.

Israël ne peut inclure dans ses choix politiques l'exploitation des territoires occupés de Palestine

3. En réalité, de telles poursuites qui seraient bien inopportunes alors qu'il faut encourager le respect du droit, sont vouées à l'échec, car elles se heurteraient sur les fondamentaux du droit. Selon le Statut de la Cour Pénale internationale (CPI), la puissance occupante commet des crimes de guerres, lorsqu'elle procède à des appropriations massives des propriétés privées et au transfert, direct ou indirect, d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe¹. Et toutes les juridictions internationales rappellent que la seule frontière juridiquement opposable est le tracé de 1949, la fameuse « Ligne Verte »². Ce qui est de l'autre côté de cette frontière n'appartient pas Israël, et l'exploitation économique de ces

¹ Statut de la CPI (1998), Art. 8, 2, a, iv (Appropriation des biens) et Art. 8, par. 2, al. b) viii (Transferts de populations).

² Le tracé même de la Ligne Verte prête à discussion, mais reste la référence.

territoires ne peut se faire que sous contrôle Palestinien. Toute autre pratique est illicite, et le juge ne pourrait lui accorder sa protection.

Plan général

Un seul système juridique

4. La question du droit se pose en défense et en demande, et les deux sont étroitement liées.
5. *En demande*, les militants de BDS déposent des plaintes et saisissent le ministère de la justice des infractions liés à l'exploitation illicite des territoires occupés : infraction douanière, tromperie quant à l'origine, saisine de la Cour Internationale de Justice et de la Cour Pénale Internationale.
6. *En défense*, ils doivent répondre à une accusation qu'ils contestent, celle de la discrimination économique.
7. Cette note a été rédigée dans une optique de défense, car depuis la fin 2009, il existe une pression indéniable, et il s'agit de libérer les militants de ce risque pénal. Mais le corps de règles est unique, car il n'existe qu'un système juridique et la défense passe par la demande en justice.

Les moyens de defense

8. L'articulation des moyens de défense permet de définir un plan.
9. Une infraction doit être définie avec précision. Or, dans l'affaire *Willem*, la CEDH a dit que les poursuites pour discrimination économique ne pouvaient viser que les acteurs économiques, alors que la liberté d'expression des militants est protégée. Doit être posée, à titre liminaire, la question prioritaire de constitutionnalité car un texte pénal ne respecte par les principes de légalité et de prévisibilité s'il est susceptible d'interprétations condamnées par la CEDH (*Section 1 – Question prioritaire de constitutionnalité pour juger la légalité du texte, qui est le fondement des poursuites*)
10. La loi pénale protège l'activité économique normale et ne peut accorder de protection à une activité constitutive d'infractions pénale. Trois instances internationales ont compétence pour dire que cette exploitation des territoires occupés est illicite, et donc insusceptible d'être protégée par la loi pénale nationale : la Cour Internationale de Justice (CIJ) qui doit être ressaisie alors que son avis sur le Mur de 2004 n'a pas été respectée ; la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), qui dans l'affaire *Brita* a dit quelle ne reconnaissait que les frontières d'avant 1967, et doit désormais se prononcer non seulement sur l'aspect douanier, mais sur le caractère licite de ces exportations ; la Cour Pénale Internationale (CPI), désormais compétente pour juger le crime de colonisation. Mais ces faits méritent également des poursuites sous l'angle du droit douanier et du délit de tromperie. D'une manière ou d'une autre, la justice doit se prononcer sur les violations du droit commises par Israël, avant d'envisager une sanction contre ceux qui les dénoncent. (*Section 2 – Saisine des juridictions*)

internationales et nationales pour juger le crime de colonisation et le caractère illicite des exportations issues des territoires occupés de Palestine).

11. Si le juge national n'acceptait pas ces moyens de défense, renonçant au sursis à statuer, il devrait alors répondre lui-même dans le cadre de la plénitude de juridiction du juge pénal. Le tribunal correctionnel devrait ainsi se prononcer d'abord sur le critère licite des exportations, et donc de la colonisation, et ensuite sur le champ d'application de la liberté d'expression par les militants d'une cause juste (*Section 3 – Défense au fond : absence d'infraction du fait du caractère illicite des exportations, et liberté d'expression*).

12. Ces moyens seront examinés (Chapitre 2) après un rappel des faits (Chapitre 1).

* * *

Plan

Chapitre 1 – Les faits

Chapitre 2 – La défense

Section 1 – Question prioritaire de constitutionnalité pour juger la légalité du texte qui est le fondement des poursuites (p. 10)

Section 2 – Saisine des juridictions internationales et nationales pour juger le crime de colonisation et le caractère illicite de l'exploitation des territoires occupés par Israël.

- Nouvelle saisine de la Cour Internationale de Justice pour déterminer si l'exploitation économique des territoires occupés par Israël est licite (p. 17)
- Saisine de la Cour de Justice de l'Union Européenne sur le caractère licite des exportations faites par Israël depuis les territoires occupés de Palestine (p. 25)
- Sursis à statuer dans l'attente d'une décision de la Cour pénale internationale sur le crime de guerre et le crime contre l'humanité qu'est la colonisation (p. 32)
- Sursis à statuer dans l'attente de la décision du juge pénal français sur l'infraction au Code des douanes (p. 39)
- Sursis à statuer dans l'attente de la décision du juge pénal français sur l'infraction de tromperie (p. 40)

Section 3 – Défense au fond : absence d'infraction du fait du caractère illicite des exportations, et liberté d'expression.

- Caractère illicite des produits de produits issus de la colonisation (p. 42)
- Caractère non fondé des poursuites pour discrimination économique (p. 43)
- Respect de la liberté d'expression (p. 44)

Plan détaillé (p. 50)

Chapitre 1

Les faits

Quelques repères utiles, du point de vue de l'analyse juridique

13. La violation du droit s'est construite au fil du temps (I) et le constat reste aujourd'hui l'impunité (II)

I – Les étapes de la violation du droit

14. Sur le plan juridique, se distinguent quatre étapes : la Palestine peuple colonisé (1), la création d'Israël et la Ligne verte de 1949 (2), et la colonisation depuis 1967 (3).

1 – La Palestine sous mandat britannique

15. A l'issue de la première guerre mondiale, la Palestine, partie de l'Empire ottoman, a fait l'objet d'un mandat confié à la Grande-Bretagne par la Société des Nations³, dans un but d'émancipation :

Certaines communautés, qui appartenaient autrefois à l'Empire ottoman, ont atteint un degré de développement tel que leur existence comme nations indépendantes peut être reconnue provisoirement, à la condition que les conseils et l'aide d'un mandataire guident leur administration jusqu'au moment où elles seront capables de se conduire seules.

16. Pour la CIJ, ces mandats reposent sur deux principes : la non-annexion et le développement des peuples, dans une mission sacrée de civilisation⁴.

2 – 1947/1949 : La création d'Israël et la Ligne Verte

- *De la recommandation de l'ONU de 1947 à la déclaration de l'Etat d'Israël en 1948*

17. En 1947, le Royaume-Uni a fait connaître son intention de procéder à l'évacuation complète du territoire sous mandat pour le 15 mai 1948.

18. Le 29 novembre 1947, l'Assemblée générale a adopté la résolution 181 (II) recommandant un plan de partage, soit une solution à deux Etats. Il s'agissait d'une recommandation, qui donc n'a pas de force créatrice. L'ONU ne pouvait pas « donner » une terre qui ne lui appartenait pas.

19. Le 14 mai 1948, le Royaume-Uni mit fin à son mandat. Le même jour, l'Agence juive a proclamé la création de l'État d'Israël sur le territoire qui lui avait été réservé par le plan de partage. Des hostilités éclatèrent immédiatement entre les communautés arabes et juives, et par cette opération militaire, Israël a contrôlé une partie du territoire qui était destinée à l'État arabe dans le plan de partage. Ce fut une phase d'une violence rare, avec des destructions, des morts et des réfugiés en masse.

³ Pacte, Art. 22, par. 4.

⁴ CIJ, Statut international du sud ouest africain, Recueil 1950, p. 131.

- *La « Ligne Verte » et la paix précaire*

20. Suite à une résolution du 16 novembre 1948 du Conseil de sécurité, des conventions générales d'armistice furent conclues en 1949 entre Israël et les Etats voisins, avec définition d'une ligne de démarcation, qui fut ensuite appelée par la suite « Ligne Verte».

21. Aux termes de l'article III § 2, il était précisé qu'aucun élément des forces militaires ou paramilitaires de l'une ou l'autre partie ne franchirait, pour quelque motif que ce soit, cette ligne de démarcation.

22. Le 11 décembre 1948, l'Assemblée générale a adopté sa résolution 194 (III) affirmant que les réfugiés souhaitant retourner dans leurs foyers et vivre en paix avec leurs voisins pourraient être autorisés à le faire à une date aussi rapprochée que possible et que ceux qui décideraient de ne pas rentrer devraient être indemnisés de leurs biens.

23. Le 11 mai 1949, Israël est devenu Membre de l'Organisation des Nations Unies, après s'être engagé au respect des résolutions 181 (II) de 1947 et 194 (III) de 1948. La question de la Palestine est demeurée en suspens, et s'est instaurée une paix précaire.

3 – Depuis 1967

L'occupation des territoires palestiniens

24. Le 5 juin 1967, les hostilités éclatèrent entre Israël, l'Égypte, la Jordanie et la Syrie. Lorsque le cessez-le-feu prit effet, Israël occupait la superficie de tout l'ancien territoire de la Palestine placé sous mandat britannique.

25. Après ces événements, le Conseil de sécurité adopta deux résolutions, le 22 novembre 1967 :

- La résolution 237 (1967) demandait à Israël de garantir la sûreté, le bien-être et la sécurité des habitants des régions, tel que prévu par la quatrième Convention de Genève de 1949.
- La résolution 242 (1967) posait les principes d'un règlement pacifique avec le retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit et la reconnaissance de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de chaque État de la région.

26. Dans une résolution adoptée le 22 novembre 1974, l'Assemblée générale a réaffirmé les droits inaliénables du peuple palestinien, y compris le droit à l'autodétermination sans ingérence extérieure, le droit à l'indépendance et à la souveraineté nationales et le droit des Palestiniens de retourner dans leurs foyers et vers leurs biens.

27. En 1974 également, l'Assemblée générale a invité l'OLP à participer à ses travaux en qualité d'observateur, en tant que représentant du peuple palestinien. Le statut d'observateur a ensuite été élargi de façon à pouvoir intégrer tous les organes de l'ONU.

28. Dans sa résolution 43/177 du 15 décembre 1988, l'Assemblée générale a pris acte de la proclamation de l'État palestinien par le Conseil National Palestinien, réaffirmant qu'il était

nécessaire de permettre au peuple palestinien d'exercer sa souveraineté sur son territoire occupé depuis 1967.

La colonisation

29. Profitant de l'occupation, Israël établit des colonies de peuplement dans les territoires palestiniens occupés en 1967, en violation de la IV^e Convention de Genève et des résolutions de l'Organisation des Nations Unies.

30. Le Conseil de sécurité a rappelé à plusieurs reprises que « le principe de l'acquisition d'un territoire par la conquête militaire est inadmissible » et a condamné ces mesures par résolution 298 du 25 septembre 1971 (1971) :

Toutes les dispositions législatives et administratives prises par Israël en vue de modifier le statut de la ville de Jérusalem, y compris l'expropriation de terres et de biens immeubles, le transfert de populations et la législation visant à incorporer la partie occupée, sont totalement nulles et non avenues et ne peuvent modifier le statut de la ville.

31. Dans sa résolution 446 du 22 mars 1979, le Conseil de sécurité a considéré que la politique et les pratiques israéliennes consistant à établir des colonies de peuplement dans les territoires palestiniens et autres territoires arabes occupés depuis 1967 n'avaient aucune validité en droit et faisaient gravement obstacle à l'instauration de la paix au Moyen-Orient.

32. A la suite de l'adoption par Israël le 30 juillet 1980 de la loi fondamentale faisant de Jérusalem la capitale « entière et réunifiée » d'Israël, le Conseil de sécurité, par résolution 478 (1980) du 20 août 1980, a dit que l'adoption de cette loi constituait une violation du droit international.

33. Plusieurs rapports rédigés à la demande de l'ONU⁵ ont décrit la mise en œuvre de cette colonisation, qui n'a jamais pris fin, avec des conséquences lourdes : déplacements, confiscation de terres et de ressources en eau, destruction de maisons, bannissements, pressions continues pour pousser à l'émigration afin de faire de la place pour les nouveaux colons, modifications du tissu économique et social de la vie quotidienne des populations arabes restantes...

34. Plusieurs accords sont intervenus depuis 1993 entre Israël et l'OLP mettant diverses obligations à la charge de chacune des parties. En vertu de ces accords, Israël devait notamment transférer à des autorités palestiniennes certains pouvoirs et responsabilités exercés dans le territoire palestinien occupé par ses autorités militaires et son administration civile. De tels transferts ont eu lieu, mais, du fait d'événements ultérieurs, ils demeurent partiels et limités⁶.

35. Depuis, Israël a construit un mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, dont le tracé s'écarte de la ligne d'armistice de

⁵ Rapport des 12 juillet 1979, 4 décembre 1979 et 25 novembre 1980 ; Rapport sur la situation des droits de l'homme sur les colonies de peuplement, Girogio Giacomelli, rapporteur spécial, E/CN.4/2000/25, 15 mars 2000 ; Rapport John Dugard, rapporteur spécial, A/HRC/4/17, 29 janvier 2007 ; Rapport Richard Falk, rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, (F), 25 août 2008.

⁶ CIJ, 9 juillet 2004, Edification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, par. 73

1949 (Ligne verte), entraînant la confiscation de ressources palestiniennes, le bouleversement de la vie de milliers de civils et l'annexion de fait de vastes parties du territoire.

II – Le constat de l'impunité

- *Des violations du droit international reconnus de tous*

36. Les violations du droit commises par Israël sont un défi au droit international.

37. La Cour Internationale de Justice (CIJ), dans son avis du 9 juillet 2004, a rappelé qu'Israël était puissance occupante des territoires de Palestine depuis 1967, que la colonisation et la construction du mur étaient illégales, constituant des violations graves de la IV^o Convention de Genève, et que la responsabilité des Etats parties à la IV^o Convention de Genève étaient d'imposer le respect du droit international, seule condition de la paix.

38. Courant 2009, les rapports Dugard, pour la Ligue Arabe⁷, et Goldstone, pour le Conseil des droits de l'homme⁸, ont conclu qu'Israël avait commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité à l'encontre de la population du territoire palestinien de Gaza, et l'Assemblée générale de l'ONU a demandé à ce que ces faits soient jugés.

39. Dans l'affaire *Brita*, jugée le 25 février 2010, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a dit que la seule frontière opposable était celle de 1948, qu'Israël ne pouvait exporter sous son label des produits issus des territoires occupés de Palestine depuis 1967, et que les certificats d'origine établis par Israël n'étaient pas fiables car Israël ignorait les règles du droit international.

40. Or, loin de faire face à leurs obligations, c'est-à-dire ramener Israël au respect du droit et à la libération des territoires occupés, les Etats, dont la France, poursuivent et renforcent leur coopération économique avec Israël.

- *La réaction de la société civile*

41. L'exploitation économique des territoires occupés est le moyen du financement des colonies. Elle est la violation du droit international qui est la cause de toutes les autres. La société internationale ne peut accepter l'annexion de territoires par la force armée, car cette violation fondamentale du droit international est une menace pour la paix.

42. Les Etats ne prenant pas leurs responsabilités, une campagne civile a été lancée, sous le nom « Boycott, désinvestissement, sanction »⁹.

« Nous, représentants de la Société Civile Palestinienne, invitons les organisations des sociétés civiles internationales et les gens de conscience du monde entier à imposer de larges boycotts et à mettre en application des initiatives de retrait d'investissement contre Israël tels que ceux appliqués à l'Afrique du Sud à l'époque de l'Apartheid. Nous faisons appel à vous pour faire pression sur vos Etats respectifs afin qu'ils appliquent des embargos et des sanctions contre

⁷ Rapport de la Commission indépendante d'enquête sur Gaza : Nulle part où s'abriter, présenté à la Ligue des États arabes le 30 avril 2009, Résumé analytique, disponible sur le site de l'ONU, Conseil de sécurité, S/2009/244.

⁸ Rapport de la Commission Goldstone, 15 septembre 2009, A/HRC/12/48

⁹ <http://www.bdsfrance.org/images/stories/BDSfr-1.pdf>

Israël. Nous invitons également les Israéliens honnêtes à soutenir cet appel, dans l'intérêt de la justice et d'une véritable paix. Ces mesures de sanction non-violentes devraient être maintenues jusqu'à ce qu'Israël honore son obligation de reconnaître le droit inaliénable des Palestiniens à l'autodétermination et respecte entièrement les préceptes du droit international en :

1. Mettant fin à son occupation et à sa colonisation de tous les terres Arabes et en démantelant le Mur
2. Reconnaisant les droits fondamentaux des citoyens Arabo-Palestiniens d'Israël à une égalité absolue, et
3. Respectant, protégeant et favorisant les droits des réfugiés palestiniens à revenir dans leurs maisons et propriétés comme stipulé dans la résolution 194 de l'ONU.

- ***La volonté du Gouvernement de poursuivre les militants de BDS***

43. Les pouvoirs publics devraient imposer le respect du droit à Israël, tel qu'il est dit par la Cour Internationale de Justice (CIJ), la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) et les résolutions de l'ONU.

44. La France, qui a un rôle diplomatique important comme membre permanent du Conseil de Sécurité, devrait, dans le respect de ses engagements internationaux, œuvrer pour ressaisir le Cour Internationale de Justice (CIJ), dont l'avis de 2004 est resté inappliqué, et déposer plainte devant la Cour Pénale Internationale (CPI) pour le crime de guerre que constitue la colonisation. Aucun Etat ne peut tolérer l'annexion de territoires par la force armée.

45. Or, loin de cela, les autorités publiques envisagent des poursuites contre les militants du droit. Le procès, si procès devait avoir lieu, deviendra inévitablement le lieu où seront posées les questions juridiques que les autorités publiques n'ont pas voulu prendre en charge directement. En effet, il est bien certain qu'il n'existe pas deux systèmes juridiques : le droit international d'un côté, stigmatisant les graves violations des règles juridiques par Israël, et un droit national de l'autre côté, qui sanctionnerait les militants de la cause palestinienne.

46. De telles plaintes seraient bien inopportunes, mais elles seraient inévitablement vouées à l'échec, car elles ignorent les fondamentaux du droit.

Chapitre 2

La défense

Section 1 – Question prioritaire de constitutionnalité pour juger la légalité du texte qui est le fondement des poursuites

Section 2 – Saisine des juridictions internationales et nationales pour juger le crime de colonisation et le caractère illicite de l'exploitation des territoires occupés par Israël.

Section 3 – Défense au fond : absence d'infraction du fait du caractère illicite des exportations, et liberté d'expression.

Section 1

Question prioritaire de constitutionalité

Question prioritaire de constitutionalité pour juger la légalité du texte qui est le fondement des poursuites, eu égard à l'interprétation donnée à cette infraction de discrimination économique par la jurisprudence française et celle de CEDH.

I – En droit

47. La question prioritaire de constitutionalité (A) doit être posée au regard du principe de prévisibilité de la règle pénale (B) à propos de l'interprétation de l'infraction de discrimination économique (C).

A – La question prioritaire de constitutionalité

48. Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution :

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

49. Devant les juridictions relevant de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé¹⁰.

50. La juridiction pénale, au titre de l'article 23-2, statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :

- La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;
- La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

51. La juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés garantis par la Constitution et aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur ces questions.

B – Le principe de prévisibilité de la règle pénale

52. Ce principe est reconnu en droit interne (1) comme en droit européen (2).

1 – En droit interne

¹⁰ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée, article 23-1.

53. Le droit pénal doit répondre au principe de prévisibilité de la loi, pour que chacun puisse adapter son comportement, en fonction de normes impératives du droit. La loi applicable doit être définie avec précision. Cette règle est particulièrement importante dans une affaire traitant de la liberté d'expression et des violations les plus graves du droit international.

54. La référence est le droit positif, c'est-à-dire la loi telle que l'interprète le juge. La loi est nécessairement écrite en termes généraux, et c'est la jurisprudence qui permet d'en définir les contours, mais une précision suffisante doit ressortir de la loi pénale.

55. Aux termes de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 :

La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

56. Aux termes de l'article 34 de la Constitution :

La loi fixe les règles concernant : la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables.

57. Dans sa décision 18 janvier 1985, le Conseil constitutionnel a jugé¹¹:

Considérant qu'il résulte de ces dispositions l'obligation pour le législateur de fixer les règles concernant la détermination des infractions ; que, par voie de conséquence, il (qui ?) doit en définir les éléments constitutifs en des termes clairs et précis.

58. En l'occurrence la disposition législative prévoyant le délit de malversation sans mieux le définir a été annulée.

59. A propos de l'infraction de harcèlement, le Conseil constitutionnel a accepté une définition large, parce qu'elle faisait référence à des textes législatifs précis du Code du travail¹².

2 – En droit européen

60. Le principe de prévisibilité de la règle pénale repose sur l'article 7 de la Convention EDH :

Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

61. La notion de « droit » utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, englobant le droit d'origine législative et jurisprudentielle,

¹¹ C. Constit., Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, par. 12.

¹² C. Constit., Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, par. 83.

et impliquant des conditions qualitatives, entre autres celles de l'accessibilité et de la prévisibilité¹³.

62. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé la portée de ce principe dans l'affaire *Pessino c. France* jugée le 10 octobre 2006¹⁴. L'article 7 de la Convention consacre, de manière générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie.

63. Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale¹⁵.

64. Les juridictions internes sont les mieux placées pour interpréter et appliquer le droit national, mais le principe de la légalité des délits et des peines interdit que le droit pénal soit interprété extensivement au détriment de l'accusé, par exemple par analogie¹⁶.

65. En raison même du principe de généralité des lois, le libellé de celles-ci ne peut présenter une précision absolue. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne.

C – L'interprétation de l'infraction de discrimination économique

66. Il convient d'analyser l'interprétation jurisprudentielle de cette infraction, en droit interne (1) et en droit européen (2), en relevant aussi une intéressante jurisprudence allemande (3).

1 – En droit interne

67. La notion a été analysée au civil (a) et au pénal (b).

a – Jurisprudence civile

68. La jurisprudence s'est construite sur le terrain de la concurrence, considérant le boycott sous l'angle d'une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché. Pour la Cour de cassation, les pratiques arguées de boycott ne peuvent être ainsi qualifiées dès lors que la volonté d'éviction n'est pas établie¹⁷.

¹³ CEDH, *Coëme et autres c. Belgique*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 145 ; *E.K. c. Turquie*, n° 28496/95, § 51, 7 février 2002.

¹⁴ CEDH, *Pessino c. France*, 10 octobre 2006, n° 40403/02. L'interprétation est constante depuis la décision de la Commission EDH, *Enkelmann c. Suisse* du 4 mars 1985, D.R. 41, p.178

¹⁵ CEDH, *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, p. 1627, § 29 ; CEDH, *Achour c. France* [GC], n° 67335/01, § 41, 29 mars 2006. CEDH, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, série A n° 173, p. 26, par. 68 ; CEDH, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, série A n° 316-B, p. 71, § 37.

¹⁶ CEDH, *Coëme et autres c. Belgique*, précité, § 145.

¹⁷ Cass. Com., 22 octobre 2002, n° 00-18048.

69. Dans un arrêt du 21 septembre 2004¹⁸, une Cour d'appel écarte la notion de boycott en considérant que l'objet ou l'effet anticoncurrentiel des pratiques en cause n'est pas établi.

70. Plusieurs décisions retiennent la notion de boycott, en lien avec le recours à des moyens permettant la mise en œuvre effective de cette volonté d'exclusion, par l'action d'acteurs économiques :

- Action d'un Syndicat des médecins excluant l'association SOS médecins du service de garde¹⁹ ;
- Appel à refuser les commandes pour un concurrent afin de l'amener à aligner ses prix de vente²⁰ ;
- Refus concerté d'approvisionnement dans un cadre concurrentiel aiguë (?)²¹.

b – Jurisprudence pénale

71. Les poursuites sont fondées sur la combinaison des articles 225-1 et 225-2, 2° du code pénal, L'article 225-1 définit la discrimination comme « toute distinction » opérée entre les personnes physiques ou morales « à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une nation », et l'article 225-2, 2° sanctionne la discrimination définie à l'article 225-1 lorsqu'elle consiste « à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. »

72. Pour la Cour de cassation, le juge doit rechercher si les faits reprochés ont contribué à rendre plus difficile l'exercice d'une quelconque activité économique²².

73. La Cour de cassation s'est prononcée à deux reprises, à l'occasion d'une même affaire, s'agissant de la fourniture de documents liés à des exportations, dans le contexte du boycott des produits et services israéliens imposé par les pays arabes.

74. En 2004, la Cour a jugé que l'établissement d'un certificat attestant que la livraison des biens exportés n'interviendrait pas par le canal d'un transporteur israélien, ni ne transiterait par Israël, constituait un agissement discriminatoire²³.

75. En 2007, la Cour de cassation a donné une définition de principe²⁴ :

Constitue une discrimination punissable, au sens des articles 225-2, 2°, et 225-1 du code pénal, le fait d'entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque en opérant une distinction entre les personnes notamment en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une nation déterminée.

2 – La jurisprudence européenne (Affaire Willem)

76. En réaction aux violations du droit par gouvernement israélien à l'égard des droits palestiniens, Jean-Claude Willem, en qualité de maire, avait déclaré publiquement qu'il

¹⁸ Disponible sur Legifrance : ct0175.

¹⁹ Conseil de la concurrence, décision n° 96 - D du 3 juillet 1996 ; Cass. Com., 18 mai 1999, n° 97-14414.

²⁰ Cass. Com., 10 mars 1998, n° 96-13602.

²¹ Cass. Com., 27 janvier 1998, n° 96-10655.

²² Crim. 21 novembre 1994, n° 93-84384.

²³ Crim. 9 nov. 2004, n° 03-87444

²⁴ Crim., 18 décembre 2007, n° 06-82245, publié au bulletin, censurant la Cour d'appel de Paris, 27 février 2006 (Exportateur français s'étant engagé à livrer ces marchandises sans le recours à des intermédiaires israéliens).

ordonnait aux services de la ville de boycotter les produits israéliens, et il avait été poursuivi pour provocation à la discrimination, au sens des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. Relâché par le tribunal correctionnel, il avait été condamné par la Cour d'appel, arrêt ensuite confirmé par la Cour de cassation²⁵ et par la CEDH, relevant les obligations spécifiques à la qualité de maire, tenu de conserver une certaine neutralité²⁶.

77. Voici les attendus décisifs :

La Cour relève qu'en sa qualité de maire, le requérant avait des devoirs et des responsabilités. Il se doit, notamment, de conserver une certaine neutralité et dispose d'un devoir de réserve dans ses actes lorsque ceux-ci engagent la collectivité territoriale qu'il représente dans son ensemble. A cet égard, un maire gère les fonds publics de la commune et ne doit pas inciter à les dépenser selon une logique discriminatoire.

La Cour conçoit que l'intention du requérant était de dénoncer la politique du premier ministre de l'Etat d'Israël, mais elle estime que la justification du boycott exprimée tant lors de la réunion du 3 octobre 2002 que sur le site *Internet* correspondait à une démarche discriminatoire et, de ce fait, condamnable. Au-delà de ses opinions politiques, pour lesquelles il n'a pas été poursuivi ni sanctionné, et qui entrent dans le champ de sa liberté d'expression, le requérant a appelé les services municipaux à un acte positif de discrimination, refus explicite et revendiqué d'entretenir des relations commerciales avec des producteurs ressortissants de la nation israélienne. Ce faisant, par l'exposé d'une communication effectuée tant lors de la réunion du conseil municipal, sans donner lieu à débat ni vote, que sur le site Internet de la commune, le requérant ne peut soutenir avoir favorisé la libre discussion sur un sujet d'intérêt général.

78. Jean-Claude Willem n'a été ni poursuivi, ni condamné pour ses opinions politiques, qui entrent dans le champ de sa liberté d'expression. Il a été poursuivi est condamné en tant que décideur économique.

3 – Droit allemand

79. On trouve une approche du même ordre avec le droit allemand. A l'occasion de l'affaire *Jacobowski c. Allemagne*, la CEDH²⁷ cite la motivation de la Cour constitutionnelle fédérale²⁸ à propos de la confrontation entre de la liberté d'expression²⁹ et un appel au boycott.

Sont essentielles, d'abord, les motivations de l'intéressé et, liés à celles-ci, le but et l'objectif de ses déclarations. Si ces dernières sont dictées, non par des intérêts personnels d'ordre économique, mais par le souci des intérêts politiques, économiques, sociaux ou culturels de la collectivité, si elles servent à influencer l'opinion publique, l'on peut considérer que l'appel en question bénéficie de la protection de l'article 5 par. 1 de la Loi fondamentale, même s'il a pour effet de nuire à des intérêts privés et, plus particulièrement, économiques. Inversement, moins les propos contribuent à un débat public sur une question majeure d'intérêt général et plus ils sont directement dirigés contre lesdits intérêts privés dans le cadre de relations d'affaires et dans la recherche d'un objectif égoïste tel que l'amélioration de sa propre position concurrentielle, plus il importe de protéger ces intérêts.

²⁵ Crim, 28 septembre 2004, n° 03-87450.

²⁶ CEDH, *Willem c. France*, 16 juillet 2009, n° 10883/05.

²⁷ Requête n°15088/89, 23 juin 1994.

²⁸ Cour constitutionnelle, vol. 62, pp. 230 et 244.

²⁹ Loi fondamentale allemande, Art. 5 par. 1.

II – Discussion

80. Les faits en cause ne concernent pas des acteurs du monde économique, à la recherche du développement de leurs affaires dans un contexte de la concurrence économique, mais des militants de la cause palestinienne, qui agissent pour le respect du droit international. C'est leur intention profonde, que rien ne permet de mettre en doute. Aucun d'eux n'a d'intérêt quelconque dans ce secteur économique, ni comme importateur, ni comme vendeur en France. Les actions sont d'ailleurs conduites avec nombre d'argumentaires à la clé, et la volonté de convaincre le public de la justesse de leurs analyses, et elles sont suivies de dépôt de plaintes.

81. Ils ne se situent pas, comme dans l'affaire Willem ou dans les affaires jugées par la Cour de cassation, comme décideurs économiques, mais bien sur le champ de la liberté d'expression.

82. Il convient de rappeler la formule de la CEDH dans l'arrêt Willem :

Au-delà de ses opinions politiques, pour lesquelles il n'a pas été poursuivi ni sanctionné, et qui entrent dans le champ de sa liberté d'expression.

83. Aussi, les articles 225-1 et 225-2 ne répondraient pas au principe de prévisibilité de la loi pénale s'ils permettaient, malgré la jurisprudence de la CEDH, d'engager des poursuites pour des faits qui entrent dans les opinions politiques, protégées par la liberté d'expression.

84. Le Conseil constitutionnel a ainsi toute capacité pour se prononcer sur l'insuffisante prévisibilité de la loi, qui permettrait des interprétations aussi discordantes.

III – La demande

85. Dans l'affaire Willem, jugée le 16 juillet 2009, la CEDH a posé le principe du respect des opinions politiques, qui ne peuvent faire l'objet de poursuites, ni de sanctions, car elles entrent dans le champ de sa liberté d'expression.

86. Est posée la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

La définition légale de la discrimination économique, résultant des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal répond-elle au principe de prévisibilité de la loi pénale, pour atteindre des faits relevant de la liberté d'expression, et tendant au respect du droit international ?

Section 2

Le crime de colonisation

Saisine des juridictions internationales et nationales pour juger le crime de colonisation et le caractère illicite de l'exploitation des territoires occupés par Israël.

- Nouvelle saisine de la Cour Internationale de Justice (CIJ) pour déterminer si l'exploitation économique des territoires occupés par Israël est licite ;
- Question préjudicielle à la Cour de Justice de Union Européenne sur le caractère licite des exportations par Israël depuis les territoires occupés de Palestine
- Sursis à statuer dans l'attente d'une décision de la Cour Pénale Internationale (CPI) sur le crime de guerre et le crime contre l'humanité qu'est la colonisation
- Sursis à statuer dans l'attente d'une décision du juge pénal français sur l'infraction de au Code des douanes
- Sursis à statuer dans l'attente d'une décision du juge pénal français sur l'infraction de tromperie

Premier moyen

Nouvelle saisine de la Cour Internationale de Justice (CIJ)

Nouvelle saisine de la Cour Internationale de Justice (CIJ) pour déterminer si l'exploitation économique des territoires occupés par Israël est licite, et déterminer les mesures à prendre pour faire respecter le droit par Israël

I – Le droit

87. Le régime juridique des territoires occupés (A) a été reconnu aux territoires de Palestine (B).

A – Le régime des territoires occupés

88. Le droit international détermine la notion de territoire occupé (1) et les règles applicables (2).

1 – La notion de territoires occupés

89. Le règlement de La Haye de 1907, qui est une annexe de la Quatrième Convention de La Haye du 18 octobre 1907, traite dans sa section III de l'autorité militaire dans les territoires occupés. L'application de ce texte est acquise sous l'angle du droit coutumier et, par renvoi, de la 4^e Convention de Genève³⁰. En effet, conformément à l'article 154 de la Quatrième Convention de Genève, le règlement de La Haye a été complété en ses sections II et III par les dispositions de la Convention de La Haye qui inclut le règlement de 1907³¹.

90. Aux termes de l'article 42 du règlement de La Haye³²:

Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et l'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer.

91. La CIJ a confirmé cette interprétation du droit.

Selon le droit international coutumier tel que reflété à l'article 42 du règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexée, à la quatrième convention de La Haye du 18 octobre 1907, un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et l'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer³³.

2 – Le contenu des règles

³⁰ CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C. I. J. Recueil 1996 (I) , p. 256, par.

³¹ Israël a ratifié la Quatrième Convention de Genève a été ratifiée par Israël le 6 juillet 1951. Infra n° 109.

³² Interprétation : CIJ, 9 juillet 2004, Edification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, par. 78. Adam Roberts, « Prolonged military occupation: the Israeli occupied territories since 1967 », American Journal of International Law, vol. 84 (1990), p. 55 à 57 et 95 ; O. Ben-Naftali, A. M. Gross and K. Michaeli, « Illegal occupation : framing the Occupied Palestinian Territory », Berkeley Journal of International Law, vol. 23, no 3 (2005), p. 551 à 614.

³³ CIJ, 9 juillet 2004, Construction d'un mur dans les territoires occupés de Palestine, par 78.

92. L'occupant, simple administrateur doit respecter la propriété (a) et ne peut transférer sa population (b).

a – L'occupant doit respecter la propriété privée

93. Constitue une infraction grave aux Conventions de Genève « la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire »³⁴.

94. L'article 46 du Règlement de La Haye prévoit que la propriété privée doit être « respectée » et « ne peut pas être confisquée ».

95. Aux termes de l'article 55 du même texte :

L'État occupant ne se considérera que comme administrateur et usufruitier des édifices publics, immeubles, forêts et exploitations agricoles appartenant à l'État ennemi et se trouvant dans le pays occupé. Il devra sauvegarder le fonds de ces propriétés et les administrer conformément aux règles de l'usufruit.

96. Cette règle a été appliquée dans plusieurs affaires liées à la Seconde guerre mondiale³⁵ et postérieurement³⁶.

97. Elle est reconnue comme de droit coutumier, ainsi codifiée par le CICR³⁷ :

En territoire occupé :

- a) la propriété publique mobilière de nature à servir aux opérations militaires peut être confisquée;
- b) la propriété publique immobilière doit être administrée conformément à la règle de l'usufruit ; et
- c) la propriété privée doit être respectée et ne peut être confisquée, sauf si la destruction ou la saisie de ces propriétés est exigée par d'impérieuses nécessités militaires.

98. Le statut de la CPI³⁸ définit comme crimes de guerre, lorsqu'elles visent des personnes protégées par les Conventions de Genève :

³⁴ I^o Convention de Genève (1949), art. 50 ; II^o Convention de Genève (1949), art. 51 ; IV^o Convention de Genève (1949), art. 147.

³⁵ Pologne, Cour nationale suprême à Poznan, affaire Greiser ; États-Unis, Tribunal militaire à Nuremberg, affaire Flick ; Les États-Unis c. Alfred Krupp et autres et Krauch (procès I. G. Farben).

³⁶ Disponibles auprès du CICR : Allemagne, Haute Cour régionale de Düsseldorf et Cour constitutionnelle fédérale, affaire Jorgić ; Bosnie-Herzégovine, Cour cantonale de Biha, affaire Bijelić ; Chine, Tribunal militaire pour les crimes de guerre du Ministère de la défense nationale à Nanking, affaire Takashi Sakai ; États-Unis, Tribunal militaire à Nuremberg, affaires Flick, Les États-Unis c. Alfred Krupp et autres, Krauch (procès I. G. Farben), Les États-Unis c. Wilhelm von Leeb et autres (affaire du haut commandement) ; France, Tribunal militaire permanent à Clermont-Ferrand, affaire Szabados ; France, Tribunal militaire permanent à Metz, affaire Rust ; France, Tribunal général du gouvernement militaire de la zone française d'occupation en Allemagne, affaire Herman Roehling et consorts ; Israël, Haute Cour de Justice, affaires Ayub et Sakhwil ; Japon, Tribunal de district de Chiba, affaire de l'Organisation religieuse Hokekyoji ; Japon, Tribunal de district de Tokyo, affaires Takada et Suikosha ; Pays-Bas, Cour spéciale de cassation, affaire Esau ; Pays-Bas, Cour pénale spéciale à La Haye, affaire Fiebig et Pologne, Cour nationale suprême à Poznan, affaire Greiser.

³⁷ Droit International Humanitaire Coutumier, CICR, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, Bruylant, 2006, règle 51.

³⁸ Statut CPI, Art. 8, 2, a, iv.

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

b – L'occupant ne peut procéder ni à des transferts de populations, ni à l'implantation de populations

99. L'interdiction du transfert ou de la déportation des civils est inscrite dans la IV^e Convention de Genève, dont l'article 49 dispose :

- en son alinéa 1, que les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la puissance occupante ou dans celui de tout autre Etat, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif, et,
- en son alinéa 6, que la puissance occupante ne peut procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle.

100. Ces pratiques constituent une infraction grave au Protocole additionnel I³⁹.

101. La règle est reconnue comme de droit coutumier, ainsi codifiée par le CICR⁴⁰.

A. Les parties à un conflit armé international ne peuvent procéder à la déportation ou au transfert forcé de la totalité ou d'une partie de la population d'un territoire occupé, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exige.

102. De même, il est de droit coutumier que la puissance occupante ne peut transférer dans les territoires occupés une partie de sa population⁴¹.

Les États ne peuvent déporter ou transférer une partie de leur population civile dans un territoire qu'ils occupent.

103. Selon le Statut de la Cour pénale internationale, constitue un crime de guerre dans les conflits armés internationaux⁴² :

Le transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe.

104. Selon le rapport final du rapporteur spécial des Nations Unies sur les transferts de populations considérés sous l'angle des droits de l'homme, « l'implantation de colons » est un acte illicite qui met en jeu la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale des individus⁴³.

³⁹ Protocole additionnel I (1977), art. 85, par. 4, al. a)

⁴⁰ Droit International Humanitaire Coutumier, CICR, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, Bruylant, 2006, règle 129. Voir aussi : Statut du TMI (Nuremberg, 1945), art. 6, al. 2 b.

⁴¹ Droit International Humanitaire Coutumier, CICR, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, Bruylant, 2006, règle 130.

⁴² Statut CPI, Art. 8, 2, b, viii.

⁴³ Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (de la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme), Rapporteur spécial sur les transferts de population, y compris l'implantation de colons et de colonies, considérés sous l'angle des droits de l'homme, rapport final.

105. En 1981, la XXIV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge a affirmé que « les colonies de peuplement installées dans les territoires occupés sont incompatibles avec les articles 27 et 49 de la IV^e Convention de Genève »⁴⁴.

106. Cette règle se retrouve dans de nombreuses décisions de jurisprudence⁴⁵ et/ou déclarations internationales⁴⁶.

B – L’application au cas de la Palestine

107. Il convient de distinguer les obligations d’Israël, puissance occupante (1) et celles des autres Etats, pour l’application du droit (2).

1 – Les obligations d’Israël puissance occupante

108. Ces obligations s’appliquent d’une manière générale dans les territoires occupés (b) même si la situation est encore plus flagrante avec la construction du mur (b).

a – La situation générale des territoires occupés de Palestine

109. Israël n’est pas partie à la Quatrième Convention de La Haye du 18 octobre 1907, et donc à son annexe qu’est le règlement de La Haye de 1907, qui traite dans sa section III de l’autorité militaire dans les territoires occupés. Mais l’application de cette Convention est acquise sous l’angle du droit coutumier et, par renvoi, de la 4^o Convention de Genève⁴⁷. En effet, conformément à l’article 154 de la Quatrième Convention de Genève, le règlement de La Haye a été complété en ses sections II et III par les dispositions de la Convention de La Haye qui inclut le règlement de 1907. Or, la Quatrième Convention de Genève a été ratifiée par Israël le 6 juillet 1951. La CIJ a conclu, sans réserve, à l’application de la Quatrième Convention dans les territoires occupés :

L’ensemble de ces territoires (y compris Jérusalem-Est) demeure des territoires occupés et Israël y a conservé la qualité de puissance occupante⁴⁸.

110. La CIJ a rappelé qu’Israël doit respecter le droit à l’autodétermination du peuple palestinien :

Israël doit observer l’obligation qui lui incombe de respecter le droit à l’autodétermination du peuple palestinien et les obligations auxquelles il est tenu en vertu du droit international

⁴⁴ XXIV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge, rés. III. Voir aussi : Conseil de sécurité de l’ONU, rés. 446, 452 et 476, rés. 465 et rés. 677 ; Assemblée générale de l’ONU, rés. 36/147 C, 37/88 C, 38/79 D, 39/95 D et 40/161 D et rés. 54/78 ; Commission des Nations Unies pour les droits de l’homme, rés. 2001/7.

⁴⁵ Chine, Tribunal militaire pour les crimes de guerre du Ministère de la défense nationale, affaire Takashi Sakai ; France, Tribunal général du gouvernement militaire de la zone française d’occupation en Allemagne, affaire Herman Roechling et consorts ; Israël, Tribunal de district de Jérusalem, affaire Eichmann ; Pays-Bas, Cour spéciale de cassation, affaire Zimmermann ; Pologne, Cour nationale suprême à Poznan, affaire Greiser ; États-Unis, Tribunal militaire à Nuremberg, affaires Krauch (procès I.G. Farben), Les États-Unis c. Alfred Krupp et autres.

⁴⁶ Assemblée générale de l’ONU, rés. 2675 (XXV), rés. 3318 (XXIX), rés. 36/147 D, 37/88 D, 38/79 E, 39/95 E et 40/161 E, rés. 36/147 C, 37/88 C, 38/79 D, 39/95 D et 40/161 D ; Ligue des États arabes, Conseil, rés. 4430 (ibid., par. 223), rés. 5169 et rés. 5324 ; XXV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge, rés. I.

⁴⁷ CIJ, Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, avis consultatif, C. I. J. Recueil 1996 (I), p. 256, par. 75.

⁴⁸ CIJ, 9 juillet 2004, Edification d’un mur dans le territoire palestinien occupé, par. 78 et 101.

humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme. Par ailleurs, il doit assurer la liberté d'accès aux Lieux saints passés sous son contrôle à la suite du conflit de 1967⁴⁹.

111. De même, la CIJ a dit qu'étaient applicables les textes protégeant les droits de l'homme, à savoir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁵⁰.

112. Cette analyse rejoint celle des Etats parties à la Quatrième convention de Genève⁵¹, du CICR⁵² et de l'Assemblée générale de l'ONU⁵³.

113. Le Conseil de sécurité s'est prononcé en ce sens à maintes reprises⁵⁴, et notamment.

- le 22 novembre 1967, par la résolution 242 (1967), le Conseil de Sécurité a souligné « l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la guerre et la nécessité d'œuvrer pour une paix juste et durable permettant à chaque État de la région de vivre en sécurité » et exigé le retrait des forces israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit ;
- le 22 mars 1979, par la résolution 446 (1979), le Conseil de sécurité a dit que les colonies de peuplement n'ont « aucune validité en droit », affirmant « une fois encore que la convention de Genève du 12 août 1949, est applicable aux territoires arabes occupés par Israël depuis 1967, y compris Jérusalem »

114. A plusieurs reprises, le Conseil de sécurité a demandé « aux Hautes Parties contractantes de veiller à ce qu'Israël, puissance occupante, s'acquitte des obligations qu'il a contractées aux termes de l'article 1 de la convention »⁵⁵.

b – Le caractère illicite de la construction du mur

115. Saisie par l'Assemblée générale des Nations Unies⁵⁶, la Cour Internationale de Justice dans son avis du 9 juillet 2004 a dénoncé le caractère illégal de ce mur, et dit qu'un Etat responsable d'un fait internationalement illicite a l'obligation de mettre fin à celui-ci⁵⁷.

⁴⁹ CIJ, 9 juillet 2004, Construction d'un mur dans les territoires occupés de Palestine, par. 149.

⁵⁰ L'Etat d'Israël a ratifié le 3 octobre 1991 le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966, le pacte international relatif aux droits civils et politiques du même jour, ainsi que la convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Il est partie à ces trois instruments ; CIJ, 9 juillet 2004, Construction d'un mur dans les territoires occupés de Palestine, par. 111 et 112.

⁵¹ CIJ, 9 juillet 2004, Edification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, par. 96.

⁵² Déclaration du 5 décembre 2001, rappelée par CIJ, 9 juillet 2004, Edification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, par. 97.

⁵³ Assemblée générale, Résolution 56/60 du 10 décembre 2001 et 58/97 du 9 décembre 2003.

⁵⁴ Conseil de sécurité, résolutions 237 (1967) du 14 juin 1967, 242 (1967) du 22 novembre 1967, 799 (1992) du 18 décembre 1992 et 904 (1994) du 18 mars 1994.

⁵⁵ Conseil de sécurité, Résolution 681 (1990), 20 décembre 1990 ; Résolutions 799 (1992) du 18 décembre 1992 ; Résolution 904 (1994) du 18 mars 1994.

⁵⁶ AG ONU, Résolution ES-10114, 8 décembre 2003. Le texte fait référence aux nombreuses résolutions du Conseil de sécurité, et notamment les résolutions 242 (1967) du 22 novembre 1967, 338 (1973) du 22 octobre 1973, 267 (1969) du 3 juillet 1969, 298 (1971) du 25 septembre 1971, 446 (1979) du 22 mars 1979, 452 (1979) du 20 juillet 1979, 465 (1980) du 1^{er} mars 1980, 476 (1980) du 30 juin 1980, 478 (1980) du 20 août 1980, 904 (1994) du 18 mars 1994, 1073 (1996) du 28 septembre 1996, 1397 (2002) du 12 mars 2002 et 1515 (2003) du 19 novembre 2003.

⁵⁷ CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 149 ; CIJ, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 44, par.

Israël a en conséquence l'obligation de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur qu'il est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est⁵⁸.

116. La CIJ précise qu'Israël doit restituer les terres et indemniser.

Israël est en conséquence tenu de restituer les terres, les vergers, les oliveraies et les autres biens immobiliers saisis à toute personne physique ou morale en vue de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé. Au cas où une telle restitution s'avérerait matériellement impossible, Israël serait tenu de procéder à l'indemnisation des personnes en question pour le préjudice subi par elles. De l'avis de la Cour, Israël est également tenu d'indemniser, conformément aux règles du droit international applicables en la matière, toutes les personnes physiques ou morales qui auraient subi un préjudice matériel quelconque du fait de la construction de ce mur⁵⁹.

2 – L'obligation des Etats parties aux quatre conventions de Genève de faire respecter l'avis rendu par la CIJ

117. Aux termes de l'article 1^o de la quatrième convention de Genève, disposition commune aux quatre conventions de Genève :

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente convention en toutes circonstances.

118. Il résulte de cette disposition l'obligation de chaque Etat partie, dont la France, à cette convention, qu'il soit partie ou non à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments concernés.

119. Par l'occupation, les transferts de population, l'implantation de sa population et l'exploitation économique, Israël viole des obligations internationales *erga omnes*, c'est-à-dire d'une importance telle que tous les Etats ont un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés⁶⁰, à savoir l'obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination et les violations graves du droit international humanitaire.

120. La CIJ a appliqué ces principes à la question palestinienne dans son ensemble, à partir du droit à l'autodétermination.

Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, la Cour est d'avis que tous les Etats sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction. Il appartient par ailleurs à tous les Etats de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à

95. Sur le régime de réparation : CPJI, Usine de Chorzow, Fond, arrêt, n^o 13, 1928, C. P. J. I., série A, n^o 17, p. 47.

⁵⁸ CIJ, 9 juillet 2004, Construction d'un mur dans les territoires occupés de Palestine, par. 151.

⁵⁹ CIJ, 9 juillet 2004, Construction d'un mur dans les territoires occupés de Palestine, par. 153.

⁶⁰ CIJ, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33. CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis, Recueil 1996 (I), p. 257, par. 79 ; Voir aussi résolution 2625 (XXV) AR ONU sur le droit à l'autodétermination.

l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination. En outre, tous les Etats parties à la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention⁶¹.

II – Discussion

121. Toute forme d'exploitation économique par Israël des territoires occupés est illicite (A) et la France doit agir pour le respect du droit (B).

A – Sur le caractère illicite de l'exploitation des territoires occupés

122. La procédure pénale engagée à l'encontre des militants vise à protéger une activité économique, à savoir les exportations sous certificats d'origine israéliens. Le succès de la procédure suppose que l'activité économique en cause soit licite, car à défaut, elle ne peut bénéficier de la protection du droit. La discrimination économique est punie quand elle s'exerce en fonction de l'appartenance à une nation, et le premier élément d'appréciation est de savoir si ces produits proviennent de la nation Israël, et s'ils peuvent être exportés par elle.

123. L'avis de la CIJ de 2004 rappelle que les terres de Palestine ont, d'une manière générale, le statut de territoires occupés, analyse confirmée par le CICR⁶², la CJUE⁶³ et tous les organes de l'ONU.

124. De telle sorte, la puissance occupante ne peut ni s'approprier des terres, ni en chasser la population, ni installer sa propre population, ni procéder à l'exploitation économique, et à l'utilisation des richesses, dont l'eau. Cela joue pour les produits issus des colonies mais aussi pour ceux des territoires occupés, dans la mesure où Israël impose sa mainmise d'Israël sur cette exploitation, notamment par les contraintes économiques, à commencer par le contrôle de l'eau, et l'implantation de son système juridique.

125. Il ne fait pas de doute que l'activité économique que la procédure vise à protéger est largement issue des territoires occupés. L'affaire *Brita* a été l'occasion d'établir, juridictionnellement, par les conclusions de l'avocat général et l'arrêt de la Cour, qu'Israël exportait massivement des produits issus des territoires occupés et que les certificats d'origine n'étaient pas fiables.

126. Ainsi, les militants soulignent que l'activité économique en cause est illicite, et qu'elle ne peut faire l'objet d'une protection du droit.

B – Sur l'obligation de la France d'assurer le respect des règles définies par l'avis de 2004

127. La CIJ a rappelé, vu la violation d'obligations *erga omnes*, le devoir des Etats d'agir pour ramener Israël au respect de la légalité internationale.

⁶¹ CIJ, 9 juillet 2004, Construction d'un mur dans les territoires occupés de Palestine, par. 159.

⁶² Déclaration du 5 décembre 2001, rappelée par CIJ, 9 juillet 2004, Edification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, par. 97.

⁶³ CJUE, Firma Brita GmbH / Hauptzollamt Hamburg-Hafen, Arrêt du 25 février 2010, C-386/08.

128. La France, au titre de la 4^o Convention de Genève, a l'obligation de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans ce texte. Si la France faisait face à son obligation, le motif profond de l'action des militants de BDS, soit amener Israël au respect du droit international tel qu'il est défini par la CIJ, n'aurait plus d'utilité.

129. Alors que l'ONU a pour objectif la primauté du droit, la France, qui s'est abstenue de mettre en œuvre l'avis de 2004, ne peut poursuivre ceux qui demandent l'application de cet avis, pour mettre fin aux violations du droit international, qui sont la matière même de ce procès. De plus, face à cette inaction, la CIJ doit être saisie pour dire l'état du droit, et préconiser les mesures nécessaires.

III – La demande

A – A titre principal

130. Les militants, après avoir rappelé l'état du droit et les devoirs de la France, demandent au tribunal de prononcer un sursis à statuer de un an, pour :

- permettre à la France de se conformer à l'avis de la CIJ, et d'imposer à Israël le respect de la frontière de 1948 ;
- a défaut, de prendre part à une nouvelle résolution de l'Assemblée générale de l'ONU pour saisir à nouveau la CIJ⁶⁴, dont l'avis de 2004 a été méprisé par Israël ce qui permettra de confirmer le caractère illicite des exportations faites par Israël depuis les territoires occupés, et de définir les mesures pour y mettre fin.

131. Cet avis permettra au tribunal d'apprécier quel est l'état actuel du droit international, alors que les personnes poursuivies n'entendent agir que pour le respect de ce droit, et que des violations du droit international ne peuvent obtenir de consécration en justice.

B – A titre subsidiaire

132. La France, membre permanent du Conseil de Sécurité dispose d'une grande influence à l'ONU. Si elle s'abstenait de toute initiative, elle renoncerait à son devoir qui est d'assurer l'application de 4^o Convention de Genève et de l'avis de la CIJ de 2004.

133. Le tribunal répressif, dans le cadre de sa plénitude de juridiction, devrait alors apprécier lui-même ces questions.

⁶⁴ Art. 96 de la Charte des Nations Unies et 65 du Statut de la CIJ.

Deuxième moyen

Question préjudicielle devant la CJUE

Saisine de la CJUE sur le caractère licite des exportations faites par Israël depuis les territoires occupés de Palestine au regard du droit européen

I – En droit

134. Deux questions s'articulent : le mécanisme de la question préjudicielle (A) et la primauté du droit, règle fondamentale du droit européen (B)

A – La question préjudicielle

135. Ce procédé de type général (1) a vocation à s'appliquer à l'interprétation d'un accord d'association (2).

1 – Cadre général

136. Aux termes de l'article 386 du Code de procédure pénale :

L'exception préjudicielle est présentée avant toute défense au fond.

Elle n'est recevable que si elle est de nature à retirer au fait qui sert de base à la poursuite le caractère d'une infraction.

Elle n'est admise que si elle s'appuie sur des faits ou sur des titres donnant un fondement à la prétention du prévenu.

Si l'exception est admissible, le tribunal impartit un délai dans lequel le prévenu doit saisir la juridiction compétente. Faute par le prévenu d'avoir introduit l'instance dans ce délai et de justifier de ses diligences, il est passé outre à l'exception.

Si l'exception n'est pas admise, les débats sont continués.

137. L'accueil d'une exception préjudicielle n'est pas de droit. Elle peut être rejetée dès lors que l'application de la réglementation européenne ne soulève aucune difficulté sérieuse⁶⁵. C'est dire qu'elle doit être retenue si l'interrogation est sérieuse, notamment au regard de précédents jurisprudentiels.

2 – Application à l'interprétation d'un accord d'association

138. Un accord conclu par le Conseil, conformément aux articles 228 et 238 du traité CE⁶⁶ fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire et dans le cadre de cet ordre

⁶⁵ Crim, 21 février 2006, n° de pourvoi: 05-82039

⁶⁶ Article 228 du traité CE, devenu, après modification, article 300 CE, et article 238 du traité CE devenu article 310 CE.

juridique, la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de cet accord⁶⁷.

139. Dans l'affaire *Brita*⁶⁸, l'avocat général a souligné la nécessité d'une interprétation globale, l'accord concernant 27 Etats.

Si l'on admettait que les autorités douanières d'une des parties à cet accord, ou bien leurs juridictions, interprètent de manière unilatérale le point de savoir si ledit accord s'applique aux produits originaires des territoires occupés, cela engendrerait sans nul doute une application non uniforme de l'accord CE-Israël qui, nous le rappelons, fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire⁶⁹.

140. La juridiction allemande avait accepté l'exception préjudicielle, alors qu'il ne s'agissait que d'un seul produit, dans un contexte factuel assez bien déterminé, et la question préjudicielle ne portait que sur l'application du droit douanier⁷⁰.

141. La problématique est du même ordre, mais plus générale. Il s'agit de se prononcer sur la globalité des flux d'exportation, et non pas sur l'exemption des droits de douanes, mais sur le caractère licite des exportations en cause.

B – Le droit européen : La mise en œuvre de la primauté du droit

142. L'objectif européen qu'est l'idéal démocratique (1) conduit une application stricte de l'accord CE-Israël (2), comme en témoigne l'arrêt *Brita* (3).

1 – L'idéal démocratique

143. L'idéal démocratique est intégré dans le jurisprudence de la CJUE (a) et de la CEDH (b).

a – L'approche de la CJUE

144. La Cour de Justice de l'Union Européenne s'inscrit dans l'analyse fondamentale de la primauté du droit, par son arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*⁷¹.

Selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les

⁶⁷ CJCE, 30 septembre 1987, Demirel, 12/86, point 7, Rec. p. 3719, à propos de l'accord CE/République de Turquie, approuvé par la décision 64/732/CEE du Conseil, du 23 décembre 1963, JO 1964, 217, p. 3685 ; CJCE, 16 juin 1998, Racke, C-162/96, Rec. p. I-3655, point 41.

⁶⁸ CJUE, *Firma Brita GmbH / Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, Arrêt du 25 février 2010, C-386/08.

⁶⁹ CJUE, Concl. Yves Bot, 29 octobre 2009, Affaire C-386/08, par. 92.

⁷⁰ Le Finanzgericht Hamburg (Allemagne) interroge la Cour sur le point de savoir si, en vertu de l'accord CE-Israël, les autorités douanières allemandes sont liées par le résultat du contrôle de l'origine desdits produits effectué a posteriori par les autorités douanières israéliennes, et si les autorités douanières allemandes étaient tenues de porter le litige qui les oppose aux autorités douanières israéliennes devant le comité de coopération douanière, instauré par cet accord. Enfin, la Cour était invitée à se prononcer sur la possibilité d'appliquer indifféremment l'accord CE-Israël ou l'accord CE-OLP à des marchandises certifiées comme étant d'origine israélienne, mais dont il s'avère qu'elles sont originaires des territoires occupés et, plus particulièrement, de Cisjordanie. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=FR&Submit=rechercher&numaff=C-386/08>

⁷¹ CJUE, Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, § 283 et 335

instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La CEDH revêt, à cet égard, une signification particulière.

145. Le principe de protection juridictionnelle effective est un principe général du droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres⁷² et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH, ce principe ayant d'ailleurs été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice⁷³.

146. Il faut à cet égard noter que le préambule de l'accord CE-Israël indique que les parties ont conclu cet accord « considérant l'importance [qu'elles] attachent au principe de la liberté économique et aux principes de la charte des Nations unies, en particulier le respect des droits de l'homme et de la démocratie, qui constituent le fondement même de l'association ».

147. Les principes jurisprudentiels ci-dessus rappelés ont ainsi vocation à s'appliquer aux questions nées de la mise en oeuvre de l'accord CE-Israël.

b – L'approche de la CEDH

148. La Cour EDH analyse ainsi les liens entre les droits de l'homme et la Convention⁷⁴:

La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de « l'ordre public européen » (...). Ceci ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique d'une part, et sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme d'autre part (...). Le même préambule énonce ensuite que les États européens ont en commun un patrimoine d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. La Cour a vu dans ce patrimoine commun les valeurs sous-jacentes à la Convention (...); à plusieurs reprises, elle a rappelé que celle-ci était destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique (...).

149. La tolérance et le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste⁷⁵. La démocratie représente un élément fondamental de « l'ordre public européen »⁷⁶.

150. Le droit communautaire ne peut s'écarter des principes dégagés par le droit conventionnel.

2 – L'application dévoyée de l'accord CE-Israël

151. L'accord CE-Israël (a) a conduit à un processus massif de fraudes sur les exportations (b) qui organise la spoliation de la Palestine (c).

⁷² CJCE, 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, point 37.

⁷³ JO C 364, p. 1.

⁷⁴ CEDH, Parti communiste unifié de Turquie et autres, précité, pp. 21 et 22, § 45 ; voir r aussi : CEDH, 26 juin 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., C-305/05, Rec. p. I-5305, point 29 et jurisprudence citée.

⁷⁵ CEDH, Ayse Ozturk c. Turquie, n° 24914/94, 15 octobre 2002, § 64

⁷⁶ CEDH, Loizidou c. Turquie du 23 mars 1995 (exceptions préliminaires), série A n° 310, p. 27, § 75

a – L'accord CE-Israël

152. Par le processus de Barcelone de 1995⁷⁷, l'Union européenne a décidé de s'ouvrir aux pays du pourtour de la Méditerranée, avec pour objectif de faciliter les échanges, et pour moyen la levée des droits de douanes, avec comme finalité un espace commun de paix et de stabilité. Dans ce cadre ont été signé des accords avec l'Algérie, Chypre, l'Égypte, Israël⁷⁸, la Jordanie, le Liban, Malte, le Maroc, la Syrie, Tunisie, la Turquie et l'Autorité palestinienne⁷⁹.

153. L'accord avec Israël est entré en vigueur le 1er juin 2000⁸⁰. Son champ d'application territorial est défini à l'article 83, en lien avec le protocole n°4 : Art. 2, par. 2, a) et b) ; Art. 17, par. 1, a), Art. 18, par. 1⁸¹.

154. Israël doit délivrer un certificat, attestant que toutes les conditions du traité sont remplies⁸², et si l'État d'importation émet des doutes, Israël doit effectuer un contrôle a posteriori⁸³.

155. Le mécanisme de coopération administrative entre États repose sur une reconnaissance mutuelle des actes qu'elles émettent, qui n'est pas absolue. En effet, la Cour a admis que les autorités douanières de l'État d'importation ne sont pas nécessairement liées par les autorités douanières de l'État d'exportation, même après un contrôle a posteriori.

156. L'État d'importation peut lui-même procéder à la vérification de l'authenticité et de l'exactitude du certificat⁸⁴, en cas de doutes fondés sur l'origine des marchandises⁸⁵ ou de défaillance de l'État d'exportation⁸⁶.

b – La généralisation des fraudes, par des exportations israéliennes issues des territoires occupés

157. Cet accord est devenu le cadre de fraudes massives car Israël exporte sous certificat israélien des produits issus des territoires occupés de Palestine.

⁷⁷ Conférence ministérielle euro-méditerranéenne, Barcelone, 27 et 28 novembre 1995.

⁷⁸ Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'État d'Israël, d'autre part, signé à Bruxelles le 20 novembre 1995 (JO 2000, L 147, p. 3).

⁷⁹ Accord d'association euro-méditerranéen intérimaire relatif aux échanges commerciaux et à la coopération entre la Communauté européenne, d'une part, et l'Organisation de libération de la Palestine (OLP), agissant pour le compte de l'Autorité palestinienne de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, d'autre part, signé à Bruxelles le 24 février 1997 (JO 1997, L 187, p. 3).

⁸⁰ L'accord CE-Israël a été signé le 20 novembre 1995, et l'accord CE-OLP le 24 février 1997. Ces accords ont été approuvés par les décisions 2000/384/CE, CECA du Conseil et de la Commission, du 19 avril 2000, JO L 147, p. 1, et 97/430/CE du Conseil, du 2 juin 1997, JO L 187, p. 1.

⁸¹ Sont considérés comme produits originaires de Cisjordanie et de la bande de Gaza les produits entièrement obtenus en Cisjordanie et dans la bande de Gaza⁸¹ ainsi que ceux qui y sont obtenus et contenant des matières qui n'y ont pas été entièrement obtenues, à condition que ces matières aient fait l'objet, sur ces territoires, d'ouvrages ou de transformations suffisantes : Art. 1^{er}, par. 2, et 73 de l'accord ; Art. 2, par. 2, a) et b) du protocole n° 3

⁸² Protocole n° 4, Art. 17 et 18, par. 1 et 6.

⁸³ Protocole n° 4, Art. 32, par. 1 à 6. Jurisprudence de référence : CJCE, 12 juillet 1984, Les Rapides Savoyards, 218/83, Rec. p. 3105.

⁸⁴ CJCE, 7 décembre 1993, Huygen, C-12/92, Rec. p. I-6381, point 27.

⁸⁵ CJCE, 9 février 2006, Sfakianakis, C-23/04 à C-25/04, Rec. p. I-1265, point 38. CJCE, 14 mai 1996, Faroe Seafood, C-153/94 et C-204/94, Rec. p. I-2465, points 24 et 25.

⁸⁶ CJCE, 14 novembre 2002, Ilumitrónica, C-251/00, Rec. p. I-10433, point 74.

158. 1997. La Commission des Communautés européennes⁸⁷ a fait part de ses doutes au sujet de la validité des certificats présentés à l'importation de jus d'orange en provenance d'Israël et de la coopération administrative entre l'État d'Israël et la Communauté. Ces doutes étaient, selon la Commission, susceptibles de mettre en cause la validité de ces certificats.

159. 1998. Dans une communication du 12 mai 1998⁸⁸, la Commission a étât des difficultés rencontrées, dénonçant l'exportation de marchandises certifiées comme originaires d'Israël, alors qu'elles étaient produites dans les territoires occupés.

160. 2001. Lors de la deuxième session du Conseil d'association UE-Israël⁸⁹, la Commission avait «déploré la persistance de divergences d'interprétation sur le champ d'application territorial de l'accord», soulignant qu'elle était «juridiquement tenue de garantir la mise en œuvre de cet accord et de protéger les ressources propres de l'Union européenne». Aussi, la commission a publié un nouvel avis⁹⁰ informant qu'Israël a délivré, pour des produits obtenus dans les territoires placés sous son administration depuis 1967, des preuves d'origine, indiquant que les importateurs doivent prendre «toutes les précautions qui s'imposent».

161. 2005. Un avis n° 2005/C 20/02⁹¹ exige à compter du 1er février 2005 sur tous les certificats de circulation «le nom de la ville, du village ou de la zone industrielle où a eu lieu la production conférant le statut d'origine». En réalité, cette mesure est inefficace, car les certificats restent établis par Israël, sans contrôle contradictoire sur place.

162. 2009. Une communication de la commission au Parlement européen et au Conseil déplore⁹²: «La poursuite, voire l'extension accélérée des colonies de peuplement en 2008 ont eu une incidence négative tant sur le processus de paix que sur la liberté de circulation des Palestiniens et l'économie palestinienne».

163. 2010. À ce jour, le différend qui oppose la Communauté à l'État d'Israël n'a toujours pas trouvé de solution :

Le différend qui oppose la Communauté à l'État d'Israël perdure depuis de nombreuses années, laissant ainsi les opérateurs économiques dans une incertitude juridique quant à l'éventuelle application de l'accord CE-Israël aux produits originaires des territoires occupés⁹³.

c – La spoliation de la Palestine

164. S'agissant de la Palestine, c'est une véritable spoliation. L'accord CE-OLP, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1997, vise la différence de développement économique et social qui existe entre les parties et la nécessité d'intensifier les efforts existants pour promouvoir le développement économique et social en Cisjordanie et dans la bande de Gaza. En 2007, la

⁸⁷ Avis aux importateurs – Importations d'Israël dans la Communauté, 8 novembre 1997, JO C 338, p. 13.

⁸⁸ Implementation of the interim agreement on trade and trade-related matters between the European Community and Israël [SEC(1998) 695 final].

⁸⁹ Procès-verbal de la deuxième session du Conseil d'association UE-Israël du 20 novembre 2001, disponible sur le site Internet du Conseil de l'Union européenne, spéc. p. 4.

⁹⁰ Avis aux importateurs – Importations effectuées d'Israël dans la Communauté, du 23 novembre 2001, JO C 328, p. 6.

⁹¹ JOCE C 20/2, 25 janvier 2005.

⁹² Mise en œuvre de la politique européenne de voisinage en 2008 », Bruxelles, 23 avril 2009, COM (2009) 188.

⁹³ CJUE, Concl. Yves Bot, 29 octobre 2009, Affaire C-386/08, par. 92.

Cisjordanie et la bande de Gaza n'occupaient que le 168^e rang dans le classement des importateurs partenaires commerciaux de l'Union⁹⁴.

165. Les travaux de l'ONU confirment cette réalité.

- Débat de la question Palestine à l'Assemblée générale, 29 novembre 2006

La Présidente de la soixante et unième session de l'Assemblée générale, a estimé que l'aggravation de la pauvreté, la destruction des infrastructures, les disettes, le manque de produits de première nécessité dans le Territoire palestinien n'avaient fait qu'exacerber plus encore la situation dans laquelle se trouve le peuple palestinien⁹⁵.

- Comité pour l'élimination de(s) la discrimination raciale, 14 juin 2007

Le Comité note avec préoccupation l'application, dans les territoires palestiniens occupés, de lois, politiques et pratiques différentes selon qu'elles visent des Palestiniens ou des Israéliens. Il s'inquiète en particulier de ce que les Palestiniens seraient lésés par une distribution inéquitable de l'eau, qu'ils seraient visés plus que d'autres par les opérations de démolition de maisons et que des dispositions différentes du droit pénal leur seraient appliquées, ce qui entraînerait, pour des infractions identiques, des périodes de détention plus longues et des peines plus sévères pour les Palestiniens que pour les Israéliens (art. 2, 3 et 5 de la Convention)⁹⁶.

- John Dugard, Rapporteur spécial, 29 janvier 2007

La pauvreté est généralisée. Plus de 80 % de la population vit en dessous du seuil officiel de pauvreté. Sur les 1,4 million d'habitants de Gaza, 1,1 million reçoivent une aide alimentaire de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) et du Programme alimentaire mondial (PAM). Cette aide alimentaire consiste en rations de farine, de riz, de sucre, d'huile de tournesol, de lait en poudre et de lentilles. Rares sont ceux qui peuvent se permettre d'acheter de la viande, du poisson (quasiment introuvable, de toute façon, à cause de l'interdiction de pêcher), des légumes ou des fruits⁹⁷.

- Richard Falk, rapporteur spécial, août 2008

La situation a continué de se détériorer dans tout le territoire palestinien occupé, à tel point que les souffrances et les traumatismes mentaux et physiques endurés par le peuple palestinien vivant sous l'occupation ont atteint un niveau dangereux et non viable. Tous les observateurs spécialisés s'accordent à reconnaître l'existence à Gaza et en Cisjordanie d'une crise sanitaire persistante, de nature pluridimensionnelle, qui risque fort de provoquer un effondrement total du système de santé de base et d'avoir des conséquences désastreuses pour la population palestinienne⁹⁸.

⁹⁴ Voir site Internet de la Commission

(http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/september/tradoc_113382.pdf).

⁹⁵ Assemblée générale, Sheikha Haya Rashed Al Khalifa, Question de Palestine, AG/10541, 29 novembre 2006.

⁹⁶ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Observations finales sur le rapport présenté par Israël, CERD/C/ISR/CO/13, 14 juin 2007, par. 35.

⁹⁷ Assemblée générale, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, John Dugard, A/HRC/4/17, 29 janvier 2007, par. 18 et 19.

⁹⁸ Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, (F), 25 août 2008, par. 6 et 34.

166. La santé sociale et sanitaire était, avant l'opération militaire de décembre 2008-janvier 2009, très dégradée, du fait du blocus. Des projets Nations Unies étaient rendus irréalisables.

Pendant toute la période à l'examen, la plupart des projets menés par les Nations Unies ont été suspendus en raison du manque de matériel à Gaza. Les opérations humanitaires ont été exécutées avec de plus en plus de difficultés et, en novembre 2008, les autorités israéliennes ont encore restreint le passage des travailleurs humanitaires et l'acheminement des biens commerciaux et humanitaires à destination de Gaza. Ces restrictions ont entraîné des suspensions de l'aide alimentaire fournie par l'UNRWA et le Programme alimentaire mondial (PAM)⁹⁹.

167. La situation sanitaire des enfants est jugée alarmante.

Le Comité est profondément préoccupé par la grave détérioration de la santé des enfants des territoires palestiniens occupés et des services sanitaires qui leur sont fournis, résultant principalement des mesures imposées par les Forces de défense israéliennes : barrages routiers, couvre-feux, restrictions à la liberté de circulation, destruction des infrastructures économiques et sanitaires palestiniennes, etc. En particulier, il s'inquiète des conséquences des retards apportés aux interventions du personnel médical et de l'ingérence dans ses activités, de la pénurie de fournitures médicales de base ; de la malnutrition des enfants due aux perturbations des marchés et aux prix prohibitifs des denrées alimentaires de base¹⁰⁰.

3 – L'affaire Brita¹⁰¹

168. L'affaire qui s'inscrit dans un conteste particulier (a) permet une analyse générale sur les exportations (b).

a – Les faits et la procédure

169. Brita est une société allemande qui importe des gazéificateurs d'eau fabriqués par un fournisseur israélien, Soda-Club, société dont le site de production est implanté à Mishor Adumin, en Cisjordanie, à l'est de Jérusalem, donc en territoire occupé. La société Brita a demandé aux autorités douanières allemandes de bénéficier de l'accord douanier, sur production du certificat d'origine. Mais les douanes allemandes ont contesté ce certificat, du fait de l'implantation de la société Soda-Club. En réponse, les autorités israéliennes ont affirmé que les marchandises étaient originaires d'une zone sous leur responsabilité, et les douanes allemandes ont refusé le bénéfice du régime préférentiel.

170. La société Brita a contesté cette décision des douanes devant le Tribunal des finances de Hambourg, lequel a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle, avec en substance, deux interrogations :

- Les marchandises fabriquées en territoires palestiniens occupés peuvent-elles bénéficier du régime préférentiel instauré par l'accord Europe-Israël ?
- Les certificats délivrés par Israël pour ces produits issus des territoires occupés sont-ils opposables aux pays européens ?

⁹⁹ Conseil économique et social, Rapport du Secrétaire général, Assistance au peuple palestinien, A/64/78–E/2009/66, 7 mai 2009, par. 17.

¹⁰⁰ Comité des droits des enfants, CRC/C/15/Add.195, Examen du rapport présenté par Israël CRC/C/8/Add.44, 2 octobre 2002, par. 44 et 45.

¹⁰¹ Arrêt du 25 février 2010, C-386/08 Firma Brita GmbH / Hauptzollamt Hamburg-Hafen

b – L’arrêt de la Cour

171. Pour la Cour, les produits originaires de Cisjordanie ne relèvent pas du champ d’application territorial de l’accord CE-Israël. Ainsi, seules les autorités palestiniennes peuvent attester de l’origine des marchandises produites dans les territoires occupés, et Israël doit s’interdire tout ce qui serait une immixtion dans les affaires palestiniennes, par un certification ou un contrôle *de facto* de l’économie.

172. L’ensemble des territoires occupés est concerné. La seule frontière opposable en droit européen est celle de 1949, et les produits « obtenus dans des localités qui sont placées sous administration israélienne depuis 1967 » ne bénéficient pas du traitement préférentiel défini dans cet accord.

173. Les services des douanes européens ne peuvent accorder le régime préférentiel aux marchandises originaires des territoires occupés que si elles arrivent sous certificat d’origine palestinien.

174. La présomption qui existe concernant la vérification de l’exactitude des faits par les autorités douanières de l’État d’exportation ne peut pas jouer puisque aucune des parties à l’accord CE-Israël n’est ici la mieux placée pour délivrer une interprétation unilatérale du champ d’application de cet accord¹⁰².

175. Du fait de l’analyse des autorités israéliennes, qui légitime le processus de colonisation, les certificats d’origine délivrés par autorités israéliennes ne lient pas les autorités douanières de l’Union.

II – Discussion

176. L’arrêt Brita ponctue une décennie de démarches vaines de la Commission européenne pour mettre fin à la fraude systématique dont l’accord CE/Israël est le cadre. Il s’agit d’une pratique générale d’Etat, car Israël délivre des certificats d’origine pour des produits issus des territoires occupés de Palestine, au terme d’une analyse juridique contraire au droit international.

177. Il s’agit d’un phénomène d’ampleur, auquel il faut mettre fin. Les instances européennes dénoncent la fraude, mais ne la combattent pas, alors que la CJUE a pris soin de se prononcer en des termes généraux.

178. De plus, la CJUE n’a pas tranché globalement le différent, mais ne s’est prononcée que sur les questions préjudicielles qui lui étaient posées. Elle a donc statué sur l’application du droit douanier, en disant qu’il ne pouvait s’appliquer. Mais du fait du motif retenu, à savoir la production sous contrôle israélien, en fonction du système juridique israélien, sur des territoires extérieurs à la frontière de 1949, il se déduit qu’il ne s’agit pas de taxer les produits, mais de les déclarer illicites, et impropres à la vente, car fruit d’une violation grave du droit international.

179. Il va de soi que des produits illicites ne peuvent bénéficier de la protection de la loi, qui ne prend en compte que l’exercice normal de l’activité économique.

¹⁰² CJUE, Concl. Yves Bot, 29 octobre 2009, Affaire C-386/08, par. 94.

III – La demande

180. Il est demandé à la juridiction pénale de prononcer un sursis à statuer et de saisir la CJUE de la question préjudicielle suivante :

Les exportations issues des territoires occupés et exportées sous certificat israélien sont-elles, en dehors de l'aspect douanier, licites au regard du droit international, dans lequel l'Union Européenne inscrit toute son action ?

Troisième moyen

Décision de la Cour Pénale Internationale (CPI)

Sursis à statuer dans l'attente d'une décision de la Cour Pénale Internationale (Crime de guerre et crime contre l'humanité)

I – En droit

181. Il convient d'analyser les règles de fond (A) et celles de mise en œuvre (B)

A – Les règles de fond

182. Trois données entrent en jeu : la définition du crime de colonisation (1), celle des auteurs (2) et le contexte général du droit au juge (3).

1 – La colonisation, un crime de guerre

183. Au regard des toutes les références du droit international, l'occupation des territoires occupés est la conséquence d'un conflit armé international, et les populations civiles sont protégées par la IV^o Convention de Genève.

184. Dans ce cadre s'applique le statut de la Cour Pénale Internationale, qui définit comme « crimes de guerre » :

Article 8, 2, a, iv) La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.

Article 8, 2, a, viii) Le transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante, d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire.

2 – Auteurs directs et complicités

185. L'article 25 du statut pose le principe de la responsabilité pénale individuelle, pour l'auteur direct, mais aussi pour ceux qui « facilitent » la commission d'un tel crime, ou qui « contribuent de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert »¹⁰³.

3 – Le droit au juge

186. Le principe juridique fondamental est l'accès au juge pour les victimes des plus graves de violation du droit. Ce principe est désormais reconnu comme une règle de *jus cogens* par les juridictions internationales¹⁰⁴. Une règle de *jus cogens* est, dans la hiérarchie des règles de

¹⁰³ Statut CPI, Art. 25, d).

¹⁰⁴ Nombreuses références concordantes

- Droit international des droits de l'homme : Déclaration universelle des droits de l'homme, Art. 8 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Art. 2 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Art. 6 ; Convention contre la torture et autres peines ou

droit international, de la norme la plus élevée. De droit coutumier, et elle est opposable à tous les Etats, et donc même à ceux qui, formellement, n'auraient pas signé de traité prévoyant explicitement cette disposition.

187. Une limitation de l'accès au juge ne peut atteindre la substance de ce droit. Pour le Comité des Droits de l'homme de l'ONU, le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et se prête à certaines limitations. Néanmoins, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès aux tribunaux à un point tel que le droit d'accès à l'administration de la justice s'en trouve atteint dans sa substance même¹⁰⁵. La Chambre préliminaire de la CPI a reconnu le droit des victimes à participer à la recherche de la vérité dès la phase d'analyse préalable¹⁰⁶.

B – La mise en œuvre

188. La mise en œuvre peut résulter des Etats (1) ou du Procureur (2).

1 – L'action des Etats

189. Un Etat ayant ratifié le statut de la CPI ou le Conseil de sécurité peuvent obtenir l'ouverture d'un enquête.

2 – L'action *proprio motu* du Procureur

190. Si aucun Etat ne porte plainte, et que le Conseil de sécurité s'abstient, les poursuites peuvent être engagées par le procureur agissant de sa propre initiative, dans le cadre des articles 15 et 53 du Statut.

traitements cruels, inhumains ou dégradants, Art. 14 ; Convention relative aux droits de l'enfant, Art. 39.

- Droit international humanitaire : Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907 (Convention IV), Art. 3 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977, Art. 91 ; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Art. 68 et 75.
- Conventions régionales : Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Art. 7 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, Art. 25 ; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Art. 13.
- AG ONU, 21 mars 2006, n° 05-49643, Résolution 60/147 (Violations flagrantes), par. 11 à 14.
- Comité des Droits de l'homme de l'ONU : CCPR, Observation générale n° 32, par. 6 et 9 ; CCPR, Com. n° 275/1988, S. E. c. Argentine, 26 mars 1990, par. 5.3, et 1192/2003, M. de Vos c. Pays-Bas, 25 juillet 2005, par. 6.3. CCPR, Com. n° 972/2001, Kazantzis c. Chypre, 7 août 2003, par. 6.6.
- CEDH, Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, § 35 ; CEDH, Lawless du 1er juillet 1961, série A n° 3, p. 52, et Delcourt du 17 janvier 1970, série A n° 11, p. 14, dernier alinéa ; CEDH, Fogarty c. Royaume-Uni, 21 novembre 2001, req. n° 37112/97, par 35 ; CEDH, McElhinney c. Irlande, 21 novembre 2001, req. n° 31253/96), par. 36 ; Al Adsani c. Royaume-Uni, 21 novembre 2001, req. n° 35763/97, par. 55.
- CIADH, Arrêt *Caesar c. Trinité et Tobago* du 11 mars 2005, § 100; Arrêt *Goibururu et aliic. Paraguay* du 22 septembre 2006, §§ 93 et 128.
- Cour Suprême des États-Unis, dans l'affaire *Fay e. Noia*, 18 mars 1963.
- TPIR, Décision *Barayagwiza* du 3 novembre 1999, §§ 70-71, confirmée en droit par décision du 31 mars 2000, § 510).
- Tribunal spécial pour le Liban, Juge de la mise en état, 15 avril 2009, CH/PTJ/2009/03.
- La CIJ n'a pas eu à se prononcer sur qualification de la règle d'accès au juge.

¹⁰⁵ CCPR Communication 1514/2006, 27 novembre 2008, Casanovas c. France, par. 11.3.

¹⁰⁶ Aff. du Congo, 17 janvier 2006 ; Statut, Art. 15.3 et 68.3.

191. Les rédacteurs du statut de Rome ont instauré une série d'étapes dans l'engagement des poursuites, pour éviter des initiatives trop personnelles du procureur. Les étapes sont nombreuses, et *de facto*, chacune se trouve plus facile à franchir.

192. Joue d'abord l'article 15.3.

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

193. Ainsi, la première étape est peu de choses. Le procureur demande à la Chambre préliminaire la possibilité d'enquêter sur « une situation », ce qui reste un cadre large pouvant conduire dans un second temps, après enquête, à lancer « des poursuites », qui elles, font entrer dans la phase d'accusation. La seule alternative pour le procureur est de refuser de saisir la Chambre préliminaire pour qu'il soit statuer sur cette ouverture d'enquête, ce qui est une décision lourde, alors que le droit au juge est reconnu comme une norme de *jus cogens*

194. Les modalités d'appréciation de l'article 15.3 sont explicitées par l'article 53.

Le Procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'il ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du présent Statut. Pour prendre sa décision, le Procureur examine :

- a) Si les renseignements en sa possession fournissent une base raisonnable pour croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis ;
- b) Si l'affaire est ou serait recevable au regard de l'article 17 ; et
- c) S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice.

195. La seconde étape est la Chambre préliminaire, selon les termes de l'article 15.4 :

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

196. La Chambre préliminaire ne statue ni sur l'opportunité de poursuites, ni sur les preuves des crimes, mais seulement sur le fait de savoir « s'il est raisonnable de croire » que des crimes de guerre ont été commis, ce qui justifie l'enquête sur « une situation ». C'est à l'issue de cette enquête sur « une situation » que seront peut-être engagées des poursuites.

197. Dans l'affaire du Kenya, la Chambre préliminaire, par décision du 31 mars 2010¹⁰⁷, a décidé de l'ouverture d'une enquête selon cette procédure, en soulignant qu'à ce stade, il suffit de d'avoir des raisons de croire que l'enquête sur une situation de fait est opportune, la question des preuves des crimes n'intervenant que dans un second temps, au stade de l'enquête.

II – Discussion

¹⁰⁷ CPI, Chambre Préliminaire, 31 mars 2010, Situation au Kenya, n° ICC-01/0931.

198. Doivent examinées les hypothèses d'action des Etats (A) et du Procureur (B).

A – L'action des Etats

199. La France peut déposer une plainte. Ce serait logique vu le rôle qu'elle a tenu dans l'adoption du statut de Rome créant la CPI, et conforme aux engagements qui résultent du statut, à savoir l'obligation de poursuivre les crimes les plus graves. L'appropriation des richesses d'autrui par la force armée est l'une des violations les plus graves du droit international, et elle est une menace directe pour la paix. Cette obligation de saisir la CPI est d'autant plus nette que la France s'est hélas abstenue de retranscrire en droit interne les obligations qui découlent du Traité de Rome.

200. L'un des 110 Etats signataires peut également déposer plainte. Si la situation reste latente, la question se posera avec acuité car nombre d'Etats ayant ratifié le statut de Rome ont voté pour l'engagement de poursuites après l'adoption des conclusions du rapport Goldstone. Si le procureur classait, ces Etats se trouveraient amenés, du fait de leur vote, à déposer plainte, ce qui obligerait, en toute hypothèse, à l'ouverture de l'enquête, sauf à accréditer eux-mêmes le double standard qu'ils dénoncent.

B – L'action du Procureur

201. Pour que le Procureur puisse agir, il faut que la CPI ait juridiction (1) et qu'il soit raisonnable de croire qu'il existe une base pour une enquête (2).

1 – Deux terrains pour la juridiction de la CPI

202. La juridiction de la CPI résulte de la déclaration de compétence du 21 janvier 2009 (a) et de la nationalité de personnes susceptibles d'être poursuivies, à savoir les dirigeants d'entreprises européennes participant à la colonisation (b).

a – La déclaration de compétence du 21 janvier 2009

203. Le 21 janvier 2009, le ministre de la Justice du gouvernement de Palestine a effectué au greffe de la Cour Pénale Internationale une déclaration de compétence, donnant compétence à la CPI pour tous crimes commis sur les territoires de Palestine depuis 2002, cette déclaration de compétence rétroactive résultant de l'application des articles 11. 2 et 12. 3 du statut de Rome¹⁰⁸.

204. La situation de Palestine en est à la phase de l'étude préliminaire, comme l'explique le bureau du procureur dans une analyse adressée le 12 janvier 2010 au Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, et figurant sur le site de la CPI¹⁰⁹.

¹⁰⁸ <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/979C2995-9D3A-4E0D-8192-105395DC6F9A/280603/ICCOTP20090122Palestinerev1.pdf>

M. Kearney et St. Denayer, Al-Haq Position Paper on Issues Arising from the Palestinian Authority's Submission of a Declaration to the Prosecutor of the International Criminal Court under Article 12(3) of the Rome Statute, www.al-haq.org.

¹⁰⁹ <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FF55CC8D-3E63-4D3F-B502-1DB2BC4D45FF/281439/LettertoUNHCR1.pdf>

205. Cette déclaration n'est pas limitée à l'opération *Plomb Durci*, mais est valable pour tous les crimes commis depuis 2002. Le premier de ces crimes, qui est la cause des autres, est l'appropriation des terres palestiniennes par la force armée.

206. Le fait que la Palestine ne soit pas considérée comme un Etat sur le plan diplomatique ne remet pas en cause la saisine de la CPI dès lors que :

- (1) aucun autre Etat n'est en mesure d'agir au nom du peuple palestinien, et rien ne justifie que cette population soit la seule du monde à être privée de la protection de la CPI ;

- (2) il s'agit d'agir contre l'Etat qui usurpe la souveraineté du peuple palestinien. Dès lors que les Palestiniens engagent un action en justice contre Israël, on ne peut leur opposer qu'ils ne sont pas pleinement un Etat, car l'objet du procès est de restituer aux Palestiniens la souveraineté que leur a volée Israël.

207. Cette question est largement tranchée par la jurisprudence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie. Le TPIY a jugé qu'il fallait adapter les conditions posées à l'article 4 de la IV^e Convention aux réalités contemporaines, quitte à exclure la condition de nationalité pour permettre l'octroi d'un statut protecteur aux victimes¹¹⁰. Les questions liées à la nationalité ne peuvent être des obstacles décisifs pour les victimes des crimes les plus graves.

208. La CPI s'est beaucoup avancée sur l'interprétation, au sens pénal, des notions d'Etat et de nationalité. Le terme « national » ne fait pas uniquement référence à la nationalité en tant que telle, mais également à l'appartenance à la partie ennemie au cours d'un conflit armé, et interpréter le terme « national » au sens de « gouvernemental » contreviendrait à l'objet et au but du Statut de la Cour, qui n'est autre que de ne plus laisser impunis « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »¹¹¹.

209. La CPI, s'inscrivant dans la lignée des travaux de l'ONU et de la jurisprudence des juridictions internationales, a jugé que la IV^o Convention de Genève s'applique à des entités qui ne sont pas des États : « Les mouvements de libération luttant notamment contre la domination coloniale et les mouvements de résistance représentant un sujet de droit international préexistant peuvent être des Parties au conflit » au sens des Conventions. Mais l'autorité qui les représente doit avoir certaines caractéristiques d'un gouvernement, au moins à l'égard de ses forces armées »¹¹².

b – L'action contre les dirigeants d'entreprises européennes

210. La Cour est également compétente en fonction de la nationalité des auteurs de crimes, entendus par le statut comme les auteurs directs et les complices.

211. De telle sorte, s'agissant de la colonisation, qui repose sur les deux crimes que sont les appropriations massives de biens privés¹¹³ et les transferts de population¹¹⁴, la participation des entreprises européennes conduit à envisager la responsabilité pénales de leurs dirigeants.

¹¹⁰ TPIY, Arrêts Tadic, 15 juillet 1999 ; Celebici, 16 novembre 1998 ; Blaskic, 3 mars 2000.

¹¹¹ CPI, Chambre Préliminaire, 29 janvier 2007, Thomas Lubanga Dyilo, par. 280 et 281.

¹¹² CPI, Chambre Préliminaire, 29 janvier 2007, Thomas Lubanga Dyilo, par. 272.

¹¹³ CPI, Statut, Art. 8, 2, a, iv.

¹¹⁴ CPI, Statut, Art. 8, 2, a, viii.

La compétence de la juridiction est alors acquise, indépendamment de toute discussion sur la déclaration du 21 janvier 2009, dès lorsque ces dirigeants sont les ressortissants de pays ayant ratifié le Traité de Rome.

212. Il est bien évident que préalablement à toute plainte, une sensibilisation de ces entreprises serait nécessaire, car le but est le respect du droit, et non la condamnation des auteurs. Mais les textes ont vocation à s'appliquer.

2 – L'inéluctable saisine de la Chambre préliminaire

213. A ce stade, le seul critère à prendre en compte est : « Existe-t-il une base raisonnable pour croire que le crime de colonisation dans ses deux aspects, l'appropriation massives des biens et le transfert de populations, a été commis dans les territoires occupés de Palestine ? »

214. Les éléments réunis sont nombreux et concordants :

- le but de la CPI est la lutte contre l'impunité pour les violations les plus graves du droit international ;
- la CIJ, la CJUE, l'AG de l'ONU, le Conseil de Sécurité et le CICR ont dénoncé la colonisation, et demandé la fin de l'impunité ;
- la CIJ, dans l'affaire du mur, a rappelé qu'il est du devoir des Etats d'assurer l'application du droit international, et l'AG ONU a demandé l'engagement d'une enquête ;
- Le principe d'accès au juge, en cas de violations graves du droit, est une norme de *jus cogens*, et les populations de Palestine connaissent, s'agissant des violations du droit international, une situation de déni de droit, la puissance occupante refusant l'application de la IV^o Convention de Genève et des textes internationaux qui fondent les droits de l'homme.

215. On voit mal, dans ce contexte, les motifs pouvant autoriser le procureur, qui n'est pas un juge, à interdire l'accès au juge. S'agissant de déterminer la compétence de la juridiction, seule celle-ci est compétente. C'est le principe de « *Kompetenz-Kompetenz* » : En cas de contestation sur le point de savoir si le Tribunal est compétent, le Tribunal décide¹¹⁵. Le TPIY a confirmé l'application de ce principe : « En droit international, où il n'existe pas de système judiciaire intégré et où chaque organe judiciaire a besoin d'un acte constitutif spécifique définissant sa compétence, la première obligation de la juridiction est de déterminer sa propre compétence¹¹⁶. Aucun texte limitatif de ce genre ne figurant dans le Statut de la CPI, le procureur ne peut trancher lui-même la question, et il doit permettre à la Cour d'exercer sa « compétence de la compétence ».

216. Pour justifier une telle décision d'interdiction, le Procureur devrait démontrer qu'il n'y a pas de base raisonnable pour croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis dans les territoires occupés de Palestine, ce qui reviendrait à nier la portée des décisions de la CIJ et de la CJUE, des instances de l'ONU et du CICR.

¹¹⁵ CIJ, Avis, Effets de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant des indemnités, 13 juillet 1954, Recueil 1954, p. 47, 521-52, 60-61 ; CIJ, Nottebohm (Liechtenstein c/ Guatemala), exception préliminaire, 21 mars 1953, C.I.J. Recueil 1953, p. 7, 119.

¹¹⁶ TPIY, Ch. Appel, Tadic, 2 octobre 1995, par. 18.

217. En l'état actuel, et suite aux deux résolutions de l'AG ONU, la question est la mise en place des procédés pertinents pour juger les violations du droit international, à partir des structures juridique existant sur place. Ces démarches accréditent d'ailleurs la nécessité de juger. Il convient d'attendre leur terme.

218. Si ce processus restait un échec, le procureur aurait à saisir la Chambre préliminaire, qui elle se prononcerait sur l'opportunité de l'enquête, en fonction des critères généraux du droit international humanitaire, et de ceux spécifique retenus dans l'affaire du Kenya.

III – La demande

219. Il est demandé au juge pénal français de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision définitive de la Cour Pénale Internationale.

220. La CPI se prononcera sur les culpabilités liées au crime de colonisation, les plaintes visant :

- les auteurs principaux,
- tous ceux qui participent à l'activité criminelle, c'est-à-dire les dirigeants des entreprises qui participent à cette infraction.

Quatrième moyen

Infraction douanière

Sursis à statuer dans l'attente d'une décision du juge pénal français sur l'infraction douanière

I – Le droit

221. Au titre de l'article 426, 3° du Code des douanes, sont réputées importations ou exportations sans déclarations de marchandises prohibées « les fausses déclarations dans l'espèce, la valeur ou l'origine des marchandises ou dans la désignation du destinataire réel ou de l'expéditeur réel lorsque ces infractions ont été commises à l'aide de factures, certificats ou tous autres documents faux, inexacts, incomplets ou non applicables ».

222. Ces faits sont réprimés comme délit douanier de première classe prévu et réprimé par l'article 414 du Code des douanes.

223. Aux termes de l'article 343 du Code des douanes, le procureur de la République peut exercer les actions publique et fiscale, et l'agent poursuivant des douanes l'action fiscale, mais les justiciables, personnes physiques ou morales, ne peuvent ni intenter ni se joindre à des actions judiciaires visant des infractions douanières¹¹⁷.

II – Discussion

224. L'arrêt Brita conforme l'analyse faite par les instances communautaires, sans en tirer les conséquences, à savoir l'existence *a minima* d'un délit douanier.

III - La demande

225. Les autorités publiques doivent engager des poursuites douanières, et le juge pénal saisi de poursuites contre les militants doit surseoir à statuer, car l'infraction ne peut être constituée dès lors que l'activité économique en cause n'est pas normale. Il n'y a peut y avoir de discrimination en fonction de l'appartenance à la « nation », au sens de la loi pénale, à savoir Israël, car les produits sont issus des territoires de Palestine, placés sous occupation militaire depuis 1967.

¹¹⁷ Crim. 14 janvier 1991, n°90-81133, Bull n° 222 ; Crim. 10 février 1992, n°90-83.278, Bull. n° 62.

Cinquième moyen

Infraction de tromperie

Sursis à statuer dans l'attente d'une décision du juge pénal français sur l'infraction de tromperie

I – Le droit

226. Le Code de la consommation prévoit en son article L. 111-1 que le vendeur est tenu d'une obligation précontractuelle générale d'information sur les caractéristiques essentielles du bien, et les articles L 121-1, L. 121-6 et L. 213-1 sanctionnent les faits de tromperie.

227. Une pratique commerciale est trompeuse lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant notamment sur l'origine, du produit.

228. L 213-1 punit de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros celui qui aura trompé ou tenté de tromper le contractant sur l'origine du produit¹¹⁸.

II – Discussion

229. L'activité économique en cause relève de l'infraction pénale de tromperie, dès lors qu'il y a fraude sur l'origine, un consommateur pensant que les produits viennent d'Israël, alors qu'ils sont originaires de Palestine.

III – La demande

230. Des plaintes pénales peuvent être déposées ou des actions civiles engagées, afin d'établir l'existence de la tromperie sur l'origine, exclusive de la notion d'activité économique normale, qui est un condition de l'infraction. Il n'y a peut y avoir de discrimination en fonction de l'appartenance à la « nation », au sens de la loi pénale, à savoir Israël, car les produits sont issus des territoires de Palestine, placés sous occupation militaire depuis 1967.

231. Le juge pénal saisi de poursuites contre les militants doit surseoir à statuer, un élément constitutif de l'infraction étant débattu dans une autre instance.

¹¹⁸ Crim, n° 98-84446, Bull. n° 233 ; Crim. 12 mars 2002 n° 01-83079 ; Crim, 24 février 2009, n° 08-85283.

Section 3

Défense au fond

Absence d'infraction et liberté d'expression

Premier moyen : Caractère illicite des produits de produits non valablement certifiés

Deuxième moyen : Le caractère non fondé des poursuites pour discrimination économique

Troisième moyen : Le respect de la liberté d'expression

Premier moyen

Caractère illicite des produits de produits non valablement certifiés

I – Le droit

232. Est nul tout contrat conclu au mépris de dispositions législatives et réglementaires d'ordre public sanctionnées pénalement.

233. Une cause, portant sur un objet hors commerce, est illicite¹¹⁹.

- Destruction d'un chalet illégalement construit¹²⁰.
- Contrat portant sur des pratiques illicites¹²¹.
- Cause impulsive et déterminante du contrat contrevenant à la loi pénale¹²².

II – Discussion

234. Ont été exposés plus haut¹²³, et il y lieu de s'y référer, les éléments définissant cette illicéité. Un part majeure des exportations sous certificat d'origine israélien, provient en réalité des territoires occupés, dans le cadre d'un processus de colonisation directe ou d'un contrôle indû de l'économie, qui est un crime de guerre. L'exploitation économique de ces territoires est la condition et le but de cette colonisation.

235. Les certificats établis par Israël sont faux car Israël ignore l'application du droit international, ce qui veut dire que ce sont *de facto* toutes les exportations qui sont visées, rien ne permettant de valider la qualité de ces certificats.

236. Le juge pénal français peut décider de sursoir à statuer, dans l'attente de décisions juridictionnelles internationales ou nationales, qui établiront ce caractère criminel donc illicite, rendant toute exportation impossible.

237. Mais le juge national peut aussi, dans la plénitude de sa fonction juridictionnelle, apprécier ces éléments issus de la légalité internationale et nationale, lui permettant de se prononcer sur les éléments constitutifs de l'infraction. Ces exportations, fruit du crime de colonisation, ne peuvent bénéficier de la protection du droit.

238. Il ne saurait y avoir de discrimination « à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une nation », selon les termes des articles 225-1 et 225-2, 2° du code pénal, dès lorsque les biens exportés depuis la Palestine ne relèvent pas de l'autorité d'Israël.

III – La demande

239. Aucune condamnation de militants n'est possible, car manque la notion d'activité économique normale, qui est une condition de l'infraction.

¹¹⁹ Cass. Civ. 1°, 3 novembre 2004, n° 02-1088.

¹²⁰ Cass. Crim., 4 novembre 2008, n° 08-82591.

¹²¹ Cass. Com, 11 juillet 2006, n° 04-16759.

¹²² Cass. Civ. 1°, 12 juillet 1989, n° 88-11443.

¹²³ Section 2 – Question prioritaire de constitutionnalité pour juger la légalité du texte qui est le fondement des poursuites.

Deuxième moyen

Le caractère non fondé des poursuites pour discrimination économique

I – Le droit

240. Il a été expliqué plus haut¹²⁴, et il y a lieu de s'y référer, que l'infraction de discrimination économique vise, dans la lecture qu'en fait le jurisprudence européenne (Arrêt Willem) et nationale, les acteurs économiques, qui ont un pouvoir de décision direct sur le marché.

241. La CEDH a jugé :

Au-delà de ses opinions politiques, pour lesquelles il n'a pas été poursuivi ni sanctionné, et qui entrent dans le champ de sa liberté d'expression (...)

II – Discussion

242. Les militants qui appellent au boycott se situent de manière décisive dans le registre de la liberté d'expression, comme le prouve toutes les pièces, et les publications de la campagne BDS.

III - Demande

243. La meilleure réponse est d'accueillir la question prioritaire de constitutionnalité, qui permet d'examiner la qualité du texte, au regard des exigences constitutionnelles de légalité et de prévisibilité.

244. Si cette demande n'était pas accueillie, le tribunal, sans le cadre de la plénitude de juridiction du juge pénal, devrait faire application du droit, c'est-à-dire la loi telle que l'interprète le juge, dont le juge européen, et dire l'infraction non constituée, les militants n'étant pas des acteurs économiques.

¹²⁴ Section 1. Question prioritaire de constitutionnalité pour juger la légalité du texte qui est le fondement des poursuites.

Troisième moyen

Le respect de la liberté d'expression

I – En droit

A – L'idéal démocratique

245. Cet idéal se retrouve dans l'approche de la CEDH (1) et de la CJUE (2).

1 – L'approche de la CEDH

246. La Cour EDH analyse ainsi les liens entre la démocratie et la Convention¹²⁵:

La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de « l'ordre public européen » (...). Ceci ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique d'une part, et sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme d'autre part (...). Le même préambule énonce ensuite que les États européens ont en commun un patrimoine d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. La Cour a vu dans ce patrimoine commun les valeurs sous-jacentes à la Convention (...); à plusieurs reprises, elle a rappelé que celle-ci était destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique (...)

247. La démocratie apparaît ainsi comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle. Elle représente un élément fondamental de « l'ordre public européen »¹²⁶.

248. La tolérance et le respect de l'égalité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste¹²⁷.

2 – L'approche de la CJUE

249. La Cour de Justice de l'Union Européenne s'inscrit dans la même analyse fondamentale, par son arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*¹²⁸.

250. En outre, selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de

¹²⁵ CEDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres*, précité, pp. 21 et 22, § 45; voir aussi : CEDH, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05, Rec. p. I-5305, point 29 et jurisprudence citée.

¹²⁶ CEDH, *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995 (exceptions préliminaires), série A n° 310, p. 27, § 75

¹²⁷ CEDH, *Ayse Ozturk c. Turquie*, n° 24914/94, 15 octobre 2002, § 64

¹²⁸ CJUE, *Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, § 283 et 335

l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La CEDH revêt, à cet égard, une signification particulière.

251. Selon une jurisprudence constante¹²⁹, le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH, ce principe ayant d'ailleurs été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice¹³⁰.

252. Il faut à cet égard noter que le préambule de l'accord CE-Israël, entré en vigueur le 1^{er} juin 2000, indique que les parties ont conclu cet accord « considérant l'importance [qu'elles] attachent au principe de la liberté économique et aux principes de la charte des Nations unies, en particulier le respect des droits de l'homme et de la démocratie, qui constituent le fondement même de l'association ».

253. Les principes jurisprudentiels ci-dessus rappelés ont ainsi vocation à s'appliquer aux questions nées de la mise en œuvre de l'accord CE-Israël.

B – La liberté d'expression

254. Le régime dépend du texte (1) tel que l'a interprété la jurisprudence(2).

1 – Texte

255. L'article 10 de la Convention, dans sa partie pertinente, est ainsi libellé :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. (...).

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

2 – Jurisprudence

256. A partir de ce texte, la CEDH a élaboré sa jurisprudence¹³¹.

- **La liberté d'expression, l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, vaut pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent.**

¹²⁹ CJCE, 13 mars 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, point 37.

¹³⁰ JO C 364, p. 1

¹³¹ CEDH, Castells c. Espagne du 23 avril 1992, série A n° 236, p. 23, § 46 ; Fressoz et Roire c. France [GC], n° 29183/95, § 45 ; CEDH 1999-I, Ceylan c. Turquie [GC], n° 23556/94, § 32, CEDH 1999-IV ; Synthèse dans l'affaire Ayse Ozturk c. Turquie, n° 24914/94, 15 octobre 2002, § 67.

257. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique »¹³².

- **Cette liberté ne peut être limitée que pour « besoin social impérieux ».**

258. Une condamnation s'analyse en une « ingérence » dans l'exercice par l'intéressé de sa liberté d'expression, ce que reconnaît le Gouvernement. Pareille immixtion enfreint l'article 10, sauf si elle est « prévue par la loi », dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et « nécessaire » dans une société démocratique pour les atteindre¹³³.

259. Pour ce faire, la Cour EDH considère l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants »¹³⁴.

- **L'article 10 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général.**

260. L'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général¹³⁵.

261. De plus, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement que d'un simple particulier, ou même d'un homme politique. Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif, non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi de l'opinion publique¹³⁶.

262. Pour la Cour, il est fondamental, dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique, qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique¹³⁷.

263. Si tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général est certes tenu de ne pas dépasser certaines limites quant au respect – notamment – des droits d'autrui, il lui est également permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos¹³⁸.

¹³² CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49

¹³³ CEDH, *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, §§ 34-37, série A n° 103 ; *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 41, CEDH 1999-I ; *Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, §§ 32-34, CEDH 2001-II

¹³⁴ CEDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* [GC], n°s 21279/02 et 36448/02, § 55).

¹³⁵ CEDH, *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, Recueil 1996-V, pp. 1957-1958, § 58 ; *Scharsach et News Verlagsgesellschaft c. Autriche*, n° 39394/98, § 30, CEDH 2003-XI).

¹³⁶ CEDH, *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, pp. 1567-1568, § 54

¹³⁷ CEDH, *Almeida Azevedo c. Portugal*, n° 43924/02, § 32, 23 janvier 2007; CEDH, *Feldek c. Slovaquie*, n° 29032/95, § 83, CEDH 2001-VIII

¹³⁸ CEDH, *Mamère c. France*, n° 12697/03, § 25, CEDH 2006-II

C – La liberté d’association ou de réunion

264. Le régime dépend du texte (1) tel que l’a interprété la jurisprudence(2).

1 – Texte

265. Le texte est l’article 11, ainsi rédigé.

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat.

2 – Jurisprudence

- **Les idées politiques qui contestent l’ordre établi doivent se voir offrir une possibilité convenable de s’exprimer.**

266. La Cour rappelle que la liberté de réunion et le droit d’exprimer ses vues à travers cette liberté font partie des valeurs fondamentales d’une société démocratique. L’essence de la démocratie tient à sa capacité à résoudre des problèmes par un débat ouvert¹³⁹.

267. Dans une société démocratique fondée sur la prééminence du droit, les idées politiques qui contestent l’ordre établi et dont la réalisation est défendue par des moyens pacifiques, doivent se voir offrir une possibilité convenable de s’exprimer à travers l’exercice de la liberté de réunion ainsi que par d’autres moyens légaux¹⁴⁰.

- **L’article 11 relatif à la liberté de réunion et d’association de la Convention doit s’envisager aussi à la lumière de l’article 10.**

268. Malgré son rôle autonome et la spécificité de sa sphère d’application, l’article 11 relatif à la liberté de réunion et d’association de la Convention doit s’envisager aussi à la lumière de l’article 10. La protection des opinions et de la liberté de les exprimer constitue l’un des objectifs de la liberté de réunion et d’association consacrée par l’article 11¹⁴¹.

¹³⁹ CEDH, Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie [GC], n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 98, CEDH 2003-II ; Parti socialiste de Turquie (STP) et autres c. Turquie, n^o 26482/95, § 38, 12 novembre 2003 ; Sürek c. Turquie (n^o 1) [GC], n^o 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV ; Incal c. Turquie, arrêt du 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, p. 1567, § 48 ; Parti socialiste et autres c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III, pp. 1256-1257, §§ 46-47 ; Piermont c. France, 27 avril 1995, série A n^o 314, §§ 76-77 ; Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, arrêt du 21 juin 1988, série A n^o 139, p. 12, § 32.

¹⁴⁰ CEDH, Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie, n^{os} 29221/95 et 29225/95, §§ 77-78 et 97 ; Djavit An c. Turquie, n^o 20652/92, §§ 56-57

¹⁴¹ CEDH, Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie [GC], n^o 23885/94, § 37, CEDH 1999-VIII ; Stankov et Organisation Macédonienne Unie Ilinden, n^{os} 29221/95 et 29225/95, 2 octobre 2001, § 85. CEDH, Yazar et autres, n^{os} 22723/93, 22724/93 et 22725/93, 9 avril 2002, § 46.

269. La liberté de réunion garantie par l'article 11 de la Convention protège aussi les manifestations susceptibles de heurter ou mécontenter des éléments hostiles aux idées ou revendications qu'elles veulent promouvoir¹⁴².

- **Un groupe ne peut se voir inquiété pour le seul fait de vouloir débattre publiquement du sort d'une cause, dans le respect des règles démocratiques.**

270. L'une des principales caractéristiques de la démocratie réside dans la possibilité qu'elle offre de résoudre par le dialogue et sans recours à la violence les problèmes que rencontre un pays, et cela même quand ils dérangent. La démocratie se nourrit en effet de la liberté d'expression. Sous ce rapport, un groupe ne peut se voir inquiété pour le seul fait de vouloir débattre publiquement du sort d'une partie de la population d'un Etat et trouver, dans le respect des règles démocratiques, des solutions qui puissent satisfaire tous les acteurs concernés¹⁴³.

271. C'est seulement s'il y a incitation à l'usage de la violence à l'égard d'un individu, d'un représentant de l'Etat ou d'une partie de la population, que les autorités nationales jouissent d'une marge d'appréciation plus large dans leur examen de la nécessité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression¹⁴⁴.

- **Les groupes militants apportent une contribution irremplaçable au débat politique.**

272. Les groupes militants apportent une contribution irremplaçable au débat politique, lequel se trouve au cœur même de la notion de société démocratique¹⁴⁵. La Cour a qualifié l'Etat d'ultime garant du pluralisme¹⁴⁶.

273. A plusieurs reprises, la Cour a rappelé que la Convention était destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique¹⁴⁷.

274. Même si des propositions des groupes activistes risquent de heurter les lignes directrices de la politique gouvernementale ou les convictions majoritaires dans l'opinion publique, le bon fonctionnement de la démocratie exige que les formations politiques puissent les introduire dans le débat public afin de contribuer à trouver des solutions à des questions générales qui concernent l'ensemble des acteurs de la vie politique¹⁴⁸.

¹⁴² CEDH, Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, 21 juin 1988, série A n° 139, p. 12, § 32.

¹⁴³ CEDH, Parti communiste unifié de Turquie et autres, p. 27, § 57. CEDH, Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, Recueil 1998-I, p. 17, 20 et 21, §§ 42-43

¹⁴⁴ CEDH, Incal c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, p. 1566, § 48, et Sürek c. Turquie (n° 1) [GC], n° 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV ; CEDH, Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP), § 40.

¹⁴⁵ CEDH, Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, § 42 ; Castells c. Espagne du 23 avril 1992, série A n° 236, p. 23, § 43.

¹⁴⁶ CEDH, Informationsverein Lentia et autres c. Autriche 24 novembre 1993, série A n° 276, p. 16, § 38

¹⁴⁷ CEDH, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, série A n° 23, p. 27, § 53 ; Soering précité, p. 34, § 87 ; *Mutatis mutandis*, les arrêts Ahmed et autres c. Royaume-Uni du 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, pp. 2377 et 2378, § 55, Goodwin c. Royaume-Uni du 27 mars 1996, Recueil 1996-II, pp. 500 et 501, § 40.

¹⁴⁸ CEDH, Vogt c. Allemagne du 26 septembre 1995, série A n° 323, p. 25, § 52 ; Parti communiste unifié de Turquie et autres, précité, p. 27, § 57).

II – Discussion

275. Les militants ne peuvent être poursuivis en qualité d'acteurs économiques. Leur action se situe dans le cadre défini par la liberté d'expression et la liberté d'association, et les moyens mis en œuvre sont adaptés à leur action, dès lorsqu'il s'agit de dénoncer un crime de guerre, connu et toléré par les autorités gouvernementales et européennes.

III – La demande

276. Aucune sanction n'est envisageable contre cette forme adaptée de la liberté d'expression.

Plan détaillé

Chapitre 1

Les faits

I – Les étapes de la violation du droit p. 4

1 – La Palestine sous mandat britannique

2 – 1947/1949 : La Ligne Verte

3 – Depuis 1967, l'occupation des territoires palestiniens

4 – Depuis 1970, la colonisation

II – Le constat de l'impunité p. 7

Chapitre 2

La défense

Section 1

Question prioritaire de constitutionnalité

I – En droit p. 10

A – La question prioritaire de constitutionnalité p. 10

B – Le principe de prévisibilité de la règle pénale p. 10

1 – En droit interne

2 – En droit européen

C – L'interprétation de l'infraction de discrimination économique p. 12

1 – En droit interne

a – Jurisprudence civile

b – Jurisprudence pénale

2 – La jurisprudence européenne (Affaire Willem)

3 – Droit allemand

II – Discussion p. 15

III – La demande p. 15

Section 2

Le crime de colonisation

Premier moyen - Nouvelle saisine de la Cour Internationale de Justice (CIJ)

I – Le droit p. 17

A – Le régime des territoires occupés p. 17

1 – La notion de territoires occupés

2 – Le contenu des règles

a – L’occupant est administrateur et doit respecter la propriété privée

b – L’occupant ne peut procéder ni à des transferts de populations, ni à l’implantation de populations

B – L’application au cas de la Palestine p. 20

1 – Les obligations d’Israël puissance occupante

a – La situation générale des territoires occupés de Palestine

b – Le caractère illicite de la construction du mur

2 – L’obligation des Etats parties aux quatre conventions de Genève de faire respecter l’avis rendu par la CIJ

II – Discussion p. 23

A – Sur le caractère illicite de l’exploitation des territoires occupés

B – Sur l’obligation de la France d’assurer le respect des règles définies par l’avis de 2004

III – La demande p. 24

Deuxième moyen – Question préjudicielle devant la CJUE

I – En droit p. 25

A – La question préjudicielle p. 25

1 – Cadre général

2 – Application à l'interprétation d'un accord d'association

B – Le droit européen : La mise en œuvre de la primauté du droit p. 26

1 – L'idéal démocratique

a – L'approche de la CJUE

b – L'approche de la CEDH

2 – L'application dévoyée de l'accord CE-Israël

a – L'accord CE-Israël

b – La généralisation des fraudes, par des exportations israéliennes issues des territoires occupés

c – La spoliation de la Palestine

3 – L'affaire Brita

a – Les faits et la procédure

b – L'arrêt de la Cour

II – Discussion p. 32

III – La demande p. 32

Troisième moyen – Décision de la Cour Pénale Internationale (CPI)

I – En droit p. 34

A – Les règles de fond p. 34

1 – La colonisation, un crime de guerre

2 – Auteurs directs et complicités

3 – Le droit au juge

B – La mise en œuvre p. 35

1 – L'action des Etats

2 – L'action *proprio motu* du Procureur

II – Discussion p. 38

A – L’action des Etats

B – L’action du Procureur

1 – Deux terrains pour la juridiction de la CPI

a – La déclaration de compétence du 21 janvier 2009

b – L’action contre les dirigeants d’entreprises européennes

2 – L’inéluctable saisine de la Chambre préliminaire

III – La demande p. 39

Quatrième moyen – Infraction douanière

I – Le droit p. 41

II – Discussion p. 41

III - La demande p. 41

Cinquième moyen – Infraction de tromperie

I – Le droit p. 42

II – Discussion p. 42

III – La demande p. 42

Section 3

Défense au fond

Absence d’infraction et liberté d’expression

Premier moyen – Caractère illicite des produits de produits non valablement certifiés

I – Le droit p. 44

II – Discussion p. 44

III – La demande p. 44

Deuxième moyen – Le caractère non fondé des poursuites pour discrimination économique

I – Le droit p. 45

II – Discussion p. 45

III – Demande p. 45

Troisième moyen – Le respect de la liberté d’expression

I – En droit p. 46

A – L’idéal démocratique p. 46

1 – L’approche de la CEDH

2 – L’approche de la CJUE

B – La liberté d’expression p. 47

1 – Texte

2 – Jurisprudence

C – La liberté d’association ou de réunion p. 49

1 – Texte

2 – Jurisprudence

II – Discussion p. 51

III – La demande p. 51