



UN MUTANT JURIDIQUE : L'AGRESSION INTERNATIONALE

Jean-Paul PANCRACIO

avec la participation d'Emmanuel-Marie PETON

AVERTISSEMENT

Les opinions émises dans ce document
n'engagent que leurs auteurs.
Elles ne constituent en aucune manière
une position officielle du ministère de la défense.

CAHIERS DE L'IRSEM DÉJÀ PARUS :

- 1 – ACTION EXTÉRIEURE ET DÉFENSE : L'INFLUENCE FRANÇAISE À BRUXELLES**
- 2 – L'AXE DU MOINDRE MAL : LE PLAN OBAMA-McCHRISTAL POUR L'AFGHANISTAN**
- 3 – STRATÉGIE OPÉRATIONNELLE ET ASPECTS CIVILS DE LA GESTION DES CRISES : QUELLE «DOCTRINE» POUR LE VOLET CIVIL DE LA PESD ?**
- 4 – LE PARLEMENT EUROPÉEN DANS LA PSDC**
- 5 – QUELLE STRATÉGIE D'INFLUENCE EN APPUI AUX OPÉRATIONS MILITAIRES ?**
- 6 – L'APPROCHE GLOBALE DANS LA GESTION CIVILO-MILITAIRE DES CRISES
ANALYSE CRITIQUE ET PROSPECTIVE DU CONCEPT**

HORS SÉRIE - LES FRONTIÈRES DE L'UNION EUROPÉENNE OU LES ÉTATS-UNIS D'EUROPE

- 7 – UN MUTANT JURIDIQUE : L'AGRESSION INTERNATIONALE**

LES CAHIERS DE L'IRSEM

www.irsem.defense.gouv.fr

L'Institut de Recherche Stratégique de l'École Militaire (IRSEM) a été créé en 2009 par le ministère de la défense pour lancer de nouvelles pistes de réflexion stratégique et promouvoir la recherche sur les questions de défense. Ses 35 chercheurs permanents, assistés par une équipe de soutien de 12 personnes, réunissent les approches académiques et militaires dans une perspective multidisciplinaire. En étroite collaboration avec les principales autorités du ministère (État Major des Armées, Secrétariat Général pour l'Administration, Direction Général de l'Armement, Délégation aux Affaires Stratégiques, Enseignement Militaire Supérieur), et en lien avec le tissu français de la recherche universitaire et des *think tanks*, l'IRSEM vient compléter les expertises opérationnelles et d'aide à la décision, par une réflexion stratégique conceptuelle qui participe d'un effort plus large pour développer l'excellence de la recherche, de la formation et de la documentation sur le site de l'École Militaire.

Autres productions de l'IRSEM :

- 5 collections sont consultables en ligne : les Cahiers, les Études, The Paris Papers, les Fiches de l'IRSEM, et notre Lettre d'information électronique.
- 1 revue académique (Les Champs de Mars) est éditée à la Documentation Française.
- L'ensemble de nos manifestations scientifiques est annoncé sur le site de l'IRSEM (www.irsem.defense.gouv.fr).

Un programme Jeunes Chercheurs vise à encourager l'émergence d'une relève stratégique, grâce à un séminaire mensuel, à des bourses doctorales et post-doctorales, et à un soutien financier et logistique.

SOMMAIRE

Première partie

L'agression dans le champ de la responsabilité internationale de l'État.....	11
I - L'organe particulier qu'est la CDI	12
II - Les premières approches de l'agression dans le champ de la responsabilité internationale de l'État	13
1. La charte des Nations unies et l'agression	13
2. L'élaboration, sans lendemains immédiats, d'un Code des crimes contre la paix par la CDI	14
3. Une seconde tentative, au sein de la CDI, de criminaliser certains faits internationalement illicites des États.....	14
4. La disparition de la criminalisation dans la version définitive du <i>Projet d'articles</i> sur la responsabilité internationale des états : du crime international à la norme incertaine de <i>ius cogens</i>	17
III - La prise de relais de l'Assemblée générale dans la définition du concept d'agression internationale	21
1. Le but recherché par l'Assemblée générale. Dit et non-dit.	22
2. Une définition détaillée de l'agression	22
3. La reconnaissance théorie de l'agression indirecte	25
4. Une convention régionale incluant l'agression. L'exemple de l'Union africaine	25
IV - L'absence de pratique de l'agression armée et de sa sanction par le Conseil de sécurité de l'Onu et par la Cour internationale de justice.....	26
1. Les faits. Le Conseil de sécurité face au tabou juridique de l'agression armée	27
2. La CIJ face au tabou juridique de l'agression armée	30
V - Les répercussions de l'absence de pratique d'une responsabilité de l'État pour agression armée	33
1. Une relative déshérence du droit de l'État à la légitime défense	33
2. La jurisprudence internationale relative à la légitime défense de l'État	36
VI - Une tentative de iustification juridique d'une agression : le recours à la notion d'« autorisation implicite » du Conseil de sécurité. L'affaire de l'interprétation de la résolution CS 1441 (Irak)	42

Seconde partie

La migration du concept d'agression vers le droit international pénal et ses effets45

I - La résurgence du Code des crimes contre la paix	45
II - L'agression au rang des incriminations incluses dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale	46
1. D'abord une simple mention dépourvue de portée effective	47
2. Le crime d'agression au sein du Groupe de Travail Spécial (Special Working Group) : 2004-2010.....	48
3. Les implications d'une criminalisation individuelle de l'agression armée entre États	51
III - Une vision transversale sur les autres crimes internationaux et leur relation à l'État.....	55
1. Appareil d'état et responsabilité internationale individuelle	56
2. L'agression armée est-elle un fait détachable de l'acte internationalement illicite de l'État ?.....	56
IV - La conférence de Kampala (29 mai-9 juin 2010) et ses enjeux : acquis et délaissements	57
1. La recherche du consensus sur la question de la saisine de la CPI sur une incrimination d'agression	57
2. La France à Kampala	60
3. Les éléments du compromis de Kampala : acquis et délaissements	61
V - Les lacunes actuelles de la notion d'agression	62
1. La problématique de l'action de l'État contre une menace d'agression armée	62
2. La problématique de l'attaque terroriste contre un État.....	65
3. La problématique de la lutte informatique offensive	67
4. La difficulté d'application de la définition de la résolution 3314 à nombre de conflits contemporains.....	70

*« Le véritable agresseur est celui
qui rend la guerre inévitable »*

Taine, Lettre à John Durand,
7 septembre 1870

UN MUTANT JURIDIQUE : L'AGRESSION INTERNATIONALE

Il y a aujourd'hui deux volets à la notion d'agression internationale : d'une part la présence de celle-ci dans le droit international général, en l'occurrence dans le droit de la responsabilité internationale des États qui a été sa matrice ; d'autre part son apparition, beaucoup plus récente et pas encore opérationnelle dans le droit international pénal et plus précisément dans la convention de Rome du 17 juillet 1998 qui crée la Cour pénale internationale et constitue le statut de celle-ci.

Dès lors se pose le problème de savoir comment une notion juridique dont l'emploi était jusqu'à présent exclusivement cantonné dans les relations de responsabilité entre États, peut basculer dans le droit international pénal sans compromettre le dispositif actuel de la sécurité collective dont le Conseil de sécurité est le centre¹ ? En devenant une incrimination pénale, par définition individuelle tout

1. Et au sein duquel la France joue un rôle en qualité de membre permanent.

en demeurant matériellement un fait illicite d'un État envers un autre, l'agression ainsi criminalisée, pose la délicate question de la saisine de la CPI de ce chef, de l'autonomie de cette juridiction dans l'ouverture et l'exercice des poursuites de ce même chef.

C'est tout ce processus de mutation que nous nous proposons d'étudier en analysant aussi bien ses origines que les conséquences qu'il est susceptible de produire dans les années qui viennent s'il parvient à son aboutissement et ce qu'elles pourraient être à l'égard de la France et de ses plus hauts décideurs dans le domaine de la Défense. L'analyse portera en premier lieu sur l'agression dans le champ de la responsabilité internationale de l'État (Première partie) puis s'attachera au passage du concept d'agression dans le droit international pénal (Seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE

L'AGRESSION DANS LE CHAMP DE LA RESPONSABILITÉ INTER- NATIONALE DE L'ÉTAT

Pour comprendre l'évolution qu'a connue la notion d'agression internationale au sein du droit international public, il convient de partir des travaux de la Commission du droit international (CDI). Après une brève présentation de cet organe (I), c'est son approche de l'agression dans le champ de la responsabilité internationale de l'État qui sera analysée (II) avant de voir comment l'Assemblée générale de l'Onu prit ensuite le relais pour proposer une définition du concept d'agression internationale (III) ; dans ce qui est une résolution à finalité normative, on relèvera toutefois l'absence d'usage de la notion juridique d'agression armée ; on relèvera également l'absence de sa sanction par le Conseil de sécurité de l'Onu autant que par la Cour internationale de justice dans le champ contentieux (IV) ; on s'interrogera alors sur les répercussions qu'ont ces réticences, de la part

d'organes essentiels du maintien de la paix et de la sécurité internationales, sur l'exercice du droit de l'État à la légitime défense (V). Nous examinerons enfin comment certains États ont tenté de justifier une agression armée par le recours à la notion d'autorisation implicite du Conseil de sécurité de l'Onu (VI).

I. L'organe particulier qu'est la CDI

Il s'agit d'un organe subsidiaire de l'Assemblée générale de l'Onu. Elle est composée d'experts du droit international (professeur de droit, anciens magistrats internationaux). Son rôle est de préparer, sur la base d'une résolution prise par l'Assemblée générale, des « projets d'articles » destinés à être les textes préparatoires de futurs traités en vue de codifier un domaine particulier du droit international. Normalement sa fonction est d'être un organe d'élaboration technique de la codification, et donc des textes qui serviront de base à la discussion qui sera menée ensuite par les délégations des États - dont la composition peut elle-même être à la fois politique et technique - dans le cadre de la conférence diplomatique réunie à l'effet de négocier et d'adopter le traité. Mais dans la pratique, et dans l'élaboration du projet de convention, la CDI ne se contente pas de procéder à un travail de codification. Elle intègre également dans le texte *des éléments qui ressortissent à ce que l'on appelle le développement progressif du droit international*. Il faut entendre par cette formule qui est présente dans la charte des Nations unies, un travail de création de normes nouvelles considérées comme des avancées du droit international mais qui accèdent ainsi au rang de normes à caractère conventionnel sans être au préalable passées par le stade coutumier. Le processus de codification qui, au sens strict, suppose que l'on rassemble et aménage en un texte unique des normes préexistantes sous la forme de coutumes, s'avère être en fait un processus souvent novateur. La CDI ne fait donc pas que se nourrir de coutumes, spécialement quand il s'agit de mettre en place des règles qui, « à raison de leur technicité ou des précisions qu'elles contiennent, soit à raison des mécanismes régulateurs qu'elles prévoient » ne pouvaient transiter par le droit coutumier et ne pouvaient que relever directement du droit conventionnel².

Pour le professeur Brigitte Stern, il est clair que, en matière de responsabilité internationale de l'État, « le travail de la CDI a été [...] bien

2. Jean-Pierre Quéneudec, *Le nouveau droit de la mer est arrivé*, *RGDIP* 1994, pp. 865-866.

*plus du développement progressif que de la codification³. » C'est précisément le reproche qui sera fait par la France au *Projet d'articles sur la responsabilité internationale* lorsqu'il a été présenté une première fois aux États pour lecture (et commentaires) en 1996 : « *L'ensemble du Projet d'articles manque, à nos yeux, de cohérence et de réalisme. Il témoigne davantage de la volonté de la Commission de développer les règles de droit applicables à la responsabilité des États plutôt que d'un souci de codification⁴. »**

Si l'on a fait un passage préalable par cet organe juridique qu'est la CDI, c'est que le processus de criminalisation de l'agression internationale à l'issue de la Seconde Guerre mondiale a en fait commencé en son sein. C'était cependant dans l'intention initiale de l'appliquer aux États et non aux individus, dans le cadre du droit de la responsabilité internationale de l'État.

II. Les premières approches de l'agression dans le cadre de la responsabilité des États

1) La Charte des Nations unies et l'agression

*En droit international public général, l'agression constitue le degré sommital de l'illicite. Il s'agit du **fait internationalement illicite** constitué par l'usage de la violence armée contre un autre État, voire par la simple menace de cet usage à la condition qu'elle soit d'une virulence telle qu'elle permette de l'identifier comme un début d'agression. Il faut insister sur le caractère « **armé** » de l'agression au sens du droit international public. Il est donc normal que l'agression soit strictement prohibée au sein d'un ordre juridique qui prohibe le recours à la force armée dans le règlement des différends entre États, hormis deux hypothèses : la légitime défense internationale et l'habilitation à recourir à la force qui découle d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies prise en application du chapitre VII de la Charte.*

Dans le système actuel de sécurité collective dont le Conseil de sécurité est le garant, l'agression est en effet considérée comme étant la négation même des buts de l'Organisation des Nations Unies. L'agression est directement contraire en particulier à l'article 2, para-

3. Brigitte Stern, Brigitte STERN, La France et le droit de la responsabilité des États, in CAHIN (Gérard), POIRAT (Florence), SZUREK (Sandra) (dir.), La France et le droit international, Paris, Pedone, 2007, p. 170.

4. Voir le document Onu, *Commentaires et observations reçus des gouvernements*, A/CN.4/488, 25 mars 1998, p. 26.

graphe 4 de la Charte des Nations unies selon lequel : « *les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force (...)* ».

2) L'élaboration, sans lendemains immédiats, d'un Code des crimes contre la paix par la CDI

En droit international, l'agression, considérée comme un « crime contre la paix », est donc l'acte interdit par excellence. Cette qualification avait été anticipée par la CDI dans son « *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* » adopté lors de sa sixième session en 1954.

Elle y énonçait notamment comme constituant des « crimes de droit international », tout acte d'agression, toute menace de recourir à l'agression, tout encouragement à l'agression. Finalement ce projet de « code criminel international » n'a pas vu le jour.

Mais comme on le verra il renaîtra de ses cendres, bien plus tard, sous une autre forme. Il a en effet muté en devenant en 1998, la base du statut de la Cour pénale internationale (CPI), dit « statut de Rome », dans lequel se retrouve le crime d'agression. On verra cependant qu'il y a figuré en position un peu particulière et les difficultés sont loin d'être réglées en ce qui le concerne.

3) Une seconde tentative, au sein de la CDI, de criminaliser certains faits internationalement illicites des États

Le 7 décembre 1953, lors de sa huitième session, l'Assemblée Générale de l'Onu prit une résolution (R-799-VIII) demandant à la CDI de procéder, dès qu'elle le jugerait opportun, à la codification des principes du droit international régissant la responsabilité de l'État. En fait, elle n'a commencé ses travaux sur ce point qu'en 1956, après avoir choisi, en 1955, le juriste cubain Garcia Amador comme son premier rapporteur spécial. Roberto Ago, professeur de droit international italien, lui succèdera à partir de 1962⁵. Il va donner une véritable

5. Dans une résolution R-1686 du 18 décembre 1961 (XVI^e session), l'Assemblée générale demanda à la CDI de poursuivre ses travaux sur la responsabilité internationale. C'est à compter de cette relance que la CDI s'est véritablement structurée pour traiter de la question sur un plan d'ensemble. Pour ce faire, elle a institué en 1962 un sous-comité sur la responsabilité internationale à la tête duquel fut désigné Roberto Ago. Le travail de la CDI s'en est trouvé aussitôt relancé par le fait que le rapport de ce sous-comité, adopté à l'unanimité, proposait à la CDI de traiter l'ensemble du sujet de la responsabilité internationale de l'État, selon un plan de travail déterminé.

impulsion aux travaux de la CDI sur ce sujet en leur conférant sur certains points un caractère à tout le moins audacieux. Il n'y a pas pour les États de domaine auxquels ils soient plus sensibles que celui de leur responsabilité internationale, ce qui les rend très circonspects sur tout ce qui y a trait. Or c'est un changement complet de système juridique que leur proposait Roberto Ago en ce domaine. Il s'agissait ni plus ni moins de passer d'un régime de responsabilité marqué par le volontarisme et le consensualisme, à un régime de type répressif inspiré du droit pénal interne des États. Par volontarisme ou consensualisme, nous entendons un régime en vertu duquel un État ne peut être attrait en responsabilité par un autre sans un accord préalable donné soit, de façon anticipée, par la voie d'un traité multilatéral ayant trait à un domaine d'activité particulier, soit par la voie d'un accord *ad hoc*.

Sous l'impulsion de son rapporteur spécial, la CDI allait en effet très loin dans l'optique de développement du droit international, en proposant notamment d'instituer une hiérarchie entre les faits internationalement illicites, par la création de deux catégories : le délit international de l'État et le crime international de l'État. Comme les mots l'indiquent d'eux-mêmes, cette dernière catégorie avait pour résultat de criminaliser certains actes des États, évidemment les plus graves. Ainsi dans la version initiale du *Projet d'articles sur la responsabilité internationale* dite « projet d'articles de 1996 » (art. 19, par. 3), elle faisait de l'agression l'exemple même de la violation grave d'une obligation jugée essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, en lui attribuant la qualification de crime d'État :

« Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un État d'une obligation si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble est un crime international ».

Le texte poursuivait en mentionnant, sans prétention exhaustive, quels faits internationalement illicites des États seraient susceptibles de recevoir la qualification de crimes internationaux. Sans faire référence explicite au projet de *Code des crimes contre la paix* qu'avait jadis élaboré la CDI, le parallèle apparaissait cependant assez clair avec ce dernier. Se trouvaient ainsi qualifiés de crimes de l'État : l'agression et

les ruptures de la paix internationale, l'atteinte au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, les atteintes graves à l'environnement. C'était pour ainsi dire une tentative de redonner une actualité au projet de code initial, sous d'autres habits.

Le *Projet d'articles sur la responsabilité internationale des États* a été soumis à deux lectures des États durant lesquelles ceux-ci ont pu présenter leurs observations voire leurs oppositions à la CDI. Une première lecture lancée en 1996 permit aux États de demander à ce que disparaisse du texte cette référence à des qualifications pénales, ce que fit effectivement la Commission. Les opposants les plus virulents au concept de crime international de l'État furent les États-Unis, le Royaume Uni, la France et le Japon.

Cela étant, il ne s'agissait pas pour ces États de nier qu'il puisse y avoir des faits commis par des États qui, par leur extrême gravité, heurtassent la notion même d'humanité. Mais pour eux, il n'était pas nécessaire de « pénaliser » ainsi le droit de la responsabilité internationale des États. Il suffisait qu'une hiérarchie dans la gravité des atteintes aux obligations internationales des États soit prise en compte dans un système de réparation modulé. Ce dernier consisterait alors à prévoir dans le projet d'articles une possibilité d'infliger à un État des dommages et intérêts dits « aggravés » dans le cas où un État faillirait à une obligation si importante qu'elle lèserait l'ensemble de la communauté internationale. C'est effectivement sur cette contre-proposition que s'est cristallisé le compromis qui a abouti à la rédaction finale du *Projet d'articles* en 2000⁶.

Le glissement s'est en effet réalisé. On n'y parle plus de « crime international » et le nouvel article 19 n'a plus rien à voir avec le précédent, ne portant même plus sur le sujet. On retrouvait l'esprit de son prédécesseur dans l'article 41 du *Projet d'articles* de 2000, mais jugé encore insatisfaisant par les États, il va une nouvelle fois être modifié pour devenir l'article 40 du texte définitif :

« 1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

6. Voir James Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, pp. 42-43. Voir également Brigitte Stern, « La France et le droit de la responsabilité des États », in Gérard Cahin, Florence Poirat, Sandra Szurek (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, 389 p. Dans cet ouvrage, voir plus spécialement, pp. 180-187.

2. *La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation* ».

À l'issue de cette longue marche et des oppositions qu'elle a suscitées de la part de certains États, on est parvenu ainsi à ce que l'ancien crime international du projet d'articles initial soit transformé en atteinte à une règle de *ius cogens* (norme impérative du droit international général⁷), assortie du critère réducteur du « manquement flagrant et systématique » à l'exécution d'une telle obligation⁸. On aurait pu penser que l'atteinte à une norme de *ius cogens* pourrait suffire à cette responsabilité particulière. Mais non seulement cette catégorie de normes reste largement à définir dans son contenu en dépit des quelques progrès réalisés en ce sens. Encore faudra-t-il qu'elle ait été l'objet d'une atteinte grave et répétée de la part d'un État.

Animé par le dernier rapporteur spécial, le professeur britannique James Crawford, le processus de seconde lecture par les États et de nouvelle rédaction par la CDI a eu lieu de 1998 à 2000, puis de 2000 à 2001 pour les ultimes mises au point. Il a permis à la Commission de mettre un terme à ses travaux. En 2001 elle se consacra en effet au réexamen final de l'ensemble du texte, pour le mettre en forme définitive et le transmettre à l'Assemblée générale des Nations unies.

4) La disparition de la criminalisation dans la version définitive du *Projet d'articles* sur la responsabilité internationale des États : du crime international à la norme incertaine de *ius cogens*

Cette transposition de notions de droit pénal interne dans le droit international public a été l'objet d'une forte contestation, aussi bien de la doctrine que de la part des États eux-mêmes, et il faut bien reconnaître qu'elle n'avait pas beaucoup de sens. Ne serait-ce que parce que derrière l'État il y a un peuple, et que l'on est en droit de se demander ce que cela pourrait bien signifier de criminaliser un peuple, de le mettre à l'index du monde ; de dire à des millions de personnes, *probablement civilisées malgré tout, car la plus fine civilisation n'exclut pas que l'on puisse sombrer dans un moment de barbarie* : « vous êtes un peuple de criminels » ?

7. Voir ci-après, « 4 ».

8. *Ibid.*, p. 181.

Dans un système de responsabilité qui rejette la notion de faute de l'État, il n'est pas surprenant que cette criminalisation des faits internationaux illicites les plus graves, et donc de l'agression entre États, ne figure pas dans le *Projet d'articles* définitif sur la responsabilité internationale des États tel qu'il a été adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution du 12 décembre 2001. Cette résolution portant le texte final du *Projet d'articles* a pour vocation de servir de base à une future convention sur la responsabilité internationale des États, qui reste en devenir. Constatons en outre que l'agression elle-même n'y est plus mentionnée.

Pour autant, la version du projet d'articles validée par l'Assemblée générale n'est pas satisfaisante. Comme on l'a vu, elle additionne un critère réducteur d'appréciation du comportement de l'État et une catégorie d'obligations incertaine, mais dont le caractère impératif, essence même des obligations relevant du *ius cogens*, s'accommode mal *a priori* du critère réducteur qu'est « le manquement flagrant et systématique ».

On trouve la création et la définition de la catégorie des normes de *ius cogens* à l'article 53 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, en vertu duquel « est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général ». Il s'agit selon le même article d' « une norme acceptée et reconnue par la communauté des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Il s'agit en d'autres termes de règles fondamentales censées constituer une sorte de noyau intransgressible du droit international.

Ce principe posé par la convention en 1969 a soulevé bien des questions et des oppositions parce que c'étaient là les seuls éléments que livrait la convention sur une notion nouvelle ayant à l'évidence une vocation de droit international positif. Dans le projet de convention qu'elle avait élaboré en vue de cette codification du droit des traités, la CDI, tout en proposant cette innovation, constatait l'absence de critère sûr permettant de discerner l'appartenance d'une norme à la catégorie du *ius cogens*. Toutefois elle laissait entendre à titre d'indication pour l'interprétation du futur article 53 que pourraient être considérées comme telles des principes comme l'interdiction de re-

courir à la force dans le règlement des différends internationaux, le principe d'égalité des États, le principe d'autodétermination, ou encore l'interdiction du génocide. Mais il ne s'agissait que d'indications non incluses dans la convention et qui ne se référaient pas à un critère objectif. Dans la logique de la Commission, il reviendrait donc à la pratique ultérieure des États ainsi qu'à la jurisprudence internationale de donner peu à peu, au fil des circonstances, une substance à la notion de norme impérative de droit international.

C'était le témoignage implicite de ce que le caractère impératif d'une norme juridique, qui est d'emblée une formulation curieuse, ne peut être uniquement le résultat d'un processus déclaratif a priori. La jurisprudence allait prudemment, par allusions d'abord, puis plus directement, se lancer dans l'aventure.

On va trouver la première concrétisation du *ius cogens* dans un jugement du tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie, qui comme chacun sait, n'est pas une juridiction statuant sur les différends entre États mais sur des comportements d'individus. Le jugement est celui du 10 décembre 1998 se rapportant à l'affaire Furundzija⁹. Pour la première fois, une décision de justice internationale relative à un individu vient conférer un début de substance à la notion de *ius cogens* en qualifiant ainsi le principe d'interdiction de la torture : « Clairement, la valeur de *ius cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. En outre, cette interdiction doit avoir un effet de dissuasion en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser¹⁰ ».

La CIJ elle-même a été prudente dans l'emploi de la notion de *ius cogens* et a mis longtemps à en faire un usage explicite, préférant utiliser des mots, des formules différentes mais dans lesquels on pouvait néanmoins percevoir une forme de reconnaissance du *ius cogens*.

9. IT-95-17/1-T), RGDIP 1999-2, pp. 491-492.

10. TPIY, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, *Le procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, jugement, par. 143-157 : « this principle (proscribing torture) has involved into a peremptory norm or *ius cogens*. That is a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty and even "ordinary" customary rules » (§ 153).

C'est ainsi que dans son arrêt du 5 février 1970 rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction*¹¹, elle avait identifié l'existence de normes internationales génératrices d'obligations absolues envers les États telles que « *la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide, mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale.* » C'est en 1986, dans son arrêt sur les *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* qu'elle fera la première utilisation expresse des termes de *ius cogens*, notamment par référence aux travaux de la CDI sur la responsabilité internationale, en plaçant dans cette catégorie de normes impératives, l'interdiction du recours à la force « *maintenant admis comme faisant partie du ius cogens*¹² ».

Dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la CIJ, sans évoquer de nouveau directement les termes de *ius cogens*, évoquera néanmoins le fait qu'« *un grand nombre de règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine [...] [qu'elles] constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier*¹³ ».

Mais la CIJ est venue récemment, de façon remarquée, faire une application expresse du *ius cogens*, dans un arrêt du 3 février 2006 rendu sur l'affaire des *activités armées sur le territoire du Congo* et l'a appliqué au principe de l'interdiction du génocide. Dans cet arrêt, la Cour fait opposition à la demande de la République démocratique du Congo d'admettre l'existence d'une norme de *ius cogens* qui interdirait toute réserve à la convention sur l'interdiction du génocide. Elle constate que ladite convention n'a pas interdit les réserves sur ses dispositions, notamment les réserves qui porteraient sur la compétence même de la Cour pour connaître un différend qui s'élèverait sur l'application de la convention. Lorsqu'il avait ratifié la convention, le Rwanda avait donc le droit d'émettre dans ce cadre une réserve sur la compétence de la Cour (article IX de la convention). Mais ce faisant, la Cour se réfère explicitement à la notion de norme impérative du droit international général (*ius cogens*) en affirmant qu'« *il n'existe actuellement aucune norme de*

11. CIJ, arrêt du 5 février 1970, affaire *Barcelona Traction Light and Power Company* (Belgique c. Espagne), 2^e requête, Rec. 1970, p. 32, par. 34.

12. Rec. 1986, p. 100, par. 190.

13. Rec. 1996, par. 257-258.

*cette nature qui imposerait à un État de consentir à la compétence de la Cour pour régler un différend relatif à la convention sur le génocide¹⁴ ». À l'opposé et bien que ce ne soit pas le cas du Rwanda en l'espèce, la Cour admet qu'il y a bien une norme de *ius cogens* proscrivant d'émettre une quelconque réserve sur la convention qui serait en contradiction avec son objet et son but. Elle affirme en outre que « quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (*ius cogens*) et l'établissement de la compétence de la Cour : le fait qu'un tel différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître. En vertu du statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties¹⁵. »*

Ainsi, tout permet de penser désormais qu'après des débuts difficiles, l'idée de *ius cogens* et donc de l'existence de « normes impératives de droit international » entre dans les esprits. En définitive, pour peu que l'on sache dépasser l'emploi formel des termes, aller au-delà de la seule expression de « normes impératives de droit international général », les cas de jurisprudence dans lesquels le juge international a mis en pratique sous des vocables divers la notion qu'ils recouvrent ne sont pas si rares. En outre, aujourd'hui, il est clair que la CIJ est définitivement sortie de sa réserve envers le *ius cogens* et réalise l'utilité de cette nouvelle catégorie juridique qui contribue à affermir l'effectivité du droit international public autour de ses normes « standards », les plus fondamentales.

III. La prise de relais de l'Assemblée générale dans la définition du concept d'agression internationale

À l'heure actuelle, la définition référence de l'acte d'agression internationale est fournie par la résolution 3314 (XXIX), adoptée par consensus par l'Assemblée générale de l'Onu le 14 décembre 1974. Elle est en effet intégralement consacrée à la « définition de l'agression », étant destinée, selon l'Assemblée générale elle-même, à servir de guide au Conseil de sécurité « pour déterminer conformément à la Charte, l'existence d'un acte d'agression ».

14. Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002, RDC c. Rwanda), *Rec.* 2006, par. 69.

15. *Ibid.*, *Rec.*, par. 64.

1) *Le but recherché par l'Assemblée générale.*

Dit et non-dit.

Le dit. Devenue une référence en ce domaine, cette résolution 3314 est plus que de la *soft law* en dépit de son absence de force juridique obligatoire pour les États. L'assemblée générale avait d'ailleurs recommandé au Conseil de sécurité, lors de son adoption, de s'y référer comme à une sorte de « guide ».

Le non-dit. On peut dire que la résolution 3314 est « datée ». Elle intervient à une époque où l'Assemblée générale des Nations unies est particulièrement marquée par le tiers-mondisme et sous l'influence fortement majoritaire d'États en développement et nouvellement indépendants qui craignent pour leur souveraineté¹⁶, face à l'interventionnisme insistant des grandes puissances. Il s'agit, sans attendre le résultat hypothétique des travaux de la CDI sur la responsabilité internationale, de lancer un texte permettant le cas échéant au Conseil de sécurité de sanctionner les actes d'un État qui seraient qualifiés d'agression.

2) *Une définition détaillée de l'agression*

En son article 1^{er}, la résolution énonce que : « *l'agression est l'emploi de la force armée par un État contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations unies [...].* » En son article 2, s'agissant de la preuve de l'existence d'un acte d'agression internationale, elle énonce l'idée complémentaire que : « *L'emploi de la force armée en violation de la Charte par un État agissant le premier constitue la preuve suffisante, à première vue, d'un acte d'agression* ».

En son article 5, paragraphe 2, elle poursuit en procédant à une fausse criminalisation de l'agression entre États, notion que nous retrouverons ensuite dans la convention de Rome de 1998 portant statut de la Cour pénale internationale : « *Une guerre d'agression constitue un crime contre la paix, qui engage la responsabilité en vertu du droit international* ». En l'occurrence, cette qualification n'est pas de nature

16. C'est également en 1974, le 1^{er} mai, qu'est adoptée par l'Assemblée générale, la résolution portant Déclaration sur les droits et devoirs économiques des États et énonçant de façon solennelle le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles.

juridique, mais plutôt morale : il s'agit de prévenir l'État agresseur potentiel que ses actes n'échapperont pas à la sanction de la responsabilité entre États.

La même résolution dresse l'énumération, considérée comme non limitative de sept actes internationalement illicites qui constituent des agressions (article 3) tout en précisant que cette liste n'est pas limitative et qu'il appartiendra au Conseil de sécurité d'en ajouter le cas échéant (article 4). Constituent ainsi des actes d'agression internationale :

- L'invasion, l'attaque, l'occupation, l'annexion du territoire d'un État par des forces armées.
- Le bombardement ou l'emploi de toutes armes contre le territoire d'un autre État.
- Le blocus des ports ou des côtes.
- L'attaque des forces armées d'un autre État.
- L'utilisation des forces armées étrangères stationnées sur le territoire d'un État d'accueil contre un autre État, avec l'accord de l'État d'accueil.
- Le fait pour un État de mettre son territoire à la disposition d'un autre État en vue de lui permettre de perpétrer un acte d'agression.
- L'envoi par un État ou en son nom de bandes, de groupes armés ou de mercenaires se livrant à des actes de force armée contre un autre État (agression indirecte).

Synthétiquement, la définition de l'agression internationale, au sens juridique du terme, repose aujourd'hui sur un ensemble de trois critères essentiels :

1°) Elle doit être le fait d'un État.

2°) Elle doit être armée. Elle prend donc impérativement une forme militaire avérée.

3°) Un troisième critère, moins objectif et beaucoup plus relatif intervient : elle doit revêtir un certain degré de gravité. Il doit donc s'agir d'une attaque susceptible, par son ampleur, de mettre en danger l'intégrité territoriale, la sûreté de la population, la souveraineté et l'indépendance d'un État. Un simple accrochage frontalier, une opération éclair d'intervention d'éléments militaires sur le territoire d'un

État sans dégâts substantiels et suivie d'un retrait total ne sauraient constituer une agression. Le degré de gravité ne peut être apprécié qu'*a posteriori* soit par le Conseil de sécurité des Nations unies, soit par la CIJ. Il est en tout cas, comme nous le verrons ensuite, un élément de premier rang dans l'appréciation de la licéité du déclenchement d'une réaction de légitime défense internationale.

En tout état de cause, il serait erroné de confondre menace ou rupture de la paix et de la sécurité internationales et agression. Ces notions ne se recouvrent pas nécessairement. Le Conseil de sécurité peut très bien décider à un moment donné de qualifier un acte illicite de menace pour la paix et la sécurité internationales sans que cela constitue pour autant une agression. Ainsi, une pandémie, celle du SIDA ou virus HIV, a été considérée par le Conseil de Sécurité comme une menace contre la paix et la sécurité internationales par sa résolution du 17 juillet 2000, tout particulièrement en Afrique subsaharienne. Le Conseil considère que si elle n'est pas enrayée, l'épidémie peut être un important facteur de déstabilisation du continent. Il y eut unanimité sur cette question au sein du Conseil¹⁷. Il en fut de même pour les actes terroristes. La résolution 1368 du 12 septembre 2001 du Conseil de sécurité : « *considère de tels actes, comme tout acte de terrorisme, comme une menace à la paix et à la sécurité internationales* ». Cela démontre une volonté du Conseil d'aller dans le sens d'une acception large - et donc intéressante - de la notion de menace à la paix et à la sécurité internationales, mais il n'y a pas de confusion en de telles hypothèses, avec la notion d'agression, comme il n'y a pas confusion, au-delà de la menace, entre agression et acte de rupture de la paix et de la sécurité internationales.

Dans le cas où elle ne serait pas qualifiable d'agression, une attaque ou une intrusion de force étrangères sur le territoire d'un État sera néanmoins susceptible d'engager une responsabilité internationale, mais sur le fondement d'un fait internationalement illicite de moindre gravité : celui d'une atteinte au principe de non intervention ou de non ingérence¹⁸. Ainsi par exemple, la CIJ a-t-elle eu l'occasion

17. Voir *RGDIP*, 2000, 4, Chronique des faits internationaux, p. 1032.

18. Le principe de non intervention se réfère à l'obligation internationale qu'a l'État de ne pas intervenir physiquement et matériellement, par ses forces armées ou des agents publics, sur le territoire d'un autre État sans l'accord de ce dernier. Le principe de non ingérence fait référence à l'obligation de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures d'un autre État pour tenter d'en changer le cours. L'ingérence prend le plus souvent la forme de déclarations publiques ou de manipulation d'opposants.

de préciser dans son arrêt du 27 juin 1986 (fond) rendu sur l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) que le fait pour un État de fournir des armes à des rebelles agissant dans un autre État ne constituait pas une agression armée contre ce dernier, selon le droit international coutumier. En l'espèce, il s'agit pour la Cour d'un cas d'ingérence. Elle s'est également refusée, dans la même affaire, à qualifier d'agression de la part des États-Unis le fait de poser des mines à l'entrée des ports du Nicaragua, d'attaquer des installations pétrolières et une base navale. Tout cela n'a été considéré que comme un manquement à l'obligation internationale de non intervention sur un territoire étranger.

En filigrane de l'agression, quoiqu'on en dise, il y a un acte qui relève d'une sorte de criminalité publique internationale qui en fait le sommet de l'illicite dans la vie internationale des États.

3) La reconnaissance théorique de l'agression indirecte

Comme il apparaît au point 7 de la liste qui précède, il convient de mettre au mérite de la résolution 3314 d'intégrer dans la notion générale d'agression, celle d'agression indirecte. Elle consiste pour un État à mettre son territoire à la disposition d'un autre État en vue de la commission par ce dernier d'un acte d'agression envers un État tiers ou bien encore d'envoyer vers ce dernier des bandes ou groupes armés irréguliers. Par la notion d'agression indirecte se trouve constituée en quelque sorte une théorie de la complicité d'État dans l'accomplissement d'un fait internationalement illicite grave.

4) Une convention régionale incluant l'agression. L'exemple de l'Union africaine

Un Pacte de non agression et de défense commune de l'Union africaine a été signé le 31 janvier 2005 qui propose, également une définition de l'agression, mais il n'est pas en vigueur à ce jour faute d'un nombre suffisant de ratifications. Mentionnons tout de même la définition de l'agression qu'il énonce : « *L'emploi par un État, un groupe d'États, une organisation d'États ou toute entité étrangère ou extérieure, de la force armée ou de tout autre acte hostile, incompatible avec la Charte des Nations Unies ou l'acte constitutif de l'Union africaine contre la souveraineté, l'indépendance poli-*

tique, l'intégrité territoriale et la sécurité humaine des populations d'un État partie au présent Pacte. Les actes suivants constituent des actes d'agression sans déclaration de guerre par un État, groupe d'États, organisation d'États ou acteurs non étatiques ou entité étrangère [...]».

Il est intéressant de relever dans cette liste d'acteurs susceptibles de commettre un acte d'agression internationale, la présence des « acteurs non étatiques ». C'est là une avancée, encore potentielle et faite dans un cadre régional, mais elle n'en est pas moins une ouverture sur l'avenir de la notion d'agression internationale.

IV. L'absence de pratique de l'agression armée et de sa sanction par le Conseil de sécurité de l'Onu et par la Cour internationale de justice

On est toujours ici dans le cadre de la responsabilité entre États pour des faits supposés d'agression internationale.

Dans la pratique de la responsabilité entre États, on est bien obligé de constater que la notion d'agression armée est frappée d'une sorte de tabou. Ni le Conseil de sécurité, instance politique de la sécurité collective, ni la Cour internationale de justice, plus haute instance juridictionnelle des États, ne se sont résolus à la mettre en œuvre à l'occasion des affaires qui leur ont été soumises. L'un comme l'autre, ils n'ont guère utilisé cette notion pour qualifier des rapports conflictuels entre États alors qu'elle aurait pu l'être en un certain nombre de cas dans lesquels l'agression armée paraissait matériellement caractérisée.

La réalité est en effet la suivante : depuis 1945 et la création de l'Onu, face à des attaques armées de grande ampleur ou présentant un degré significatif d'agressivité et d'atteinte au territoire, ces deux institutions ont préféré employer des euphémismes juridiques que l'arsenal du droit international public met effectivement à leur disposition. La solution a été, soit de recourir parfois au simple terme d'agression privé de son qualificatif « armée » ; soit d'invoquer l'atteinte au principe et à l'obligation de non intervention sur le territoire d'un autre État, ou l'atteinte au principe et à l'obligation de non ingérence. Dans la relation d'État, dans l'auguste majesté du droit universel qu'est le droit international public, tout se passe comme

si les termes d'agression armée, peut-être parce qu'ils évoquent un échec ponctuel de la sécurité collective, faisaient peur même à ceux chargés de la sanctionner, comme une sorte de tabou intransgressible.

1) Les faits. Le Conseil de sécurité face au tabou juridique de l'agression armée

Il est clair qu'il y a eu jusque'à présent une réticence marquée de la part du Conseil de sécurité des Nations unies à mettre effectivement en œuvre le concept d'agression armée. Pour autant, il ne se prive pas d'user du seul terme d'agression, dépourvu en la circonstance de tout qualificatif. Cela peut paraître contradictoire. En fait, dans sa pratique, le Conseil distingue, comme le font de nombreux auteurs, entre l'agression au sens de l'article 39 de la Charte et l'agression au sens de l'article 51.

La première serait en quelque sorte la forme adoucie de l'agression, permettant de qualifier ainsi tout acte, pas nécessairement de nature armée, par lequel un État intervient physiquement sur le territoire d'un autre État de façon manifestement illicite ou y mène une action qui lèse gravement ses intérêts. Un tel acte est évidemment en soi une atteinte à la souveraineté de l'État, mais aussi brutal qu'il puisse être, il est le plus souvent bref dans le temps et limité dans l'espace. En d'autres termes, il ne met pas en cause l'avenir de l'État qui en est victime et ne le menace pas d'une perte de territoire voire d'une possible *debellatio*.

La seconde serait la forme dure de l'agression, s'appliquant à un usage relativement massif de la force armée susceptible en tant que tel de mettre en péril l'intégrité territoriale, l'indépendance donc la souveraineté même de l'État qui en est victime et ce faisant, de permettre le déclenchement d'une action en légitime défense internationale. Une telle distinction n'apparaît pas à l'évidence dans la résolution 3314. Il suffit de se reporter à la liste qu'elle établit des actes qu'elle considère comme constitutifs d'une agression internationale pour se rendre compte que tout cela porte sur différentes modalités de l'agression armée, ce que la langue anglaise qualifie d'*armed attack* par opposition à ce qu'elle appelle *aggression*, pour qualifier un acte certes agressif et illicite envers un autre État, mais qui ne relèvent pas d'une attaque militaire massive, comme on l'a vu précédemment.

Cette distinction repose en vérité sur le fait que l'agression armée évoquée par l'article 51 de la Charte, est étroitement liée à l'hypothèse de la légitime défense. Dans un contexte juridique contemporain d'interdiction du recours à la force dans les relations entre États, le recours à une réaction de légitime défense, qui suppose l'usage réactif de la force armée, doit être logiquement et strictement limité aux situations qui contraignent un État à mettre en œuvre, en second, une action de puissance militaire destinée à assurer l'intégrité de son territoire, son indépendance et au-delà même, sa survie. Or si l'on appliquait une conception indifférenciée de l'agression, qui ne prenne pas en compte les différentes formes qu'elle peut revêtir, quelquefois de faible gravité internationale, il y aurait le risque de justifier dans tous les cas le recours, lui-même belligère, aux actions de légitime défense.

Le Conseil de sécurité stigmatise les formes atténuées de l'« agression ». Les résolutions dans lesquelles le Conseil qualifie le fait d'un État du terme d'agression ne sont pas si rares. En ce sens, le Conseil de sécurité se cantonne à un usage de la notion d'agression qui paraît correspondre à la première approche, dite de l'« article 39 »¹⁹. Il y a loin en effet de cette simple qualification à celle d'agression armée, beaucoup plus lourde de sens et de conséquences. Plusieurs exemples peuvent venir illustrer cette pratique :

Exemple 1 : le cas des attaques menées par l'armée israélienne le 1^{er} octobre 1985 et le 16 avril 1988 contre des bâtiments abritant des services de l'OLP dans la localité tunisienne de Sidi Bou Saïd, près de Tunis. La résolution 573 (4 octobre 1985) condamne « *l'acte d'agression armée perpétré par Israël contre le territoire tunisien* », mais la résolution 611 (25 avril 1988) « *condamne avec vigueur l'agression perpétrée le 16 avril 1988 contre la souveraineté et l'intégrité territoriale de la Tunisie* », alors qu'elle avait causé des pertes en vies humaines.

Exemple 2 : la résolution 36/27 en date du 13 novembre 1981 par laquelle le Conseil de sécurité condamne Israël pour avoir bombardé et détruit le réacteur nucléaire civil irakien *Osirak*, à la construction duquel la France avait participé, qualifiant l'attaque « *d'agression préméditée* ».

19. Voir le commentaire de l'article 39 de la Charte par Pierre d'Argent, Jean d'Aspremont Lynden, Frédéric Dopagne, Raphaël Van Steenberghe, in Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, *Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, 3e édition, pp. 1131-1170.

Exemple 3 : seront également qualifiés d'« actes d'agression » par le Conseil de sécurité, les attaques de l'Afrique du Sud contre l'Angola de 1976 à 1985 : résolutions 387 (1976), 447, 454 (1979), 475 (1980), 567, 571, 577(1985). Ainsi, en 1980, le Conseil demande-t-il à l'Afrique du Sud de cesser ses actes d'agression envers l'Angola à partir du territoire de la Namibie.

Le tabou sur la conception forte de l'agression, l'agression armée

À l'opposé, le Conseil de sécurité n'a que très rarement utilisé la notion d'agression armée. Paradoxalement, il lui est arrivé de le faire dans des cas constitutifs d'attaques ciblées et de faible intensité comme le montre l'exemple exposé ci-dessus à propos des attaques menées d'Israël sur le territoire tunisien perpétrées en 1985. En revanche lors du renouvellement de ces faits en 1988, le Conseil ne parle plus que d'agression, laissant ainsi de côté le qualificatif d'agression « armée ». Pour des cas extrêmement graves d'atteinte globale portée au territoire d'un État et visant à la disparition de celui-ci, le Conseil n'a jamais employé les termes d'agression armée. Déjà, à l'occasion de l'attaque militaire de très grande ampleur menée par la Corée du Nord contre la Corée du Sud en 1950, qui a déclenché la guerre de Corée (1950-1953), il s'était contenté d'inviter au retrait de ses troupes derrière le 38^e parallèle « *prenant acte de l'attaque dirigée contre la République de Corée par des forces armées venue de Corée du Nord, attaque qui le préoccupe gravement ; constate que cette action constitue une rupture de la paix ; et demande la cessation immédiate des hostilités*²⁰ ».

De même encore envers l'Irak lorsque ce pays a envahi et annexé le Koweït en 1990, les résolutions ne parlent que d'un acte d'invasion. Certes, comme on l'a vu, l'invasion au sens de la résolution 3314 de 1974 est un élément constituant en soi une agression. Il n'empêche que l'on s'en est tenu en 1990 à cette seule qualification sans aller au bout de la démarche qualificative et sans même faire référence à la résolution 3314 qui aurait pu signifier que le Conseil décrétait effectivement, en l'espèce, l'existence d'une agression armée.

20. Résolution 82 du 25 juin 1950, S/1501.

2) La CIJ face au tabou juridique de l'agression armée

La même réticence se retrouve du côté de la CIJ alors que, intervenant parfois des années après les faits, elle n'a pas à redouter que sa position vienne envenimer le conflit.

Un tabou sur l'agression directe. La meilleure illustration en est sûrement, l'arrêt rendu par la CIJ le 27 juin 1986 sur l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique). La CIJ a eu l'occasion d'y préciser que le fait pour un État de fournir des armes à des rebelles agissant dans un autre État, ne constituait pas une agression armée contre ce dernier, selon le droit international coutumier. Elle s'est contentée d'y voir et d'y qualifier en l'espèce un acte d'ingérence. Elle s'est également refusée, dans la même affaire, à qualifier d'agression de la part des États-Unis le fait de poser des mines à l'entrée des ports du Nicaragua, de même que de bombarder des installations pétrolières et une base navale. Cet emploi de la force n'a été considéré que comme un manquement à l'obligation internationale de non intervention sur un territoire étranger.

En ce domaine, et dans cette même affaire, la Cour valide en quelque sorte la distinction que nous avons relevée plus haut entre une agression incidente et la forme plus violente et globale que représente à ses yeux une agression armée. Elle y énonce très clairement qu'« *il y a lieu de distinguer entre les formes les plus graves de l'emploi de la force (celles qui constituent une agression armée) et d'autres modalités moins brutales*²¹. » Elle fera le même raisonnement en 2003 dans l'affaire des plates-formes pétrolières entre les États-Unis et l'Iran (voir *infra*) pour dénier le caractère de légitime défense à l'action menée par les États-Unis contre certaines installations et navires iraniens à la suite de l'explosion d'une mine contre la coque d'un destroyer et de l'attaque d'un pétrolier au moyen d'un missile.

Un tabou sur l'agression indirecte. De même, jamais encore à ce jour, un cas d'agression indirecte a été accepté et traité par la jurisprudence internationale (CIJ)²². Cette hypothèse, on pourrait dire

21. CIJ, Affaire des activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci, (Nicaragua c/ États-Unis), Rec. 1986, p. 101, par. 191.

22. Voir Olivier Corten, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008, pp. 700-704.

aussi cette catégorie d'agression, est clairement prévue par le texte de la résolution 3314 du 14 décembre 1974 sur l'agression, en son article 3, paragraphe g : constitue un acte d'agression « *L'envoi par un État 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 État d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action.* »

La CIJ, dans son arrêt de 1986 sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, tout en reprenant la formule de l'article 3 précité, ajoute que l'agression indirecte, pour être matériellement constituée, doit consister en « *l'envoi par un État ou en son nom de bandes et de groupes armés [...] contre un autre État d'une gravité telle qu'il équivaut à une véritable agression accomplie par des forces régulières* ». La Cour a posé comme conditions de l'existence d'une agression, dans un tel cas, que l'opération soit telle « *par ses dimensions et ses effets, qu'elle aurait été qualifiée d'agression armée et non de simple incident de frontière si elle avait été le fait de forces armées régulières*²³ ».

Concrètement, dans l'affaire qui a opposé devant elle le Nicaragua aux États-Unis, la Cour a considéré qu'une activité « *de soutien financier, d'entraînement, de fourniture d'armes, de renseignements et de soutien logistique* » aux groupes paramilitaires d'opposition opérant sur le territoire du Nicaragua et appelés *Contras* caractérisait bien une atteinte au principe de non-intervention. Mais ces éléments étaient insuffisants pour faire qualifier les États-Unis d'agresseur, aucune preuve n'ayant pu être apportée par le Nicaragua de ce que les *contras* auraient été placés, lors de la conception et de l'exécution de leurs opérations, sous le commandement d'officiers américains²⁴. Au final, et faisant en cela référence implicite à la définition de l'agression par la résolution 3314, la Cour considère dans cette affaire que « *si la notion d'agression armée englobe l'envoi de bandes armées par un État sur le territoire d'un autre État, la fourniture d'armes et le soutien apporté à ces bandes ne sauraient être assimilés à l'agression armée* ». Il s'agit certes d'« *un comportement illicite, mais d'une gravité moindre que l'agression armée*²⁵ ».

23. Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Rec. 1986, pp. 103-104, par. 195.

24. *Ibid.* Voir également sur cette question, Gilbert Guillaume, *La Cour internationale de justice. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2003, pp. 239-253.

25. CIJ, Rec. 1986, p. 127, par. 247.

Sans qu'il n'y paraisse, la formulation de la CIJ est encore plus restrictive que celle de la résolution 3314 puisqu'elle exige qu'il y ait en ce domaine des bandes équivalentes en effectif à ceux d'une armée régulière en train de se livrer à l'attaque du territoire d'un pays et que leurs actions soient de même nature.

D'abord, il faut reconnaître que lorsqu'elle est alléguée par un État requérant, ce qui s'est produit au moins dans deux affaires majeures [Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis, CIJ 1986) et affaire des activités armées sur le territoire de la République Démocratique du Congo (RDC c. Ouganda, CIJ 2006)], l'existence et l'imputabilité d'une telle agression n'est jamais facile à établir. Il y a, en la matière, une difficulté certaine à apporter la preuve d'un engagement substantiel de l'État contre lequel le contentieux a été engagé. En effet, dans la constitution de l'agression indirecte intervient un critère particulièrement réducteur : celui de l'implication ou de *l'engagement substantiel* d'un État, au moyen de bandes armées ou de troupes irrégulières qu'il dirige, contrôle, finance, entraîne... contre le territoire et la souveraineté d'un État tiers.

Si on ouvrait largement le champ d'application de cette notion d'engagement substantiel, il deviendrait alors possible d'engager d'une part la responsabilité internationale de l'État indirectement impliqué. Mais cela permettrait aussi, comme il y a agression - fut-elle indirecte - de faire jouer un droit de légitime défense contre l'État en cause et les groupes armés qui lui sont soumis, dans ses frontières et au-delà de celles-ci : « *Après le 11 septembre 2001, on a pu penser que l'on se dirigeait vers une conception très large de l'engagement substantiel, comme recouvrant non plus la participation étatique directe à une action armée, mais toute tolérance dont se serait rendu coupable un État à l'égard des activités de groupes irréguliers opérant sur ou à partir de son territoire*²⁶ ». Or cette ouverture ne s'est pas produite iusqu'à présent.

La CIJ, dans cette même logique, enserme dans des conditions là encore restrictives, le droit pour des États tiers de venir à la rescousse d'un autre État en vue de participer à sa défense alors qu'il a été attaqué. Ainsi pour la Cour, l'existence d'une agression internationale

26. Voir Olivier Corten, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008, p. 704.

peut seule justifier une réaction - militaire ou économique - d'un État tiers qui entendrait par ces moyens, venir au secours de celui qui est victime d'une attaque contre son territoire : « Dans le droit international en vigueur aujourd'hui [...] les États n'ont aucun droit de riposte armée « collective » à des actes ne constituant pas une « agression armée²⁷ ».

L'ouverture n'est donc venue ni de l'Onu, ni de la CIJ. Cette dernière n'a pas, dans les deux affaires contentieuses susévoquées, admis l'existence d'un engagement substantiel d'un État envers un autre par l'intermédiaire de groupes armés irréguliers. Il faut dire que déjà à son époque (années 50), Charles de Visscher, dans son ouvrage *Théorie et réalités du droit international*, constatait que la notion d'agression « ne comprenait pas le cas d'agression qui, à l'heure actuelle, est probablement le plus important, l'agression indirecte, ou subversion par l'intérieur²⁸ ».

V. Les répercussions de l'absence de pratique d'une responsabilité de l'État pour agression armée

L'absence de mise en pratique du concept d'agression armée, que ce soit de la part des institutions de la sécurité collective autant que de la justice internationale, n'est pas sans conséquences sur la pratique d'un autre concept qui lui est étroitement lié, celui de légitime défense de l'État. Nous y verrons une relative déshérence du droit de l'État à la légitime défense dans la pratique, confirmée par une jurisprudence rigoureuse de la CIJ.

1) Une relative déshérence du droit de l'État à la légitime défense

Dans le système des Nations unies, les deux notions sont étroitement liées. La seconde ne va pas sans la première puisque celle-ci est son unique et exclusif fait générateur. Cette corrélation émane de l'article 51 de la Charte des Nations unies et tend à ce que l'action en légitime défense soit contenue dans un dispositif contraignant, étant considérée comme une action par voie d'exception au principe fondamental de non recours à la force qui inspire l'ensemble du dispositif de la Charte.

27. CIJ, arrêt du 27 juin 1986 (fond) rendu sur l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci.

28. Voir p. 368..

Le fondement normatif le plus général du droit des États à la légitime défense réside dans l'article 51 de la charte des Nations unies selon lequel l'emploi de la force armée, sans mandat multilatéral, n'est licite que dans le but de repousser une agression armée. Il y est énoncé qu'« 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 ». C'est ce que le Conseil de sécurité des Nations unies appelle, au sens anglais du terme, le « droit inhérent de légitime défense²⁹ ».

Une deuxième condition de licéité de l'action de légitime défense réside dans l'information du Conseil de sécurité. Cette obligation pèse sur l'État agressé par l'effet de l'article 51 de la charte des Nations unies qui prévoit que si un État objet d'une agression armée recourt à des contre-mesures fondées sur son droit à la légitime défense, il doit en informer immédiatement le Conseil de sécurité. Elle est justifiée par le fait qu'indépendamment de ce droit de l'État, le Conseil de Sécurité demeure compétent pour prendre toute mesure qu'il estime utile en vue d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'action de légitime défense doit par conséquent s'inscrire elle-même dans l'esprit de la Charte et de la sécurité collective.

Une autre condition tient dans l'exigence de proportionnalité de l'acte de légitime défense au regard de l'agression. Et c'est cette condition qui établit le lien le plus étroit entre l'agression et le droit pour l'État à engager une action en réplique s'inscrivant dans le cadre de la légitime défense. C'est encore cette condition qui permet de comprendre que le droit international rejette l'idée de légitime défense préventive : on ne peut évidemment apprécier la proportionnalité d'une réplique qu'à partir du moment où une attaque a effectivement lieu. Or l'action préventive contre une simple menace rend pratiquement impossible la prise en compte de la proportionnalité.

Cependant, force est de reconnaître que la condition de proportionnalité n'est elle-même réalisable et pertinente que lorsque l'agression armée est demeurée dans des limites qui permettent d'y opposer une

29. Résolution 1368 du CS, en date du 12 septembre 2001 adoptée le lendemain des attaques terroristes contre les États-Unis.

réplique graduée. L'affaire est nettement plus difficile lorsque l'agression est d'emblée massive ou ciblée de façon à provoquer de graves dommages à l'État visé. Il faut donc admettre qu'il peut exister des circonstances dans lesquelles l'idée même de proportionnalité de la réaction en légitime défense n'a plus beaucoup de sens. En bref, il y a un certain degré d'agression envers lequel la réponse immédiate que l'État victime peut opposer – en dehors des démarches qu'il lui appartient de faire en parallèle auprès du Conseil de sécurité – relève par nécessité, pour sa survie même, de la guerre « totale ». D'une part, il peut exister des agressions, par exemple du type *blitzkrieg* de mai 1940 ou du type de celle menée par l'Irak de Saddam Hussein contre le Koweït en août 1990, contre lesquelles vous ne pouvez vous protéger que par une contre-attaque massive et générale, pour autant que l'État agressé soit en mesure de la faire. D'autre part, il peut également exister des agressions plus ciblées mais qui portent une atteinte tellement grave à la sécurité de l'État attaqué, que, là encore, une réplique massive assez éloignée de tout esprit de réciprocité, doit pouvoir être envisagée.

Au-delà de la mise en œuvre du critère de proportionnalité, l'action de légitime défense doit également, et fort logiquement, dans l'esprit de la Charte et de la sécurité collective, se borner à repousser l'agression. Puisqu'en effet la légitime défense a pour fondement le retour de l'agressé dans sa souveraineté et sa pleine intégrité territoriale, la licéité de l'action qu'il entreprend contre son agresseur est étroitement bornée par cette auto-restitution de l'État dans ses droits et possessions. La réaction de légitime défense doit par conséquent prendre fin dès que l'agresseur est définitivement repoussé dans ses frontières. Elle ne saurait permettre la poursuite des hostilités par l'agressé au-delà de ce qui est nécessaire à sa sécurité immédiate. Ce dernier ne pourrait par exemple tirer prétexte de la légitime défense pour occuper à son tour le territoire de l'agresseur, sauf si cela est nécessaire pendant une courte période pour l'empêcher de réitérer son attaque sous une autre forme. Il y a là un point de jonction avec le concept de légitime défense telle qu'il est pratiqué en droit pénal français : l'action de légitime défense ne doit pas être un acte de justice privée et ne saurait par conséquent présenter un caractère punitif. En toute hypothèse, elle doit revêtir un caractère de nécessité absolue et immédiate.

2) *La jurisprudence internationale relative à la légitime défense de l'État*

L'indépendance de la CIJ envers le Conseil de sécurité. D'emblée, il convient de préciser un point : la CIJ est indépendante des appréciations du Conseil de sécurité sur les affaires d'agression dont il est saisi et qui viennent par la suite devant elle. Très normalement, c'est toujours le Conseil de sécurité qui statue en premier. Organe politique chargé du maintien de la paix et de la sécurité internationales, il est susceptible de se réunir dans les heures qui suivent une action d'agression ou qui est présentée comme telle par l'État qui s'en prétend victime, afin de parer à toute dégradation de la situation et prescrire aux États en cause les mesures appropriées. Même si la procédure devant la Cour permet à celle-ci de statuer « en procédure sommaire » (article 29 du statut), si les États parties au différend le lui demandent, même si encore elle peut décider en urgence de mesures conservatoires (article 41 du statut), le *tempo* procédural du contentieux sera *a priori* plus long que le *tempo* politique du Conseil de sécurité. Néanmoins, la juridiction internationale, fut-elle comme le Conseil de sécurité un des six organes principaux de l'Onu selon la dénomination utilisée par la Charte (article 7) et qualifiée spécifiquement d'« *organe judiciaire principal de l'Organisation* » par l'article 1^{er} de son statut annexé à la Charte, sa qualité de juridiction garantit sa totale indépendance et celle de ses juges : « *La Cour est un corps de magistrats indépendants* » (article 2 du statut).

La jurisprudence de la CIJ au regard du droit individuel et collectif des États à la légitime défense. La rigueur de la Cour au regard de l'usage du droit à la légitime défense est particulièrement illustrée par un arrêt de la CIJ du 6 novembre 2003 intervenu dans l'affaire des plates-formes pétrolières (Iran c/ États-Unis). On y voit la volonté de la Cour de convaincre les États qui seraient tentés d'invoquer leur droit individuel, voire collectif, de légitime défense, qu'il doit s'agir d'une solution ultime, une voie d'exception, au sens le plus strict de ces termes, au principe de non recours à la force. La Cour va très loin en ce sens puisqu'elle exige de l'État qui s'est prévalu du droit à la légitime défense qu'il démontre non seulement qu'il a été victime d'une agression armée - dont on sait quelles sont les composantes et ce que cela suppose en termes de puissance de l'attaque - mais encore que sa réaction envers celle-ci était une nécessité. En l'occurrence, l'ap-

préciation de la nécessité de l'action vient s'ajouter aux conditions de licéité de la légitime défense posées par le droit international et notamment celle-ci : que l'État attaqué ait été en situation de craindre pour sa souveraineté, son indépendance et l'intégrité de son territoire.

La Cour ne s'aligne donc pas sur l'usage que fait parfois le Conseil de sécurité du terme « agression » en l'appliquant à des actes ponctuels de violence armée contre un État mais qui ne se sont pas traduits par la présence réelle et un tant soit peu durable d'une force militaire étrangère sur le territoire de ce dernier. À l'évidence, pour la Cour, au-delà du choc et du ressentiment éprouvés par l'État victime, cela ne constitue pas une mise en danger de sa souveraineté, ni de son intégrité territoriale. Pour elle, il n'y a d'agression que l'agression armée et il n'y a de droit à la légitime défense qu'envers celle-ci. Mais pour l'État attaqué, il faut encore qu'il y ait eu une vraie nécessité de réagir individuellement et sans attendre les mesures d'urgence qui seraient prises par le Conseil de sécurité des Nations unies au nom de la communauté internationale.

L'arrêt dit « des plateformes pétrolières » (Iran c/ États-Unis), en date du 6 novembre 2003, est particulièrement significatif de la position de la CIJ en la matière. Dans cet arrêt, elle a tranché un vieux différend de quinze ans entre les États-Unis et l'Iran, après avoir rendu en 1996 un arrêt avant dire droit. Il est significatif des réticences qu'éprouve la justice internationale à appliquer la notion de légitime défense à des actes autres qu'une véritable invasion et qui ne viennent pas à son prétoire parce qu'ils sont traités sur un plan politique.

Les faits de l'espèce. Le contexte général qui a servi de cadre aux faits en cause est la guerre intervenue entre l'Iran et l'Irak entre 1980 et 1988 et ses répercussions dans les espaces maritimes du Golfe arabo-persique, voie de navigation maritime internationale d'importance majeure notamment pour les tankers de transport de pétrole brut, sous la forme de ce que l'on a appelé la « guerre des pétroliers » (1984-1988).

C'est l'Irak qui prit l'initiative d'attaques menées contre des pétroliers transportant du brut en provenance d'Iran, dans les eaux du Golfe. De réplique en contre-réplique, l'affaire dégénérait, des navires de toutes sortes - pétroliers, cargos et même des navires de guerre - de toutes nationalités, donc y compris des navires sous pavillon neutre,

furent attaqués par les moyens les plus divers : mines immergées, missiles, avions, hélicoptères, navires de guerre. L'Iran a toutefois constamment nié devant la Cour avoir mené des opérations contre la navigation neutre et a reporté la responsabilité de telles attaques sur l'Irak. Ce ne fut pas l'avis des États-Unis, qui mirent au compte de l'Iran deux attaques contre leurs navires : 1) attaque de missile contre le pétrolier *Sea Isle City* (le 16 octobre 1987) à proximité du port de Koweït ; 2) heurt d'une mine dans les eaux internationales par le navire de guerre USS *Samuel B. Roberts* alors qu'il revenait d'une mission d'escorte (le 14 avril 1988).

En contre-mesure, et en arguant de leur droit à la légitime défense internationale, les États-Unis menèrent deux attaques contre des intérêts iraniens. Le 19 octobre 1987, trois jours après l'attaque de leur pétrolier, ils attaquèrent les plates-formes pétrolières *off-shore* de Reshadat ; le 18 avril 1988, quatre jours après l'explosion de la mine contre leur navire de guerre, les forces navales américaines attaquèrent et détruisirent les installations *off-shore* de Nasr et de Salman.

L'Iran étant le requérant devant la Cour, l'affaire avait donc directement sa source dans une action armée menée par les États-Unis contre des installations d'exploitation pétrolière *off-shore*.

Les fondements juridiques des débats devant la Cour.

Deux fondements ont été avancés par l'une et l'autre partie pour définir et délimiter le cadre juridique dans lequel elle devait raisonner.

Dans sa requête, l'Iran allègue que l'action américaine était contraire au traité bilatéral de 1955 entre l'Iran et les États-Unis protégeant la liberté du commerce entre les deux pays (art. X, par. 1). Dans leur mémoire en réponse, les États-Unis invoquent l'exercice individuel du droit à la légitime défense internationale à la suite de ce qu'ils considèrent comme une agression. Le cadre juridique du différend étant ainsi fixé par les parties litigantes, la Cour devait s'en tenir à ce cadre, ce qu'elle fit.

La solution donnée par l'arrêt et commentaire.

La Cour relève dans son arrêt :

1°) Qu'il est manifeste que l'Iran n'avait eu de cesse durant la période considérée, d'entraver la libre navigation internationale dans les eaux du golfe, notamment par le mouillage de mines, en vue, d'une

part, d'endommager ou de couler des navires américains, d'autre part d'entraver la libre circulation aérienne par des tirs contre des aéronefs américains alors que ceux-ci n'étaient pas hostiles.

2°) Que les États-Unis ne prétendent pas avoir exercé leurs contre-mesures armées au titre de la légitime défense collective pour la défense de l'ensemble des pavillons neutres dans cette région du monde ; que dès lors, en tant qu'État agissant pour son propre compte et pour la défense de ses seuls intérêts, ces contre-mesures ne pourraient être licites au regard du droit international public qu'en prouvant : a) d'une part qu'ils ont été militairement attaqués et que cette attaque constitue une agression ce qui suppose qu'ils avaient jusque-là les mains propres, *clean hands*, dans cette affaire ; b) d'autre part que c'est bien l'Iran qui était responsable des attaques subies ; c) que leur réplique était nécessaire, proportionnée et menée sur des objectifs militaires seuls susceptibles d'être les cibles d'une action de force armée en légitime défense.

3°) Que la réaction des États-Unis au titre de la légitime défense internationale n'a pas été uniquement dirigée contre les plates-formes pétrolières iraniennes mais faisait partie d'une opération armée beaucoup plus vaste dénommée « Mante Religieuse » (*Praying Mantis*), incluant des attaques contre des navires de guerre iraniens : deux frégates iraniennes furent détruites, plusieurs aéronefs iraniens furent soit détruits soit endommagés.

4°) Que l'argument d'atteinte au traité de 1955 relatif à la liberté de commerce entre les deux pays, au regard de l'argument principal invoqué par l'Iran en ce domaine, à savoir le fait pour les États-Unis de détruire des installations ou des accessoires de celles-ci destinés à extraire et produire du pétrole en vue de son exportation, constitue bien en soi un acte portant atteinte à la liberté générale du commerce international. Toutefois, comme le traité de 1955, sur lequel l'Iran a fondé exclusivement sa requête, n'est pas un traité général mais un traité bilatéral, il apparaît qu'étant donné les circonstances de l'époque, il n'y a pas eu atteinte à cette obligation, car en raison d'un *executive order* du président des États-Unis Ronald Reagan, n° 12613, du 29 octobre 1987, le commerce entre les deux pays était alors inexistant. Réciproquement, au regard de la demande reconventionnelle des États-Unis arguant de ce que c'est l'Iran qui a porté atteinte au traité de 1955, la Cour considère qu'il n'y a pas eu de la part de ce pays une atteinte effective à la liberté du commerce bilatéral entre les

deux pays. Il appartenait aux États-Unis de démontrer que les navires attaqués se livraient au commerce entre les deux pays. Or ce n'était pas le cas.

Le volet le plus important de l'arrêt n'est évidemment pas le débat ni les solutions relatives au respect ou à la violation, de part et d'autre, du traité bilatéral de 1955, même s'ils ne sont pas dénués d'intérêt. Ce qui nous intéresse ici, ce sont les conclusions de la Cour au regard de l'exercice du droit individuel de légitime défense par les États-Unis. Or sur l'argument américain de la légitime défense, la Cour considère que l'opération *Praying Mantis* était disproportionnée et non nécessaire au regard des conditions d'exercice du droit de légitime défense. Elle relève que le navire de guerre américain n'avait été qu'endommagé mais pas détruit et qu'aucune perte humaine au sein de son équipage n'avait été déplorée. Elle relève également que l'attribution à l'Iran de la mine qui a atteint l'USS *Samuel B. Roberts* n'était pas assortie par les États-Unis d'une preuve certaine. Elle considère que le fait qu'il y ait eu sur la mine un numéro de série iranien relevé sur d'autres mines mouillées par ce pays n'était pas déterminant.

La Cour pouvait-elle conclure à l'illicéité de l'action américaine au titre de la légitime défense ? Plusieurs points peuvent faire débat.

Il faut d'abord convenir qu'au regard de l'état du droit international relatif à la notion d'agression, qui exige comme on l'a vu une agression armée, on pouvait se demander si une telle forme d'attaque était réellement constituée en l'espèce de la part de l'Iran, ce qui impliquerait d'emblée que les États-Unis ne puisse alléguer un droit à la légitime défense individuelle dans cette affaire. Il semblerait que les faits de l'espèce rappelés par la Cour, s'ils établissent bien un dommage subi par les États-Unis, ne puissent pour autant donner lieu à une réaction militaire fondée sur la légitime défense.

Pour le reste, certaines positions de la Cour exprimées par son arrêt paraissent contestables.

En premier lieu, sur l'insuffisance de preuve de l'origine de la mine. La Cour a estimé que les États-Unis n'avaient pas apporté la preuve irréfragable de sa provenance. Or le fait qu'elle ait porté un n° de série iranien paraissait amplement suffisant pour l'attribuer à ce pays. Le mouillage de mines dans un espace maritime international, la haute mer, et même pendant un conflit armé international dans la région,

constitue une entrave très grave à la liberté de navigation des pavillons neutres. De plus, compte tenu des bonnes relations existant à l'époque entre les États-Unis et l'Irak, et de ce que la marine américaine était omniprésente dans les eaux internationales de la région en vue de sécuriser la navigation internationale, on voit alors mal l'Irak, et encore moins les Emirats côtiers, mouiller des mines susceptibles d'atteindre les navires américains.

En second lieu, sur la question de la proportionnalité de la riposte américaine, il convient de raisonner par hypothèse dans le cadre du droit applicable aux situation d'agression. La proportionnalité est par définition un concept relatif et à ce titre, une marge de liberté d'action doit être laissée à l'État qui riposte. Puisque l'action de légitime défense est fondée sur un acte illicite préalable extrêmement grave, on peut admettre que, sans porter atteinte au principe selon lequel elle doit demeurer une exception rigoureuse au principe de non usage de la force dans le règlement des différends entre États, elle puisse dans ses modalités constituer une réaction plus intense que l'agression elle-même. Elle revêt par nature non un caractère de sanction, mais cependant un caractère de dissuasion pour l'avenir. Si on ne lui reconnaît pas cela, elle n'a guère de sens. Imaginons un barème de 1 à 10 et que l'attaque de l'Iran ait été de niveau 2. Une riposte de niveau 3 ou 4, devrait être considérée comme demeurant dans le cadre de la condition de proportionnalité. En l'espèce, en raisonnant dans la logique d'une suffisance de preuves contre l'Iran et d'une attribution plausible des actes répréhensibles à ce pays, il ne paraît pas qu'il y ait eu de disproportion flagrante entre la substance des actes illicites commis par l'Iran et la riposte des États-Unis dans le cadre de la légitime défense internationale.

Quoi qu'il en soit, répétons-le, ce ne sont là que des aspects particuliers par lesquels la Cour répond aux différends arguments des parties. L'aspect le plus important est qu'il n'y avait pas en l'espèce un droit des États-Unis à la légitime défense : *« Pour établir qu'ils étaient en droit d'attaquer les plates-formes iraniennes dans l'exercice du droit de légitime défense individuelle, les États-Unis doivent démontrer qu'ils ont été attaqués et que l'Iran était responsable des attaques et que celles-ci étaient de nature à être qualifiées d'« agression armée » tant au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies que selon le droit coutumier en matière d'emploi de la force³⁰ »*.

30. CIJ, arrêt du 6 novembre 2003, Rec. , par. 51.

VI. Une tentative de justification juridique d'une agression : le recours à la notion d'« autorisation implicite » du Conseil de sécurité. Le cas de l'interprétation de la résolution CS 1441 (Irak)

La résolution 1441 adoptée par le Conseil de sécurité en novembre 2002 et relative à l'Irak a été l'objet d'un différend consistant à savoir si ladite résolution contenait ou non en elle-même une autorisation implicite de recourir à la force armée contre ce pays dans l'hypothèse où il ne respecterait pas son obligation de coopérer avec les inspecteurs envoyés sur son territoire.

La résolution 1441 menaçait l'Irak d'une telle sanction dans le cas où il s'avérerait qu'il aurait commis une « violation substantielle » de ses obligations, et en particulier s'il ne se conformait pas à l'obligation qui lui avait été faite de coopérer pleinement avec les inspecteurs de l'Onu enquêtant sur son territoire à la recherche d'éventuelles armes de destruction massives ou de systèmes de production de telles armes.

La question était en définitive de savoir si, à partir de cette simple menace de sanction, un ou plusieurs États membres de l'Onu pouvaient par eux-mêmes, sans avoir à solliciter du Conseil de sécurité une nouvelle résolution, d'une part constater le manquement de l'Irak à ses obligations internationales, donc la violation substantielle de celles-ci, et d'autre part décider *ipso facto* de lancer contre ce pays une opération de force armée ?

Le différend ne portait pas seulement sur la portée à donner à une résolution du Conseil de sécurité. Il portait bien plus largement sur l'esprit de la Charte, sur la portée du principe de non recours à la force de l'article 2, paragraphe 7, sur la fonction même conférée par la Charte au Conseil de sécurité, et sur l'esprit de ce que doivent être au final les opérations de sécurité collective engagée au nom de l'Onu. Le débat était par conséquent fondamental. Il a opposé deux groupes d'États membres permanents du Conseil de sécurité : d'un côté les États-Unis et le Royaume Uni, de l'autre, la France, la Russie et la Chine, ces derniers étant opposés à la notion de mandat implicite dont se prévalaient les premiers, ainsi qu'à une action militaire contre l'Irak avant d'avoir des preuves certaines que ce pays ait commis une violation substantielle de ses obligations. Particulièrement virulente,

la France y a en effet défendu l'exigence d'une seconde résolution du Conseil de sécurité au cas où l'Irak ne satisferait pas à ses obligations au titre de la résolution 1441 sur les inspections.

Dans ses discours faits à l'Élysée le 7 janvier 2003 lors des cérémonies des vœux aux Armées et au Corps diplomatique, le président de la République a rappelé que selon la France, le recours à la guerre doit être décidé en toute dernière limite et que, lorsqu'il s'agit pour la communauté internationale d'employer la force, une telle décision ne peut être prise que de façon explicite par le Conseil de sécurité des Nations unies : « *La communauté internationale ne saurait recourir à la guerre qu'en dernière extrémité, une fois toutes les autres options épuisées. L'éventuelle décision d'utiliser la force doit être explicite, et être prise par le Conseil de sécurité des Nations unies sur la base d'un rapport explicite des inspecteurs (...)* ».

Il est en effet contraire à l'esprit du droit international contemporain et au système de sécurité collective internationale, qui reposent précisément sur l'interdiction du recours à la force dans le règlement des différends entre États, que le recours à la force puisse seulement se présumer à partir d'une simple menace de sanction contenue dans une résolution du Conseil de sécurité. Ne serait-ce qu'en raison de qualifier juridiquement la situation de fait existant sur le terrain relève à titre exclusif de la compétence du Conseil de sécurité en vertu de l'article 39 de la Charte, cette fonction de qualification ne saurait être en aucune façon déléguée par l'Onu aux autorités des États participant au volet pacifique de l'opération en cours. On se trouverait bien dans une telle hypothèse si l'on admettait que le recours à la force puisse découler implicitement d'une résolution du Conseil qui a pour finalité le maintien de la paix. Pour qu'il y ait possibilité et autorisation de recourir à la force, il faut que la société internationale soit confrontée à une situation de fait correspondant soit à une « *rupture de la paix* », soit à une « *menace contre la paix* ». Or c'est au Conseil de sécurité et à lui seul qu'il appartient de prononcer ces qualifications juridiques. Il en va tout simplement de la licéité internationale de l'opération de sécurité collective engagée et du caractère d'agression qu'elle peut elle-même revêtir.

De la même façon, on ne peut prétendre, contrairement à la position américano-britannique relative à la pérennité des frappes sur l'Irak, qu'une résolution du Conseil de sécurité puisse avoir une durée

indéfinie. Une telle position des deux pays allait clairement à l'encontre des termes de la résolution 687 (1991), paragraphes 33 et 34, dans laquelle le Conseil de sécurité indiquait se réserver dorénavant au regard de l'Irak, l'initiative de décision de toute nouvelle action armée. D'opération de sécurité collective qu'elle était initialement, ce type de prolongement des actions de force armée sous la forme de frappes aériennes, qui se sont indûment prolongées sur ce pays pendant 12 années, s'est transformé en opération unilatérale : à deux, certes, mais néanmoins unilatérale³¹. En considérant qu'ils avaient un mandat implicite leur permettant de poursuivre les frappes aériennes contre l'Irak, les États-Unis et le Royaume Uni s'étaient déjà placés vis-à-vis de ce pays en dehors de toute licéité internationale.

31. Voir Linos-Alexandre Sicilianos, L'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force : une tentative d'évaluation, RGDIP 2002.

SECONDE PARTIE

LA MIGRATION DU CONCEPT D'AGRESSION VERS LE DROIT INTERNATIONAL PÉNAL ET SES EFFETS

I. La résurgence du Code des crimes contre la paix

En août 2001, la CDI a mis fin à 45 années (et 70 si l'on tient compte des efforts antérieurs menés dans le cadre de la SDN³²) de travaux tendant à l'élaboration d'un *Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État*.

32. En effet, la SDN avait placé la codification du droit de la responsabilité internationale en tête de la mission impartie à la Conférence pour la codification du droit international qu'elle avait convoquée en 1930, à La Haye, et qui fut un échec, malgré les travaux de son Comité préparatoire.

Dans sa recommandation adressée à l'Assemblée générale avec le texte du *Projet d'articles*, la CDI a proposé à cette dernière de convoquer une conférence de plénipotentiaires en vue de négocier sur cette base, et peut-être en l'améliorant encore, une convention internationale de codification de ce domaine essentiel du droit international public : « envisager la possibilité, à un stade ultérieur et compte tenu de l'importance du sujet, de convoquer une conférence internationale de plénipotentiaires pour examiner le projet d'articles en vue de la conclusion d'une convention sur le sujet ».

Pour l'heure, cette convocation n'est toujours pas faite et l'effort de codification est en suspens. Les raisons de cet attentisme sont multiples. Peut-être hésite-t-on à réunir une conférence diplomatique de négociation en vue d'une codification en sachant qu'elle aurait à travailler probablement pendant des années sur le sujet sans être certaine d'aboutir. Peut-être attend-on aussi que les principes contenus dans le *Projet d'articles* prennent quelque peu la patine du temps.

Mais aussi paradoxal que ce soit, la criminalisation de l'agression, en d'autres termes sa mutation en fait individuel susceptible de constituer le fondement d'une incrimination pénale, est allée plus vite. Certes elle est tournée vers les individus mais elle pourra avoir cependant un impact certain sur les États. L'explication tient au fait qu'en ce domaine, l'action de la société civile internationale a été un élément dynamisant essentiel.

II. L'agression au rang des incriminations incluses dans le Statut de Rome de la Cour Pénale internationale

Depuis l'adoption du statut de Rome en 1998 puis son entrée en vigueur quelques années plus tard, le crime d'agression végétait, maintenu dans un état de virtualité par son absence de définition ainsi que l'absence de précision sur les modalités de saisine de la CPI à son égard. Il fut donc d'abord une simple mention pour mémoire. Pendant ce temps un groupe de travail spécial, qu'avait prévu la conférence de Rome, œuvrait pour faire des propositions à la conférence des États parties à la convention afin de lui donner un jour une effectivité. Cela étant les États se répartirent de fait en plusieurs groupes d'influence qui avaient chacun une conception particulière de la fonction que devrait assumer la CPI au regard de cette incrimination, ce qui n'était pas sans de probables implications sur l'ensemble du système de la sécurité collective internationale.

1) D'abord une simple mention dépourvue de portée effective

La convention de Rome de 1998 constitutive du statut de la CPI est destinée à réprimer les crimes internationaux. Il y en a quatre. L'article 5, paragraphe 2 de ce statut stipule en effet : « *La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants : a) le crime de génocide ; b) les crimes contre l'humanité ; c) les crimes de guerre ; d) le crime d'agression* ». Cette quatrième incrimination qu'est l'agression figurait toutefois dans le statut en position un peu particulière. En effet, contrairement aux trois autres crimes qui y étaient d'emblée l'objet d'une définition détaillée, condition pour qu'ils puissent constituer des incriminations effectives devant la CPI, le crime international d'agression était mentionné pour mémoire, dans l'attente d'être lui-même l'objet d'une définition. Comme cela posait problème, et pour ne pas perturber l'adoption du statut de la CPI, faute de consensus sur ce sujet particulier, il avait été décidé de surseoir à cette définition et que l'on y reviendrait plus tard. Or nous y sommes.

Du point de vue du droit pénal international et de la répression pénale de l'acte, l'agression est un crime individuel, celui d'une personne physique, même si, en l'état actuel du droit international, l'agression est nécessairement, dans l'ordre chronologique des choses, d'abord un fait internationalement illicite d'un État, engageant la responsabilité internationale de celui-ci devant la CIJ ou un tribunal arbitral. Transposée en droit international pénal, elle devient un crime individuel commis par un dirigeant qui l'a conçue et décidée au moyen de l'instrument international d'action qu'est l'institution étatique, contre un autre État. Ici le crime individuel ne peut exister sans le fait internationalement illicite de l'État : ils sont liés et pour ainsi dire concomitants.

Les choses auraient été plus simples si, se dégageant de la définition de la notion d'agression armée qui est celle du droit international public général et en particulier de la résolution 3314, les États parties au Statut de Rome s'étaient engagés dans la définition d'un crime individuel d'agression spécifique, d'un crime international pouvant consister par exemple en un acte terroriste de masse. Ce n'est pas cette option qui a été prise car la volonté était de pouvoir poursuivre

ce que l'on pourrait appeler l'agression internationale institutionnelle, celle commise par les dirigeants des États qui se livreraient à l'avenir à un acte d'agression envers d'autres États par les moyens des forces armées dont ils assument la haute direction voire le commandement.

2) Le crime d'agression au sein du Groupe de Travail Spécial (*Special Working Group*) : 2004-2010

Un « Groupe de travail spécial sur le crime d'agression » (GTS ou *Special Working Group*) a été constitué en septembre 2002 par l'Assemblée des États parties à la convention de Rome³³. Il s'est réuni régulièrement de 2002 à 2007.

a. Les deux problématiques posées au GTS : la définition de l'agression et la question de la saisine de la CPI

Le GTS a tout d'abord décidé que la définition de l'agression internationale qui ferait foi devant la CPI serait celle de la résolution 3314 de l'Assemblée générale (1974). Ainsi sera donné naissance à un article 8-bis de la convention qui deviendra naturellement le complément de l'article 8 actuel. La solution de se rallier à la résolution 3314 était une solution de facilité - peut-être aussi de sagesse d'un certain point de vue - qui évitait de longs débats.

Mais le GTS a ensuite été confronté à la question ô combien délicate des conditions de saisine de la Cour sur une incrimination d'agression. En ce domaine, les positions des États se sont réparties en trois groupes.

Une agression d'un État envers un autre devrait-elle être préalablement constatée, identifiée, qualifiée comme telle par le Conseil de sécurité, voire comme certains États le proposaient par l'Assemblée générale de l'Onu en vue d'éviter le risque de blocage du Conseil par le veto d'un des membres permanents ? Ou bien, à l'inverse, la CPI pourrait-elle d'elle-même procéder directement à l'incrimination et aux poursuites par la seule initiative de son procureur et de la Chambre préliminaire ? Ou bien encore, solution intermédiaire, le procureur devrait-il saisir obligatoirement et au préalable le Conseil de sécurité et attendre sa décision avant de pouvoir, le cas échéant

33. Il est cependant ouvert à tous les États, qu'ils soient ou non parties à ladite convention. Toutefois, seuls les États parties, au nombre de 105 actuellement, disposent du droit de vote.

repandre la main si aucune réponse ne lui parvenait dans un certain délai ? La question était de procédure, mais elle était d'importance et lourde de menaces différenciées pour les auteurs d'actes d'agression, en fonction de la réponse que l'on allait y apporter. C'est sur ces trois possibilités ou *scenarii* que se sont répartis, en trois groupes d'importance très inégale, les 105 États alors parties à la convention (ils seront 110 au moment de la conférence de Kampala, en juin 2010).

b. Les groupes d'influence au sein du GTS et les éléments de discussion

Le groupe le plus minoritaire. Il était composé pour l'essentiel de deux États ayant droit de vote, la France et le Royaume Uni, appuyés par deux autres n'ayant pas de droit de vote car non parties à la convention : la Chine et la Russie, auxquels venaient s'adjoindre six ou sept autres États. Pour ce groupe, qui ne dépassait guère la dizaine d'États, l'existence d'un crime individuel d'agression devait nécessairement être subordonnée au constat préalable d'un acte d'agression d'un État envers un autre, qui ne peut être constaté que par la seule autorité juridiquement habilitée à le faire dans le système international actuel : le Conseil de sécurité des Nations unies. Pour ces pays, il s'agit d'abord d'une affaire entre États au regard de laquelle le Conseil de sécurité paraît disposer d'une compétence exclusive en application de l'article 39 de la Charte (chapitre VII) : « *Le conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression [...]* ».

De plus, en cas de conflit entre le texte de la Charte et le texte d'un autre traité (le statut de la CPI en est un), l'article 103 de la Charte le règle en faveur de la primauté de celle-ci. Assumant la responsabilité de la sécurité collective au titre du chapitre VII, le Conseil ne saurait avoir en ce domaine de substitut. On le comprend d'autant mieux que la qualification d'agression peut avoir des répercussions considérables, de nature politique, sur l'ensemble de la société internationale.

La France considérait également que la CPI peinait à être reconstruite au plan universel, ce n'était pas le moment de la charger avec une incrimination qui est la plus difficile à mettre pratiquement en œuvre, comme serait difficile de juger les faits s'y rapportant dans

un contexte qui faisait apparaître l'absence d'un accord clair se dégageant parmi les États. La France regrettait encore que l'on s'en tienne à la définition de l'agression proposée par la résolution 3314 de l'Assemblée générale de l'Onu, qu'elle estimait insuffisamment précise pour constituer la base d'une incrimination pénale individuelle et respecter le principe de la légalité des peines. Elle arguait au reste que ce manque de précision nuirait au final à l'indépendance de la CPI. Sur ce dernier argument, la France se trouvait toutefois assez isolée. Elle tentait ainsi de démontrer que sur le fondement d'une définition aussi large et générale que celle de la résolution 3314, la CPI en viendrait en fait à prononcer en matière d'agression, des arrêts de règlement, considérés en France depuis la promulgation du premier code civil, le 21 mars 1804, comme contraire au principe de la légalité des peines. Cette notion d'arrêt de règlement fait référence à l'article 5 du code civil qui dispose qu'« *il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». En d'autres termes, il n'appartient pas au juge d'ajouter au droit au prétexte d'en combler les lacunes. Mais cette notion n'a pas cours dans les pays de *common law* comme le Royaume Uni et les États-Unis, ce qui laissait la France, même au sein de son petit groupe d'appuis, dans une position différenciée, ne permettant pas à cet argument d'avoir une réelle portée.

Un deuxième groupe. Il était fort d'une quarantaine de membres, parmi lesquels des pays comme l'Australie, le Canada, la Belgique. Ils penchaient plutôt pour une formule donnant au procureur près la CPI le pouvoir de s'autosaisir pour lancer contre des individus une incrimination d'agression, avant de la soumettre dans un second temps au Conseil de sécurité en vue d'obtenir son accord sur cette qualification qui suppose un conflit entre deux États. Néanmoins, dans ces conditions, c'est du procureur que devrait venir l'initiative, la dynamique de la qualification. De plus, à l'issue d'un certain délai, à définir, mais qui ne dépasserait pas quelques mois, en l'absence de décision du Conseil de sécurité, le procureur pourrait alors se saisir définitivement de l'affaire, sous réserve de l'accord formel de la chambre d'instruction de la CPI.

Un troisième groupe, fortement majoritaire. Il rassemblait une soixantaine d'État qui était en faveur de la capacité de la CPI à diligenter elle-même, sans recours à aucune autorité extérieure, des

poursuites contre les dirigeants et les chefs militaires d'un État pour crime d'agression. Cela se ferait soit sur simple résolution de l'Assemblée générale des Nations unies, soit pour certains d'entre eux, sans résolution d'aucune sorte venant de l'Onu, ce qui conférerait à la CPI une compétence totale, directe, d'auto-saisine et de poursuites. Plus encore que celle du 2^e groupe, cette position pouvait s'avérer dangereuse en raison de la politisation particulière de l'Assemblée générale. Elle n'était évidemment pas exempte d'arrière pensées politiques : cette majorité considérait qu'au sein du Conseil de sécurité, cinq membres permanents disposent d'un droit de veto leur permettant le cas échéant d'empêcher, à leur avantage ou à celui d'un pays allié, l'adoption d'une résolution constatant une agression. Ils entendaient donc annihiler ce privilège, en le contournant. Mais ce faisant, c'est bien le dispositif juridique et institutionnel de la sécurité collective tout entier qu'ils entendaient contourner en instituant par ce moyen une forme de pouvoir judiciaire répressif, de « sécurité collective ». Alors qu'elle est censée n'avoir de compétences qu'envers les individus, la CPI, éventuellement aidée par l'Assemblée générale, deviendrait une juridiction capable de qualifier la nature des actes commis par des États, préalable logique à ses condamnations éventuelles envers des individus, pour crime d'agression.

3) Les implications d'une criminalisation individuelle de l'agression entre États

Dès lors que l'agression entre États se transforme en crime international individuel, le risque est d'aboutir au paradoxe suivant : alors que l'agression internationale, par sa définition même, est strictement un acte entre États, les seules poursuites effectives qui pourraient être intentées de ce chef le seraient contre des individus.

L'évolution que nous venons de dessiner, qui tend à aboutir à une criminalisation - nécessairement individuelle - de l'agression entre États, est donc tout sauf anodine. D'une part pour les grands décideurs politiques et militaires - chefs d'État, chefs de gouvernement, ministres, chefs d'état-major des armées - qui auront participé à la conception ou à la réalisation même d'une action militaire qualifiable d'agression, d'autre part pour le système de la sécurité collective tel qu'il résulte de la charte des Nations unies. Nous aborderons ici en ordre inverse ces deux problématiques.

a. Le risque de détournement du dispositif de sécurité collective

C'est bien, au moins en partie, la pérennité du système de sécurité collective tel qu'il émane de la charte des Nations unies qui pouvait être mise en cause par le résultat des négociations.

En tout état de cause, si crime individuel d'agression il y a, il ne peut exister nous semble-t-il sans qu'ait pu être préalablement identifié et dûment qualifié, le fait internationalement illicite³⁴ d'agression commis par l'État envers un autre. C'est précisément à cet égard que s'est posée la question de savoir dans quelles conditions la CPI pourrait être saisie pour l'engagement de poursuites sur le fondement d'un crime d'agression ?

Lors de la réunion du Groupe de travail spécial qui s'est tenue en juin 2009 à New York, il a été décidé d'aller à la révision de la convention de Rome et de confirmer la tenue de la conférence de révision de Kampala de façon à intégrer à la convention la définition du crime d'agression et de la procédure par laquelle la CPI pourra en assurer la répression.

b. Le risque individuel encouru par les hauts décideurs des États

Pour ces personnes, la criminalisation individuelle de l'agression entre États est d'autant plus dangereuse que dans la convention de Rome portant statut de la CPI figure la notion de « complicité passive ». Notion aux contours incertains, elle a bien sûr son utilité pour combattre les actes constitutifs des crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre : le fait par exemple d'avoir su, d'avoir vu, et de n'avoir pas empêché la commission d'actes entrant dans ces catégories juridiques. Mais pourrait aussi passer pour une complicité passive d'agression le fait, qui est le propre des chefs militaires, de concevoir, à la demande, des plans d'engagement des forces, sans en assumer forcément la décision. Il en est de même de la notion de « coaction » qui se situe au-delà de la simple complicité et qui peut-être par exemple accomplie, s'agissant de l'agression, par le fait de laisser passer dans son espace aérien des avions étrangers allant attaquer un pays tiers.

34. Rappelons que le crime international de l'État n'existe pas en droit international public. Tout fait de l'État portant atteinte à une de ses obligations internationales, quelle qu'en soit la gravité, est qualifié de « fait internationalement illicite de l'État ».

En France, la loi du 9 août 2010³⁵ « portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale » a incorporé dans le Code Pénal la possibilité de poursuivre un supérieur hiérarchique, qu'il soit militaire ou civil, pour complicité passive dans la commission d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre qu'aurait commis un subordonné. L'article 3 de la loi, devant l'article 213-4-1 nouveau du Code pénal prescrit désormais qu'« est considéré comme complice d'un crime visé par le présent sous-titre (crimes contre l'humanité) commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs le chef militaire ou la personne qui en faisait fonction, qui savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre ce crime et qui n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ».

Mais pour l'heure, il n'y a encore rien de tel applicable dans notre Code pénal, au crime d'agression. La loi du 9 août 2010 ne contient même aucune disposition relative au crime d'agression. La raison en est, et on le comprendra mieux au vu des développements qui suivent, d'une part que la France exprime des réticences envers le mode de saisine de la CPI pour lequel a opté la conférence de révision de Kampala en juin 2010 sur ce crime particulier et se réserve le droit d'émettre une déclaration en ce sens ; d'autre part qu'ayant été l'objet d'un long processus préparatoire, antérieur à la conférence, l'agression n'y a pas été incluse. Il faut rappeler à cet égard que la loi en question est un texte d'adaptation du droit français à la convention de Rome portant statut de la CPI et non un texte de transposition de ses dispositions.

c. La question de l'autonomie des juridictions dans l'appréciation de leur compétence. L'argument de l'indépendance

Une haute juridiction a toujours le pouvoir d'apprécier et donc d'étendre, le champ de ses compétences à partir du champ qui lui est attribué par son texte statutaire. Il y a cependant deux façons d'appréhender la question.

D'une part, du point de vue du principe même de l'indépendance des organes juridictionnels, le fait de devoir demander à une autre au-

35. Loi n° 2010-930, JO n° 0180 du 10 août 2010, p. 14678. Voir également la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-612 DC du 5 août 2010, JO du 10 août 2010.

torité internationale de statuer de façon formelle sur l'existence d'un acte d'agression avant de pouvoir se saisir effectivement d'une affaire ne remet pas en cause le principe d'indépendance de la juridiction pénale en l'occurrence. En droit interne, il existe d'assez nombreux cas dans lesquels une juridiction doit, par voie de question préjudicielle, surseoir à statuer dans l'attente d'une décision d'une juridiction qui a compétence exclusive pour qualifier une situation. Par conséquent, dès lors que la navette se fait ici entre juridictions, le principe d'indépendance est malgré tout préservé, de façon globale dirons-nous, puisque c'est un organe de même nature qui est saisi de la question préjudicielle. Mais il peut également arriver que la question préjudicielle doive être adressée à un organe politique. En droit interne français, l'exemple en est donné par le renvoi au ministre des Affaires étrangères et européennes des affaires judiciaires dont le jugement nécessite que soit porté à la connaissance du juge le degré de réciprocité avec lequel un autre État, dont est ressortissant un plaideur étranger, applique le traité auquel la France est par ailleurs partie et dont l'application est réclamée par ce plaideur à l'encontre d'un plaideur français devant une juridiction française.

D'autre part, du point de vue de l'extension autonome de son champ de compétence par la CPI elle-même, cette extension pourrait intervenir, par hypothèse, dès lors que le procureur et la Cour auraient le pouvoir de se saisir directement, sans filtre préalable, d'un cas d'agression. À l'occasion des affaires portées devant elle, et dans le cadre desquelles serait soulevée une exception d'incompétence, la Cour se verrait alors donner l'occasion de définir elle-même son champ de compétence relatif à l'acte d'agression, sans qu'aucun contrôle extérieur ne puisse être exercé sur elle, à ce propos. L'exemple de la CIJ mais aussi des cours régionales que sont la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg (Conseil de l'Europe) et la Cour de justice de Luxembourg (Union européenne) est significatif à cet égard, chacun dans son domaine de compétence respectif.

d. L'hypothèse d'une intervention de la CIJ dans le processus de saisine de la CPI

Comme la saisine de la CPI sur le chef d'agression internationale nécessite l'appréciation préalable de l'existence d'une agression d'un État envers un autre État, ce en quoi la CPI n'est pas compétente, la solution aurait pu consister en une saisine de la CIJ par la voie d'une

question préjudicielle. Cela d'autant plus que la question de savoir s'il y a eu agression ou non entre des États est une question juridique, qui doit par conséquent être traitée comme telle.

Or devant le Conseil de sécurité, ce caractère juridique s'estompe pour laisser la place à un traitement politique de l'affaire. D'ailleurs, la compétence que détient le Conseil pour apprécier en certaines circonstances s'il y a ou s'il y a eu « *l'existence d'une menace contre la paix, rupture de la paix ou d'un acte d'agression* » est un champ de compétence politique. Cela pourrait expliquer au demeurant pourquoi le Conseil de sécurité n'a jamais expressément déclaré ni reconnu l'existence d'une agression armée, au sens de l'article 51 de la Charte, dans les affaires qu'il a eu à traiter depuis 1946. Car autant les deux premiers éléments de sa compétence en matière de maintien de la paix, à savoir l'appréciation d'une menace contre la paix ou d'une rupture de la paix sont dans la nature même de sa fonction d'organe principal de l'Onu dédié au maintien politique de la paix, et appellent de sa part de simples constatations de fait avant de décider de déclencher l'application du Chapitre VII de la Charte, autant le troisième élément relatif à la constatation de l'agression implique de sa part une analyse de nature plus juridique.

Cette possibilité de faire intervenir la CIJ en qualité de *filtre juridictionnel* a, en matière d'agression, été évoquée dans les discussions des États parties au Statut de Rome au sein du GTS. Elle est apparue comme une position moyenne entre ceux qui préféreraient confier ce rôle au Conseil de sécurité, et ceux qui pensaient que le procureur et la CPI sont à même d'exercer cette fonction dans la logique du principe d'autonomie des juridictions³⁶. Elle a en définitive été abandonnée. Il est vrai que pouvait en résulter une étrange subordination d'une juridiction internationale à une autre, alors même qu'elles n'ont pas le même champ de compétence.

III. Une vision transversale sur les autres crimes internationaux et leur relation à l'État

Cette approche comparative interne est susceptible d'apporter des éléments de réponse au moins partiels sur la relation entre le crime international et le dispositif de sécurité collective, car il faut bien

36. Michael P.Scharf, Jennifer Mesko, *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Report of the Cleveland Experts Meeting, University School of Law, Cleveland (Ohio), 25-26 septembre 2008, p. 22.

reconnaître que par l'ampleur qu'une telle qualification suppose, le crime international nécessite presque toujours l'emploi de forces et de moyens que, jusqu'à présent, les États étaient seuls en mesure de posséder et de mettre en œuvre.

1) Appareil d'État et responsabilité internationale individuelle

La CDI, dans l'élaboration de son projet de *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, avait perçu et envisagé la question des relations entre l'aspect individuel du crime international et l'appareil de l'État qui a permis de le perpétrer. Elle avait constaté en effet que « *les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité supposent souvent l'intervention de personnes occupant des postes d'autorité gouvernementale, qui sont à même d'élaborer des plans ou des politiques impliquant des actes d'une gravité et d'une ampleur exceptionnelles. Ces crimes nécessitent le pouvoir d'employer ou d'autoriser l'emploi d'importants moyens de destruction et de mobiliser des agents pour les perpétrer* ». On pressent ici que le même raisonnement pourra s'appliquer à l'incrimination individuelle d'agression, en ciblant toutefois, non des exécutants mais des décideurs placés au plus haut niveau de l'État.

La jurisprudence pénale internationale le fait également apparaître. Dans un jugement du 30 novembre 2005, *Le Procureur c/ Fatmir Limaj*³⁷, le TPIY souligne encore ce lien qui peut exister - et qui existe le plus souvent - dans la commission de crimes contre l'humanité ou de génocides : « *ce sont les États qui peuvent le plus facilement et le plus efficacement rassembler les ressources nécessaires à une attaque « généralisée » ou « systématique » contre une population civile*³⁸ ».

2) L'agression armée est-elle un fait détachable de l'acte internationalement illicite de l'État ?

Comme on a pu le voir, la différence entre de tels actes et l'agression cependant tient en ce que celle-ci, en l'état du droit international public, ne peut être qu'une action de l'État envers un autre État. Les deux premiers crimes internationaux mentionnés par le Statut de Rome, le génocide et le crime contre l'humanité, ont un caractère pé-

37. TPIY, IT-03-66-T, § 191.

38. Voir Mireille Delmas-Marty, Isabelle Fouchard, Emanuela Fronza, Laurent Neyret, *Le crime contre l'humanité*, Paris, PUF, 2009, coll. « Que sais-je ? », p. 21.

nal marqué, et pourrait-on dire, immédiat. Ils peuvent être aisément dépareillés de l'action de l'État. Les individus qui y ont directement participé peuvent être inculpés comme tels, l'État ne pouvant être poursuivi de ces chefs d'accusation. Il en est de même pour le crime de guerre dont les manifestations et modes de réalisations sont multiples : du vol d'un objet personnel appartenant à un soldat ennemi prisonnier, blessé ou tué, au fait d'abattre des ennemis en train de se rendre ou qui se sont déjà rendus. De tels faits de guerre ont des auteurs clairement identifiables qui ne pouvaient ignorer le caractère illicite de leur comportement.

Dans l'incrimination d'agression, c'est en premier lieu le chef d'État qui est visé. Il est en effet généralement le chef des armées de son pays et à ce titre, la conception et la décision ayant trait à la commission d'une agression armée contre un autre pays ne saurait lui échapper. Mais à ses côtés, plusieurs autres responsables de l'État et des armées pourraient se voir poursuivis, parce qu'ayant eux-mêmes participé à la conception et à la prise de décision : Premier ministre, ministre de la défense, chef d'état-major des armées ainsi que les chefs d'état-major des différentes armées (Terre, Air, Mer). Le crime d'agression n'est pas, contrairement au précédent, un crime de l'exécutant mais un crime de concepteur et de décideur.

IV. La conférence de Kampala (29 mai-9 juin 2010) et ses enjeux : acquis et délaissements

La convention de Rome prévoit que si l'on entend modifier le texte d'un de ses articles qui définissent les crimes internationaux que la Cour est habilitée à poursuivre (art. 5, 6, 7, 8), il faut passer par la procédure de révision telle qu'elle est établie par l'article 121-3. Le texte révisé ne peut être alors adopté qu'à la majorité qualifiée des 2/3. Dans l'hypothèse d'un tel vote, la France et le Royaume-Uni parviendraient-ils à faire se ranger de leur côté le tiers des États parties au statut ? En considérant les rapports de force qui s'étaient manifestés durant les années et les mois précédents au sein du Groupe de Travail Spécial, l'affaire paraissait difficile.

1) La recherche du consensus sur la question de la saisine de la CPI sur une incrimination d'agression

La conférence de révision de Kampala s'est au moins terminée sur un point positif, mais qui était acquis avant qu'elle ne se réunisse :

l'adoption de la définition du crime d'agression dont on sait qu'il avait été laissé en suspens dans le texte du statut de Rome de la CPI. Comme prévu, en la matière, le texte de la résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations unies a été purement et simplement repris.

À Kampala, 84 États étaient représentés sur 110 États parties au statut de Rome au moment de l'ouverture de la conférence de révision. Ces chiffres ont leur importance dans la façon dont les négociations ont été menées. Pour bien le percevoir, il convient de rappeler certaines des dispositions de l'article 121 du statut de Rome :

« 3. L'adoption d'un amendement lors d'une réunion de l'Assemblée des États parties ou d'une conférence de révision requiert, s'il n'est pas possible de parvenir à un consensus, la majorité des deux tiers des États Parties. »

« 4. Sous réserve des dispositions du paragraphe 5, un amendement entre en vigueur à l'égard de tous les États parties un an après que les sept huitièmes d'entre eux ont déposé leurs instruments de ratification ou d'acceptation auprès du secrétaire général de l'Organisation des Nations unies. »

« 5. Un amendement aux articles 5, 6, 7 et 8 du présent Statut entre en vigueur à l'égard des États Parties qui l'ont accepté un an après le dépôt de leurs instruments de ratification ou d'acceptation. 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 État Partie qui n'a pas accepté l'amendement ou sur le territoire de cet État. »

La présidence de la conférence de révision était par conséquent confrontée simultanément à une double exigence, l'une immédiate, celle du paragraphe 3 de cet article, l'autre, celle du paragraphe 4, portant ses effets à plus long terme, mais qu'il fallait néanmoins prendre en compte dès à présent dans l'enceinte même de la négociation. Les deux paragraphes établissent comme on le voit une règle de majorité qualifiée différente pour l'adoption (les 2/3) et pour

l'entrée en vigueur (les 7/8^e) des amendements. Précisons en outre que ces deux rapports sont calculés non sur le nombre des États présents à la conférence mais sur le nombre des États Parties au statut de Rome, ce qui renforce la contrainte représentée par l'obtention de ces majorités.

Au regard du nombre des États Parties au Statut de Rome, la majorité des 2/3 prescrite pour l'adoption de l'amendement constitué par la résolution finale de la conférence s'établissait à 73. Or la présidence a considéré, probablement avec raison, que procéder à un vote en vue de l'obtention de 73 « oui » (les 2/3 de 110) en ne disposant que de 84 États votants, serait un résultat sinon difficile à atteindre, en tous les cas un pari trop risqué pour mériter d'être couru si l'on ne voulait pas que la conférence soit un échec retentissant. De plus, il fallait prendre d'emblée en considération le second critère de majorité qualifiée fixant la condition d'entrée en vigueur de l'amendement. En effet, même dans l'hypothèse où une majorité des 2/3 se dégagerait au sein de la conférence pour adopter ledit amendement, on serait encore loin du seuil des 7/8^e des États Parties au Statut exigé pour qu'il puisse entrer en vigueur. Un vote aurait cristallisé et manifesté l'absence d'une telle majorité en faveur de l'amendement alors qu'une décision acquise par consensus laissait audit amendement toutes ses chances, à tout le moins un meilleur potentiel de chances, de parvenir un jour au niveau requis de ratifications ou d'acceptations.

Dans ces conditions, il apparaissait beaucoup plus raisonnable de chercher absolument à faire se dégager un consensus au sein même de la conférence de révision, fut-ce à ce que le groupe majoritaire consente des concessions substantielles.

La majorité, au sein même de la conférence de révision, qu'était-elle ? Elle rassemblait, sur la base d'un assez large consensus au demeurant, les États favorables à l'intégration effective du crime d'agression dans le statut de Rome par l'effet de sa définition et de la fixation des modalités de saisine de la Cour. Cette même majorité voyait converger les deux groupes les plus importants en effectifs qui s'étaient manifestés au sein du Groupe Spécial de Travail. Globalement elle était hostile à l'idée d'une procédure de saisine comportant un passage obligatoire par le Conseil de sécurité des Nations unies.

2) *La France à Kampala*

Dans ces conditions, qu'en a-t-il été de la France ? Comment en fin de compte s'est-elle positionnée dans ces négociations ? Comment a-t-elle manœuvré dans un forum où elle apparaissait, ne serait-ce qu'en raison de ses prises de positions antérieures, comme appartenant à la petite minorité d'États parties qui jugeait dangereuse cette mutation de l'agression internationale en crime individuel, dès lors qu'elle serait accompagnée de la possibilité d'une auto-saisine de la CPI à l'issue d'un certain délai laissé au Conseil de sécurité pour statuer sur l'existence ou non d'une situation d'agression internationale ?

Dans les faits, la délégation française, menée par le ministère des affaires étrangères, ne pouvait guère compter que sur l'appui d'une autre grande puissance, le Royaume Uni, avec laquelle les positions étaient communes. Toutefois, sous les pressions, la délégation britannique finit pas céder. Il faut dire que la majorité était puissante et que la minorité à laquelle la France appartenait était constituée d'un petit nombre d'États. De plus, comme on l'a vu précédemment, il était de bonne politique pour le président et le bureau de la conférence de révision de rechercher à tout prix l'expression d'un consensus, comme les y incitaient au demeurant l'article 121 paragraphe 3 du Statut de Rome. Dans ces conditions, il aurait été difficile à la France, perdant l'appui du Royaume Uni et se retrouvant à son niveau pratiquement isolée, d'être l'élément bloquant du consensus quand celui-ci s'avérait général. Elle n'a pas voulu prendre le risque de s'arc-bouter sur le rôle de verrou qu'elle souhaitait voir reconnu au Conseil de sécurité dans le processus de saisine de la Cour.

Peut-être y a-t-il eu également de la part de la France un certain malaise à se souvenir qu'un temps encore peu éloignée, c'est elle qui avait porté le projet de Cour pénale internationale et qui avait œuvré pour que soit réunie une conférence diplomatique à vocation universelle qui en élaborerait le statut, de la même façon qu'elle en est l'un des soutiens financiers les plus actifs. Elle risquait de voir le crédit qu'elle en retire s'évanouir si elle était demeurée fixée sur une position isolée et, disons-le, intenable, plutôt que de s'inscrire dans la recherche d'un compromis acceptable.

3) Les éléments du compromis de Kampala : acquis et délaissements

En ce domaine de l'agression internationale, plusieurs éléments limitatifs de l'activité de la Cour ont cependant été adoptés par la Conférence de révision. Car il y a tout de même bien eu à Kampala, dans le cadre du consensus réalisé, ce que l'on peut qualifier de compromis. Il est, au plan des principes, satisfaisant dans un esprit de développement du droit international pénal, puisqu'un pas est franchi vers l'effectivité de l'incrimination d'agression ; pour autant sa mise en œuvre pratique apparaît contrainte par plusieurs éléments qui seront constitutifs des nouveaux articles 15-bis (intitulé « exercice de la compétence à l'égard du crime d'agression. Renvoi par un État, de sa propre initiative »), et 15-ter (intitulé « exercice de la compétence à l'égard du crime d'agression. Renvoi par le Conseil de sécurité »), du Statut de Rome.

Ainsi, l'amendement au statut de Rome qui a été adopté par la conférence de révision dans sa résolution finale prescrit-il notamment que : « *le procureur ne peut pas ouvrir d'enquête sur le crime d'agression, sauf si le Conseil de sécurité a, dans une résolution adoptée conformément au chapitre VII de la Charte des Nations Unies, demandé au Procureur d'ouvrir une enquête sur le crime d'agression présumé.* » Mais le Conseil de sécurité peut être contourné le cas échéant. À l'issue d'un délai de 6 mois, à défaut d'une demande expresse du Conseil de sécurité adressée au procureur près la CPI, ce dernier sera autorisé à se passer de cette autorisation préalable, sous réserve que la chambre d'instruction l'autorise à lancer les investigations. La majorité des délégations a considéré en effet que conférer au seul Conseil de sécurité le pouvoir d'autoriser des enquêtes sur de présumés crimes d'agression aurait constitué une atteinte statutaire à l'indépendance de l'organe juridictionnel qu'est la Cour.

À tout prendre, il n'est pas impossible de penser que ce dispositif puisse revêtir pour effet positif d'inciter à terme le Conseil de sécurité et le cas échéant la Cour Internationale de Justice à prendre leurs responsabilités pour statuer enfin clairement sur des cas d'agression armée. Le Conseil de sécurité sera, tout spécialement, en première ligne. Une fois que la révision du statut de Rome sera entrée en vigueur, il saura alors que s'il ne réussit pas à qualifier d'agression armée une action de rupture grave et massive de la paix et de la sé-

curité internationales, le procureur, dûment autorisé par la Chambre d'instruction de la CPI, pourra lancer ses investigations en vue de poursuivre les auteurs présumés de ce que la Cour pourrait ensuite qualifier de crime d'agression.

Signalons encore que la Cour ne pourra pas agir contre un crime d'agression armée qui aura été commis par des ressortissants d'un État qui n'est pas partie au statut de Rome (acteurs de l'agression) ou bien encore sur le territoire d'un État qui n'y est pas partie (État victime d'une agression).

Il est également important de noter que cet amendement ne pourra entrer en vigueur qu'à compter du 1^{er} janvier 2017 à la condition que d'ici là 30 États au moins l'aient ratifié. Sur le plan individuel, il est prévu qu'un État qui ne désirerait pas se voir appliquer cet amendement au statut de Rome pourra s'en exonérer en déposant une déclaration auprès du Greffier de la CPI dans laquelle il annonce officiellement rejeter la compétence de la Cour au regard de l'incrimination d'agression (article 4), à la condition qu'une telle déclaration soit antérieure à toute implication éventuelle dans une affaire d'agression dont serait saisie la Cour.

V. Les lacunes actuelles de la notion d'agression

Même dans le cadre du droit international public général, des incertitudes pèsent encore sur la portée de la notion d'agression. Telle qu'elle est appréhendée généralement, elle est impropre à prendre en compte plusieurs phénomènes qui, matériellement, pourraient constituer cependant des formes d'agression internationale. C'est tout d'abord la problématique de la légitime défense préventive sous forme d'une action contre une menace d'agression. Ce sont ensuite celles de l'attaque terroriste contre un État et de la cyberattaque.

1) La problématique de l'action contre une menace d'agression armée

La question de la licéité de la légitime défense anticipée ou préventive a été posée. La pratique internationale contemporaine fait apparaître des cas où des États ont revendiqué la légitime défense anticipée pour justifier certaines actions armées à caractère préventif. Il en a été ainsi d'Israël, le 7 juin 1981, pour justifier son opération aérienne

de bombardement et de destruction du réacteur nucléaire irakien *Osi-rak* près de Bagdad (Tammuz), construit avec l'aide française près de Bagdad, par crainte qu'il ne soit utilisé à des fins militaires³⁹.

Mais l'exigence d'une agression armée préalable a été affirmée avec force par le Conseil de sécurité lorsqu'il a examiné cette affaire, position qui s'est exprimée dans sa résolution 487 du 19 juin 1981. Tous les États, à l'exception des États-Unis ont alors rejeté la justification israélienne. Les pays en développement y ont vu quant à eux une source potentielle d'abus des États les plus puissants.

Au total, Israël a invoqué à quatre reprises la légitime défense préventive pour justifier son recours à la force en des occasions diverses : En 1981 contre l'Irak comme on vient de la voir ; en 1967 contre l'Égypte à l'occasion de la guerre des Six Jours ; en 1975 pour justifier l'attaque de camps palestiniens au Liban ; en 2008 pour justifier son attaque contre le *Hamas* en territoire libanais.

Plus récemment, les États-Unis ont énoncé une doctrine de la *preemptiv action* pour justifier des interventions potentielles sur le territoire d'États qui constitueraient une menace contre leur sécurité. Ce nouveau concept fait suite à un précédent concept innovant mais tout aussi illicite au regard du droit international : celui de « légitime défense permanente » que les États-Unis avaient invoqué autrefois à l'encontre du Viêt-nam du Nord afin de justifier leur présence permanente au Viêt-nam du Sud et leurs incursions au Nord pour faire pièce aux incursions du Nord sur le territoire du Sud. Pour notre part nous ne faisons pas de distinction entre l'action de légitime défense préventive et celle de légitime défense préemptive : elles fonctionnent de la même façon, elles ont le même objectif qui est de parer à une menace supposée d'agression et elles sont pareillement contraires au droit international public positif.

Dans la pratique, les Nations unies comme la grande majorité de la doctrine de droit international se sont déclarées hostiles à la légitime défense préventive et y ont vu une atteinte aux principes de la charte, tout particulièrement à son article 51. Non seulement la communauté internationale s'oppose au principe même d'existence d'une possibilité de légitime défense préventive mais elle s'oppose également à ce

39. Fisher, Le bombardement par Israël d'un réacteur nucléaire irakien, AFDI, 1981, p. 147.

que des précédents en la matière puissent donner naissance, le cas échéant, à une coutume internationale⁴⁰.

Au demeurant, il est sans doute excessif de déduire de la lecture de l'article 51 de la Charte une interdiction absolue du recours à des actions de légitime défense préventive. Certes, ledit article subordonne l'action de légitime défense à l'existence d'une « agression armée ». Mais précisément, il n'est pas interdit de se reporter à la définition la plus fine atteinte à ce jour sur le concept d'agression internationale pour être en mesure d'apprécier la licéité d'une action de légitime défense préventive à l'aune du droit le plus contemporain.

On relevait dans les travaux initiaux de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale que le crime international d'agression n'est pas exclusivement constitué par l'existence d'une agression effective mais également par une menace d'agression. Dès lors, par extension, il faut considérer également que la licéité de l'action de légitime défense ne repose pas exclusivement sur une agression matérielle préalable mais peut aussi être assurée par l'existence d'une menace, à la condition que celle-ci soit suffisamment précise, claire, et de réalisation imminente. Ces derniers caractères sont en effet indispensables pour contenir dans des limites rigoureuses l'appréciation discrétionnaire qui est faite de l'existence de la menace par l'État envers lequel elle est dirigée. On considèrera par conséquent que la menace d'agression pourrait justifier une réaction armée licite dès lors qu'elle constituerait clairement par elle-même, du fait de sa virulence et de la gravité de la situation qu'elle génère pour la sécurité d'un autre État, un début d'agression.

Nous sommes ici partisans de rejeter l'idée d'un droit à la légitime défense fondé sur la seule menace latente d'agression, qui n'est pas une agression imminente en voie de préparation. Mais il faut reconnaître que l'on est là dans le relatif et qu'il est bien difficile d'établir des critères objectifs en la matière. La gravité et l'imminence d'agression constituées par une menace ne peuvent s'analyser à dire vrai qu'au cas par cas.

La pratique des Nations unies paraît être allée dans ce sens, dans certains cas. Si l'organisation a rejeté fermement, et sans doute à bon

40. Voir Olivier Corten, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008, pp. 617-658.

droit, la thèse de la légitime défense préventive invoquée par Israël à la suite du raid sur le réacteur nucléaire irakien *Osirak*, elle n'a pas protesté contre l'Irak lorsque ce dernier a lancé préventivement des attaques armées contre l'Iran en 1980. Dans le premier cas, celui du réacteur nucléaire, la menace était encore lointaine et non réalisée, alors que dans le second, la politique guerrière de l'Iran, la concentration de ses troupes sur les frontières de l'Irak, les revendications territoriales iraniennes, tout cet ensemble d'éléments ne laissaient guère de doutes sur une agression à venir.

L'exigence d'une menace avérée et pratiquement constitutive d'un début de réalisation d'une agression pour pouvoir user du droit de légitime défense prévu par l'article 51 de la Charte doit en effet être en harmonie avec les pouvoirs que détient le Conseil de sécurité de parer notamment à une menace de rupture de la paix internationale au titre du chapitre VII de la Charte qui a pour intitulé expressif « *action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression* ». La première disposition de ce chapitre VII, l'article 39, mentionne notamment que « *le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix [...]* ». Cela ne crée pas une contradiction avec le droit de légitime défense qu'énonce l'article 51, mais cela signifie que lorsque la menace d'agression est simplement latente, diffuse, à réalisation non immédiate, le Conseil a le temps d'être saisi et est compétent pour prendre les dispositions permettant d'assurer le maintien de la paix. Dans le cas contraire, l'usage du droit de légitime défense dans une telle situation que l'on pourrait qualifier « *d'agression différée* » constituerait un cas de légitime défense préventive et par conséquent d'usage illicite de la force armée.

2) La problématique de l'attaque terroriste contre un État

Les premières mentions d'interdiction de l'action terroriste dirigée contre un État et sa population émanent de la résolution 1514 du 14 décembre 1960 prise par l'Assemblée générale de l'Onu portant déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux avait proclamé le principe selon lequel : « *Chaque État a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre État, d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes, lorsque les actes mentionnés dans le présent paragraphe impliquent l'emploi de la force* ».

L'effort produit par le Conseil de sécurité des Nations unies pour aller dans le sens d'une acception large - et donc intéressante - de la notion de menace à la paix et à la sécurité internationales s'est manifesté également dans le domaine de la lutte contre le terrorisme international. Mais une menace à la paix et à la sécurité internationales, voire plus encore une rupture de la paix ne font pas nécessairement une agression. La notion d'agression peut recouvrir quelquefois celle de rupture de la paix mais c'est loin d'être toujours le cas. Il faut donc s'efforcer de ne pas confondre ces différentes notions.

Le Conseil de sécurité a en effet admis que le terrorisme constituait une menace contre la paix et la sécurité internationales au sens de la Charte, dans ses résolutions 1368 du 12 septembre 2001 et 1373 du 28 septembre 2001. Ayant pour référence la plus directe les événements du 11 septembre 2001 aux États-Unis, ces deux résolutions rappellent dans leur préambule « *le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte* ». Elles laissent ainsi supposer que les États-Unis, en ces circonstances, pourraient se prévaloir d'un tel droit, mais sans plus. Ces mêmes résolutions ne contiennent l'énoncé d'aucun principe relatif à un droit systématique de recourir à la force contre un autre État après l'intervention d'une attaque terroriste. En tout état de cause, il n'évoque pas en l'espèce le terme d'agression. Dans sa résolution 1378 du 14 novembre 2001, le Conseil déclare appuyer les efforts internationaux visant à éradiquer le terrorisme et condamne « *les Taliban pour avoir permis que l'Afghanistan soit utilisé comme base d'exportation du terrorisme par le réseau Al-Qaëda et autres groupes terroristes [...]* ». Mais là encore aucune qualification d'agresseur, même indirect, n'est portée à l'encontre de ce pays.

Le problème est de savoir si un acte d'une personne privée ou d'un groupe privé, donc d'un acteur non étatique serait susceptible de constituer une agression ?

À cet égard, un Pacte de non agression et de défense commune de l'Union africaine a été signé le 31 janvier 2005 qui propose, également une définition de l'agression, mais il n'est pas en vigueur à ce jour faute d'un nombre suffisant de ratifications. Mentionnons tout de même la définition de l'agression qu'il avance : « *L'emploi par un État, un groupe d'États, une organisation d'États ou toute entité étrangère ou extérieure, de*

la force armée ou de tout autre acte hostile, incompatible avec la Charte des Nations Unies ou l'acte constitutif de l'Union africaine contre la souveraineté, l'indépendance politique, l'intégrité territoriale et la sécurité humaine des populations d'un État partie au présent Pacte. Les actes suivants constituent des actes d'agression sans déclaration de guerre par un État, groupe d'États, organisation d'États ou acteurs non étatiques ou entité étrangère [...]».

Il est intéressant de relever dans cette liste d'acteurs susceptibles de commettre un acte d'agression internationale, la présence des « acteurs non étatiques ». C'est là une avancée encore potentielle et faite dans un cadre régional, mais elle n'en est pas moins une ouverture sur l'avenir de la notion d'agression internationale.

3) La problématique de la lutte informatique offensive contre un État

Un ouvrage paru en mars 2009 évoque la cyberguerre et nous annonce qu'elle est commencée⁴¹. D'autres s'attachent à analyser les modes d'attaques électroniques contre les entreprises⁴² qui sont évidemment susceptibles de nuire gravement à l'État, de même que les attaques d'État à État⁴³. D'un côté comme de l'autre, les modes d'attaque sont similaires. D'un point de vue sémantique cependant, les spécialistes français et étrangers de ce phénomène sont réticents et pour tout dire hostiles à l'emploi du terme « cyberguerre », qu'ils considèrent comme une métaphore outrancière, lui préférant - à bon droit nous semble-t-il - la formule certes moins contractée, nettement moins médiatique mais collant mieux à la réalité : celle de « lutte informatique offensive », avec pour revers, celle de « cyberdéfense ». En cela, ils sont en phase avec la position actuelle des États, qui est en effet de ne pas considérer de tels actes, en soi, comme des faits de guerre.

41. Nicolas Arpagian, *La cyberguerre est commencée*, Paris, Vuibert, 2009, 251 p. ; Voir également Richard Clarke et Robert Knake, *Cyber war : The Next Threat to National Security and What to Do About It*, Ecco Press, mai 2010, 304 p. ; Myriam Quémener et Joël Ferry, *Cybercriminalité, Défi mondial*, Paris, Economica, mars 2009, 2^e éd., préface du général d'armée Marc Watin-Augouard, 308 p. ; Solange Ghemouti-Hélie, *La cybercriminalité. Le visible et l'invisible*, Lausanne, éd. Presse Polytechniques et Universitaires Romandes, décembre 2009, 123 p.

42. Bertrand Monnet et Philippe Véry, *Les nouveaux pirates de l'entreprise, Mafias et terrorisme*, Paris, CNRS Editions, septembre 2010, coll. « Ares », 256 p.

43. TIKK (Eneken), KASKA (Kadri), VIHUL (Liis), *International Cyber Incidents. Legal Considerations*, Tallinn, Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2010, 130 p. TIKK (Eneken), *Frameworks for International Cyber Security*, Tallinn, Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2010, 418 p., Christian Czossek et Kenneth Geers (dir.), *The Virtual Battlefield : Perspectives on Cyber Warfare*, Tallinn, Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2010, 305 p.

Dans les faits, des attaques informatiques d'État à État ou à tout le moins contre un État, par le couplage des moyens que sont l'ordinateur et le réseau internet, se sont déjà produites au cours des dernières années. Des pays tels que la Serbie (1999), l'Estonie (2007), la Géorgie (2008) et plus récemment encore l'Iran (2010) ont connu des attaques massives contre leurs réseaux électroniques. Dernier cas en date, l'Iran a été victime à la fin du mois de septembre 2010, d'une attaque informatique au moyen d'un virus « Stuxnet » qui a contaminé les systèmes de contrôles de ses oléoducs, de ses plateformes pétrolières et de ses centrales électriques. Plusieurs experts ont considéré qu'un tel virus par la technologie extrêmement fine qu'il nécessite, ne peut avoir été conçu que par ou à la demande d'un État. Plus nombreux encore, d'autres pays se sont plaints d'intrusions ou de tentatives d'intrusions dans leurs systèmes informatiques officiels.

La difficulté réside dans l'opacité de telles attaques et donc dans la difficulté voire l'impossibilité de pouvoir les attribuer avec certitude à un État. On peut certes identifier leur origine géographique, mais la nature même de ces attaques transitant par le Web et sollicitant des centaines de milliers voire des millions d'ordinateurs dont les détenteurs sont des personnes privées, rend cette éventuelle identification en tant qu'agression d'un État comme très délicate. Cela ne fait qu'accroître le danger qu'elles constituent et la certitude qu'elles seront de nouveau utilisées dans l'avenir.

En l'état actuel des technologies d'investigation en la matière ainsi que du droit international public, la solution ne peut ici consister qu'en des contre-mesures. Entendons par là des réactions de nature non militaire. Elles peuvent d'abord être de même nature et venir d'une réponse unilatérale de l'État qui a été victime en premier de ce type d'attaque. Mais elle pourrait aussi consister en une réponse de la communauté internationale, sous forme de contre-mesures potentiellement variées, notamment de nature économique. Sur le plan technique, s'agissant du Web en lui-même, aux États-Unis, le Pentagone a plusieurs fois tenté d'obtenir l'autorisation du Congrès de remodeler et centraliser internet en vue d'en prendre le contrôle pour pouvoir parer un jour une éventuelle attaque cybernétique de masse contre le territoire américain. Ces demandes ont à chaque fois été rejetées, après avoir suscité de vives oppositions de chercheurs et informaticiens civils qui y voyaient le risque et même la certitude qu'in-

ternet soit ainsi placé sous la surveillance constante des militaires.

Au-delà du droit, il y a bien sûr la possibilité pour chaque État ou dans le cadre d'alliances, de mettre en place des stratégies de cyber sécurité. C'est ce que fit l'Estonie très rapidement après l'attaque dont elle fut l'objet au cours du printemps 2007. Le plan correspondant fut adopté par le gouvernement estonien en mai 2008 et il couvre pour la période 2008-2013⁴⁴. Mais il est clair que comme l'a reconnu cet État, la question de la vulnérabilité particulière des États au regard du cyberspace et des réponses à y apporter est une question globale en ce sens qu'elle devra impliquer les efforts coordonnés de tous les pays en vue de développer une « *culture sophistiquée de la cyber sécurité*⁴⁵. » Sur ce chemin, il y aura nécessairement un passage par le droit international : cette culture internationale partagée, qui dépassera le *hacking* patriotique unilatéral, impliquera elle-même, très rapidement, la mise en place d'une ou plusieurs conventions internationales sur ce sujet. La convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, adoptée à Budapest le 23 novembre 2001 pourrait constituer les prémisses d'un tel dispositif, par les principes d'entraide internationale qu'elle développe, bien qu'elle ne soit pas une convention spécifiquement destinée à protéger les États contre des cyber-attaques.

Une intervention du Conseil de sécurité pourrait également venir condamner et le cas échéant réprimer une cyberattaque. S'il ne la qualifiait pas d'agression, il conviendrait à tout le moins que le Conseil de sécurité des Nations unies puisse qualifier une telle action de menace à la paix et à la sécurité internationales et la traite comme telle en mettant en œuvre le chapitre VII de la Charte (art. 39 à 51). De même, à l'avenir, le Conseil de sécurité pourrait-il être amené à considérer comme un élément composant de l'agression armée entre États, la cyberattaque, lorsque celle-ci aura précédé l'attaque armée en vue d'affaiblir les capacités de défense de l'État cible.

Quoiqu'il en soit, il est clair aujourd'hui que la notion juridique d'agression internationale ne fait plus face à l'ensemble des types d'attaques que peut subir un État. Ces attaques ne prennent plus nécessairement la forme d'une action de force armée. Et pourtant,

44. TIKK (Eneken), KASKA (Kadri), VIHUL (Liis), *International Cyber Incidents. Legal Considerations*, Tallinn, Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2010, p. 28.

45. *Ibid.*, p. 30.

par les dégâts qu'elles occasionnent, par l'insécurité qu'elles génèrent, et surtout par l'atteinte à la souveraineté qu'elles constituent envers l'État qui en est victime (impossibilité de mettre en œuvre temporairement ses forces armées, dégradation des communications gouvernementales, etc.).

Les avancées de la dernière décennie dans le domaine technologique permettent désormais une telle diversité d'attaques qu'il est possible de poser cette question : combien de temps le monde pourra-t-il s'en tenir à une conception étroite de l'agression, que celle actuellement pratiquée et admise en droit international, limitée au cas d'attaque armée de grande gravité ?

4) La difficulté d'application de la définition de la résolution 3314 à nombre de conflits contemporains

En procédant à rebours, on pourrait aisément percevoir que la définition de l'agression proposée par la résolution 3314 et qu'a reprise la résolution finale de la conférence de révision du statut de Rome qui s'est tenue à Kampala en 2010 (voir supra), est difficilement applicable à bien des conflits ou situations de crise dans lesquels il a été fait usage de la force armée. Et la question de la preuve de la commission d'une agression n'est pas la dernière à poser des difficultés.

Par exemple, si l'on se réfère à la Guerre des Six jours qui a opposé Israël à une coalition d'États arabes (Égypte, Jordanie, Syrie, Irak) du 5 au 10 juin 1967, il apparaît bien difficile d'imputer l'acte d'agression à l'une des deux parties, sachant que la preuve suffisante d'une agression est le fait pour un État d'avoir commis en premier une attaque contre un autre État au moyen d'une force armée. En l'espèce l'attaque militaire est venue d'Israël contre l'Égypte, mais celle-ci avait à partir du 23 mai établi un blocus du détroit international de Tiran qui commande l'accès au golfe d'Akaba, acte qu'Israël avait annoncé qu'il le considérerait comme un *casus belli*, et même comme une agression, ce qu'il était en droit de considérer, une partie substantielle de ses approvisionnements, spécialement ceux provenant d'Asie, venant par cette voie maritime et arrivant au port d'Eilat en bordure du désert du Néguev. Dans cette affaire qui a finalement tourné au profit d'Israël qui en est sorti militairement vainqueur tout en s'octroyant des territoires sur ses voisins (plateau du Golan sur la Syrie, Cisjordanie et Jérusalem-Est sur la Jordanie, Bande de Gaza et Sinaï sur l'Égypte),

les deux parties pouvaient fort bien arguer chacune d'une agression de leur adversaire.

De même, on peut se poser la question de savoir comment jugerait, par hypothèse, la CPI si elle avait à apprécier l'existence d'une agression dans une affaire du type « Bouaké » telle qu'elle s'est produite le 6 novembre 2004. L'attaque aérienne d'une des bases militaires françaises de l'opération Licorne en Côte d'Ivoire par deux avions de chasse de type Sukhoï 25 pilotés par des mercenaires au service du président ivoirien avait fait neuf morts et de nombreux blessés parmi les militaires français. La France avait répliqué quelques heures plus tard en détruisant la totalité de la flotte aérienne militaire de la Côte d'Ivoire. Or les pilotes mercenaire qui avaient attaqué à Bouaké n'ayant pas été appréhendés et ayant été exfiltrés, il existe toujours actuellement des doutes sur leur identité réelle bien que l'on ait eu toutes raisons de penser qu'ils étaient biélorusses, de même que des doutes sur les commanditaires de l'attaque contre la base française et sur ses véritables objectifs. Dans de telles circonstances, tout en heurtant les consciences françaises après une attaque aussi lâche contre la force de pacification qu'était la force Licorne, la Côte d'Ivoire ne pourrait-elle pas arguer devant un juge international qu'elle a été elle-même l'objet d'une agression ?

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

CAHIN (Gérard), POIRAT (Florence), SZUREK (Sandra) (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, 389 p. Dans cet ouvrage, voir plus spécialement Brigitte STERN, « La France et le droit de la responsabilité des États », pp. 169-195.

Christian Czosseck et Kenneth Geers (dir.), *The Virtual Battlefield : Perspectives on Cyber Warfare*, Tallinn, Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence and IOS Press, 2010, 305 p.

CRAWFORD (James), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, 461 p.

CORTEN (Olivier) et DUBUISSON (François), Opération « liberté immuable » : une extension abusive du concept de légitime défense, *Revue générale de droit international public* 2002, 1, pp. 51 et suiv.

CORTEN (Olivier), *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008, 867 p.

DELMAS-MARTY (Mireille), FOUCHARD (Isabelle), FRONZA (Emanuela), NEYRET (Laurent), *Le crime contre l'humanité*, Paris, PUF, 2009, coll. « Que sais-je ? », 127 p.

GLENNON (Michael J.) De l'absurdité du droit impératif (*ius cogens*), *générale de droit international public* 2006, 2, pp. 529-536.

GUILLAUME (Gilbert), *La Cour internationale de justice. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2003, plus spécialement les pp. 239-253.

KHERAD (Rahim), La question de la définition du crime d'agression dans le Statut de Rome entre pouvoir politique du Conseil de sécurité et compétence judiciaire de la CPI, *Revue générale de droit international public*, 2005, n°2, vol. 109, pp. 331-362.

LAMBERT-ABDELGAWAD (Elisabeth), La répression du crime international d'agression : la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable ?, *Revue de science criminelle* 2008, pp. 184 et suiv.

SCHARF (Michael P.), MESKO (Jennifer), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Report of the Cleveland Experts Meeting, University School of Law, Cleveland (Ohio), 25-26 septembre 2008, 35 p.

TIKK (Eneken), KASKA (Kadri), VIHUL (Liis), *International Cyber Incidents. Legal Considerations*, Tallinn, Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2010, 130 p.

TIKK (Eneken), *Frameworks for International Cyber Security*, Tallinn, Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2010, 418 p.

VERHOEVEN (Joe), Les « étirements » de la légitime défense, *Annuaire français de droit international*, 2002, pp. 49-80.

ZOUREK (V. J.), La notion de légitime défense en droit international, *Annuaire français de droit international* 1975, pp. 1-80.

Chronique de jurisprudence internationale, in RGDIP 2006, 1 :

CIJ, arrêt du 19 décembre 2005, Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c/ Ouganda), pp. 173-186.

CPA, sentence du 19 décembre 2005, Commission des réparations, *ius ad bellum*, (Erythrée/Ethiopie), pp. 195-202.

Chronique de jurisprudence internationale, in RGDIP 2006, 2 :

CIJ, arrêt du 3 février 2006, Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c/ Rwanda), pp. 487-494.

ANNEXES

Texte de la résolution finale de la conférence de révision de Kampala (2010)

Annexe I

Résolution RC/Res. 4

Adoptée à la treizième séance plénière, le 11 juin 2010, par consensus

RC/Res.4

Le crime d'agression

La Conférence de révision,

Rappelant le paragraphe 1 de l'article 12 du Statut de Rome,

Rappelant le paragraphe 2 de l'article 5 du Statut de Rome,

Rappelant également le paragraphe 7 de la résolution F, adoptée le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale,

Rappelant en outre la résolution ICC-ASP/1/Res.1 relative à la poursuite des travaux concernant le crime d'agression et exprimant ses remerciements au groupe de travail spécial sur le crime d'agression pour avoir élaboré des propositions concernant une disposition relative au crime d'agression,

Prenant note de la résolution ICC-ASP/8/Res.6, par laquelle l'Assemblée des États Parties a transmis à la Conférence de révision pour examen une disposition relative au crime d'agression,

Résolue à activer la compétence de la Cour à l'égard du crime d'agression aussitôt que possible,

1. *Décide* d'adopter, conformément à l'article 5, paragraphe 2, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (ci-après dénommé « le Statut ») les amendements au Statut figurant à l'annexe I de la présente résolution, qui sont sujets à ratification ou à acceptation et entreront en vigueur conformément à l'article 121, paragraphe 5 ; et note que tout État Partie peut déposer une déclaration prévue à l'article 15 *bis avant ratification ou acceptation* ;
2. *Décide également* d'adopter les amendements aux Éléments des crimes figurant à l'annexe II de la présente résolution ;
3. *Décide également* d'adopter les éléments d'interprétation des amendements susmentionnés figurant à l'annexe III de la présente résolution ;
4. *Décide en outre* de réexaminer les amendements relatifs au crime d'agression sept ans après le commencement par la Cour de l'exercice de sa compétence ;
5. *Demande* à tous les États Parties de ratifier ou d'accepter les amendements figurant à l'annexe I.

Annexe II

Amendements relatifs au crime d'agression à apporter au Statut de Rome de la Cour pénale internationale

1. *Supprimer le paragraphe 2 de l'article 5.*
2. *Ajouter après l'article 8 le texte qui suit :*

Article 8 bis

Crime d'agression

1. Aux fins du présent Statut, on entend par « crime d'agression » la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies.
2. Aux fins du paragraphe 1, on entend par « acte d'agression » l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies. Qu'il y ait ou non déclaration de guerre, les actes suivants sont des actes d'agression au regard de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 14 décembre 1974 :
 - a) L'invasion ou l'attaque par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État ou l'occupation militaire, même temporaire, résultant d'une telle invasion ou d'une telle attaque, ou l'annexion par la force de la totalité ou d'une partie du territoire d'un autre État ;
 - b) Le bombardement par les forces armées d'un État du territoire d'un autre État, ou l'utilisation d'une arme quelconque par un État contre le territoire d'un autre État ;

- c) Le blocus des ports ou des côtes d'un État par les forces armées d'un autre État ;
- d) L'attaque par les forces armées d'un État des forces terrestres, maritimes ou aériennes, ou des flottes aériennes et maritimes d'un autre État ;
- e) L'emploi des forces armées d'un État qui se trouvent dans le territoire d'un autre État avec l'agrément de celui-ci en contradiction avec les conditions fixées dans l'accord pertinent, ou la prolongation de la présence de ces forces sur ce territoire après l'échéance de l'accord pertinent ;
- f) Le fait pour un État de permettre que son territoire, qu'il a mis à la disposition d'un autre État, serve à la commission par cet autre État d'un acte d'agression contre un État tiers ;
- g) L'envoi par un État ou au nom d'un État de bandes, troupes irrégulières ou mercenaires armés qui exécutent contre un autre État des actes assimilables à ceux de forces armées d'une gravité égale à celle des actes énumérés ci-dessus, ou qui apportent un concours substantiel à de tels actes.

3. *Insérer le texte suivant après l'article 15 :*

Article 15 *bis*

Exercice de la compétence à l'égard du crime d'agression

(Renvoi par un État, de sa propre initiative)

1. La Cour peut exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression conformément aux paragraphes a) et c) de l'article 13, sous réserve des dispositions qui suivent.
2. La Cour peut exercer sa compétence uniquement à l'égard de crimes d'agression commis un an après la ratification ou l'acceptation des amendements par trente États Parties.

3. La Cour exerce sa compétence à l'égard du crime d'agression conformément à cet article, sous réserve d'une décision qui sera prise après le 1^{er} janvier 2017 par la même majorité d'États Parties que celle requise pour l'adoption d'un amendement au Statut ;
4. La Cour peut, conformément à l'article 12, exercer sa compétence à l'égard d'un crime d'agression résultant d'un acte d'agression commis par un État Partie à moins que cet État Partie n'ait préalablement déclaré qu'il n'acceptait pas une telle compétence en déposant une déclaration auprès du Greffier. Le retrait d'une telle déclaration peut être effectué à tout moment et sera envisagé par l'État Partie dans un délai de trois ans.
5. En ce qui concerne un État qui n'est pas Partie au présent Statut, la Cour n'exerce pas sa compétence à l'égard du crime d'agression quand celui-ci est commis par des ressortissants de cet État ou sur son territoire.
6. Lorsque le Procureur conclut qu'il y a de bonnes raisons de mener une enquête pour crime d'agression, il s'assure d'abord que le Conseil de sécurité a constaté qu'un acte d'agression avait été commis par l'État en cause. Il avise le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de la procédure judiciaire engagée devant la Cour et lui communique toute information et tout document utiles.
7. Lorsque le Conseil de sécurité a constaté un acte d'agression, le Procureur peut mener l'enquête sur ce crime.
8. Lorsqu'un tel constat n'est pas fait dans les six mois suivant la date de l'avis, le Procureur peut mener une enquête pour crime d'agression selon la procédure fixée à l'article 15, et que le Conseil de sécurité n'en décide autrement, conformément à l'article 16.
9. Le constat d'un acte d'agression par un organe extérieur à la Cour est sans préjudice des constatations que fait la Cour elle-même en vertu du présent Statut.
10. Le présent article est sans préjudice des dispositions relatives à l'exercice de la compétence à l'égard des autres crimes visés à l'article 5.

4. *Insérer le texte suivant après l'article 15 bis du Statut :*

Article 15 *ter*

Exercice de la compétence à l'égard du crime d'agression

(Renvoi par le Conseil de sécurité)

1. La Cour peut exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression conformément au paragraphe b) de l'article 13.
2. La Cour peut exercer sa compétence uniquement à l'égard de crimes d'agression commis un an après la ratification ou l'acceptation des amendements par trente États Parties.
3. La Cour exerce sa compétence à l'égard du crime d'agression conformément à cet article, sous réserve d'une décision qui sera prise après le 1^{er} janvier 2017 par la même majorité d'États Parties que celle requise pour l'adoption d'un amendement au Statut ;
4. Le constat d'un acte d'agression par un organe extérieur à la Cour est sans préjudice des constatations que fait la Cour elle-même en vertu du présent Statut
5. Le présent article est sans préjudice des dispositions relatives à l'exercice de la compétence à l'égard des autres crimes visés à l'article 5.

5. Ajouter le texte qui suit après le paragraphe 3 de l'article 25 :

3bis. S'agissant du crime d'agression, les dispositions du présent article ne s'appliquent qu'aux personnes effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État.

6. Remplacer la première phrase du paragraphe 1 de l'article 9 par la phrase suivante :

1. Les éléments des crimes aident la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7, 8 et 8 bis.

7. Remplacer le chapeau du paragraphe 3 de l'article 20 par le texte suivant, le reste du *paragraphe restant inchangé* :

3. Quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7, 8, ou 8 *bis* ne peut être jugé par la Cour pour les mêmes faits que si la procédure devant l'autre juridiction :

Annexe III

Amendements relatifs aux éléments des crimes

Article 8 bis

Crime d'agression

Introduction

1. Il est entendu que l'un quelconque des actes visés au paragraphe 2 de l'article 8 *bis* constitue un acte d'agression.
2. Il n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur a évalué, en droit, la question de savoir si le recours à la force armée était incompatible avec la Charte des nations Unies.
3. L'expression « manifeste » est une qualification objective.
4. Il n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur a évalué, en droit, le caractère « manifeste » de la violation de la Charte des Nations Unies.

Éléments

1. L'auteur a planifié, déclenché ou commis un acte d'agression.
2. L'auteur était une personne⁴⁶ effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire de l'État ayant commis l'acte d'agression.
3. L'acte d'agression – le recours à la force armée par un État ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies – a été commis.

46. Dans le contexte d'un acte d'agression, il se peut que plus d'une personne réponde à ces critères.

4. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait qui avaient établi l'incompatibilité d'un tel recours à la force armée avec la Charte des Nations Unies.
5. L'acte d'agression, par ses caractéristiques, sa gravité et son ampleur, a constitué une violation manifeste de la Charte des Nations unies.
6. L'auteur avait connaissance des circonstances de fait qui avaient établi une telle violation manifeste de la Charte des Nations Unies.

Annexe IV

Éléments d'interprétation concernant les amendements au statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression

Renvois par le Conseil de sécurité

1. Il est entendu que la Cour peut exercer sa compétence sur la base d'un renvoi par le Conseil de sécurité, en vertu du paragraphe b) de l'article 13 du Statut, uniquement à l'égard de crimes d'agression commis après qu'une décision conformément au paragraphe 3 de l'article 15 *ter* sera prise et un an après la ratification ou l'acceptation des amendements par trente États parties, en fonction de ce qui est postérieur.
2. Il est entendu que la Cour, sur la base d'un renvoi par le Conseil de sécurité, en vertu du paragraphe b) de l'article 13 du Statut, exerce sa compétence sur le crime d'agression, que l'État concerné ait accepté ou non la compétence de la Cour à cet égard.

Compétence *ratione temporis*

3. Il est entendu que, lorsque l'on se trouve en présence d'un cas de figure visé au paragraphe a) ou au paragraphe c) de l'article 13 du Statut, la Cour peut exercer sa compétence uniquement à l'égard de crimes d'agression commis après qu'une décision conformément au paragraphe 3 de l'article 15 *bis* sera prise et un an après la ratification ou l'acceptation des amendements par trente États Parties, en fonction de ce qui est postérieur.

Compétence nationale à l'égard du crime d'agression

4. Il est entendu que les amendements qui portent sur la définition de l'acte d'agression et du crime d'agression le font aux fins du présent Statut exclusivement. Conformément à l'article 10 du Statut de Rome, les amendements ne doivent pas être interprétés comme limitant ou préjugeant de quelque manière que ce soit les règles existantes ou en formation du droit international à des fins autres que le présent Statut.

5. Il est entendu que les amendements ne doivent pas être interprétés comme créant un droit ou une obligation d'exercer la compétence nationale à l'égard d'un acte d'agression commis par un autre État.

Autres éléments d'interprétation

6. Il est entendu que l'agression est la forme la plus grave et la plus dangereuse d'emploi illicite de la force et qu'une décision concernant la question de savoir si un acte d'agression a été commis ou non exige un examen de toutes les circonstances entourant chaque cas, en particulier la gravité et les conséquences de l'acte concerné, conformément à la Charte des Nations unies.
7. Il est entendu que, pour établir si un acte d'agression constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies, les trois éléments, à savoir la nature, la gravité et l'ampleur, doivent être suffisamment importants pour justifier une constatation de violation « manifeste ». Aucun des éléments à lui seul ne peut suffire pour remplir le critère de violation manifeste.