

# LE CRIME D'AGRESSION : UNE DÉFINITION SANS RIME NI RAISON

UNE APPROCHE AMÉRICAINE

PAR

MICHAEL GLENNON (\*)

*«L'objet du droit est la direction des actes humains par des règles. Parler de gouverner ou de régir les actes d'aujourd'hui selon des règles qui seront appliquées demain, c'est parler sans rime ni raison.»*

Leon L. FULLER (1)

Le 13 février 2009, le Groupe de travail spécial sur le crime d'agression (GTSCA), constitué en vertu du traité établissant la Cour pénale internationale (CPI), a annoncé un progrès historique (2). Après cinq années de délibérations, les membres du Groupe ont déclaré être enfin parvenus à un accord sur un projet de définition du crime d'agression (3). Le traité établissant la Cour, le Statut de Rome, prévoyait que ce crime serait passible de poursuites, mais, au moment de son élaboration, les auteurs du Statut n'étaient pas parvenus à convenir d'une définition. L'initiation de poursuites pour ce crime avait donc été suspendue jusqu'à ce que le Statut puisse être modifié pour inclure cette définition (4). L'Assemblée des Etats parties soumettra la définition proposée par le Groupe de travail à sa Conférence de révision en mai 2010 à Kampala, en Ouganda (5).

Dans cet article, nous soutenons que la définition proposée désigne un crime qui ne rime à rien, qui enfreint les normes élémentaires des droits internationaux de l'homme et les garanties nationales de procédure régulière, en raison de son mépris du principe international de légalité et des interdictions constitutionnelles des Etats-Unis contre les sanctions pénales

(\*) Professeur de Droit international à la Fletcher School of Law and Diplomacy de la Tufts University (Medford, Etats-Unis). Traduction par Lucie MAUPIN.

(1) Leon L. FULLER, *Morality of Law*, 1969.

(2) Cour pénale internationale (ci-après CPI), Assemblée des Etats parties, «Continuité du travail sur le crime d'agression», Doc. CPI ICC-ASP/1/Res.1, 9 sept. 2002.

(3) Département de l'information des Nations Unies, Conférence de presse sur le Groupe de travail spécial sur le crime d'agression, 13 fév. 2009.

(4) Statut de Rome de la Cour pénale internationale (ci-après Statut de Rome), art. 5(2), 17 juil. 1998, 2 187 UNTS 90.

(5) CPI, Communiqué de presse «L'assemblée des Etats parties achève les travaux de sa huitième session», 30 nov. 2009.

vagues et rétroactives. La défense de la criminalisation de l'agression est, selon l'heureuse formule de Reinhold Niebuhr, «une logique qui trouve une possibilité d'accomplissement dans sa nécessité» (6). Ses partisans semblent convaincus de la nécessité de définir le crime d'agression; ils croient que le crime d'agression est nécessairement définissable. Cependant, la nécessité, qu'elle soit morale ou autre, n'implique pas l'accomplissement juridique. Les efforts répétés de définition de l'agression ont fait long feu tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, tandis que des divergences politiques et culturelles permanentes entre les Etats ont empêché la formation d'un consensus. Les Etats forts et les Etats faibles ont longtemps connu une division marquée sur la question du moment opportun pour employer la force et sur la poursuite de leurs propres dirigeants politiques et militaires pour ce crime. Le fort degré de précision nécessaire pour imposer une responsabilité pénale individuelle – et non simplement orienter le comportement d'un Etat – s'est donc avéré inatteignable.

La définition ambiguë actuellement proposée masque ces divergences. Si des poursuites étaient entreprises sur ces bases, elles s'appuieraient sur des éléments que la loi n'a pas définis, rendant la responsabilité pénale imprévisible et sapant ainsi l'intégrité de la loi. La définition proposée ne peut pas se concilier avec l'exigence contenue dans le Statut de Rome lui-même : que la Cour applique les règles conformément aux droits de l'homme reconnus par la communauté internationale (7). L'ambiguïté de la définition élargit sa portée potentielle au point que, si elle avait été en vigueur pendant les dernières décennies, chaque Président des Etats-Unis depuis John F. Kennedy, des centaines de législateurs et de dirigeants militaires américains, ainsi que d'innombrables dirigeants militaires et politiques d'autres pays auraient pu faire l'objet de poursuites. Nous allons plus loin et avançons que si on incluait dans la décision d'entamer des poursuites, comme certains l'ont suggéré, le jeu de roulette politique que représente le Conseil de sécurité des Nations Unies, ces difficultés seraient multipliées. En outre, exclure le Conseil créerait un conflit insoluble avec la Charte. Le fait que les Etats-Unis ne soient pas partie au Statut de Rome n'en fait pas une hypothèse abstraite : les dirigeants politiques et militaires américains pourraient être poursuivis pour crime d'agression, même si les Etats-Unis maintiennent leur position et refusent d'y adhérer. Etant donné les réalités politiques persistantes, et les divergences profondes et constantes entre les Etats sur les circonstances pouvant justifier le recours à la force, il convient donc d'abandonner la tentative de pénaliser l'agression selon les axes proposés.

(6) Reinhold NIEBUHR, *The Irony of American History*, University of Chicago Press, 2008 (1952).

(7) Statut de Rome, art. 21(3).

BREF HISTORIQUE DES TENTATIVES  
DE DÉFINITION DE L'AGRESSION

*De Briand-Kellogg à Nuremberg*

L'accusation d'agression a accompagné les conflits armés pendant des siècles (8), mais le droit international n'interdisait pas aux Etats de commettre une agression, cela, jusqu'à la conclusion du Pacte Briand-Kellogg en 1928 (9). Même alors, le terme n'était pas défini (10) ou employé : le Pacte condamnait «le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux» et ses parties «y renon[çaient] à la guerre] en tant qu'instrument de la politique nationale dans leurs relations mutuelles» (11). Le texte ne restreignait que la conduite des Etats parties et ne contenait aucune disposition imposant une responsabilité pénale à des individus. Il fut largement accepté, mais largement ignoré : les principaux acteurs de la Seconde Guerre mondiale étaient tous parties au Pacte.

Après la Guerre, seize accusés furent jugés devant le Tribunal militaire international de Nuremberg pour l'équivalent du crime d'agression, le «crime contre la paix», et douze furent condamnés (12) Un crime contre la paix était alors compris comme «la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux» ou «la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent» (13). A l'époque, le droit international coutumier ne comprenait aucun principe correspondant (14) – tout comme aujourd'hui, à notre avis (15). Des tribunaux

(8) Robert L. O'CONNELL, *Of Arms and Men : a History of War, Weapons, and Aggression*, 1989.

(9) Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale (ci-après Traité de renonciation à la guerre), art. I, 27 août 1928.

(10) En 1933, l'Union soviétique proposa une définition de l'agression à une conférence sur le désarmement, mais les négociations n'aboutirent à aucun accord. Cf. Matthias SCHUSTER, *The Rome Statute and the Crime of Aggression : a Gordian Knot in Search of a Sword*, 2003.

(11) Traité de renonciation à la guerre, art. I.

(12) Procès des principaux criminels de guerre devant le Tribunal militaire international (ci-après Tribunal militaire international), Nuremberg, 14 nov. 1945, 1<sup>er</sup> oct. 1946. Seize accusés de Nuremberg furent condamnés pour crime de guerre et seize autres furent condamnés pour crimes contre l'humanité. Aucun n'a été condamné pour crime contre la paix.

(13) Accord pour la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe, Annexe art. VI(a), 8 août 1945. L'argument selon lequel cette définition circulaire est par essence vague et vide de sens est développée par Matthias SCHUSTER, *op. cit.*

(14) Yoram DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, 1994 (2<sup>e</sup> éd.).

(15) Cf. «R. v. Jones», 2006, UKHL 16, 2007, 1 AC 136, ensemble d'appels provenant de juridictions différentes (Royaume-Uni), où les accusés, répondant au chef d'accusation d'avoir endommagé des réservoirs et des camions d'essence après s'être introduits en cachette sur une base de la Royal Air Force, ont soutenu que leurs actes visaient à empêcher un crime d'agression (le bombardement de l'Iraq) et donc qu'ils étaient permis, conformément à la loi britannique applicable. Les Lords ont établi que le crime d'agression fait partie du droit international coutumier, mais pas du droit national et qu'il n'a pas été inclus dans le cadre législatif du Royaume-Uni. Ainsi, le panel a observé que «certains Etats parties au Statut de Rome ont cherché une définition étendue et plus spécifique de l'agression», ignorant apparemment que le Statut n'énonçait aucune définition de l'acte d'agression ou du crime d'agression et que la recherche d'une définition appartenait non pas à «certains Etats», mais à un processus déclenché par la Conférence de Rome elle-même. A la lumière de la pratique de l'Etat, l'affirmation du panel selon laquelle le crime d'agression fait partie du droit international coutumier contemporain ne tient pas.

militaires alliés qui, soumis à la loi sur le Conseil de contrôle, se sont tenus en Allemagne, dix (16) ont également jugé des crimes de cette nature. Il en a été de même du Tribunal militaire international d'Extrême-Orient ou «Tribunal de Tokyo», lequel déclara Hideki Tojo, Premier ministre japonais au moment de l'attaque de Pearl Harbor, coupable de la poursuite d'une guerre d'agression et le condamna à mort (17); en tout et pour tout, le Tribunal de Tokyo condamna vingt-trois autres Japonais membres du gouvernement pour crime d'agression, sans toutefois définir ce terme (18). Les procès qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale ont été la première et seule occasion lors de laquelle le crime d'agression a fait l'objet de poursuites (19).

Cette absence de précédents, conjuguée à l'ambiguïté du crime, explique partiellement la gêne de certains juristes américains face à la poursuite des dirigeants nazis pour «crimes contre la paix» (20). Le juge William O. Douglas a écrit que, «à l'époque, [il] pens[ait] et pense encore que les procès de Nuremberg étaient sans fondement. On a créé une loi ex post facto pour répondre à l'agitation et aux réclamations de l'époque» (21). Dans son autobiographie, le juge Douglas a développé cette idée : «le problème avec ces procès était double : 1) selon les normes américaines, les lois rétroactives sont interdites et il n'existait pas à l'époque de crime clair et net de 'guerre d'agression'. Il est vrai que des avocats habiles auraient pu le déduire des traités et des conventions. Mais la loi pénale selon nos normes doit être claire, précise et bien définie afin de servir d'avertissement à des agresseurs en puissance. Aucune interdiction internationale de la guerre d'agression ne possédait cette précision et cette clarté. 2) L'interdiction de la 'guerre d'agression' imposait un châtement au perdant. Comme l'a dit Stone, pour gagner, une nation menacée peut être obligée de faire le premier geste, sous peine d'être détruite

(16) Loi du Conseil de contrôle n° 10, art. II, 20 déc. 1945, in Procès des criminels de guerre devant les tribunaux militaires de Nuremberg conformément à la Loi du Conseil de contrôle, 1949.

(17) Commission préparatoire pour la CPI, Groupe de travail sur le crime d'agression, «Examen historique des développements liés à l'agression», Doc. ONU PCNICC/2002/WGCA/L.1, 24 janv. 2002; Noah WEISBORD, *Prosecuting Aggression*, 2008.

(18) Matthias SCHUSTER, *op. cit.*

(19) Aucun des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* n'a autorisé les poursuites pour crime d'agression; les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda n'ont fait aucune référence aux crimes d'agression ou aux crimes contre la paix. Cf. Résolution du Conseil de sécurité n° 955 établissant le Tribunal pénal international pour le Rwanda, Annexe, Doc. ONU S/RES/955, 8 nov. 1995; Secrétaire général, *Rapport sur les aspects de l'établissement d'un tribunal international pour la poursuite des personnes responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie*, Doc. ONU S/25 704 établissant le Tribunal pénal international de l'ex-Yougoslavie, 3 mai 1993.

(20) Les Américains ne furent pas les seuls à exprimer des réserves sur la poursuite des accusés pour crimes contre la paix. Le professeur André Gros, membre de la délégation française à la Conférence de Londres, soutint : «nous pensons qu'il adviendra que personne ne pourra dire que déclencher une guerre d'agression est un crime international; en fait, vous êtes en train d'inventer cette sanction». Quand M. Gros formula le vœu que cela devienne un crime à l'avenir, Sir David Maxwell Fyfe, le représentant du Royaume-Uni et le procureur général, répliqua : «nous pensons que cela serait souhaitable d'un point de vue moral et politique, mais que cela n'entre pas dans le cadre du droit international». Propos cités par Kenneth S. GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Law*, 2009.

(21) H.K. THOMPSON, *Dönitz at Nuremberg : a Reappraisal*, Jr. & Henry Strutz, 1976.

[...] *Le concept de 'guerre d'agression' doit être défini avec précision pour pouvoir être applicable conformément aux normes du droit pénal américain*» (22).

Le président de la Cour suprême, Harlan Fiske Stone, a observé que le procureur en chef pour les Etats-Unis, Robert Jackson, a «*procéd[é] à un lynchage de haut niveau à Nuremberg. Ce qu'il fait aux nazis ne me gêne pas, mais j'ai horreur de voir ces simulacres de direction de tribunal et de poursuites conformes au droit commun. La fraude est un peu trop tartufe pour mes idées démodées*» (23). Ailleurs, il écrivit : «*je me demande comment ceux qui président les procès justifieraient certains des actes de leurs propres gouvernements s'ils étaient à la place des accusés*» (24). A un autre moment, le président de la Cour suprême Stone demanda spécifiquement «*si, selon cette nouvelle doctrine du droit international [de Nuremberg], au cas où nous aurions perdu la guerre, les vainqueurs auraient pu affirmer de manière plausible que quand nous avons fourni cinquante croiseurs à la Grande-Bretagne [en 1940], nous avons commis un acte d'agression*» (25). En tant que président de la Cour suprême, Jackson lui-même s'interrogea sur l'hypocrisie de l'accusation à la lumière des actes de l'Union soviétique : «*nous disons que la guerre d'agression est un crime*» écrivit-il au président Truman dans une lettre privée, «*et l'un de nos alliés affirme sa souveraineté sur les Etats baltes au seul titre de leur conquête*» (26).

L'un des juges fédéraux les plus réfléchis des Etats-Unis, Charles E. Wyzanski Jr., traita du sujet en détail. Sous sa plume, on peut lire : «*le corpus grandissant de coutume auquel on fait référence est constitué d'une coutume qui concerne les Etats souverains, non les individus. Il n'existe aucune convention ni aucun traité qui impose explicitement des obligations aux individus de ne pas contribuer à la poursuite d'une guerre d'agression. Ainsi, du point de vue de l'individu, l'accusation de 'crime contre la paix' apparaît d'un certain côté comme une loi rétroactive. Au moment où il a agi, la quasi-totalité des juristes bien informés lui auraient dit que des individus qui s'engagent dans une guerre d'agression ne sont pas des criminels au sens juridique du terme. [...] Et le plus grave, c'est qu'il y a des doutes sur la sincérité de notre conviction selon laquelle toutes les guerres d'agression sont des crimes. On peut se demander si les Nations Unies sont prêtes à examiner de près l'attaque de la Pologne ou de la Finlande par la Russie ou bien l'encouragement des Américains aux Russes à rompre leur traité avec le Japon. Chacun de ces actes peut avoir été approprié, mais nous n'admettons pas qu'ils soient soumis à*

(22) William O. DOUGLAS, *The Court Years, 1939-1975: the Autobiography of William O. Douglas*, 1980.

(23) Lettre du président de la Cour suprême Harlan Fiske Stone à Sterling Carr, 4 déc. 1945, cite par Alpheus Thomas MASON, *Harlan Fiske Stone: Pillar of the Law*, 1956.

(24) Lettre du président de la Cour suprême Harlan Fiske Stone à Charles Fairman, 23 mars 1945, citée *ibid.*

(25) Lettre du président de la Cour suprême Harlan Fiske Stone à Luther Ely Smith, 23 déc. 1945, citée *ibid.*

(26) Lettre du juge Robert Jackson au président Harry Truman, 12 oct. 1945, citée par R. CONOT, *Justice at Nuremberg*, 1983.

*des juridictions internationales. Ces considérations font voir certaines des mises en accusation de Nuremberg comme ayant des bases incertaines et des limites floues*» (27).

Le juge Wyzanski étudia ensuite la possibilité que les procès de Nuremberg reposent, en pratique, sur «*des principes généraux de droit criminel découlant du droit criminel de toutes les nations civilisées*» (28). Il répondit à cette question en déclarant que si cela constituait bel et bien le fondement des procès, ce fondement ne satisferait pas la plupart des avocats. Il ressemblerait à la loi nazie universellement décriée du 28 juin 1935, selon laquelle : «*toute personne commettant un acte que la loi déclare passible de sanction ou méritant un châtement selon les conceptions fondamentales du droit pénal et du bon sens populaire sera punie*». On contreviendrait ainsi directement à l'une des règles les plus fondamentales de la justice pénale, à savoir que les lois pénales ne soient pas *ex post facto* et qu'on applique le principe de *nullum crimen et nulla poena sine lege* – pas de crime et pas de châtement sans loi antécédente.

L'opposition à une loi qui change après qu'un délit a été commis est profondément enracinée. Démosthène et Cicéron connaissaient le poison des lois rétroactives; des philosophes tels Hobbes et Locke ont déclaré leur hostilité à cet égard; et la quasi-totalité des gouvernements constitutionnels interdisent la législation *ex post facto* sous une forme ou une autre, souvent selon les termes mêmes de la Magna Carta ou de l'article I de la Constitution des Etats-Unis ou de l'article 8 de la Déclaration française des droits de l'homme. Le refus des lois *ex post facto* n'est pas fondé sur une prétention d'avocat habillée en maxime latine pour faire bonne mesure, mais repose sur la vérité politique que si une loi peut être créée après un délit, le pouvoir est dans cette mesure absolu et arbitraire. Autoriser la législation rétroactive, c'est nier le principe de limitation constitutionnelle, c'est abandonner ce qui est habituellement considéré comme l'une des valeurs essentielles au cœur de notre foi démocratique (29).

### ***La Charte des Nations Unies***

La Charte des Nations Unies, signée en 1945, a énoncé de nouvelles règles quant à l'utilisation de la force par les Etats. Le cadre de la Charte est

(27) Charles E. WYZANSKI JR., «Nuremberg – A fair trial?», *Atlantic Monthly*, avr. 1946; Ellis WASHINGTON, «The Nuremberg trials: the death of the rule of law (in international law)», 2003.

(28) Comparer l'hypothèse prémonitoire de C. Wyzanski Jr. avec la qualification qui a vu le jour par la suite dans les pactes sur les droits de l'homme, dont le dernier autorisait «*le procès et le châtement de toute personne pour tout acte ou omission qui, à l'époque où il fut commis, était criminel selon les principes généraux de droit reconnus par la communauté des nations*». Cf. le Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 15(2), 12 déc. 1966.

(29) C.E. WYZANSKI JR., citation de *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs* [Loi sur la révision du Code pénal], 28 juin 1935.

direct et prend la forme d'une interdiction étendue, soumise à deux exceptions.

L'interdiction est énoncée à l'article 2(4) : «les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies» (30).

Les deux exceptions sont spécifiquement énoncées dans l'article 51 sur l'emploi de la force dans le cadre de la légitime défense et plus généralement dans le Chapitre VII sur l'autorisation du Conseil de sécurité. L'article 51 énonce : *«aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales»*. Le Chapitre VII permet au Conseil de sécurité d'autoriser le recours à la force, sous réserve de certaines restrictions. Premièrement, conformément à l'article 39, le Conseil doit *«constate[r] l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression»*. Ensuite, il doit déterminer si les *«mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée»* autorisées par l'article 41 *«seraient inadéquates ou se seraient révélées comme telles»*. Si ces deux conditions sont réunies, le Conseil peut alors, conformément à l'article 42, *«entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Cette action peut comprendre des démonstrations, des mesures de blocus et d'autres opérations exécutées par des forces aériennes, navales ou terrestres de membres des Nations Unies»*.

Deux éléments doivent en outre être relevés dans le système prévu par la Charte. D'abord, la Charte se donne la priorité au cas où les obligations qu'elle impose entrent en contradiction avec les obligations imposées par un autre traité. L'article 103 prévoit : *«en cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront»*.

Ensuite, le terme «agression» est utilisé deux fois dans la Charte, à l'article 39 et au paragraphe 1 de l'article 1, qui cite comme l'un des buts de la Charte de *«réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la*

(30) Charte des Nations Unies, art. 2(4).

*paix*» (31). Cependant, l'«agression» n'est définie nulle part dans la Charte, en raison de l'opposition des Etats-Unis et du Royaume-Uni au cours de la procédure afférente à Dumbarton Oaks et San Francisco (32).

L'Assemblée générale, la Commission du droit international et la Conférence de Rome

Face à l'absence de définition dans la Charte, l'Assemblée générale des Nations Unies réaffirme à l'unanimité, en 1946 (33), la définition circulaire de l'agression dans la Charte de Nuremberg (34). Dans la même résolution, elle demande à la Commission du droit international (CDI) d'élaborer un Code des violations de la paix et de la sécurité de l'humanité; cependant, face à sa difficulté, la CDI y renonce en 1954 (35).

Après trois tentatives infructueuses de définition du crime d'agression (36), en 1974, l'Assemblée générale donne finalement une définition de l'agression dans la Résolution 3 314, approuvée sans vote (37). Si ce texte ne donnait que des exemples illustratifs de ce que représente une agression (38), il définit celle-là comme une violation des règles relatives à l'emploi de la force développées dans les articles 2(4) et 51 de la Charte des Nations Unies (39), laissant en fin de compte les choses en l'état. La Résolution ne faisait aucune référence explicite au Chapitre VII de la Charte, ni à la reconnaissance par la Charte du «*droit inhérent de [...] légitime*

(31) Charte des Nations Unies, art. 1(1). Les deux dispositions semblent contradictoires : l'article 1(1) indique que tout acte d'agression constitue une rupture de la paix, tandis que l'article 39 classe les actes d'agression et les ruptures de la paix comme des délits différents.

(32) Les deux délégations ont soutenu qu'aucune définition de l'agression n'était nécessaire, étant donné que le concept «rupture de la paix» comprenait «l'agression». Les délégués russes et chinois ont donné leur approbation. Cf. Oscar SOLERA, *Defining the Crime of Aggression*, 2007.

(33) Résolution de l'Assemblée générale 95 (I).

(34) Charte du Tribunal militaire international, art. 6, 8 août 1945.

(35) Résolution de l'Assemblée générale 897 (IX), 4 déc. 1954.

(36) Noah WEISBORD, *op. cit.*

(37) Résolution de l'Assemblée générale 3 314 (XXIX) (ci-après Résolution 3 314), Annexe, 14 déc. 1974.

(38) D'après l'article 3 de la définition de l'agression approuvée à la Résolution 3 314, «l'un quelconque des actes ci-après, qu'il y ait eu ou non déclaration de guerre, réunit, sous réserve des dispositions de l'article 2 et en conformité avec elles, les conditions d'un acte d'agression : a) l'invasion ou l'attaque du territoire d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat, ou toute occupation militaire, même temporaire, résultant d'une telle invasion ou d'une telle attaque, ou toute annexion par l'emploi de la force du territoire ou d'une partie du territoire d'un autre Etat; b) le bombardement, par les forces armées d'un Etat, du territoire d'un Etat ou l'emploi de toutes armes par un Etat contre le territoire d'un autre Etat; c) le blocus des ports ou des côtes d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat; d) l'attaque par les forces armées d'un Etat contre les forces armées navales, terrestres ou aériennes, ou la marine et l'aviation civile d'un autre Etat; e) l'utilisation des forces armées d'un Etat qui sont stationnées sur le territoire d'un autre Etat avec l'accord de l'Etat d'accueil, contrairement aux conditions prévues dans l'accord ou toute prolongation de leur présence sur le territoire en question au-delà de la terminaison de l'accord; f) le fait pour un Etat d'admettre que son territoire, qu'il a mis à la disposition d'un autre Etat, soit utilisé par ce dernier pour perpétrer un acte d'agression contre un Etat tiers; g) l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires, qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager de manière substantielle dans une telle action».

(39) Charte des Nations Unies, art. 2(4). L'article 1 de la définition contenue dans la Résolution 3 314 prévoit que «[l']agression est l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance d'un autre Etat, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies, ainsi qu'il ressort de la présente définition».

*défense*» (40). Au contraire, on peut supposer l'éventualité que l'autorisation d'un emploi particulier de la force en vertu du Chapitre VII ne soit envisageable qu'en conséquence d'un cas d'agression résultant à première vue d'un premier recours à la force armée (41). Etant donné que la Charte des Nations Unies ne confère aucun pouvoir législatif à l'Assemblée générale, encore moins l'autorité de modifier la Charte, la Résolution ne cherche qu'à fournir des lignes directrices pour le Conseil de sécurité pour les situations où il chercherait à déterminer si le comportement de certains Etats pourrait constituer une agression (42). Cela étant, la Résolution a une présence récurrente dans les tentatives subséquentes de définir l'agression et, comme on le verra, ses termes fournissent la colonne vertébrale de la définition proposée par le GTSCA.

Dans les années 1990, au cours de la rédaction d'un projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, reprenant la tentative de définir l'agression, la CDI rejette la définition de l'Assemblée générale car elle la trouve trop vague pour servir de base à la poursuite d'un crime d'agression (43). Le représentant des Etats-Unis note que l'Assemblée générale «*n'a pas adopté cette définition dans le but d'imposer une responsabilité pénale et l'histoire de cette définition montre qu'elle n'est conçue qu'en tant que guide politique et non en tant que définition pénale exécutoire*» (44). De même, le représentant du Royaume-Uni exprime de «*graves doutes*» sur une définition fondée sur la Résolution 3 314, une opinion qui bénéficie d'un large soutien, même de la part des gouvernements qui ont consenti à la Résolution : «*le Royaume-Uni est entièrement d'accord avec les membres de la Commission qui ont considéré qu'une résolution conçue pour servir de guide aux organes politiques des Nations Unies serait une base inappropriée pour des poursuites pénales devant un organisme judiciaire [...] La formulation de la résolution nécessite une adaptation attentive afin de prescrire clairement et précisément les actes entraînant une responsabilité pénale individuelle*» (45).

Dans le cas contraire, selon les arguments du représentant du Royaume-Uni, celle-là aurait un effet rétroactif et contreviendrait au principe de *nulum crimen sine lege* (46). Plus tôt, le représentant français a fait part de réserves semblables : «*l'opinion générale était que la définition [de l'agression*

(40) Charte des Nations Unies, art. 51.

(41) Résolution 3 314.

(42) L'article 5(2) de la définition approuvée par la Résolution 3 314 prévoit qu'une «*guerre d'agression est un crime contre la paix internationale. L'agression donne lieu à responsabilité internationale*». Cependant, il ne prévoit pas que l'agression donne lieu à responsabilité individuelle et n'indique pas non plus à partir de quel point un «*acte d'agression*» devient une «*guerre d'agression*» et ainsi un «*crime contre la paix internationale*». On peut supposer qu'une «*guerre d'agression*» soit une affaire plus grave qu'un simple «*acte d'agression*», ce qui expliquerait pourquoi l'Assemblée générale a désigné la première comme un «*crime*». Le GTSCA a ignoré cette distinction.

(43) «*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48<sup>e</sup> session*», in William A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2007 (3<sup>e</sup> éd.).

(44) Documents de la 47<sup>e</sup> session, 1995.

(45) *Ibid.*

(46) *Ibid.*

dans la Résolution 3 314] *était mal rédigée*, qu'elle «n'avait jamais été considérée comme définissant réellement quoi que ce soit» et n'avait «aucune portée spécifique» (47). Si la CDI doit se pencher à nouveau sur le problème, a-t-il déclaré, une «définition va probablement s'avérer une tâche insurmontable pour la Commission» (48). Ainsi, la CDI refuse de définir le terme (49). La Commission produit un Projet de statut de la Cour pénale internationale qui aurait autorisé les poursuites pour crime d'agression, mais qui ne contient aucune définition. Des inquiétudes sur le principe de légalité, débattues ci-dessous, marquent ces débats.

Le problème est laissé de côté jusqu'à la Conférence de Rome créant la CPI. Malgré l'opposition des Etats-Unis (50), le Statut de Rome cite l'agression comme l'une des quatre violations passibles de poursuites (51). Toutefois, les auteurs du Statut ne peuvent pas convenir d'une définition ou du rôle éventuel joué par le Conseil de sécurité de l'ONU dans les poursuites de ce crime. La Conférence de Rome laisse les poursuites pour crime d'agression au stade de projet (52) et renvoie le problème à sa Commission préparatoire (53).

Le «crime international suprême», pour reprendre sa célèbre qualification au Tribunal de Nuremberg (54), reste donc, du moins temporairement, sans effet, ni application. La Commission préparatoire se révèle incapable de fournir une définition et, après sa dernière session en 2002, l'Assemblée des Etats parties établit le GTSCA pour poursuivre ce travail, avec l'objectif de parvenir à une définition qui sera étudiée lors de la Conférence de révision de l'Assemblée prévue pour 2010 (55).

(47) *Résumé de la 2 237<sup>e</sup> réunion*, Doc. ONU A/CN.4/SR. 2 237/1991, 1991.

(48) *Ibid.*

(49) L'article 16 du Projet de Code prévoit de manière tautologique qu'un «individu qui, en tant que chef ou organisateur, participe activement ou commande la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une agression commise par un Etat sera responsable d'un crime d'agression». Cf. le «Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48<sup>e</sup> session», *op. cit.*

(50) Cf. par exemple la déclaration de l'ambassadeur des Etats-Unis auprès des Nations Unies, Bill Richardson, le 17 juin 1998 : les «Etats-Unis sont fermement convaincus que la portée et la définition des crimes et de leurs éléments doivent être suffisamment développés. En même temps, nous devons éviter de définir des crimes qui ne sont pas encore nettement incriminés conformément au droit international. Ni nous ni la Cour ne devons tenter de légiférer sur de nouveaux crimes qui n'ont pas encore été établis. Pour cette raison, nous pensons qu'il est encore prématuré de tenter de définir un crime d'agression dans le but d'établir une responsabilité pénale individuelle, une tâche que même la Commission du droit international a fini par abandonner». Cf. Kenneht S. GALLANT, *op. cit.*; Christopher L. BLAKESLEY, «Obstacles to the creation of a permanent war crimes tribunal», *Fletcher F. World Affairs*, 1994; William A. SCHABAS, «Perverse effects of the Nulla Poena principle : national practice and the *ad hoc* tribunals», *European Journal of International Law*, 2000.

(51) Statut de Rome, art. 5(1).

(52) *Ibid.*, art. 5(2).

(53) Pour une étude concise des procédures à la Conférence de Rome et du Comité préparatoire, cf. Garth SCHOFIELD, «The empty US chair : United States nonparticipation in the negotiations on the definition of aggression», *Human Rights Brief*, n° 15, 2007.

(54) Procès des grands criminels de guerre allemands, Nuremberg, 30 sept.-1<sup>er</sup> oct. 1946 : «la guerre est essentiellement une chose mauvaise. Ses conséquences ne se limitent pas seulement aux Etats belligérants, elles affectent le monde entier. Ainsi, déclencher une guerre d'agression n'est pas seulement un crime international; c'est le crime international suprême, différent des autres crimes de guerre en cela seulement qu'il contient en lui-même l'accumulation du mal de l'ensemble».

(55) Les réunions du GTSCA étaient ouvertes aux Etats parties comme à tous les Etats intéressés. Les Etats-Unis n'y ont pas participé.

*Le Groupe de travail spécial sur le crime d'agression*

Le 13 février 2009, le GTSCA fait état des résultats de son travail. Il annonce qu'«après cinq années de délibérations», il est «parvenu à des projets de modification du Statut de Rome qui donneraient juridiction à la Cour sur le crime d'agression» (56). Le GTSCA traite séparément la définition du crime et le rôle du Conseil de sécurité dans les poursuites.

Selon ses projets de modification, l'article 5 du Statut de Rome inclurait désormais la définition suivante de l'agression : «1) Aux fins du présent Statut, 'crime d'agression' désigne la direction, la préparation, le déclenchement ou l'exécution, par toute personne en position d'exercer un contrôle effectif ou de diriger les actes politiques ou militaires d'un Etat, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et sa portée, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies. 2) Aux fins du paragraphe 1, 'acte d'agression' désigne l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies. L'un quelconque des actes suivants, sans tenir compte d'une déclaration de guerre, sera, conformément à la Résolution 3 314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, qualifié d'acte d'agression : a) l'invasion ou l'attaque par les forces armées d'un Etat du territoire d'un autre Etat, ou toute occupation militaire, quel que soit son caractère temporaire, résultant de ladite invasion ou attaque, ou toute annexion par l'emploi de la force du territoire ou d'une partie du territoire d'un autre Etat; b) le bombardement par les forces armées d'un Etat contre le territoire d'un autre Etat ou l'emploi de l'une quelconque arme par un Etat contre le territoire d'un autre Etat; c) le blocus des ports ou des côtes d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat; d) une attaque par les forces armées d'un Etat des forces terrestres, maritimes ou aériennes ou de la marine ou de l'aviation d'un autre Etat; e) l'emploi des forces armées d'un Etat situées sur le territoire d'un autre Etat avec l'accord de l'Etat d'accueil, contrevenant aux conditions prévues dans l'accord ou tout prolongement de leur présence sur ledit territoire au-delà de la terminaison de l'accord; f) le fait pour un Etat d'admettre que son territoire, qu'il a placé à disposition d'un autre Etat, soit utilisé par ledit autre Etat pour perpétrer un acte d'agression envers un Etat tiers; g) l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes et groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager de manière substantielle dans une telle action» (57).

(56) CPI, Conférence de presse sur le Groupe de travail spécial sur le crime d'agression, 13 fév. 2009.

(57) CPI, Assemblée des Etats parties, Rapport du Groupe de travail spécial sur le crime d'agression, 12 fév. 2009.

Le rapport du GTSCA a également inclus la proposition suivante de modification de l'article 25(3) du Statut de Rome sur la responsabilité pénale individuelle pour un acte d'agression : «*en ce qui concerne le crime d'agression, les dispositions du présent article ne s'appliqueront qu'aux personnes en position d'exercer un contrôle effectif ou de diriger les actes politiques ou militaires d'un Etat*» (58). En ce qui concerne le rôle éventuel du Conseil de sécurité dans la décision d'engager des poursuites, le GTSCA a été incapable de parvenir à un consensus. Il a résumé une gamme d'options diverses : certaines incluent le Conseil dans la décision de lancer des poursuites, d'autres l'en excluent (59).

Il a été prévu d'étudier l'insertion de la définition dans le Statut à la Conférence de révision, à Kampala, en mai 2010 (60).

#### LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ EN DROIT NATIONAL ET INTERNATIONAL

Leon Fuller a élaboré huit normes de régularité pour l'évaluation des lois (61). Bien qu'elles dérivent de ses conceptions sur la loi naturelle, deux sont particulièrement pertinentes pour la proposition de définition du crime d'agression par le GTSCA, car elles sont profondément enchâssées dans la plupart des systèmes juridiques nationaux tout comme dans le droit international. Ces normes portent sur l'interdiction de la rétroactivité et sur l'exigence de clarté juridique ou absence d'imprécision dans la loi.

#### *L'interdiction d'une législation rétroactive*

Le principe de non-rétroactivité commande que les règles juridiques soient publiquement annoncées avant d'être appliquées. Ce principe existe de très longue date, comme le montrent ces maximes latines : *nullum crimen sine lege* (pas de crime sans loi), *nulla poena sine lege* (pas de châtement sans loi) et *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, (aucun crime

(58) *Ibid.*

(59) En voici le résumé : «il existe des opinions divergentes sur le rôle éventuel du Conseil de sécurité des Nations Unies avant le déclenchement d'une enquête par le Procureur. Certaines délégations pensent que le Procureur ne peut effectuer une enquête sur un crime d'agression que si le Conseil de sécurité a précédemment déterminé qu'un État a commis un acte d'agression. D'autres options actuellement à l'étude prévoient qu'en l'absence d'une telle détermination par le Conseil de sécurité, le Procureur ne puisse effectuer une enquête que si les conditions suivantes ont été réunies au préalable : a) le Conseil de sécurité a adopté une résolution conformément au Chapitre VII de la Charte demandant au Procureur d'effectuer une enquête; b) la Chambre préliminaire a autorisé le lancement de l'enquête conformément à la procédure contenue à l'article 15; c) l'Assemblée générale des Nations Unies a déterminé qu'un acte d'agression a été commis; ou d) la Cour internationale de justice a déterminé qu'un acte d'agression a été commis. De plus, certaines délégations avancent que l'absence de détermination d'un acte d'agression par le Conseil de sécurité ne saurait empêcher le Procureur d'effectuer une enquête». CPI, «L'Assemblée des États parties achève la deuxième reprise de sa septième session», Communiqué de presse, 13 fév. 2009.

(60) Communiqué de presse.

(61) Leon L. FULLER, *op. cit.*

ne peut être commis ni de châtement imposé sans loi pénale préexistante). En droit américain, des principes semblables ont découlé de l'exigence de la *Magna Carta* selon laquelle aucun homme libre n'est privé de liberté, de ses biens, de la protection des lois ou de sa vie, sauf conformément à la loi (62). Pour John Locke, la prescription préalable était une exigence si fondamentale qu'il considérait qu'elle s'appliquait non seulement aux lois pénales, mais également aux droits de propriété (63).

Bien que le «principe de légalité» soit rarement cité sous ce nom dans le droit des Etats-Unis, l'interdiction de la législation rétroactive est profondément gravée dans le système juridique américain. Dès 1780, la Constitution du Massachusetts prévoyait que «[les] lois conçues pour punir des actes commis avant l'existence desdites lois et qui n'ont pas été reconnues comme crimes par les lois précédentes, sont des éléments d'oppression, injustes et incompatibles avec les principes fondamentaux d'un gouvernement libre» (64). Selon l'interprétation de la Cour suprême, la Constitution des Etats-Unis interdit les châtements rétroactifs (65). L'interdiction provient du risque que des personnes politiquement défavorisées puissent souffrir plus facilement de l'imposition de règles rétroactives que de l'imposition de règles anticipatrices. Les lois rétroactives génèrent également une instabilité économique et sociale rendant plus difficiles l'anticipation des comportements admis et des comportements interdits. L'interdiction des lois *ex post facto* était considérée comme élémentaire au moment de la rédaction de la Constitution, au point que le juge Joseph Story pensait comme Locke qu'elle s'appliquait à toutes les lois rétroactives, qu'elles soient civiles ou pénales (66).

Les premiers textes internationaux relatifs aux droits de l'homme ont réaffirmé le principe de non-rétroactivité. La Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit que «nul ne sera condamné pour des actions ou des omissions qui, à l'époque où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international» (67). Cette disposition est réitérée dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (68), mais la précision suivante est ajoutée : «rien dans le présent article ne saurait porter atteinte aux procès et au châtement de toute personne en raison d'actes ou d'omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par

(62) *Magna Carta*, art. 39 (1 215).

(63) John LOCKE, *Traité du gouvernement civil et une lettre sur la tolérance*, Yale University Press, 2003 (1690).

(64) Constitution du Massachusetts, pt. 1, art. XXIV.

(65) Constitution des Etats-Unis, art. I, §9, cl. 3.

(66) Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Fred B. Rothman & Co. 1999 (1833).

(67) Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 11(2); Résolution de l'Assemblée générale 217A (III).

(68) Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 15(1), 12 déc. 1966.

*l'ensemble des nations*» (69). La même interdiction et la même qualification apparaissent dans la Convention européenne des droits de l'homme (70) et une interdiction semblable figure dans la Convention américaine sur les droits de l'homme (71). La Commission européenne sur les droits de l'homme a noté que les méthodes de construction statutaire doivent composer avec l'exigence que le sens d'un statut était raisonnablement certain au moment où l'accusé s'est livré au comportement criminel (72).

Le principe de non-rétroactivité bénéficie à présent d'une reconnaissance internationale si grande – «*les Etats, presque dans leur totalité, ont accepté la règle de non-rétroactivité des crimes et des châtiments*» (73) – qu'il est devenu un principe général de droit reconnu par les nations civilisées (74). Theodor Meron a même écrit qu'il constitue une norme impérative : «*l'interdiction de mesures pénales rétroactives est un principe fondamental de la justice pénale et une norme coutumière, voire impérative, du droit international, qui doit être observée en toutes circonstances par les tribunaux nationaux et internationaux*» (75).

Le Statut de Rome reflète l'importance de ces principes. A l'article 22 intitulé «*Nullum crimen sine lege*», il prévoit qu'une «*personne n'est responsable pénalement en vertu du présent Statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour*» (76). Le Statut garantit également le droit de «*ne pas être soumis à une arrestation ou à une détention arbitraire et [... de] ne pas être privé de liberté, sauf selon les procédures et les motifs établis dans le présent Statut*» (77). Comme on le verra plus tard, les normes sur la rétroactivité et l'imprécision sont importantes, car le Statut de Rome exige que l'interprétation de la CPI et l'application du droit «*soient compatibles avec les droits de l'homme reconnus par la communauté internationale*» (78).

(69) Art. 15(2).

(70) Convention européenne sur les droits de l'homme, art. 7, 4 nov. 1950.

(71) Convention américaine sur les droits de l'homme, art. 9, 22 nov. 1969.

(72) «*X. Ltd. et Y v. Royaume-Uni*», App. n° 8 710/79, Commission européenne des droits de l'homme, Dec. & Rep. 77, 81 (1982).

(73) Kenneth S. GALLANT, *op. cit.*

(74) Statut de Rome, art. 24. D'après Kenneth S. GALLANT, *op. cit.*, «*plus des quatre cinquièmes des membres des Nations Unies (162 sur 192, soit environ 84 pour cent) reconnaissent la non-rétroactivité des définitions pénales (nullum crimen) dans leurs constitutions*». Cf. aussi M. Cherif BASSIOUNI, «*Human Rights in the context of criminal justice : identifying international procedural protections and equivalent protections in national constitutions*», *Duke J. Comp. & International Law*, n° 3, 1993 : «*le droit à la protection contre les lois ex post facto est garanti dans au moins quatre-vingt-seize constitutions nationales*».

(75) Theodor MERON, *War Crimes Law Comes of Age*, 1998. D'après Kenneth S. GALLANT, «*la non-rétroactivité des crimes et des peines est une règle en droit international coutumier ainsi qu'un principe général de droit reconnu par la communauté des nations*».

(76) Statut de Rome, art. 22(1). Cependant, le principe a été interprété comme nécessitant seulement que «*les peines soient définies aussi précisément que possible dans le projet de statut de la Cour*» (souligné par l'auteur), une norme bien moins stricte que ne l'exige le droit international coutumier contemporain ou le droit des Etats-Unis. Cf. le *Rapport du Comité préparatoire sur l'établissement d'une Cour pénale internationale*, Doc. ONU A/51/22, 1996, p. 63.

(77) Statut de Rome, art. 55(1d).

(78) *Ibid.*, art. 21(3).

### *L'exigence de clarté juridique*

Les règles juridiques doivent ne pas être floues au point d'obscurcir leur sens et leur application. Cela est un corollaire important de l'interdiction de la rétroactivité. Comme l'a déclaré Ward N. Ferdinandusse, «*l'essence du principe de légalité, selon lequel une personne ne saurait être poursuivie pour un comportement dont elle ne pouvait pas savoir qu'il était passible de châtiement, exige que la loi soit assez claire pour que ses conséquences soient prévisibles*» (79). On peut raisonnablement conclure à présent que l'exigence de clarté juridique est un principe général du droit pénal international (80). En conséquence, une loi qui serait vague de manière intolérable ne peut être appliquée sur une base pénale. Une loi vague nie à l'accusé la connaissance du caractère punissable ou non de son comportement; c'est l'équivalent fonctionnel d'une absence de loi (81).

Aux Etats-Unis, l'exigence de clarté juridique résulte de l'interdiction de la Constitution de priver toute personne de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans procédure régulière (82). Les auteurs de la Constitution ont rejeté de manière explicite les normes juridiques manipulables. James Madison l'a exprimé ainsi : «*il ne sera que de peu d'utilité au peuple que les lois soient faites par des représentants élus par eux-mêmes, si les lois sont si volumineuses qu'elles ne puissent être lues ou si incohérentes qu'elles ne puissent être comprises; si elles sont abrogées ou révisées avant que d'être promulguées ou si elles subissent des changements si incessants qu'aucun homme qui connaisse la loi d'aujourd'hui ne puisse deviner ce qu'elle sera demain. La loi est définie comme étant une règle d'action; mais comment ce qui est peu connu, et moins fixe peut-il être une règle?*» (83)

Dans la jurisprudence constitutionnelle des Etats-Unis, on considère que les «*règles*» que J. Madison visait sont les normes floues (84). Quand des gens «*d'intelligence ordinaire sont obligés de deviner son sens*», une loi est inconstitutionnellement vague (85). Dès 1875, la Cour suprême a affirmé

(79) Ward N. FERDINANDUSSE, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, 2006.

(80) «*X. Ltd. et Y v. Royaume-Uni*», App. N° 8 710/79, 28, Commission européenne des droits de l'homme, Dec. & Rep. 77, 81, 1982, affirmant que les résultats de la construction statutaire devaient satisfaire à l'exigence que le sens du statut soit raisonnablement certain au moment où l'accusé commettait son acte; Commission des droits de l'homme, *Commentaire général : états d'urgence (article 4)*, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 21 août 2001, déclarant que la loi pénale doit «*se limiter à des dispositions claires et précises dans le droit en place et en vigueur au moment où l'acte ou l'omission ont été commis*»; Bruce BROOMHALL, *International Justice and the International Criminal Court : Between Sovereignty and the Rule of Law*, 2003.

(81) L'exigence de clarté est perçue comme incluant l'exigence de précision. Cf. Antonio CASSESE, *International Criminal Law*, 2008 (2<sup>e</sup> éd.), discutant du «*principe de précision*»; Alexandre FLÜCKIGER, «*The ambiguous principle of the clarity of law*», in Anne WAGNER/Sophie CACCIAGUIDI-FAHY (dir.), *Obscurity and Clarity in the Law : Prospects and Challenges*, 2008. Sur le principe de clarté juridique dans le droit de l'UE, cf. Jannet A. PONTIER/Edwige BURG, *EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, 2004; Juha RAITIO, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, 2003.

(82) Constitution des Etats-Unis, amendements V, XIV.

(83) *The Federalist*, n° 62, 1999.

(84) «*Kolender v. Lawson*», 461 US 352, 1983. Cf. Andrew E. GOLDSMITH, «*The void-for-vagueness doctrine in the Supreme Court, revisited*», *American Journal of Criminal Law*, 2003.

(85) «*Connally v. Gen. Constr. Co.*», 269 US 385, 391, 1926.

avec force la justification de la doctrine, en ces termes : «*les lois qui interdisent de commettre certains actes et qui prévoient un châtement pour leur propre infraction ne devraient pas avoir de double sens. Un citoyen ne devrait pas être mis sans nécessité dans une position où, suite à une maladresse dans l'établissement d'un statut pénal, il peut être passible de poursuites*» (86).

Ainsi, suivant la doctrine de l'imprécision, pour satisfaire aux exigences constitutionnelles, une loi doit fournir «*des indications claires sur le comportement proscrit selon la mesure de l'entendement commun et la pratique*» (87). Un statut est également vague «*s'il autorise ou même encourage une application arbitraire et discriminatoire*» (88). Ainsi, un statut de vagabondage fut annulé pour son imprécision «*à la fois parce qu'il 'ne parvient pas à donner à une personne d'intelligence ordinaire un avertissement juste que le comportement envisagé est interdit par le statut' et parce qu'il encourage des arrestations et des condamnations arbitraires et erratiques*» (89).

#### APPLICATION ET EVALUATION DE LA DÉFINITION DE L'AGRESSION DU GTSCA

Il ne fait aucun doute que le droit international moderne, comme celui des Etats-Unis, interdit les textes vagues et rétroactifs pour les crimes et délits. Qu'en est-il de la définition du crime d'agression par le GTSCA sous l'éclairage de cette interdiction? L'un des juges du Tribunal de Tokyo, le juge français Henri Bernard, qui prévoyait des justifications semblables à celles avancées par les défenseurs contemporains d'un crime d'agression vaste et moderne, a soutenu que le contenu du droit international n'était pas pertinent : les inquiétudes sur la rétroactivité n'étaient pas applicables aux crimes d'agression, car ces derniers «*étaient inscrits dans la loi naturelle*» (90). En vertu de cette théorie, toute mention supplémentaire dans un statut ou un traité constituerait donc une duplication inutile.

Ni le Tribunal de Nuremberg ni le Tribunal de Tokyo n'ont accepté cette approche. Le problème de la rétroactivité en tant qu'obstacle juridique aux poursuites a été résolu par l'argument suivant lequel le principe de non-rétroactivité ne faisait pas partie du droit international. Le Tribunal de

(86) «United States v. Reese», 92 US 214, 219, 1875. La Cour a poursuivi en disant : «*chaque homme devrait savoir avec certitude quand il est en train de commettre un crime*».

(87) «Jordan v. DeGeorge», 1951. Cf. aussi «Giaccio v. Pennsylvania», 382 US 399, 402-03, 1966 : «[une] loi échoue à satisfaire aux exigences de la clause de régularité de la procédure si elle est vague et dépourvue de normes au point de laisser le public dans l'incertitude sur le comportement qu'elle interdit ou qu'elle laisse les juges et les jurés décider, sans normes fixées par la loi, ce qui est interdit et ce qui ne l'est pas dans chaque cas particuliers».

(88) «Hill v. Colorado», 530 US 703, 732, 2000.

(89) «Papachristou v. ville de Jacksonville», 405 US 156, 162, 1972, citation de «United States v. Harriss», 347 US 612, 617, 1954.

(90) «United States v. Araki», 12 nov. 1948; cf. J. BERNARD, opinion dissidente, in John R. PRITCHARD (dir.), *The Tokyo Major War Crimes Trial: the Judgment, Separate Opinions, Proceedings in Chambers, Appeals and Review of the International Military Tribunal for the Far East* (ci-après Les procédures du TMIEE), Robert M.W. Kemper Collegium & Edwin Mellen Press, 1998.

Nuremberg a considéré que la maxime *nullum crimen sine lege* « n'est pas une limitation de la souveraineté, mais est en général un principe de justice ». Cette disposition était probablement une évaluation raisonnable de l'état du droit international à l'époque et apportait une réponse correcte au moins à ce moment-là aux objections de la sorte exprimée par le président de la Cour suprême Stone, par le juge Douglas et par le juge Wyzanski. A cet égard, le droit international était en retard par rapport aux systèmes juridiques nationaux. Les normes des droits de l'homme internationales, conventionnelles ou coutumières n'avaient pas encore fait leur apparition en tant que restrictions importantes pesant sur les Etats. Il n'existait pas, à l'époque des procès de Nuremberg, de pratique générale permettant aux individus de soutenir face aux Etats le droit de ne pas être soumis à des châtiments rétroactifs. La situation juridique est bien différente aujourd'hui : comme on l'a démontré, il n'y a aucun doute que l'interdiction de mesures pénales vagues et rétroactives est une pierre angulaire du droit international.

Ce que le Tribunal de Nuremberg désignait par « *principe de justice* » n'est pas clair, mais ces mots suggèrent qu'il était conscient de l'éventualité du problème de rétroactivité résultant au moins en partie de l'absence de tout traité applicable ou de toute loi nationale préalable (91). Il faut dire « au moins en partie », car le problème était en réalité plus vaste : les accusés devant le tribunal de Nuremberg comme devant celui de Tokyo avaient un argument de défense plausible, celui de n'avoir pas été avertis, non seulement parce que le délit de crime contre la paix n'existait pas auparavant, mais aussi parce que, à l'époque, il n'existait aucun tribunal devant lequel ils auraient pu être traduits pour ces crimes. La répartie célèbre du juge Robert Jackson – selon laquelle les accusés devaient répondre de crimes qui avaient été reconnus depuis que Caïn avait tué Abel (92) – n'est donc pas une réplique à l'argument d'après lequel l'impunité aurait été une hypothèse raisonnable, quels que soient les mérites de l'accusation, en vertu du vide institutionnel préexistant au niveau international, qui rendait les poursuites impossibles : personne n'avait jamais été poursuivi pour crime d'agression par le passé ; l'absence de « crime contre la paix » antérieur était

(91) Le seul accord international préalablement en vigueur qui aurait pu permettre des poursuites pour la direction ou la poursuite d'une guerre d'agression était le Traité de Versailles, qui aurait permis de faire un procès au Kaiser allemand « pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités », Traité de paix, art. 227, 28 juin 1919. Cependant, ce dernier se réfugia aux Pays-Bas, dont la Reine refusa de l'extrader. Comme on l'a noté, l'interdiction de la guerre d'agression énoncée dans le Pacte Briand-Kellogg ne s'appliquait qu'aux Etats ; elle ne prétendait pas criminaliser les comportements individuels, ni demander aux Etats de le faire. « Il est difficile de trouver un meilleur exemple d'une [...] 'invalidité pour cause d'imprécision' que l'article 227 du Traité de Versailles », écrit William A. SCHABAS, « Origins of the criminalization of aggression : how crimes against peace became the 'supreme international crime' », Mauro POLITI/Giuseppe NESI (dir.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, 2004.

(92) *Atrocities and War Crimes : Report from Robert H. Jackson to the President*, Dep't St. Bull., 10 juin 1945.

un point en défaveur de Nuremberg, de même que l'absence de tribunal antérieur.

En principe, ces inquiétudes sur la rétroactivité n'auraient pas d'effet sur le Statut de Rome dans la mesure où ce dernier serait créateur du crime d'agression, car le Statut lui-même, s'il était suffisamment précis, prévoirait les comportements passibles de poursuites ultérieures. C'est le cas, par exemple, en ce qui concerne les crimes de guerre, qui sont définis à l'article 8 et peuvent être raisonnablement compris par des personnes d'une intelligence ordinaire. Cependant, l'article 8 est soutenu par un corpus énorme de droit coutumier et conventionnel, ainsi que par une myriade de statuts et de jugements nationaux qui ont progressivement rempli les interstices du droit de la guerre (93). Un certain nombre de ces traités et de ces normes coutumières sont inclus dans l'article 8 (94). Si le danger de poursuites discriminatoires ou arbitraires en vertu de l'article 8 n'a pas été éliminé en ce qui concerne les crimes de guerre, cette croissance progressive a réduit ces risques de manière considérable. Les inquiétudes sur la légalité et la régularité des procédures seraient donc mal fondées si le crime d'agression était défini assez clairement pour supprimer les suppositions hasardeuses sur son sens ou si le processus administratif international menant aux poursuites délimitait assez précisément les pouvoirs discrétionnaires des décideurs pour écarter toute possibilité de poursuites rétroactives ou d'applications arbitraires et discriminatoires.

Tel n'est pas le cas du crime d'agression dans la définition proposée par le GTSCA. Trop large et trop vague, cette dernière ne donne pas à des accusés potentiels d'avertissements suffisamment clairs sur les comportements autorisés et les comportements proscrits.

### *Mise en perspective historique*

L'approche du GTSCA repose sur deux définitions : l'une, des «actes d'agression»; l'autre, des «crimes d'agression».

Commençons par la définition d'un «acte d'agression». Le terme «désigne l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies» (95). Il est important de noter que la définition d'un «acte d'agression», contrairement à la définition d'un «crime d'agression», ne comporte aucune exception pour des actes accomplis par légitime défense ou en vertu de l'approbation du Conseil

(93) Frits KALSHOVEN/Liesbeth ZEVELD (dir.), *Constraints on the Waging of War*, 2001 (3<sup>e</sup> éd.); Yoram DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, 2004; Jean-Marie HENCKAERTS/Louise DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, 2005.

(94) M. Cherif BASSIOUNI, *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis, and Integrated Text of the Statute, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2005.

(95) CPI, Assemblée des Etats parties, *Livre de discussion sur le crime d'agression proposé par le Président*, 19 fév. 2009.

de sécurité. Même si le Conseil de sécurité a clairement autorisé l'emploi de la force contre «l'intégrité territoriale» de l'Iraq en 1990 (96), par exemple, cet emploi n'en constituerait pas moins un acte d'agression en vertu de la définition du GTSCA. A cet égard, une disposition de la définition de l'Assemblée générale à la Résolution 3 314 peut permettre de mieux évaluer l'étendue de la définition du GTSCA : «l'emploi de la force armée en violation de la Charte par un Etat agissant le premier constitue la preuve suffisante à première vue d'un acte d'agression» (97). La Résolution 3 314 avait pour objectif d'établir un cadre analytique pour une première étape où les actes de légitime défense n'étaient pas envisagés. De même, les actes éventuels de légitime défense ne sont pas pertinents pour déterminer l'existence d'un acte d'agression en vertu de la définition afférente du GTSCA.

La référence à «*toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies*» dans la définition du GTSCA semble conçue pour souligner l'ampleur de la définition initiale et parvenir au même effet que la formulation de l'article 2(4) de la Charte, (98) dont elle est le reflet. En d'autres termes, elle a été conçue pour élargir la portée de l'interdiction et non pour inclure des exceptions à l'interdiction – concernant l'approbation du Conseil de sécurité ou l'emploi défensif de la force. L'expression «*incompatible avec la Charte*» ne modifie pas «*l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat*»; au contraire, le mot «*autre*» indique que ces trois types d'emploi de la force armée sont eux-mêmes incompatibles avec la Charte, même si un examen approfondi peut révéler que l'emploi de la force armée était défensif ou autorisé par le Conseil de sécurité. Cette interprétation est confirmée par la définition d'un «crime d'agression». Comme on le verra, c'est à ce stade qu'on reconnaît des exceptions à la règle : un crime d'agression est un acte d'agression commis en violation de la Charte.

Ainsi et de manière curieuse, tous les actes d'agression ne sont pas commis en violation de la Charte, selon la définition du GTSCA. Les actes d'agression accomplis au titre de la légitime défense et les actes autorisés par le Conseil de sécurité sont autorisés. Un acte d'agression peut donc être légal en vertu de la Charte, même si la Charte elle-même prévoit que l'un de ses objectifs premiers est «*la suppression des actes d'agression*» (99). En vertu de la définition du GTSCA, le bombardement de Bagdad en 1991 aurait constitué un emploi de la force armée contre la souveraineté iraquienne et donc un acte d'agression, même s'il avait été autorisé par le Conseil de sécurité (100). De même, le renversement du gouvernement des

(96) La Résolution 678 autorisait «*tous les moyens nécessaires*» pour «*restaurer la paix et la sécurité*», ce qui incluait l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale de l'Iraq.

(97) Résolution 3 314, Annexe, art. 2. L'article 2 n'est pas compris dans la définition du GTSCA.

(98) Charte des Nations-Unies, art. 2(4).

(99) Charte des Nations Unies, art. 1(1).

(100) Résolution 678, 29 nov. 1990.

Talibans en Afghanistan par les Etats-Unis en 2001 aurait constitué un emploi de la force armée contre la souveraineté de l'Afghanistan et ainsi un acte d'agression, même s'il avait été autorisé en vertu de l'article 51 de la Charte des Nations Unies (101). A cet égard, la définition du GTSCA semble compatible avec la Résolution 3 314, laquelle déclare : «*aucune considération de quelque nature que ce soit, politique, économique, militaire ou autre, ne saurait justifier une agression*» (102). Selon la définition du GTSCA, aucune considération juridique ne saurait justifier une agression.

Une manière d'apprécier si les définitions d'un «acte d'agression» et d'un «crime d'agression» recommandées par le GTSCA satisfont aux normes juridiques de précision et de clarté consiste à appliquer ces définitions à quelques-uns des cas d'emploi de la force depuis l'adoption de la Charte, parmi quelques centaines d'exemples. On pourra alors déterminer si les définitions du GTSCA autoriseraient un procureur à établir de manière objective et impartiale que l'emploi de la force armée en question constituerait un acte d'agression ou un crime d'agression. Nous allons donc examiner attentivement des situations où la force a été employée au cours des dernières décennies, afin d'évaluer la profondeur de la définition du GTSCA. L'incongruité de l'exclusion de la légalité de la légitime défense apparaîtra clairement à l'étude de ces cas, dont bon nombre se réclament de la légitime défense ou de l'approbation préalable du Conseil de sécurité.

#### *Actes d'agression par les Etats-Unis*

Le paragraphe 2 de la définition du GTSCA établit sept catégories d'actions militaires qui constituent une agression dans les clauses (a) à (g). Comme l'a détaillé une étude du Congressional Research Service (Service de recherches du Congrès), «*les Etats-Unis ont employé la force militaire à l'étranger dans des situations de conflit armé ou de conflit potentiel pour protéger les citoyens américains ou promouvoir les intérêts des Etats-Unis*» dans «*des centaines de cas*» (103). La plupart de ces cas tombent dans ces sept catégories, comme le montre un échantillon des activités militaires les plus importantes entreprises par les Etats-Unis depuis 1945.

(101) La Charte reconnaît en termes simples le «*droit inhérent*» des Etats à recourir à la force armée en réponse à une attaque armée (art. 51 de la Charte des Nations Unies). Il n'est exigé nulle part que l'attaque en question provienne d'un Etat. Le Conseil de sécurité lui-même a apparemment souligné sa reconnaissance de ce droit inhérent le 12 septembre 2001, lorsqu'il a adopté à l'unanimité la Résolution 1 368 dans laquelle il «*condamne sans équivoque*» les attentats de la veille en tant qu'acte de «*terrorisme international*» qui constituait une «*menace à la paix et à la sécurité internationales*».

(102) Résolution 3 314.

(103) Congressional Research Service, «*Instances of use of United States armed forces abroad, 1798-2006*», 2007, in Thomas M. FRANCK/Michael J. GLENNON/Sean D. MURPHY, *Foreign Relations and National Security Law*, 2007.

«Invasion ou attaque» en vertu du paragraphe 2(a)

En vertu du paragraphe 2(a), l'«*invasion ou l'attaque par les forces armées d'un Etat du territoire d'un autre Etat*» constitue une agression. De nombreuses actions militaires majeures des Etats-Unis auraient constitué une agression en vertu de cette disposition, y compris, pour commencer par le cas le plus récent, l'invasion de l'Iraq débutée en mars 2003 : des troupes provenant d'un grand nombre d'autres pays, surtout du Royaume-Uni, y ont participé; les Etats-Unis ont soutenu que les forces d'invasion ont agi avec l'approbation du Conseil de sécurité (104); les principales raisons avancées pour l'invasion étaient de débarrasser l'Iraq des armes de destruction massive et de mettre fin à l'aide au terrorisme de Saddam Hussein (105).

Les opérations militaires des Etats-Unis contre l'Afghanistan, qui ont commencé en octobre 2001, auraient également constitué une agression en vertu de ce paragraphe. Avec le soutien du Royaume-Uni ici encore, l'action militaire des Etats-Unis a été entreprise en réaction aux attentats du 11 septembre 2001 par Al Qaïda sur le World Trade Center et le Pentagone. Des dizaines de milliers de troupes des Etats-Unis et de leurs alliés étaient encore en Afghanistan au début de l'année 2009.

Trois actions militaires accomplies par les Etats-Unis aux Caraïbes auraient pu constituer une agression, la plus récente étant l'invasion du Panama en décembre 1989. L'invasion eut pour résultat de déposer le chef d'Etat, Manuel Noriega, et faisait suite à une attaque supposée de plusieurs militaires américains. Le président George H.W. Bush justifia l'invasion entre autres par la protection de l'existence des citoyens américains vivant au Panama (106).

Cette action faisait suite à l'invasion de Grenade par les Etats-Unis en octobre 1983, six ans auparavant. Elle aussi constituait une agression en vertu de cette disposition. Grenade était en train de construire, avec l'assistance de personnel cubain, une base aérienne, dont des membres de l'administration Reagan ont soutenu qu'elle pouvait servir à des avions militaires soviétiques (107). L'administration a affirmé que, lors de l'éclatement de troubles civils sur l'île, la vie des étudiants américains en médecine à l'université de St George était en péril (108). L'Assemblée générale des Nations

(104) John D. NEGROPONTE, représentant permanent des Etats-Unis, Lettre au président du Conseil de sécurité, 21 mars 2003. Cf. Doc. ONU S/PV. 4 726 : «*la Résolution 687 (1991) a imposé à l'Iraq une série d'obligations qui étaient les conditions du cessez-le-feu. Il est admis et assimilé depuis longtemps qu'une violation matérielle de ces obligations supprime la base du cessez-le-feu et ranime le pouvoir d'employer la force en vertu de la Résolution 678 (1990)*»).

(105) Richard N. HAAS, *War of Necessity, War of Choice : a Memoir of Two Iraq Wars*, 2009; Thomas E. RICKS, *Fiasco : The American Military Adventure in Iraq, 2003 to 2005*, 2007.

(106) Kevin BUCKLEY, *Panama*, 1991; Robert H. COLE, *Operation Just Cause : the Planning and Execution of Joint Operations in Panama February 1988-January 1990*, 1995.

(107) Francis A. BOYLE *et al.*, «International lawlessness in Grenada», *American Journal of International Law*, 1984.

(108) Mark ADKIN, *Urgent Fury : the Battle for Grenada. The Truth Behind the Largest US Military Operation Since Vietnam*, 1989.

Unies a adopté une résolution déplorant *«l'intervention armée à Grenade, qui constitue une violation flagrante du droit international et de l'indépendance, de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de cet Etat»* (109).

L'invasion de la République dominicaine en avril 1965 constituait également une agression. Des dizaines de milliers de soldats américains ont atterri pour procéder à l'évacuation de la capitale, Saint Domingue, des citoyens des Etats-Unis et d'autres pays. Selon les annonces officielles des Etats-Unis, l'action a été entreprise afin de protéger la vie des touristes étrangers, bien qu'il semble que le président Lyndon Johnson ait surtout été préoccupé par l'établissement d'un *«autre Cuba»* après les revers subis par les forces du gouvernement déposé lors de confrontations militaires avec les forces de l'opposition.

Enfin, l'emploi de la force par les Etats-Unis contre le Cambodge en 1970 représentait une agression en vertu de cette disposition. Au cours du printemps et de l'été 1970, des éléments de l'armée américaine et des forces armées du Sud-Vietnam ont exécuté une douzaine d'opérations majeures, terrestres et aériennes. Ces opérations visaient à affaiblir les forces du Nord-Vietnam et les Vietcongs qui avaient bénéficié d'un sanctuaire sous le règne du prince neutre Norodom Sihanouk.

«Bombardement» en vertu du paragraphe 2(b)

En vertu du paragraphe 2(b), le «bombardement par les forces armées d'un Etat contre le territoire d'un autre Etat ou l'emploi d'armes de toute sorte par un Etat contre le territoire d'un autre Etat» constitue une agression. De nombreuses actions militaires des Etats-Unis auraient constitué une agression en vertu de cette disposition, y compris, pour citer les cas les plus récents, les attaques par missile drone contre des cibles au Pakistan déclenchées en 2008 : entre l'été 2008 et janvier 2009, des missiles téléguidés opérés par la Central Intelligence Agency (CIA) ont effectué plus de trente attaques par missiles contre les membres d'Al Qaïda et d'autres suspects terroristes bien cachés dans leurs redoutes du côté pakistanaï de la frontière avec l'Afghanistan (110).

Au cours de l'invasion de l'Iraq en 2003 et des opérations militaires contre l'Afghanistan qui ont commencé en octobre 2001, les Etats-Unis ont également procédé à des bombardements considérables, qui constituent tous les deux une agression en vertu de cette disposition. Il en est de même des bombardements de l'OTAN en 1999 contre la Yougoslavie au sujet du Kosovo : les frappes aériennes ont eu lieu du 24 mars 1999 au 11 juin 1999 ; la campagne de bombardements impliquait environ mille appareils opérant

(109) Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 38/7, art. 1, 2 nov. 1983.

(110) Richard A. OPPEL Jr., «Strikes in Pakistan underscore Obama's options», *New York Times*, 23 janv. 2009.

à partir de bases aériennes en Italie, et le porte-avions *USS Theodore Roosevelt* a stationné dans la mer Adriatique, tandis que des missiles de croisière furent également employés (111).

On peut relever trois exemples supplémentaires du même genre sous l'administration Clinton. Le premier concerne les frappes aériennes des Etats-Unis contre l'Afghanistan et le Soudan en 1998, après l'attaque des ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie (112) : les Etats-Unis ont lancés des attaques aériennes surprise le 20 août 1998 contre six sites en Afghanistan et un site au Soudan, décrits par des membres de l'administration Clinton comme des bases-clefs utilisées par les terroristes islamistes responsables des explosions dans les ambassades des Etats-Unis au Kenya et en Tanzanie au cours du même mois; entre 75 et 100 missiles de croisière Tomahawk furent utilisés (113). Le deuxième exemple porte sur les frappes aériennes américaines contre l'Iraq en 1993, suite à la tentative d'assassinat du président George H. W. Bush : en juin 1993, l'administration Clinton eut recours à 23 missiles de croisière pour détruire un siège de renseignements à Bagdad après qu'une tentative d'assassinat contre l'ancien Président, qui avait visité le Koweït en avril 1993, a été signalée (114). Le troisième cas est le bombardement de l'Iraq par les Etats-Unis et les opérations militaires alliées au cours de la première guerre du Golfe, entre janvier et février 1991 : les bombardements suivirent l'occupation du Koweït par les forces iraqiennes et furent autorisés par le Conseil de sécurité des Nations Unies (115); les Etats-Unis furent soutenus par de nombreux alliés.

L'invasion du Panama en 1989 et l'invasion de Grenade en 1983 ont également comporté des bombardements; les deux constituent une agression en vertu de la définition du GTSCA. Enfin, les bombardements américains du Nord-Vietnam pendant la guerre du Vietnam, entre août 1964 et 1973, constituaient également une agression en vertu de cette définition : entre les attaques sur les croiseurs américains dans le Golfe du Tonkin, le 2 août 1964, et le cessez-le-feu du 27 janvier 1973 déclaré par le Nord-Vietnam et les Etats-Unis, les forces armées des Etats-Unis ont lâché 7 728 032 tonnes de bombes sur des cibles au Nord-Vietnam (116).

«Blocus» en vertu du paragraphe 2(c)

En vertu du paragraphe 2(c), le «*blocus des ports ou des côtes d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat*» constitue une agression. Le blocus de Cuba par les Etats-Unis au cours de la crise des missiles de Cuba d'octobre

(111) Michael J. GLENNON, *Limits of Law, Prerogatives of Power : Interventionism After Kosovo*, 2001.

(112) Lawrence WRIGHT, *The Looming Tower : Al-Qaeda and the Road to 9/11*, 2006.

(113) Joseph FITCHETT, «Not just retaliation, but also an act of self-defense' : US attacks terror sites in Afghanistan and Sudan», *New York Times*, 21 août 1998.

(114) Eric SCHMITT, «16 of 23 missiles reportedly hit main target», *New York Times*, 28 juin 1993.

(115) Résolution 678, 29 nov. 1990, *op. cit.*

(116) Phillip P. DAVIDSON, *Vietnam at War : the History. 1946-1975*, 1991.

1962 (117) – que le président John F. Kennedy a qualifié de «mise en quarantaine» – constituait une agression en vertu de cette disposition, tout comme le blocus de la République dominicaine par les Etats-Unis au cours de l'invasion de 1965 à laquelle quelque quarante et un vaisseaux américains ont participé.

Attaque des forces terrestres, maritimes ou aériennes en vertu du paragraphe 2(d)

En vertu du paragraphe 2(d), «une attaque des forces armées d'un Etat sur les forces terrestres, maritimes ou aériennes ou la marine et l'aviation civile d'un autre Etat» constitue une agression. Bon nombre des actions militaires entreprises par les Etats-Unis décrites plus haut auraient constitué une agression en vertu de cette disposition, y compris l'emploi de la force par les Etats-Unis contre les forces armées iraqiennes pendant l'invasion de 2003, contre les Talibans lors de l'invasion de l'Afghanistan en 2001, contre les forces armées iraqiennes lors de l'invasion de 1991, contre les forces armées du Panama pendant l'invasion de 1989, contre les forces armées de Grenade pendant l'invasion de 1983 et contre les forces armées du Nord-Vietnam pendant la guerre du Vietnam.

L'envoi de groupes armés qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat en vertu du paragraphe 2(g)

En vertu du paragraphe 2(g), «l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes et de groupes armés, de soldats irréguliers et de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager de manière substantielle dans une telle action» constitue une agression. Le soutien apporté par les Etats-Unis aux Contras du Nicaragua dans les années 1980 constituait une agression en vertu de cette disposition : les Etats-Unis ont ouvertement donné leur assistance à des forces qui cherchaient à renverser le gouvernement sandiniste du Nicaragua (118). La Cour internationale de justice statua que le principe énoncé à la disposition du paragraphe 2(g) représentait le droit international coutumier et que les Etats-Unis avaient violé cette interdiction (119). L'invasion de Cuba, dans la Baie des Cochons, en avril 1961, constituait également une agression en vertu de cette disposition : les Etats-Unis ont activement soutenu les insurgés cubains qui ont débarqué à Cuba lors d'une tentative de renverser le gouvernement de Fidel Castro (120).

(117) Graham T. ALLISON/Philip ZELIKOW, *Essence of Decision : Explaining the Cuban Missile Crisis*, 1999.

(118) *Report of the Congressional Committees Investigating the Iran-Contra Affair*, S. Rep., 1987.

(119) CIJ, «Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)», arrêt du 27 juin 1986.

(120) Arthur M. SCHLESINGER JR., *A Thousand Days : John F. Kennedy in the White House*, 1965.

*Actes d'agression par les autres Etats*

Ne concluons pas trop vite que seuls les Etats-Unis ont commis des actes tombant sous le coup de la définition proposée. Il convient de noter que de nombreux autres Etats ont également adopté des comportements qui constitueraient une agression en vertu de la définition du GTSCA. Le Groupe de haut niveau établi par le Secrétaire général Kofi Annan pour repenser le rôle des Nations Unies dans le monde, constata que les violations des règles de la Charte régissant l'emploi de la force étaient si nombreuses qu'elles défiaient toute quantification (121). Il a déclaré que, d'après l'un des recensements, «*la force a[vait] été employée 200 fois et, selon un autre recensement, 680 fois*», de 1945 à 1989 (122). D'autres études ont fait état de résultats similaires (123). On ne peut les mentionner que brièvement.

Récemment, l'invasion de la Géorgie par la Russie en août 2008 constituait une «*invasion ou attaque par les forces armées [de la Russie] sur le territoire [de la Géorgie]*», en vertu du paragraphe 2(a), ainsi qu'une «*attaque par les forces armées [de la Russie] sur les forces [...] terrestres [de Géorgie]*» en vertu du paragraphe 2(d) : la guerre commença le 7 août, quand la Géorgie attaqua à Tskhinvali, la capitale de l'Ossétie du Sud, des séparatistes soutenus par les Russes (124). La Russie réagit par l'envoi de troupes en Ossétie du Sud et en Abkhazie, puis par une incursion profonde en Géorgie (125). Auparavant, l'invasion soviétique de l'Afghanistan en 1979 avait constitué une agression en vertu de plusieurs des dispositions citées : c'était une «*invasion ou attaque par les forces armées [de l'Union soviétique] contre le territoire [de l'Afghanistan]*» en vertu du paragraphe 2(a), un «*bombardement par les forces armées [de l'Union soviétique] contre le territoire [de l'Afghanistan]*» en vertu du paragraphe 2(b) et une «*attaque par les forces armées [de l'Union soviétique] sur les forces terrestres [de l'Afghanistan]*» en vertu du paragraphe 2(d) (126).

(121) «*Pendant les 44 premières années d'existence des Nations Unies*», a conclu le Panel, «*les Etats membres ont souvent violé les règles de [la Charte] et ont littéralement recouru des milliers de fois à la force militaire, pendant qu'un Conseil de sécurité paralysé passait très peu de résolutions relevant du Chapitre VII et que l'article 51 offrait rarement une couverture crédible*», Rapport du Panel de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, *A More Secure World : Our Shared Responsibility*, Doc. ONU A/59/565, 2 déc. 2004.

(122) *Ibid.*

(123) Arthur M. WEISBURD, *Use of Force : the Practice of States Since World War II*, 1997. Weisburd dénombre cent guerres interétatiques entre 1945 et 1997. K.J. Holsti en comptait trente-huit entre 1945 et 1995, *The State, War, and the State of War*, 1996. Le projet «*Correlates of War*» (projet d'étude américain sur la guerre) en dénombre vingt-trois entre 1945 et 1997 : Meredith REID SARKEES, «*The correlates of war data on war : an update to 1997*», *Conflict Mgmt. & Peace Sci.*, 2000. Herbert K. Tillema a compté 690 interventions étrangères ouvertement militaires, *Risks of Battle and the Deadliness of War : International Armed Conflicts. 1945-1991*, 16 avr. 1996, manuscrit non publié et cité par Peter WALLENSTEEN, «*New actors, new issues, new actions*», in Peter WALLENSTEEN (dir.), *International Intervention : New Norms in the Post-Cold War Era?*, 1997. Un rapport du Carter Center en février 1998 a identifié trente «*guerres majeures en cours*», Carter Center, *Conflict Resolution Update : Update on World Conflicts*, 9 fév. 1998.

(124) Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie, *Report 5*, 2009.

(125) Anne BARNARD/Andrew E. KRAMER/C.J. CHIVERS, «*Russians push past separatist area to assault central Georgia*», *New York Times*, 10 août 2008.

(126) Pour des comptes rendus exhaustifs de l'invasion soviétique, cf. Gregory FEIFER, *The Great Gamble : the Soviet War in Afghanistan*, 2009.

A de nombreuses autres reprises, d'autres puissances mondiales que les Etats-Unis se sont livrés à des agressions en vertu de cette définition. L'invasion des Malouines en 1982 constituait une «*invasion ou une attaque par les forces armées* [de l'Argentine] *du territoire* [du Royaume-Uni]» en vertu du paragraphe 2(a) (127). L'invasion de l'Égypte en 1956 par la France, le Royaume-Uni et Israël pendant la crise du Canal de Suez a représenté une «*invasion ou attaque par les forces armées*» de ces trois pays du territoire égyptien en vertu du paragraphe 2(a), un «*bombardement par les forces armées*» françaises, britanniques et israéliennes contre le territoire égyptien en vertu du paragraphe 2(b) et une «*attaque par les forces armées*» de France, du Royaume-Uni et d'Israël sur les forces terrestres d'Égypte en vertu du paragraphe 2(d) (128). Quant à l'invasion par la France de la République centrafricaine, qui a résulté en la déposition de Jean-Bedel Bokassa, elle a constitué une «*invasion ou attaque par les forces armées*» françaises du territoire de la République centrafricaine en vertu du paragraphe 2(a).

Trois opérations militaires supplémentaires, dont on a pu dire qu'elles avaient été accomplies pour des raisons humanitaires, comportaient également une «*invasion ou attaque*» et donc une agression, en vertu du paragraphe (a). Il s'agit de : l'invasion de l'Ouganda par la Tanzanie en 1979, où les forces répondant au commandement du président Julius Nyerere ont déposé le dictateur Idi Amin et ont installé Milton Obote; l'invasion du Cambodge par le Vietnam en 1979, aboutissant à la déposition de Pol Pot; et l'invasion du Pakistan oriental par l'Inde en 1971, qui a mis fin à une oppression, à des tortures, à des viols et à des pillages d'une grande cruauté.

Enfin, les actions militaires du Nord-Vietnam contre le Sud-Vietnam entre 1960 et 1975 constituaient une «*invasion ou attaque par les forces armées* [du Nord-Vietnam] *du territoire* [du Sud-Vietnam]» en vertu du paragraphe 2(a) et l'attaque d'Israël en 1981 contre le réacteur d'Osirak en Iraq a constitué un «*bombardement par les forces armées* [israéliennes] *contre le territoire* [iraquien]» en vertu du paragraphe 2(b) (129).

#### *Les ambiguïtés de la définition du GTSCA*

Le recensement des événements historiques le suggère : l'étendue potentielle de la définition d'un «*acte d'agression*» recommandée par le GTSCA est extraordinairement vaste, car la portée et l'application de la définition sont incertaines dans certains aspects essentiels.

(127) Lawrence FREEDMAN, «The war of the Falkland Islands, 1982», *Foreign Affairs*, 1982.

(128) Keith KYLE, *Suez : Britain's end of empire in the Middle East*, 2003).

(129) Richard FALK, *The Vietnam War and International Law*, 1968; Shai FELDMAN, «The bombing of Osirac—revisited», *International Security*, 1982.

### La force

Pour commencer par la formule de l'article 2(4) de la Charte des Nations Unies utilisée dans la définition du GTSCA, il convient de noter que les termes exacts de l'article sont modifiés par la définition. Le premier changement est que le terme «force», tel qu'il est employé dans la Charte n'est pas modifié, tandis que le terme «force», tel qu'il est employé dans la définition du GTSCA, est modifié par le terme «armée». Cela a pour effet apparent de restreindre la portée de l'interdiction du GTSCA en excluant les cas où la force est utilisée sans recourir aux armes, ce qui soulève un certain nombre de questions.

Quelles utilisations de la force interdites par la Charte sont-elles autorisées en vertu de l'interdiction du GTSCA ? Qu'est-ce qui justifie l'autorisation de certains emplois de la force que la Charte interdit ? Qu'en est-il des Etats incapables ou peu désireux d'empêcher l'utilisation de leur territoire pour des activités d'entraînement terroriste – par exemple l'Afghanistan dans les années 1990 ou le Pakistan aujourd'hui. Cela constitue-t-il un emploi de la force «armée» ou bien l'«envoi» de bandes ou de groupes armés en vertu du paragraphe 2(g) ? A cet égard, le paragraphe 2(f) inclut le fait de mettre le territoire d'un Etat «à la disposition d'un autre Etat» pour perpétrer un acte d'agression : pourquoi faire la distinction entre un Etat et un acteur non étatique, tel qu'Al Qaïda ? Supposons qu'un Etat ne soit pas en mesure de contrôler l'utilisation de son territoire en dépit d'efforts de bonne foi : un tel Etat est-il encore responsable des actes d'acteurs non étatiques ? Qu'en est-il de l'apport d'équipements, d'entraînement, d'assistance logistique ou de renseignements à un groupe armé ? L'exigence que la force soit «armée» exclut-elle les cyber-attaques ? La cible des cyber-attaques serait-elle un facteur important ? Et qu'en est-il de l'usage d'agents chimiques et biologiques non mortels, mais incapacitants ?

La Charte implique que certains emplois de la force sont permis parce qu'ils ne sont pas, par définition, dirigés contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un Etat. Quels sont les emplois permis en vertu de la définition du GTSCA ? Que recouvre les expressions «intégrité territoriale» et «indépendance politique» ? L'emploi de la force armée non dirigée vers l'occupation territoriale ou sapant l'autonomie ou la survie d'un gouvernement est-il permis ? Qu'en est-il de l'emploi des forces armées d'un Etat situées hors du territoire de cet Etat ? Ou encore de l'emploi de la force contre des lieux tels que les satellites, les digues, les réseaux de distribution d'électricité d'un Etat, les usines d'armement ou les laboratoires ?

### La souveraineté

Un autre changement dans la formulation de l'article 2(4) – l'insertion du mot «souveraineté» dans la définition – étend la portée de l'interdiction

contre le recours à la force à l'article 2(4), mais son sens n'est pas clair. Qu'est-ce qui relève de l'emploi de la force armée contre la «souveraineté» d'un Etat? Comment, spécifiquement, ce terme élargit-il la catégorie des emplois interdits de la force armée? Quel emploi de la force armée ne serait pas «*contraire à la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat*», mais serait «*incompatible avec la Charte des Nations Unies*»? L'emploi de la force armée par un Etat sans l'approbation du Conseil de sécurité, quand il vise à mettre fin à un génocide intra-étatique, par exemple, est-il compatible avec la Charte?

#### Relation avec la Résolution 3 314

La définition du GTSCA prévoit que les actes spécifiés «*seront, en vertu de*» la Résolution 3 314, considérés comme des actes d'agression. La question se pose donc de savoir si les dispositions de la Résolution 3 314 qui ne sont pas comprises dans la définition du GTSCA ne gouvernent pas néanmoins l'application des dispositions incluses (130). La Résolution 3 314 est-elle, en pratique, intégrée par simple référence? (131)

Si tel est le cas, alors «*les actes énumérés [aux paragraphes 2(a)-(g)] ne sont pas exhaustifs, et le Conseil de sécurité peut déterminer que les autres actes constituent une agression en vertu des dispositions de la Charte*» (132). Si tel est le cas, alors «*rien dans la présente définition ne saurait être interprété comme agrandissant ou réduisant la portée de la Charte de quelque manière que ce soit, y compris ses dispositions concernant les cas où l'emploi de la force est légitime*» (133). En d'autres termes, la portée de la définition de l'agression recommandée par le GTSCA, nonobstant la différence de formulation, est identique à l'étendue de la définition incluse dans la Charte. La définition du GTSCA est contiguë à celle de la Charte et n'y ajoute ou n'en enlève rien. De plus, ce qui est d'une importance cruciale pour la régularité des procédures, «*si la définition abstraite dans la clause générale [est] auto-applicatrice, la liste des actes ou des situations [est] inutile*» (134). Dans le cas contraire – si les dispositions non incluses de la Résolution 3 314 ne s'appliquent pas à la définition recommandée par le GTSCA et si la Résolution 3 314 n'est en réalité citée que par politesse, sens moral ou volonté d'établir un pedigree ou une généalogie légitimante –, alors la liste des actes énumérés aux paragraphes 2(a)-(g) est exhaustive et la définition

(130) L'article 4 de la Résolution 3 314 elle-même, définissant l'agression, prévoit que les actes qui y sont énumérés «*ne sont pas exhaustifs et que le Conseil de sécurité peut déterminer si les autres actes constituent une agression en vertu des dispositions de la Charte*». Cependant, la définition du GTSCA ne contient aucune précision de ce genre.

(131) Comme on l'a noté précédemment, un problème supplémentaire serait alors créé par le fait que la Résolution 3 314, contrairement à la définition du GTSCA, ne criminalise qu'une «guerre» d'agression et non un «acte» d'agression. Cf. *supra*.

(132) Résolution 3 314.

(133) *Ibid.*, art. 6.

(134) Julius STONE, *Aggression and World Order*, 1958.

générale qui précède la liste n'est qu'une description de la classe occupée exclusivement par ces actes. En d'autres termes, aucun autre comportement ne peut être passible de poursuites par la CPI pour crime d'agression.

Quelle est la bonne interprétation ? Aucune n'est certaine. Sur la base de la définition du GTSCA, les deux camps peuvent présenter des arguments raisonnables. Apparemment, l'objet du GTSCA était de faire un compromis en laissant la question ouverte. Si tel est le cas, l'objectif est atteint. Le GTSCA, soucieux peut-être de ne pas briser la cohérence fragile de son consensus, a refusé de prendre la décision difficile de déterminer ce que la définition recouvrait et ce qu'elle ne recouvrait pas, laissant le procureur et les juges de la CPI prendre cette décision, voire le Conseil de sécurité, après que le comportement de l'accusé se soit déroulé.

En choisissant pour prédicat du «crime d'agression» un «acte» plutôt qu'une «guerre» d'agression, la définition du GTSCA encourage des comportements d'un genre dénoncé par Elizabeth Wilmshurst : «une situation où, dès qu'un Etat sera en litige avec un autre qui aura employé la force armée, cet Etat pourra en référer à la Cour pénale internationale en arguant de la participation d'individus» (135). Il en résulterait un risque grandement supérieur d'application discriminatoire et de poursuites politisées.

#### *La définition du «crime d'agression» par le GTSCA*

Le «crime d'agression» a une définition plus étroite. En vertu de la proposition du GTSCA, tous les «actes d'agression» ne donnent pas lieu à un «crime d'agression». Là encore, un «crime d'agression» désigne «la direction, la préparation, le déclenchement ou l'exécution, par une personne en position d'exercer un contrôle effectif ou de diriger les actions politiques ou militaires d'un Etat, d'un acte d'agression qui, par son caractère, sa gravité et son échelle, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies» (136). La définition suit de près, sans y adhérer, l'accusation de «crime contre la paix» jugée à Nuremberg, qui consistait en «la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression» (137). Le crime d'agression, tel qu'il a été défini, ne peut être commis que par des dirigeants politiques et militaires, non par des administrateurs ou des soldats de niveau subalterne. De plus, il ne couvre que les violations claires et graves de la Charte, ce qui implique que les actes d'agression autorisés par le Conseil de sécurité ou accomplis au titre de la légitime défense en vertu de l'article 51 ne sont pas passibles de poursuites.

(135) Elizabeth WILMSHURST, «Definition of the crime of aggression: State responsibility or individual criminal responsibility?», in Mauro POLITI/Giuseppe NESI (dir.), *The International Criminal Court...*, op. cit.

(136) CPI, «Discussion paper on the crime of aggression proposed by the chairman», 19 fév. 2009.

(137) Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre, Annexe, art. VI(a), souligné par l'auteur.

Cependant, comme pour la définition d'un «acte d'agression» par le GTSCA, on se pose les sempiternelles questions sur le sens de l'expression «crime d'agression». «*La direction*» et «*la préparation*» désignent une vaste gamme d'activités politiques et militaires, dont une grande partie est liée à la coordination tactique et stratégique dans des opérations militaires conçues sans contexte particulier. Il est souvent impossible de savoir si les circonstances environnantes permettraient de qualifier ces activités à juste titre de «crime d'agression». C'est peut-être pour cette raison que la définition de la Résolution 3 314 prévoyait dans son texte d'introduction que «*la question de savoir s'il y a eu acte d'agression doit être examinée compte tenu de toutes les circonstances propres à chaque cas*» (138). Par exemple, si les stratèges de l'OTAN avaient élaboré des projets de bombardement de Bagdad avant l'invasion iraquienne du Koweït, en partant du présupposé qu'une telle invasion était possible, cela aurait-il constitué un «crime d'agression»? L'élaboration de projets pour l'invasion éventuelle de Cuba au cours de la crise des missiles à Cuba aurait-elle aussi été un «crime d'agression»? Les stratèges militaires conçoivent souvent des plans hypothétiques ou préparent des opérations de défense et de représailles qui peuvent néanmoins être utilisées, du moins en partie, pour lancer une première frappe. Ces plans, considérés sans contexte factuel et hors de tout objectif stratégique, peuvent être soumis à des interprétations très diverses. De telles directions et préparations hypothétiques constituent-elles, en elles-mêmes, un «crime d'agression»?

En outre, une grande partie du travail de tout ministère moderne de la Défense consiste, du moins indirectement, à «préparer» l'emploi de la force armée; après tout, c'est pour cela que les ministères de la Défense existent. L'approvisionnement en armes, les activités de combat, mais aussi la sécurité sociale, le logement, la retraite et les services sociaux du personnel militaire et de leurs familles sont tous organisés dans l'objectif ultime d'optimiser la disponibilité des ressources afin que les forces armées puissent exécuter la mission militaire qui sera ordonnée par les décideurs politiques. En réalité, une grande partie de la préparation est de plus en plus ciblée vers le soutien d'opérations militaires entreprises en conjonction avec les forces armées de l'ONU. Aucun stratège de défense raisonnable ne peut savoir, en vertu de la définition du crime d'agression du GTSCA, où tracer la frontière entre les tâches quotidiennes demandées par le ministère et l'accomplissement d'un crime d'agression passible de poursuites.

Enfin, dans les démocraties modernes, la préparation d'un conflit armé implique davantage de personnes que les militaires et le personnel du ministère de la Défense. Les services de renseignement apportent aux

(138) Résolution 3 314, Annexe.

stratégies de la défense une grande variété d'informations qui font progresser les objectifs militaires. Les diplomates préparent le terrain pour des actions militaires en assurant le concours d'alliés. Les législateurs procurent des crédits aux militaires, approuvent les systèmes d'armes utilisés dans des conflits donnés, autorisent le recours à la force et supervisent la conduite des hostilités. Qui, parmi eux, est passible de poursuites pénales pour la direction ou la préparation du crime d'agression ? Où est la limite ?

Le GTSCA prétend limiter le nombre de responsables politiques et militaires passibles d'une responsabilité pénale en limitant les poursuites aux personnes «*dont la position leur permet d'exercer un contrôle effectif ou de diriger les actions politiques ou militaires d'un Etat*». Cependant, cette définition est tout sauf claire. Quand on regarde l'énumération présentée ci-dessus d'incidents impliquant l'emploi de la force armée qui constitueraient des actes d'agression, une myriade de dirigeants politiques et militaires d'Etats agresseurs seraient passibles de poursuites pour le crime d'agression si on leur appliquait la définition du GTSCA ; la liste des accusés potentiels inclurait, entre autres, tous les Présidents et les Secrétaire à la Défense des Etats-Unis depuis John F. Kennedy, y compris le président Obama, ainsi que de nombreux dirigeants étrangers ayant exercé un contrôle effectif ou dirigé les actions politiques ou militaires de leurs pays au cours des autres actes d'agression précités (139).

Où la liste s'arrête-t-elle ? Quel est le degré le plus bas de la hiérarchie dans l'administration de la Défense, du ministère des Affaires étrangères et des législatures que le bras des poursuites pourrait atteindre ? Cela n'est pas clair. «*Dans la plupart des sociétés démocratiques, il est presque impossible d'assigner la responsabilité d'un certain acte à quelques individus seulement, car un grand nombre de bureaucrates sont habituellement impliqués dans la préparation et la formations des décisions*» (140). Les analystes des services de renseignement, les diplomates, les législateurs et les avocats «*contrôlent*» tous, parfois, les actions politiques et militaires, dans le sens où l'action en question n'aurait jamais eu lieu sans leur comportement. En outre, la question de leur immunité n'est pas claire, étant donné l'ambiguïté du Statut de Rome sur la question (141).

(139) La liste en question comprendrait également l'ensemble des chefs du personnel au moment des opérations militaires en question et encore, peut-être, des centaines de membres du Congrès ayant voté pour des résolutions autorisant l'emploi de la force contre le Nord-Vietnam, l'Afghanistan et l'Iraq. Les dirigeants étrangers incluraient : Tony Blair, Jacques Chirac, Gerhard Schröder et d'autres dirigeants politiques et militaires de l'OTAN en poste au moment de l'attaque de la Yougoslavie en 1999 ; Anthony Eden, Guy Mollet, David Ben Gourion et les dirigeants militaires britanniques, français et israéliens au moment de l'attaque de Suez ; Ho Chi Minh, Valéry Giscard d'Estaing, Julius Nyerere, Vladimir Poutine, Dmitri Medvedev et bien d'autres encore. Il faut noter que les restrictions de la juridiction dans le temps empêcheraient la CPI de poursuivre pour de bon les précités pour crime d'agression.

(140) Cf. Matthias SCHUSTER, *op. cit.*

(141) L'article 98(1) du Statut de Rome prévoit que «*la Cour ne peut présenter une demande d'assistance qui contraindrait l'Etat requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit inter-*

Là encore, tous les actes d'agression ne donnent pas lieu à des crimes d'agression : un crime d'agression n'est commis que de manière incidente par rapport à un acte d'agression qui, dans le jargon du GTSCA, «*constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies*». Si un acte d'agression devait être autorisé par le Conseil de sécurité ou permis en vertu de l'article 51, il resterait donc un acte d'agression, mais ne fournirait pas le prédicat d'un crime d'agression. Deux exigences doivent donc être satisfaites avant qu'un acte ne devienne un crime passible de poursuites : il doit violer la Charte et cette violation doit être manifeste.

Lequel des actes d'agression décrits ci-dessus a-t-il violé la Charte et lequel n'était pas une violation ? Comme le Conseil de sécurité n'a autorisé l'emploi de la force que dans quelques rares cas et parce que l'exception constituée par la légitime défense ne peut logiquement pas être disponible pour tous les camps d'un conflit armé, la quasi-totalité de ces centaines d'exemples impliquait nécessairement qu'un Etat ait recouru à la force illégalement en vertu de la Charte. Cependant, il est habituellement impossible de déterminer où la violation a eu lieu. Dans la quasi-totalité des actes décrits, l'«*Etat agresseur*» a soutenu qu'il avait agi au titre de la légitime défense ou en vertu de l'autorisation du Conseil de sécurité. L'opération de l'OTAN au Kosovo en 1999 constitue une exception majeure, pour laquelle l'explication légale des dirigeants de l'OTAN est généralement la suivante : moins on en dit, mieux cela vaut (142). Ainsi, dans lequel de ces cas peut-on dire objectivement que ces Etats avaient tort et qu'une «*violation manifeste*» de la Charte a eu lieu ?

Etant donné que les règles de la Charte gouvernant l'emploi de la force ont été violées, nous le répétons, entre 200 et 680 fois depuis 1945 (143), ces règles sont-elles encore en vigueur ? (144) A ce sujet, ont été soutenues nombre d'opinions, qui reflètent des désaccords étendus et persistants quant à la portée de l'exception accordée à la légitime défense. La vérité est que, dans la plupart des cas, une personne d'intelligence ordinaire se verrait contrainte de deviner lequel des camps a violé la Charte. S'il faut deviner les choses, cela ne peut satisfaire aux exigences d'un jugement en bonne et due forme et au principe de légalité.

*national en matière d'immunité des Etats ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un Etat tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet Etat tiers en vue de la levée de l'immunité». Cependant, l'article 27, intitulé «Défaut de pertinence de la qualité officielle», prévoit : «1) Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'Etat ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un Etat, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. 2) Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne».*

(142) L'opinion selon laquelle les actes de l'OTAN au Kosovo ont représenté une violation de la Charte est développée par Michael GLENNON, *op. cit.*

(143) Tel est le nombre énoncé dans le rapport du Groupe de personnalités de haut niveau, *Un monde plus sûr*. D'autres études ont fait état de résultats semblables.

(144) Selon nous, non. Cf. Michael GLENNON, «How international rules die», *Geo. L.J.*, n° 93, 2005.

Le GTSCA cherche à éliminer le flou général de sa définition en interdisant les poursuites pour crimes d'agression mineurs ou secondaires. Pour cela, il exige que la violation en question soit «manifeste» par son «caractère, [sa] gravité et [son] échelle». Cependant, ces qualificatifs n'apportent ni la spécificité, ni la précision requises; ils ne font que nourrir l'interrogation sur l'échelle sémantique pour se concentrer sur ce qui est «manifeste». Un statut qui n'autoriserait que les poursuites de cas indéniables et évidents d'«incorection» n'en serait pas moins vague. Telle est la difficulté centrale des efforts d'élimination de l'imprécision, qui se bornent à indiquer que ce qui est secondaire ne sera pas pris en compte: il est impossible de savoir, d'après les termes en jeu, ce qui est secondaire et ce qui est essentiel dans leur portée.

Après le bombardement d'une boîte de nuit à Berlin en 1986, où deux soldats américains furent tués, les Etats-Unis réagirent en bombardant la Libye, tuant apparemment l'une des filles du colonel Khadafi (145). Cet acte représentait-il, à cause de son «caractère, [sa] gravité et [son] échelle» une violation «manifeste» de la Charte? Le «caractère» signifie-t-il qu'il faille prendre en compte l'implication de la Libye dans le bombardement de la boîte de nuit? La «gravité» implique-t-elle que l'impact – limité – sur la stabilité régionale doive être considéré? L'«échelle» signifie-t-elle que la durée des frappes aériennes doive être l'un des facteurs? La force, à cet égard, a-t-elle été utilisée contre «l'intégrité territoriale» ou bien «l'indépendance politique» de la Libye? L'attaque dont les soldats américains ont été victimes représentait-elle une attaque armée contre les Etats-Unis au sens de l'article 51 de la Charte? Comme pour les interrogations sur les autres emplois de la force dans l'histoire, les réponses restent affaire de jugement subjectif. L'adjonction d'une exigence du caractère «manifeste» n'élimine pas l'imprécision comme par un coup de baguette magique.

La conclusion est donc inévitable: la définition du crime d'agression par le GTSCA, reconstruite sur les cendres du Pacte de la Société des Nations, qui prévoyait que «les membres de la Société s'engagent à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les membres de la Société» (146), est vague au-delà de tout espoir de rédemption. Pour reprendre l'heureuse expression de la Cour suprême des Etats-Unis, elle échoue à donner des «normes vérifiables de culpabilité» (147). Contrairement à l'exigence du Statut de Rome lui-

(145) Edward SCHUMACHER, «Wide damage seen; daughter of Qaddafi is said to have died», *New York Times*, 16 avr. 1986.

(146) Pacte de la Société des Nations, art. 10. Il convient de souligner que le Pacte ne tentait pas de définir l'agression, ni de rendre illégal le recours à la force.

(147) «Palmer v. ville d'Euclid», 1971.

même, la définition n'est pas «*compatible avec les droits de l'homme reconnus par la communauté internationale*» (148).

\* \*  
\*

Peut-être les dirigeants politiques des Etats-Unis trouvent-ils un certain réconfort dans tout cela, comme dans la conviction que, si une définition aussi vaste que la définition proposée par le GTSCA devait survivre au feu des critiques procédurales et finir par être adoptée, les membres principaux du gouvernement des Etats-Unis n'en seraient pas moins à l'abri, car les Etats-Unis ne sont pas partie au Statut de Rome. Si tel est le cas, leur sentiment de sécurité pourrait bien être erroné : dans l'hypothèse où une telle définition était incluse dans le Statut, il est possible que leurs dirigeants militaires et politiques soient poursuivis pour crime d'agression même si les Etats-Unis ne deviennent pas partie.

Cela n'est pas certain pour autant. Le Statut est contradictoire en apparence. L'article 121(5) prévoit, là encore, que «*la Cour n'exerce pas sa compétence à l'égard d'un crime faisant l'objet de cet amendement lorsque ce crime a été commis par un ressortissant d'un Etat partie qui n'a pas accepté l'amendement ou sur le territoire de cet Etat*». Le Statut prévoit encore que, en cas d'ambiguïté, il «*sera interprété en faveur de la personne faisant l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation*» (149). Cependant, en vertu de l'article 12(2)(a) du Statut, la CPI peut exercer sa juridiction si «*l'Etat sur le territoire duquel le comportement en cause s'est produit*» a accepté la juridiction de la CPI. Une action militaire des Etats-Unis constituant un crime d'agression en vertu de la définition du GTSCA pourrait survenir sur le territoire d'un tel Etat, qui en référerait alors à la CPI pour commencer des poursuites. De plus, on ne sait si l'immunité serait prise en compte. Des dispositions contradictoires du Statut de Rome pourraient être conciliées dans un sens ou dans l'autre.

Une solution à cette énigme est apparue un jour. Pendant des années, l'établissement d'une cour pénale internationale a été lié à la définition du crime d'agression (150). Les Etats en sont progressivement venus à comprendre que l'établissement d'une telle cour ne serait possible qu'en séparant les deux questions. Pour reprendre les termes de R. Niebuhr, ils ont choisi «*une approche pragmatique des questions politiques et économiques qui ferait honneur à Edmund Burke, le grand montreur de la sagesse de l'expérience historique*» (151). Le Statut de Rome en est le résultat. Néanmoins, ce qui a triomphé dans le GTSCA était très différent : sa définition de l'agression incarne, pour reprendre l'expression de Niebuhr, «*le rationalisme*

(148) Statut de Rome, art. 21(3).

(149) Art. 22(2).

(150) Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 1 187 (XII), 11 déc. 1957.

(151) Reinhold NIEBUHR, *op. cit.*

*abstrait de la Révolution française*» (152). Ce qui a triomphé, c'est le retour au genre de crimes pour lesquels on guillotinaient les victimes, des crimes de trahison tels que les «*opinions suspectes*» ou la «*nostalgie pour l'Ancien-Régime*» (153). Ce qui a triomphé, par l'esprit, sinon par la lettre, c'est un repli sur la loi naturelle du genre que défendait le juge français Henri Bernard dans son opinion dissidente avec le jugement de Tokyo : «*à notre avis, il ne fait aucun doute qu'une telle guerre [d'agression] ne soit et n'ait toujours été un crime aux yeux de la raison et de la conscience universelle, des expressions de la loi naturelle sur lesquelles un tribunal international peut et doit se fonder pour juger le comportement des accusés qui lui sont apportés*» (154).

Si le crime en est un en vertu de la loi naturelle, il n'est besoin d'aucune prescription préalable, parce que chaque personne sensée en a déjà été avertie. Cependant, ni le juge H. Bernard, ni le GTSCA, ni qui que ce soit n'ont expliqué comment il est possible, avec une pincée d'objectivité, de certifier «*la raison et la conscience universelle*». Comment des juristes raisonnables et bien intentionnés de sociétés différentes peuvent-ils identifier le contenu de la loi naturelle d'une manière qui soit neutre culturellement et objectivement utile ?

Lors de la Conférence de révision de 2010, c'est au même choix que l'Assemblée des Etats parties sera confrontée. Elle aura le choix, une fois de plus, de revenir à la loi naturelle, au «*rationalisme abstrait de la Révolution française*», ou d'adopter une approche pragmatique et fidèle à Burke, enracinée dans l'expérience historique et la réalité politique. Sa décision déterminera, en fin de compte, non seulement l'éventualité que les Etats-Unis deviennent partie, mais également l'avenir probable de la CPI. En effet, les Etats-Unis ne seront pas le seul Etat à rejeter la CPI si les pays qui la soutiennent tournent le dos à la pierre angulaire de l'Etat de droit, le principe de légalité – et à l'assurance, énoncée dans son propre Statut, qu'elle agira de manière «*compatible avec les droits de l'homme reconnus par la communauté internationale*» (155).

(152) *Id.*

(153) Caroline MOOREHEAD, *Dancing to the Precipice : Lucie de la Tour du Pin and the French Revolution*, 2009.

(154) «United States v. Araki», 12 nov. 1948, opinion dissidente du juge H. BERNARD, in *Les procédures du TMIEE*.

(155) Statut de Rome, art. 21(3).