

# DU DÉCLENCHEMENT DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE À L'ÉGARD DU CRIME D'AGRESSION

CLAUS KREß\*

## Extrait

Dans les premières heures du 15 décembre 2017, l'Assemblée des États parties au Statut de Rome a pris la décision de déclencher la compétence de la Cour pénale internationale à l'égard du crime d'agression à compter du 17 juillet 2018. La résolution de déclenchement a été adoptée après d'intenses négociations concernant un des aspects du régime de compétence qui était demeuré controversé depuis l'adoption des Amendements de Kampala sur le crime d'agression. L'innovation de New York complète le travail des Conférences de Rome et de Kampala et marque le point culminant d'un fascinant voyage long d'un siècle. En dépit de toutes ses imperfections, le consensus atteint au siège des Nations unies émet un appel opportun à la conscience de l'humanité consacrant l'importance fondamentale de l'interdiction de l'utilisation de la force dans tout ordre juridique international ayant pour objectif la préservation de la paix mondiale.

## I. VERSAILLES, NUREMBERG, TOKYO ET ROME : LES PREMIERS JALONS D'UN LONG VOYAGE

Dans un discours prononcé lors d'une manifestation de campagne électorale en novembre 1918, le Premier Ministre britannique, David Lloyd George, déclara :

Quelqu'un ... est à l'origine de cette guerre qui a pris les vies de millions des meilleurs jeunes hommes en Europe. Ne devrait-on pas tenir quelqu'un responsable pour cela ? De toute façon, même si tel

- \* Professeur de droit pénal et de droit public international, Directeur de l'Institut de droit de la paix et de la sécurité internationales, Université de Cologne. L'auteur a été conseiller de la délégation allemande dans les négociations sur le crime d'agression lors de la Conférence de Rome. Dans cet article, il écrit exclusivement en qualité d'universitaire. L'article a paru en anglais dans 16 *Journal of International Criminal Justice* (2018): 1–18. L'auteur souhaite remercier Oona Hathaway et Scott Shapiro pour leurs précieux conseils au cours de la rédaction de cet article, Cassandra Lorient pour la traduction soignée en français et Rebecca Shiva Mignot-Mahdavi pour quelques suggestions additionnelles précieuses.

*African Journal of International and Comparative Law* 27.4 (2019): 546–563

Edinburgh University Press

DOI: 10.3366/ajicl.2019.0290

© Edinburgh University Press

[www.eupublishing.com/ajicl](http://www.eupublishing.com/ajicl)

est le cas, il y a une justice pour le pauvre et misérable criminel et une autre pour les rois et les empereurs<sup>1</sup>.

Si le message du premier ministre provoqua les applaudissements du public, la réponse des diplomates de l'époque fut moins enthousiaste. Dans son Rapport du 29 mars 1919 présenté à la Conférence des préliminaires de paix, la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions atteignit la conclusion suivante:

La préméditation d'une guerre d'agression, dissimulée sous un prétexte pacifique, puis soudainement déclarée pour des prétextes fallacieux, est une conduite que la conscience publique réproouve et que l'histoire condamnera, mais, en raison du caractère purement optionnel des institutions de La Haye pour le maintien de la paix ... une guerre d'agression ne peut être considérée comme un acte directement contraire au droit positif, ou un acte qui pourrait être présenté avec succès devant un tribunal et que la Commission serait autorisée à examiner dans le cadre de son mandat.

Cette confirmation de la vision prédominante du droit international du dix-neuvième siècle quant à l'utilisation de la force par les États, présageait de l'échec du premier essai d'instauration d'un précédent pour la criminalisation internationale de la guerre agressive<sup>2</sup>. Cet échec, cependant, était également un prologue. La Commission des responsabilités avait déjà accompagné sa conclusion assez expéditive d'un indice qui laissait entrevoir un éventuel changement de direction : « Il est souhaitable qu'à l'avenir des sanctions pénales soient prévues pour de si graves affronts aux principes élémentaires du droit international. »

Dans la période d'entre-deux-guerres, ce souhait fut retenu par un mouvement d'universitaires, qui firent une contribution innovante à la construction du droit pénal international. En particulier, la proposition pour un crime d'agression prit une place primordiale dans le plan d'un code répressif mondial de Vespasian Pella en 1935. Mais, ainsi que Pella lui-même l'observa rétrospectivement, « les États ne firent presque rien entre les deux guerres pour créer un système international de justice ».

Entre temps, le Royaume-Uni avait également rejoint le rang des sceptiques. En 1927, le ministre des Affaires étrangères britannique Austen Chamberlain indiqua à la Chambre des communes qu'il considérait qu'une définition de

1 La première partie de cet article et les citations y incluses suivent des extraits de C. Kreß, 'Introduction: The Crime of Aggression and the International Legal Order', dans C. Kreß et S. Barriga (eds), *The Crime of Aggression: A Commentary*, 2 vols, Cambridge University Press (2017), pp. 1–18. Le début de la discussion internationale sur ce sujet a fait l'objet d'une magnifique étude monographique dans K. Sellars, *Crimes against Peace and International Law*, Cambridge University Press (2013).

2 Pour un récit haut en couleurs de ce « premier essai », voir K. Sellars, 'The First World War, Wilhelm II and Article 227: The Origin of the Idea of "Aggression" in International Criminal Law', dans Kreß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 19–48.

l'agression constituerait « un piège pour les innocents et une balise pour les coupables »<sup>3</sup>. Pourtant, au plus traditionnel niveau interétatique du droit international, le Pacte Kellogg-Briand de 1928 (qui est la pièce centrale du fascinant ouvrage, actuellement fortement débattu, *The Internationalists* de Oona A. Hathaway et Scott J. Shapiro<sup>4</sup>) marqua la transition en droit international positif du *ius ad bellum* à un *ius contra bellum*. Le Pacte alla même plus loin et s'opposa à l'idée que l'exécution d'une obligation légale pourrait, en tant que telle, constituer une « juste cause » pour la guerre. Le Pacte fut bien accueilli et entra en vigueur dès 1929. Et quand la décision fut prise, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, d'initier des poursuites pénales à l'encontre des guerres d'agression de l'Allemagne, le Pacte devint le texte juridique de référence. Le fait que le Pacte ne contienne pas de sanctions pénales était évidemment bien connu. Mais les dirigeants politiques du monde entier étaient désormais déterminés à établir un précédent original. Au procès de Nuremberg, le procureur général britannique Hartley Shawcross traduisit cette détermination avec les mots suivants : « Si cela doit être une innovation, c'est une innovation que nous sommes prêts à défendre et justifier ». Et Robert Jackson, le charismatique procureur général américain, qui était l'une des forces motrices les plus importantes à l'origine de ce précédent original à venir, fit cette célèbre promesse : « Et permettez-moi de clarifier que, si elle est appliquée ici pour la première fois envers les agresseurs allemands, la loi, pour poursuivre un but utile, prévoit également la condamnation d'agressions résultant des autres nations, en ce compris celles qui siègent ici en jugement ».

La délégation britannique à Nuremberg, conseillée par Hersch Lauterpacht, alors en train de se positionner en tant que figure dominante en droit international, pouvait elle-même se sentir enhardie par la puissante déclaration que Lauterpacht avait faite quelques années avant le Procès de Nuremberg : « Le droit de toute société internationale digne de ce nom doit rejeter avec réprobation l'idée selon laquelle il ne peut y avoir d'agression punissable entre les nations ». La défense répondit en se fondant sur le principe de légalité. Non sans éloquence, Hermann Jahrreiß, professeur à l'Université de Cologne, plaida :

[L]es règles de la Charte [de Londres] nient les bases du droit international, elles anticipent le droit d'un État mondial. Elles sont révolutionnaires. Peut-être que dans l'espoir et le désir des nations, l'avenir leur appartient. Le juriste, et en cette seule qualité puis-je m'exprimer ici, doit uniquement établir qu'elles sont nouvelles, révolutionnairement nouvelles. Les lois sur la guerre et la paix entre les États ne contenaient pas de place pour elles – ne pouvaient pas contenir une quelconque place pour elles. C'est pourquoi il y a des lois pénales rétroactives.

3 Cette célèbre citation est reprise par Martti Koskenniemi dans ses réflexions 'A Trap for the Innocent . . .', dans *ibid.*, à pp. 1359–85.

4 O. A. Hathaway et S. J. Shapiro, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, Simon & Schuster (2017).

Mais, comme il était peut-être possible de s'y attendre, le jugement de Nuremberg de 1946 reprit essentiellement l'accusation. Il déclara avec force : « Engager une guerre d'agression ... n'est pas seulement un crime international, c'est le crime international suprême... »<sup>5</sup>.

Alors que le jugement de Nuremberg et le jugement de Tokyo subséquent<sup>6</sup>, ensemble avec la confirmation, par l'Assemblée générale des Nations unies, des principes de Nuremberg, cristallisèrent le concept du crime en droit international tenant à livrer une guerre d'agression, les développements des quelques décennies suivantes continuèrent de ressembler davantage à la situation dans la période d'entre-deux-guerres. La Charte de l'ONU de 1945 avait transformé l'interdiction de la guerre en une interdiction de l'usage de la force. La Charte cherchait à fortifier cette interdiction à travers un système de sécurité collective, visant plus loin que son précurseur établi par le Pacte de la Société des nations de 1919. Mais alors que ces précédents avaient fait naître l'idée d'une éventuelle sanction pénale en cas d'usage illégal de la force, la mise en œuvre de cette sanction – soit à travers une Cour pénale internationale (CPI), soit au niveau national – devait alors rester un espoir vain. Dans les années 1950, Bert Röling, le membre néerlandais du Tribunal de Tokyo, exprima le pessimisme de l'époque : « Ce serait une chose remarquable et étonnante : de trouver une définition de l'agression qui serait généralement acceptable ».

L'année 1974 ne désavoua pas le scepticisme de Röling, bien que, le 14 décembre de cette année, l'Assemblée générale réussit à adopter sa Résolution 3314<sup>7</sup> par consensus. Mais, en y regardant de plus près, la « Définition de l'Aggression », telle que contenue dans l'annexe de cette résolution, regorgeait d'ambiguïté constructive<sup>8</sup>. Plus important encore pour les besoins de notre propos, le texte consensuel distinguait entre « l'acte d'agression » (au sens de l'article 39 de la Charte de l'ONU) et la « guerre d'agression ». Seul ce dernier concept était directement lié à la notion de responsabilité pénale individuelle en droit international (cf. la première phrase de l'article 5 (2) de l'annexe à la Résolution 3314 GA de 1974) et aucune tentative de définition de ce concept n'était effectuée.

Le scepticisme de Röling résonna même dans les années 1990s, lorsque le monde fut témoin du renouveau du droit pénal international *stricto sensu*. Le renouveau de l'idée de créer un système global de justice pénale internationale n'inclut pas l'héritage de Nuremberg et de Tokyo sur les « crimes contre la paix ». Les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda ne listèrent même pas un tel crime. En raison d'un compromis de

5 Pour une analyse complète du jugement de Nuremberg sur les « crimes contre la paix », voir C. McDougall, 'The Crimes against Peace Precedent', dans Kreß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 49–112.

6 Il ne faut pas oublier que le jugement de Tokyo, à la différence de celui de Nuremberg, ne fut pas unanime et que les opinions dissidentes de Tokyo font partie d'un long débat sur le crime d'agression. Pour une analyse complète, voir K. Sellars, 'The Legacy of the Tokyo Dissents on "Crimes against Peace"', dans Kreß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 113–41.

7 Assemblée Générale, « Définition de l'agression », Rés. 3314 AG (XXIX), 14 décembre 1974.

8 Pour une étude détaillée, voir T. Bruha, 'The General Assembly's Definition of the Act of Aggression', dans Kreß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 142–77.

dernière minute résultant d'une proposition soumise par le Mouvement des États non alignés<sup>9</sup>, l'article 5 (1) (d) du Statut de Rome de la CPI nouvellement créée inclut effectivement le « crime d'agression » tel qu'il est aujourd'hui dénommé. Mais le second paragraphe de cette disposition mettait en évidence la nécessité pour la CPI de gagner davantage de pouvoir avant d'être en mesure de déclencher sa compétence à l'égard de ce crime<sup>10</sup>. Une fois encore, il s'était avéré impossible de s'accorder sur une définition du crime<sup>11</sup>.

## II. L'APPARITION DU LIECHTENSTEIN : PRINCETON ET KAMPALA

Une majorité écrasante d'États, cependant, n'est pas prête à accepter le fait que le crime d'agression ne fasse pas partie du *corpus* des crimes en droit international en ce qui concerne l'application du droit par la CPI. Depuis 2003<sup>12</sup>, le Représentant permanent du Liechtenstein à l'ONU, l'ambassadeur Christian Wenaweser, et son conseiller juridique en chef Stefan Barriga, avec le soutien d'un nombre de personnalités éminentes incluant, notamment, le charismatique procureur de Nuremberg Benjamin Ferencz<sup>13</sup> et le non moins charismatique

9 « Amendements soumis par le Mouvement des États Non Alignés à la Proposition du Bureau » (A/CONF.183/C.1/L.59), 14 juillet 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.75, tel que reproduit dans S. Barriga et C. Krefß, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press (2012), p. 315. Il est utile de rappeler que les États arabes (et, parmi leurs prestigieux délégués, le Professeur Mohammed Aziz Shukri de l'Université de Damas mérite une mention spéciale) ont été particulièrement actifs en soutien à cette très importante activité diplomatique de dernière minute. Désormais, les États arabes se souviendront, on l'espère, qu'ils ont à plusieurs reprises déclaré que le défaut de pouvoir de la Cour pour exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression constitue un obstacle important à leur ratification du Statut de la CPI. Pour une analyse détaillée des positions politiques des États arabes, voir M. M. El Zeidy, 'The Arab World', dans Krefß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 960–2.

10 En outre, le paragraphe 7 de l'Acte final de la Conférence de Rome (UN Doc. A/CONF.183/13, 17 juillet 1998, tel que reproduit dans Barriga et Krefß, *supra* note 9, à p. 331) confiait à la Commission préparatoire le mandat de préparer « une disposition acceptable sur le crime d'agression pour l'inclure dans ce Statut ».

11 Pour un récit détaillé des négociations de la Conférence de Rome, voir R. S. Clark, 'Negotiations on the Rome Statute', dans Krefß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 244–70. Pour une documentation de la discussion et des propositions soumises entre 1995 et 1998, voir Barriga et Krefß, *supra* note 9, à pp. 201–331.

12 Aucun progrès notable ne fut accompli entre 1998 et 2002. Le travail effectué pendant ces années est raconté par R. S. Clark, 'Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court', 15 *Leiden Journal of International Law* (2002): 859–90, et est documenté dans Barriga et Krefß, *supra* note 9, à pp. 334–419.

13 La documentation monumentale de B. B. Ferencz, *Defining International Aggression – The Search for World Peace: A Documentary History and Analysis*, 2 vols, Oceana Publications (1975) est bien connue. Pour ses touchants mémoires personnels, voir B. B. Ferencz, 'Epilogue. The long journey to Kampala: A Personal Memoir', dans Krefß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1501–19. Il doit aussi être précisé que le fils de Ben, Professeur Donald Ferencz, le fondateur de l'Institut global pour la prévention de l'agression, a repris le flambeau et fait de nombreuses contributions aux négociations, particulièrement dans leur phase finale. Pour le récit de Don concernant l'activation de la compétence de la CPI à l'égard du crime d'agression, voir D. M. Ferencz, 'Aggression is No Longer a Crime in Limbo', FICHL Policy Brief Series No. 88 (2018).

diplomate jordanien<sup>14</sup> (depuis 2014, haut-commissaire de l'ONU pour les Droits de l'Homme) l'ambassadeur Prince Zeid Ra'ad Al Hussein, ont travaillé sans relâche pour donner une voix à ce sentiment et créer un momentum pour un changement, lequel s'est finalement avéré être irrésistible<sup>15</sup>.

En 2009, un consensus sur un projet de définition matérielle du crime émergea dans le Groupe de travail spécial sur le crime d'agression, un sous-organe de l'Assemblée des États parties de la CPI (AEP)<sup>16</sup>. Ce consensus se révéla solide, même après le retour des États-Unis à la table des négociations<sup>17</sup>. Cette définition est la suivante :

Aux fins du présent Statut, par « crime d'agression » on entend l'organisation, la préparation, le lancement ou l'exécution, par une personne capable d'exercer un contrôle effectif ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par son caractère, sa gravité et son échelle, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations unies.

Le seuil requis, selon laquelle l'acte d'agression devait être en violation « manifeste » de la Charte des Nations unies, était la clé pour parvenir à un accord sur l'aspect le plus exigeant des négociations : la formulation de l'Élément de conduite de l'État<sup>18</sup>. La double fonction de cette condition est d'instaurer un seuil quantitatif (« par sa gravité et son échelle ») et un seuil qualitatif (« par son caractère »). La dimension qualitative porte une emphase. Elle reflète le

- 14 La Jordanie a continué de jouer un rôle actif et constructif dans les négociations, y compris les négociations tenues à New York en décembre 2017.
- 15 Les remarquables discussions substantielles (et, en même temps, transparentes) au cours des années 2003 et 2009, qui, pour la plupart, eurent lieu dans les splendeurs locales de l'Université de Princeton (et auxquelles il a, par conséquent, souvent été fait référence sous le nom de « Processus de Princeton »), et qui furent grandement facilitées par l'hospitalité de l'Institut du Liechtenstein sur l'autodétermination à la Woodrow Wilson School, sont documentées dans Barriga et Kreß, *supra* note 9, à pp. 422–724. Pour une évaluation universitaire assez critique en forme de traitement monographique, voir O. Solera, *Defining the Crime of Aggression*, Cameron May (2007) ; pour un traitement monographique du sujet en français, voir M. Kamto, *L'Aggression en droit international*, Éditions A. Pedone (2010).
- 16 Le projet de définition matérielle fut rapidement complété par des projets d'éléments du crime d'agression. L'Australie et les Samoa méritent une reconnaissance particulière quant à la formulation de ce document eu égard à la soumission de leur « Projet d'éléments de Montreux de Mars 2009 ». Pour un récit détaillé des négociations, voir le chapitre rédigé par les négociateurs australiens F. Anggadi, G. French et J. Potter, 'Negotiating the Elements of the Crime of Aggression', dans Barriga et Kreß, *supra* note 9, à pp. 58–80.
- 17 À Kampala, la définition matérielle fut le sujet de discussions (seulement) dans la mesure où la délégation américaine proposa quelques « understandings » concernant cette définition (pour la formulation de la proposition américaine, voir Barriga et Kreß, *supra* note 9, à pp. 751–2). Le fait que le dernier problème ouvert fut résolu à la fin d'une conversation, qui avait monté les États-Unis contre l'Iran, est juste un autre élément remarquable dans le long voyage décrit dans cet article. Pour un récit détaillé, voir C. Kreß et al., 'Negotiating the Understandings on the Crime of Aggression', dans Barriga et Kreß, *ibid.*, à pp. 81–97. Pour les points de vue des négociateurs d'Iran et des États-Unis, voir D. Momtaz et E. B. Hamaneh, 'Iran', dans Kreß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1174–97, et H. H. Koh and T. F. Buchwald, 'United States', dans Kreß et Barriga (eds), *ibid.*, à pp. 1290–9.
- 18 Pour une analyse détaillée de cet élément, voir C. Kreß, 'The State Conduct Element', dans Kreß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 412–564.

fait que le noyau dur, non sujet à désaccord, de la prohibition de l'usage de la force est entouré par certaines zones grises qui sont caractérisées à la fois par un débat juridique sophistiqué et par une division profonde en matière de politique juridique. Ces zones, qui malheureusement ont une portée significative en pratique, demeurent en dehors du champ de la définition du crime d'agression. La condition de seuil fournit à la définition son ancrage nécessaire en droit international coutumier et, en même temps, assure que la CPI n'aura pas à connaître de questions qui sont non seulement juridiquement, mais également politiquement, très controversées.

L'accord sur une définition matérielle du crime a permis d'inscrire le crime d'agression à l'agenda de la Première Conférence de revue du Statut de Rome qui s'est tenue dans la capitale de l'Ouganda, Kampala, en 2010. Toutefois, en raison des controverses persistantes à propos du régime juridictionnel et du rôle du Conseil de sécurité de l'ONU, un consensus n'a émergé à Kampala<sup>19</sup> qu'après que les horloges de la conférence se sont arrêtées pendant la nuit du 11 au 12 juin 2010<sup>20</sup>.

Ce consensus n'incluait pas un monopole du Conseil de sécurité sur les procédures concernant le crime d'agression devant la CPI. Mais le consensus de Kampala incluait des conditions pour l'exercice, par la CPI, de sa compétence sur le crime d'agression, qui sont bien plus restrictives que les conditions gouvernant l'exercice par la Cour de sa compétence sur les génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Le point essentiel est que, dans une situation qui n'a pas été renvoyée à la CPI par le Conseil de sécurité, l'exercice de la compétence de la Cour sur le crime d'agression, en application de l'article 15 *bis* du Statut de la CPI, demeurera dépendant du consentement des États des territoires concernés et de la nationalité des individus concernés<sup>21</sup>.

- 19 Le journal a consacré l'Édition spéciale de son dixième anniversaire au sujet 'Aggression: After Kampala', 10 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* (2012) : 3–288 (ed. par C. Krefß et P. Webb). Pour un excellent traitement monographique des résultats de Kampala, voir C. McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press (2013). Pour une collection d'articles comprenant de nombreux points de vue belges, voir G. Dive, B. Goes et D. Vandermersch, *From Rome to Kampala: The First 2 Amendments to the Rome Statute* (Bruylant, 2012).
- 20 Pour un récit détaillé des négociations de Kampala dans ce journal, voir C. Krefß et L. Von Holtzendorff, 'The Kampala Compromise on the Crime of Aggression', 8 *JICJ* (2010): 1179–217. Pour un récit méticuleux des négociations de 1998 à 2010, voir S. Barriga, 'Negotiating the Amendments on the Crime of Aggression', dans Barriga et Krefß, *supra* note 9, à pp. 3–57.
- 21 Pour une analyse du régime juridictionnel établi à Kampala par le journal, voir A. Zimmermann, 'Amending the Amendment Provisions of the Rome Statute: The Kampala Compromise on the Crime of Aggression and the Law of Treaties', 10 *JICJ* (2012) : 209–27. Pour une analyse globale du même sujet d'un point de vue différent, voir S. Barriga et N. Blokker dans leurs trois chapitres 'Entry into Force and Conditions for the Exercise of Jurisdiction: Cross-Cutting Issues', 'Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on Security Council Referrals' et 'Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on State Referrals and Proprio Motu Investigations', dans Krefß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 621–74.



### III. UN OBSTACLE DE PLUS

Le consensus atteint à Kampala ne constitua toutefois pas une solution complète. En effet, il fut décidé de stipuler deux conditions additionnelles pour le déclenchement de la compétence de la Cour sur le crime. En applications des articles 15 *bis* (2) et 15 *ter* (2) et (3) du Statut de la CPI, l'exercice de la compétence requerrait (i) la ratification ou l'acceptation des amendements par trente États parties, et (ii) une décision à prendre après le 1er janvier 2017 par la même majorité d'États parties que celle requise pour l'adoption d'un amendement au Statut. La première condition ayant déjà été remplie<sup>22</sup>, la décision de déclencher la compétence fut inscrite à l'agenda de la seizième session de l'AEP se tenant du 4 au 14 décembre 2017 à New York.

Prendre la décision du déclenchement de l'exercice de la compétence se révéla être nettement plus qu'un acte symbolique en raison d'une controverse juridique qui, portant sur un détail du régime juridictionnel fondé sur le consentement, existait depuis l'adoption des amendements de Kampala. Il est incontesté que les paragraphes 4 et 5 de l'article 15 *bis* empêchent la Cour d'exercer sa compétence à l'égard d'un crime d'agression allégué qui découlerait d'un acte d'agression prétendument commis par un État non partie au Statut de la CPI dans une situation non renvoyée à la Cour par le Conseil de sécurité. Cependant, les opinions juridiques ont été divisées depuis l'adoption des amendements de Kampala sur le point de savoir comment l'exercice de la compétence de la Cour, fondé sur le consentement des États, opère précisément entre les États parties au Statut de Rome. En substance, deux points de vue juridiques divergents ont émergé.

Selon la première position, la Cour ne peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime d'agression allégué lorsque celui-ci est commis soit sur le territoire, soit par un ressortissant d'un État partie au Statut de la CPI, si cet État n'a pas ratifié les amendements de Kampala. Cette « position restrictive » est fondée sur la deuxième phrase de l'article 121 (5) du Statut de la CPI dont il est soutenu qu'elle conférerait aux États parties un droit issu d'un traité qui, en application du droit des traités, ne peut leur être retiré sans leur consentement exprimé – par la ratification ou l'acceptation d'un amendement du traité – sur le point en débat.

Aux termes de la position contraire, un État partie, en ratifiant les amendements de Kampala, fournirait à la Cour les liens juridictionnels auxquels il est fait référence dans l'article 12 (2) du Statut de la CPI. Cela signifie que la Cour pourrait, notamment, exercer sa compétence à l'égard d'un crime d'agression prétendument commis sur le territoire d'un

22 Le fait que ce soit la Palestine qui ait déposé le trentième instrument de ratification est encore un autre élément remarquable du long voyage décrit dans cet article. D'aucun fut tenté de se sentir soulagé que d'autres ratifications suivent peu de temps après, afin que les complexités juridiques entourant la question d'un État palestinien ne constituent pas un obstacle de plus à l'activation de la compétence de la CPI à l'égard du crime d'agression. Tous les participants aux négociations de New York de décembre 2017 se souviendront du distingué délégué Palestinien, Majed Bamyá, pour son éloquence exceptionnelle. Pour un point de vue israélien sur les négociations dans leur globalité, voir R. S. Schöndorf et D. Geron, 'Israel', dans Kreß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1198–216.



tel État partie par un ressortissant d'un autre État partie au Statut de la CPI, même si ce dernier n'a pas ratifié les amendements de Kampala. Cet État peut, cependant, empêcher la Cour d'exercer sa compétence dans un tel cas en faisant au préalable une déclaration, telle que prévue par l'article 15 *bis* (4) du Statut de la CPI, indiquant par avance qu'il n'accepte pas cette compétence. Il est soutenu que cette « position plus permissive » ne serait pas en contradiction avec le droit des traités car l'article 5 (2) du Statut originel de la CPI a habilité les États parties à adopter « une stipulation ... exposant les conditions auxquelles la Cour peut exercer sa compétence à l'égard » du crime d'agression, ce qui a, dans un tel cas et dans la mesure où cela s'écarte de la seconde phrase de l'article 121 (5) du Statut de la CPI, une fonction de *lex specialis*.

En somme, la controverse juridique en cause ne concerne que les situations non renvoyées à la CPI par le Conseil de sécurité. Et pour de telles situations, la question se résume au point de savoir si l'État partie qui n'a pas ratifié les amendements de Kampala doit avoir fait une déclaration en application de l'article 15 *bis* (4) du Statut de la CPI afin d'empêcher la Cour d'exercer sa compétence à l'égard d'un crime d'agression découlant d'un acte d'agression prétendument commis par un État partie contre un autre État partie qui a ratifié les amendements de Kampala.

#### IV. NEW YORK : TRAVAUX DE CONSTRUCTION POUR UN PONT FINAL

Durant le processus instauré avant la session de décembre 2017 de l'AEP afin de faciliter la décision de déclenchement, la division des points de vue sur cette question s'était confirmée et les arguments juridiques antagonistes furent répétés<sup>23</sup>. Déjà en mars 2017, le Canada<sup>24</sup>, la Colombie, la France, le Japon, la Norvège<sup>25</sup> et le Royaume-Uni avaient présenté un document afin d'expliquer leur adhésion à la « position restrictive »<sup>26</sup>. Le Liechtenstein, puis l'Argentine<sup>27</sup>, le

23 Report on the Facilitation on the Activation of the Jurisdiction of the International Criminal Court over the Crime of Aggression (ICC-ASP/16/24), 27 novembre 2017, §§ 11–22 ('Report on the Facilitation ...').

24 Le fort soutien apporté par le Canada, avant et pendant New York, à la « position restrictive » était plus que surprenant dès lors que, à Kampala, cet État, après avoir fait une proposition basée sur la position restrictive, avait travaillé avec l'Argentine, le Brésil et la Suisse afin d'ouvrir la voie à compromis ; voir Krefß et von Holtendorff, *supra* note 20, à pp. 1202–4.

25 La Norvège avait adopté une attitude relativement sceptique envers les négociations portant plus généralement sur le crime d'agression ; pour les réflexions approfondies de l'historique chef de délégation norvégien, l'ambassadeur Rolf Einar Fife, sur le sujet, voir 'Norway' dans Krefß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1242–63.

26 Report on the Facilitation ..., *supra* note 23, Annexe II A. Quelques autres États, dont notamment l'Australie, le Danemark et la Pologne, déclarèrent également publiquement adhérer à la position restrictive.

27 À New York l'Argentine continua le rôle actif qu'elle avait déjà joué à Kampala (sur ce rôle, voir Krefß et von Holtendorff, *supra* note 20, à pp. 1202–4) et précédemment. Il ne doit pas être omis que la Présidente de la CPI, l'éminente diplomate Silvia Fernández de Gurmendi, fût l'une des deux premiers Coordinateurs (l'autre étant Tuvako Maningi de Tanzanie) du Groupe de travail sur le crime d'agression, et que son « Document de consultation des Coordinateurs » du 11 juillet

Botswana<sup>28</sup>, les Îles Samoa, la Slovénie<sup>29</sup> et la Suisse<sup>30</sup> répondirent en soumettant des documents détaillant la « position plus permissive »<sup>31</sup>.

Une des façons de gérer ces situations aurait pu consister en la simple activation de la compétence de la Cour et de laisser la Cour décider de la question juridique, si elle venait à se poser. Plus de trente délégations rejoignirent la Suisse dans un appel pour cette « approche de simple activation »<sup>32</sup>. Mais une bonne partie des États parties soutenant la « position restrictive » ne voulaient pas courir le risque que la Cour puisse, après activation de sa compétence, décider de ne pas suivre leur avis. Ils cherchèrent ainsi plutôt à ce que leur position soit acceptée et confirmée par tous les États parties dans le cadre de la résolution accompagnant la décision d'activation. Peu après le rassemblement des États parties à New York le 4 décembre, leurs délégués, guidés d'une main de maître par le médiateur autrichien Nadia Kalb, ensemble avec le chef de la délégation du pays Konrad Bühler<sup>33</sup>, passèrent de longues heures de négociations et firent preuve d'un degré remarquable de créativité dans les tentatives de construction d'un rapprochement final entre les deux positions opposées.

Un tel rapprochement aurait consisté, en substance, à autoriser les deux camps à maintenir leurs positions juridiques respectives et à fournir à tout État partie qui soutenait la « position restrictive », s'il le souhaitait, une voie juridique pour une protection juridictionnelle dans l'éventualité où la Cour viendrait à adopter la « position plus permissive »<sup>34</sup>. Une des variantes proposées était que, si la Cour venait à adopter la « position plus permissive », tous les États parties acceptent

2002 (Barriga et Kreß, *supra* note 9, à pp. 412–14) fût un point de référence important dans les négociations ultérieures.

- 28 Le rôle important du Botswana tout au long des négociations sur le crime d'agression constitue seulement une des multiples facettes du rôle prépondérant de cet État en soutien à l'établissement d'un système de justice pénale international. En particulier, on se souviendra des nombreuses interventions de principe (et par conséquent puissantes) de l'Ambassadeur Athalia Molokomme lors des négociations sur le crime d'agression.
- 29 Le rôle constructif de la Slovénie durant les négociations sur le crime d'agression doit être souligné. On se souviendra de la distinguée déléguée slovénienne Danijela Horvat pour une série entière d'interventions approfondies, dévouées et éloquentes durant les réunions de l'Assemblée de New York en décembre 2017. Une reconnaissance similaire est due aux distingués délégués Shara Duncan Villalobos du Costa Rica, Vasiliki Krasa de Chypre, Pålvi Kaukoranta de Finlande, James Kingston d'Irlande et Martha Papadopoulou de Grèce pour leurs précieuses contributions aux négociations de New York en décembre 2017. En ce qui concerne la Grèce, on se souviendra du rôle important joué pendant de nombreuses années par le distingué délégué Phani Dascalopoulou-Livada.
- 30 La Suisse continua le rôle actif qu'elle avait déjà joué à Kampala (sur ce rôle, voir Kreß et von Holtzendorff, *supra* note 20, à pp. 1202–4). À New York, la Suisse joua un rôle moteur en soutien de « l'approche de simple activation ».
- 31 Report on the Facilitation . . . , *supra* note 23, Annexe II B et C.
- 32 Lettre du 7 décembre 2017 par le représentant permanent de la Suisse aux Nations unies à tous les représentants permanents des États parties au Statut de Rome, conservée dans les dossiers de l'auteur.
- 33 Les deux distingués diplomates autrichiens reçurent de savants conseils du Dr Astrid Reisinger-Coracini de l'Université de Salzburg qui avait participé aux négociations globales de 1999 et fait de nombreuses contributions doctrinales importantes depuis lors.
- 34 Le professeur Dapo Akande et l'auteur de ces lignes avait adopté des points de vue opposés concernant la controverse juridique sous-jacente. Le projet fut transmis au facilitateur autrichien par l'Allemagne sans que celle-ci ne l'adopte. Il a été occasionnellement fait référence à cette

cependant que la communication par un État partie de sa « position restrictive » au Greffe soit considérée par la Cour comme constitutive d'une déclaration telle que prévue par l'article 15 *bis* (4) du Statut de la CPI. Une seconde variante, développée par le Brésil<sup>35</sup>, le Portugal et la Nouvelle Zélande<sup>36</sup>, était d'autoriser tout État partie qui le souhaitait à être placé sur une liste établie par le Président de l'AEP et transmise au Greffe, et que l'AEP décide que la Cour ne puisse pas exercer sa compétence à l'égard d'un crime d'agression « envers des nationaux ou sur le territoire » d'un de ces États parties<sup>37</sup>.

## V. AVANCÉE SANS RAPPROCHEMENT : UNE NUIT MÉMORABLE AU SIÈGE DE L'ONU

Mais dans les heures tardives de la session de l'Assemblée, il s'avéra que la France et le Royaume-Uni n'étaient pas prêts à effectuer un tel rapprochement. Leur exigence demeurait inchangée : tous les États parties devaient accepter la « position restrictive » dans le cadre de la résolution accompagnant la décision d'activation. L'intransigeance française et britannique engendra une situation extrêmement délicate. Légalement, il aurait été possible de soumettre au vote un projet renfermant soit la « simple approche d'activation », soit un « rapprochement final ». Mais, indépendamment des incertitudes d'un vote<sup>38</sup> – eut-il été sage

proposition comme un « Non-Document Non-Allemand » et, dans une certaine mesure, cette proposition fut reflétée dans le « Document de discussion, Rev. 1, 11 décembre 2017 », tel que présenté par le facilitateur. Pendant les négociations de New York, l'auteur de ces lignes reformula le cœur de ce projet commun Akande/Krefß ainsi : « Confirmant que toute déclaration faite par un État partie, individuellement ou collectivement, indiquant *qu'il adhère à la position notée dans le paragraphe introductif n° 4 devra (« lorsque faite par écrit et communiquée au Greffe ») être considérée comme remplissant également les conditions requises pour constituer la déclaration mentionnée dans l'article 15 bis, paragraphe 4, tout en reconnaissant que l'émission d'une telle déclaration serait sans préjudice pour le maintien, par cet État partie, de sa position selon laquelle, en l'absence de sa ratification ou acceptation des amendements, aucune déclaration mentionnée dans l'article 15 bis paragraphe 4 n'est nécessaire pour empêcher la Cour d'exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression, émanant d'un acte d'agression prétendument commis par cet État partie.* » (les italiques sont dans l'original).

- 35 Le Brésil avait déjà joué un rôle important à Kampala (Krefß et von Holtzendorff, *supra* note 20, à pp. 1202–4). À New York, cet État, par la voix de son distingué délégué Patrick Luna, a travaillé sans relâche à la construction d'un pont final. Au sujet de la perspective politique brésilienne sur la globalité des négociations, voir M. Biato et M. Böhlke, 'Brazil', dans Krefß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1117–30.
- 36 L'association de la Nouvelle Zélande à cet essai de construction d'un pont doit être soulignée pour son caractère constructif car cet État avait clairement fait savoir qu'il considérait que la « position restrictive » était la bonne position juridique. Ces trois délégations accordèrent donc du crédit à l'idée qu'il était possible de trouver un accord. Il convient de relever que la Suède adopta une position similaire à celle de la Nouvelle Zélande. L'approche constructive de la Suède à New York était dans la droite ligne du rôle utile que ce pays avait joué pendant le « Processus de Princeton », en particulier à travers les contributions de son distingué délégué, Pal Wrangle.
- 37 Voir 'Additions by Brazil, Portugal and New Zealand to the Discussion Paper', 11 décembre, 13:00 (disponible auprès de l'auteur de ces lignes). Voir également ICC-ASP/16/L.9, 13 décembre 2017, OP 1, et les explications fournies par le distingué délégué suisse Nikolas Stürchler dans son post de blog, 'The Activation of the Crime of Aggression in Perspective', EJIL: Talk! Blog of the *European Journal of European Law*, 26 janvier 2018, disponible en ligne à <http://www.ejiltalk.org/the-activation-of-the-crime-of-aggression-in-perspective/> (dernière visite le 28 janvier 2018).
- 38 À propos de ces incertitudes, voir Stürchler, *ibid.*

de laisser un différend au sein de l'AEP assombrir une question d'une telle sensibilité politique ? Beaucoup de délégations émettaient de très sérieux doutes à ce sujet, tout autant qu'elles espéraient que la France et le Royaume-Uni finiraient par faire preuve d'un esprit de compromis. Mettre en minorité la France et le Royaume-Uni n'était pas une véritable option. Cela signifiait que le groupe relativement important des États parties persuadés de l'exactitude de leur « position plus permissive » n'avait d'autre choix que la pénible option d'accepter une formulation qui, de leur point de vue juridique, allait dans le sens d'un « amendement aux amendements (de Kampala) » ou de voir se refermer, pour un temps incertain, la porte qui avait été ouverte pour l'activation de la compétence de la Cour<sup>39</sup>.

C'est à ce moment que, une dernière fois, il fallut arrêter les horloges de la conférence afin de laisser les délégations se décider quant au projet de résolution proposé par les deux vice-présidents de l'Assemblée, à qui l'Autriche avait confié la tâche d'effectuer une dernière tentative.

De manière décisive, la résolution proposée par les vice-présidents intégrait les exigences françaises et britanniques<sup>40</sup> sous la forme suivante:

L'Assemblée des États parties ...

2. Confirme que, conformément au Statut de Rome, les amendements au Statut relatifs au crime d'agression qui ont été adoptés à la Conférence de révision de Kampala entrent en vigueur à l'égard des États parties qui les ont acceptés un an après le dépôt de leurs instruments de ratification ou d'acceptation, et qu'en cas de renvoi par un État ou d'enquête ouverte proprio motu, la Cour n'exerce pas sa compétence à l'égard d'un crime d'agression s'il a été commis par un ressortissant ou sur le territoire d'un État partie n'ayant pas ratifié ou accepté ces amendements.

Dans le but d'assouplir la « reddition inconditionnelle » à l'exigence de la France et du Royaume-Uni, le paragraphe suivant était rédigé comme suit :

3. Réaffirme les articles 40, paragraphe 1 et 119, paragraphe 1 du Statut de Rome relativement à l'indépendance judiciaire des juges de la Cour ; ...

Cette formulation n'est rien d'autre que la déclaration d'une donnée évidente, qui est que l'AEP ne peut remplacer la Cour en tant qu'organe judiciaire chargé de l'application du droit en toute indépendance. Il était par conséquent difficile de considérer l'inclusion de ce paragraphe dans la proposition des vice-présidents comme autre chose qu'une concession symbolique faite à ceux à qui il était demandé de céder. Pourtant, la France n'était pas tout à fait satisfaite et, avec le soutien du Royaume-Uni, elle proposa de déplacer ce dernier paragraphe

39 Ce point est clairement exprimé par Stürchler, *ibid.*

40 À propos de la première expression de ces demandes en forme de texte, voir Report on the Facilitation ... , *supra* note 23, Annexe III, sub A.

dans le Préambule. Quand la Suisse<sup>41</sup> manifesta son désaccord, le drame à New York atteignit son apogée et la menace planait de l'éventualité quasiment incroyable que ce voyage long d'un siècle vers la mise en place d'une juridiction pénale internationale pour le crime d'agression finirait par dérailler à cause d'un questionnement sur le point de savoir si ces quelques mots litigieux devaient être placés dans un paragraphe du préambule ou dans un paragraphe du dispositif. À ce stade absolument critique, les délégués de l'Afrique du Sud<sup>42</sup>, les Samoa<sup>43</sup> et du Portugal<sup>44</sup>, chacun à leur façon, apportèrent leurs précieuses contributions afin d'éviter que les négociations ne s'effondrent. Le vice-président Sergio Ugalde, du Costa Rica, après avoir appris que la proposition française s'était heurtée à des oppositions, demanda également une dernière fois que la proposition des vice-présidents rassemble un consensus dans la salle. Ceci fut suivi d'un moment théâtral de suspense après lequel il apparut clairement que la France et le Royaume-Uni avaient décidé de ne pas opposer plus de résistance au-delà du raisonnable, de sorte que la proposition des vice-présidents fut finalement adoptée par consensus<sup>45</sup>.

## VI. « MIEUX VAUT PLIER QUE ROMPRE »

En acceptant le paragraphe 2 de la Résolution sur le déclenchement, un grand nombre des États parties a fait une concession qui a dû leur paraître très difficile après une tentative prolongée et de bonne foi d'essayer de construire un pont

- 41 Si la Suisse s'opposa formellement à la proposition, elle exprima très certainement le sentiment de nombreuses délégations présentes en critiquant la proposition française en question. L'auteur de ces lignes se souvient de Chypre et de l'Afrique du Sud, en particulier, exprimant l'absence de compréhension face à la décision française.
- 42 L'Afrique du Sud, particulièrement à travers son distingué délégué André Stemmet, avait constamment soutenu l'idée que la Cour puisse exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression (à propos de la position politique de l'Afrique du Sud sur les négociations dans leur globalité, voir A. Stemmet, 'South Africa', dans Krefß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1271-84). Il est particulièrement remarquable que l'Afrique du Sud n'ait pas changé de cap même à la réunion de l'Assemblée des États à New York en 2017, lors de laquelle ce même État envisagea de nouveau la possibilité de quitter la communauté des États parties.
- 43 Les Samoa sont un autre petit État qui a apporté d'importantes contributions aux négociations sur le crime d'agression. En particulier, les innombrables interventions approfondies (et pleines d'humour !) du distingué délégué samoan, le Professeur Roger S. Clark, constituent une part précieuse des travaux préparatoires. La contribution ultime des Samoa au succès des négociations, exprimée par son distingué chef de délégation, l'ambassadeur Aliioiga Feturi Elisaia, consista dans l'adoption du point de vue non juridique d'un citoyen du monde, rappelant aux délégations ce qui était réellement en jeu à un tournant très critique des négociations.
- 44 Le Portugal a très tôt été une voix importante dans les négociations (voir, par exemple, la « Proposition de 1999 par la Grèce et le Portugal » telle que reproduite dans Barriga et Krefß, *supra* note 9, à p. 343). À New York, les interventions du distingué délégué portugais Mateus Kowalski se sont distinguées par leur sagesse, justesse et élégance. L'auteur de ces lignes ne voudrait pas laisser passer l'occasion de rappeler les importantes contributions qui ont été faites pendant de nombreuses années par la regrettée professeur et conseillère juridique du Ministère des affaires étrangères portugais, Paula Escaramela.
- 45 Le « Projet de résolution proposé par les Vice-Présidents de l'Assemblée. Activation de la compétence de la Cour à l'égard du crime d'agression », ICC-ASP/16/L.10, 14 décembre 2017, est devenue la Résolution ICC-ASP/16/Res.5. Un des principaux négociateurs, Nikolas Stürchler, dans son blog, *supra* note 37, se souvient que le consensus est apparu « autour de 00h40 le vendredi matin ».

entre deux positions juridiques opposées. Ces États parties méritent des éloges. Premièrement, ils croyaient sincèrement en leur « position plus permissive », et la crainte affichée par leurs opposants que la Cour puisse être d'accord avec cette position n'a fait que confirmer la force des arguments à son appui. Deuxièmement, ils s'étaient impliqués dans un effort intense et de bonne foi pour construire un pont non seulement pendant la session de l'Assemblée, mais également durant le processus de consultation tout au long de l'année, pour ensuite admettre à la toute fin que deux États avec une position de négociation plus forte ne soient pas préparés à y répondre.

Maintenant, il leur était demandé de céder<sup>46</sup>. En décidant d'y procéder<sup>47</sup>, les États parties en cause ont montré que, en dépit de tout ceci, ils n'avaient pas perdu de vue la situation globale. C'est pourquoi ils furent capables de reconnaître que la controverse juridique, qui avait occupé tant d'esprits pendant si longtemps, faisait presque pâle figure face à la dimension historique de la décision de déclencher la compétence de la Cour adoptée par consensus au sein de l' AEP<sup>48</sup>. Cette dimension historique est encore plus évidente si l'on prend en considération le fait que

46 Il faut se rappeler que, à ce point de jonction critique des négociations de New York 2017, nombre d'éminents représentants de la société civile ont fait entendre leurs voix en soutien d'une concession finale, que beaucoup d'entre eux trouvèrent également difficile. Leur rôle constructif est notable compte tenu du fait que la « communauté des ONG » a joué un rôle moins actif dans les négociations sur le crime d'agression que le rôle qu'il avait joué à l'égard du Statut de la CPI en général (pour une analyse détaillée, voir N. Weisbord, 'Civil Society', dans Kreß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1310–58). L'auteur de ces lignes souhaite rendre hommage aux distingués délégués non étatiques, Dr David Donat Cattin, le professeur Donald Ferenez, Jutta Bertram Nothnagel, la professeur Jennifer Trahan et le professeur Noah Weisbord, pour leurs contributions considérables au succès des négociations, d'une façon ou d'une autre, durant les longues années des discussions.

47 À juste titre peut-être, beaucoup de ces États limitèrent leurs concessions à ce qu'ils considéraient comme étant le minimum nécessaire et maintinrent leurs positions juridiques dans leurs explications de vote. Dans la déclaration du Liechtenstein pour expliquer sa position après l'adoption de la résolution (dans les dossiers de l'auteur), par exemple, l'ambassadeur Christian Wenaweser déclara : « nous sommes convaincus que la Cour, en exerçant sa compétence à l'égard du crime d'agression, doit appliquer et appliquera la législation contenue dans les amendements de Kampala ».

48 Dans la déclaration du Liechtenstein pour expliquer sa position après l'adoption de la résolution, l'ambassadeur Wenaweser exprima de manière puissante des sentiments qui furent par la suite repris, d'une façon ou d'une autre, par de nombreuses autres délégations. Dans certaines parties particulièrement notables de la déclaration du Liechtenstein, on peut lire : « Il ne faut pas sous-estimer l'importance historique de la décision que nous venons de prendre aujourd'hui. Jamais auparavant, l'humanité n'avait mis en place une cour internationale permanente ayant compétence pour mettre face à leurs responsabilités les personnes ayant décidé de commettre des crimes d'agression, la pire forme d'utilisation illégale de la force. C'est à présent le cas. ... Nous sommes déçus de voir que quelques États ont conditionné une telle activation à une décision fondée sur une interprétation juridique de la compétence applicable au crime d'agression qui se détache de la lettre et du texte du compromis obtenu à Kampala, et qui vise à restreindre singulièrement la compétence de la Cour et à restreindre significativement la protection judiciaire des États parties. Nous nous sommes joints à la décision prise pour deux raisons simples : ... D'autre part, nous estimons que l'activation de la compétence aujourd'hui doit être notre objectif numéro un. »

Dans la même veine, le blog du distingué délégué suisse Stürchler, *supra* note 37, conclut avec sagesse :

« Dans tout cela, n'oublions pas que l'activation du crime d'agression se veut être une contribution à la préservation de la paix et à la prévention des crimes les plus sérieux préoccupant la communauté internationale dans son ensemble. Plus de soixante-dix ans après les procès de



l'Allemagne<sup>49</sup>, le Japon<sup>50</sup> et l'Italie<sup>51</sup> avaient non seulement rejoint le consensus mais avaient également, chacun à leur manière, contribué à la matérialisation

Nuremberg et de Tokyo, la CPI a reçu l'opportunité historique de renforcer la prohibition de l'usage de la force telle qu'inscrite dans la Charte de l'ONU, complétée par le Statut de Rome ainsi qu'initialement rédigé. C'est la perspective que nous devrions conserver ».

- 49 À la Conférence de Rome, l'Allemagne était un partisan énergique de l'inclusion du crime d'agression dans la compétence de la CPI. L'Allemagne fut par conséquent prompt à applaudir la proposition NAM qui inspira l'original de l'article 5 (2) du Statut de la CPI (*supra* note 9) et l'Allemagne fut ensuite déterminante dans la formulation du paragraphe 7 de l'Acte final de la Conférence de Rome (UN Doc. A/CONF.183/13, 17 juillet 1998, *supra* note 10). À ce stade, il serait impossible de ne pas reconnaître le rôle exceptionnel que le défunt éminent diplomate allemand Hans-Peter Kaul, premier juge allemand de la CPI, a également joué dans le cours des négociations sur le crime d'agression. Dans ses mémoires personnelles, dont l'auteur de ces lignes espère qu'elles feront également l'objet d'une publication en anglais en temps utile, le Juge Kaul relate ses souvenirs des moments cruciaux de la Conférence de Rome (Hans-Peter Kaul, 'Der Beitrag Deutschlands zum Völkerstrafrecht', dans C. Safferling et S. Kirsch (eds), *Völkerstrafrechtspolitik*, Springer (2014), pp. 51–84, à pp. 67–68). Pendant le « Processus de Princeton », un délégué allemand joua le rôle d'un des trois sous-coordonateurs. A Kampala, l'Allemagne fut désignée comme Point Focal des consultations sur les propositions des États-Unis quant à certaines définitions. La chef de la délégation allemande à Kampala, l'Ambassadrice Susanne Wasum-Rainer, a offert une perspective de politique allemande sur les négociations dans son chapitre 'Germany', dans Kieß et Barriga (eds.), *supra* note 1, à pp. 1149–57. En ce qui concerne la controverse juridique sous-jacente aux négociations de New York, l'Allemagne a choisi de ne pas prendre position. Cela avait pour but de ne pas accorder trop d'importance à l'aspect pratique de la question et afin d'être disponible, le cas échéant, pour servir d'honnête intermédiaire dans un dernier effort de rapprochement. Dans les deux heures de New York, le chef de la délégation allemande, Michael Koch, avant et dans les coulisses, démontra que la promesse de son pays d'apporter son aide pour faire de l'activation de la compétence de la Cour une réalité n'était pas une promesse vide. La contribution de l'Allemagne aux négociations sur le crime d'agression depuis la préparation de la Conférence de Rome et jusqu'à peu après la conférence de Kampala est relatée et documentée par l'auteur de ces lignes dans C. Kieß, 'Germany and the Crime of Aggression', dans S. Linton, G. Simpson et W. A. Schabas (eds), *For the Sake of Present and Future Generations: Essays on International Law, Crime and Justice in Honour of Roger S. Clark*, Brill/Nijhoff (2015), pp. 31–51.
- 50 Le point de vue sceptique du Japon sur le procès historique de Tokyo est bien connu et Hathaway et Shapiro, *supra* note 4, à p. 133 et suiv., fournissent à leurs lecteurs un récit fascinant d'un contexte plus large de ce point de vue. Il est essentiel de préciser que le Japon a sans ambiguïté soutenu l'idée selon laquelle la CPI exercerait sa compétence à l'égard du crime d'agression. En ce qui concerne la controverse juridique sous-jacente aux négociations de New York en 2017, le Japon, de façon la plus constante de tous les États, a défendu la position la plus restrictive en tant que point de vue juridique correct (voir le chapitre 'Japon' écrit par le chef de la délégation japonaise à Kampala, le défunt ambassadeur Ichiro Komatsu, dans Kieß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1217–33 et, en particulier, pp. 1231–2). Au vu de ce contexte, le rôle du Japon durant les négociations de New York de 2017 est particulièrement remarquable. Sans laisser le moindre doute quant à la position juridique du Japon, le chef de la délégation japonaise à New York, le Directeur-Général Masahiro Mikami, a fait montre d'une sensibilité particulière à l'égard du point de vue de la partie opposée et a finalement également indiqué que le Japon était prêt à considérer un rapprochement final. La République de Corée est un autre pays asiatique ayant toujours soutenu l'idée que la CPI devrait exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression (pour le point de vue d'un conseiller universitaire de différentes délégations sud coréennes, voir Y. S. Kim, 'Republic of Korea (South Korea)', dans Kieß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1234–41). Pendant les négociations de New York 2017, la République de Corée est cependant demeurée silencieuse.
- 51 L'Italie a soutenu le processus depuis le début des négociations (voir, par exemple, la proposition soumise par l'Égypte et l'Italie dès 1997 (repr. dans Barriga et Kieß, *supra* note 9, à pp. 226–7) et il faut rappeler les contributions de l'ancien distingué diplomate italien et juge à la CPI, Mauro Politi, lors des débuts des négociations (pour un recueil utile de commentaires des négociations par des voix influentes avant le début du « Processus de Princeton », voir M. Politi et



de ce consensus. Alors que ces États en particulier avaient, de par leurs guerres d'agression avant et pendant la Seconde Guerre mondiale, attaqué le « Nouvel Ordre Juridique » (Hathaway et Shapiro) établi par le Pacte Kellogg-Briand<sup>52</sup>.

## VII. LA COUR PREND LES RÊNES

En application du paragraphe 1 de la Résolution de déclenchement, la compétence de la Cour a été déclenchée à compter du 17 juillet 2018. Ainsi, les États parties ont laissé à la Cour une phase finale pour procéder aux ajustements nécessaires afin de permettre à la Section préliminaire de la Cour de jouer son rôle judiciaire sans précédent en application de l'article 15 *bis* (8) du Statut de la Cour<sup>53</sup>. A compter du 17 juillet 2018, il est à la Cour d'indiquer comment elle appliquera, en pratique, ce droit dont la théorie est désormais prête. Il peut être recommandé que le Bureau du Procureur fasse savoir assez tôt qu'il prendra au sérieux le message central sous-jacent à la condition de seuil contenue dans l'article 8 *bis* (1) du Statut de la CPI, à savoir que la définition matérielle du crime d'agression recouvre uniquement une utilisation de la force par un État atteignant un haut degré d'intensité et étant illégal sans ambiguïté. Un tel signal aidera à disperser les doutes persistants – et compréhensibles<sup>54</sup> – quant au fait que la Cour puisse

G. Nesi (eds), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression* (Ashgate, 2004). Alors qu'il est probablement juste de dire que l'Italie n'avait pas joué un rôle phare durant le « Processus de Princeton » et à Kampala, ce pays fût, par l'intermédiaire de son distingué délégué Salvatore Zappalà, parmi les premières délégations à soutenir le médiateur autrichien dans son effort de rapprochement lorsque les négociations de New York de décembre 2017 atteignirent leur stade final. En définitive, et il est tentant d'y voir un signe du destin, ce fut un vice-président italien de l'Assemblée des États parties, l'ambassadeur Sebastiano Cardi, qui co-présida l'adoption par consensus de la résolution d'activation.

- 52 L'histoire est puissamment racontée par Hathaway et Shapiro, *supra* note 4, à p. 131 et suiv.
- 53 Pour une analyse préparatoire exhaustive, voir E. Chaitidou, F. Eckelmanns et B. Roche, 'The Judicial Function of the Pre-Trial Division', dans Kreß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 752–815. Pour les amendements au Règlement de la Cour adoptés par les juges de la CPI le 12 novembre 2018, voir <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1417&In=fr>.
- 54 Il n'est pas évident pour l'auteur de ces lignes de déterminer pourquoi la France, représentée à New York par l'ambassadeur François Alabrune, et le Royaume-Uni, représenté à New York par l'ambassadeur Ian MacLeod, n'étaient encore pas prêts à effectuer un rapprochement final lors des négociations de New York de décembre 2017. Il se demande même si ces deux États n'auraient pas réussi à atteindre une plus grande sécurité juridique à leur profit (ainsi qu'ils le percevaient) s'ils avaient saisi la corde qui leur était lancée par le professeur Akande et l'auteur de ces lignes (sur certaines ambiguïtés juridiques éventuelles entourant le paragraphe 2 de la Résolution d'activation, non examinées dans cet article, voir Stürchler, *supra* note 37). Mais l'auteur de ces lignes comprend pourquoi un certain nombre d'États impliqués dans des activités militaires dont les situations font juridiquement partie d'une zone grise, au lieu de ratifier les amendements de Kampala, semblent avoir adopté une position attentiste quant à l'interprétation que donnera la Cour de la définition matérielle du crime. L'auteur de ces lignes considère également qu'il est nécessaire de reconnaître que la France et le Royaume-Uni sont les seuls membres permanents du Conseil de sécurité qui ont, jusqu'à maintenant, ratifié le Statut de la CPI et que ces deux États ont en définitive accepté un régime juridictionnel qui ne confère pas au Conseil de sécurité un monopole quant aux procédures concernant le crime d'agression devant la CPI. L'auteur de ces lignes souhaite saisir l'opportunité de saluer la contribution importante de l'éminente ex-diplomate britannique Elizabeth Wilmshurst aux négociations. Dans de nombreuses déclarations remarquables (pour des références, voir Kreß,

être impliquée dans des controverses juridiques brûlantes au sujet de la légitime défense anticipée<sup>55</sup>, la légitime défense contre une attaque armée non étatique<sup>56</sup> et l'intervention humanitaire<sup>57</sup>. Lorsque les États pourront être certains que la Cour ne déclenchera pas sa compétence à l'égard du crime d'agression dans ces zones juridiques grises, on peut espérer que le nombre de ratifications augmente de manière significative, en ce qu'il deviendra extrêmement difficile pour tout pouvoir victorieux dont les juges ont siégé à Nuremberg et Tokyo d'expliquer pourquoi ils ne souhaitent toujours pas perpétuer pleinement l'héritage de leur propre plan d'action qui était révolutionnaire après la Seconde Guerre mondiale.

### VIII. ÉPILOGUE : UN APPEL IMPARFAIT MAIS OPPORTUN À LA CONSCIENCE DE L'HUMANITÉ

Il ne fait aucun doute que la définition matérielle du crime d'agression est (aussi) étroite (qu'une définition d'un crime en droit international devrait l'être) et que le seuil juridictionnel pour l'exercice de la compétence de la Cour à l'égard de ce crime est plus strict (que souhaitable). Mais il serait fallacieux de déprécier pour la dernière raison l'avancée réalisée en décembre 2017 à New York. La Russie a

*supra* note 18, à pp. 515–16, citations accompagnant la note 570), Mme Wilmshurst a rappelé aux négociateurs la nécessité d'ancrer fermement la définition matérielle du crime d'agression dans le droit international coutumier. Pour les points de vue des négociateurs français et britanniques sur les amendements de Kampala, voir E. Belliard, 'France', et C. Whomersley, 'United Kingdom', tous les deux dans Kieß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1143–8 et pp. 1285–9. L'intensité de la controverse sur le rôle propre à attribuer au Conseil de sécurité en ce qui concerne les procédures devant la CPI impliquant le crime d'agression donne à tout observateur une idée saisissante d'à quel point il a dû être fait preuve d'un esprit constructif pour rendre possible le déblocage ultime. Il suffit de comparer le plaidoyer vigoureux pour un monopole du Conseil de sécurité fait par l'éminent diplomate chinois L. Zhou, 'China', dans Kieß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1133–8, avec la féroce opposition de l'Inde à rôle fort du Conseil de sécurité, tel que relatée et documentée par l'éminent diplomate indien N. Singh, 'India', dans Kieß et Barriga (eds), *supra* note 1, à pp. 1164, 1165–8 et 1171.

- 55 Sur ce débat de plus en plus intense, voir, plus particulièrement, les discours récents faits, en premier, par le Royaume-Uni et, ensuite, par le procureur général australien, tel que reproduit dans EJIL Talk! Blog of the *European Journal of International Law*, disponible en ligne respectivement à : <http://www.ejiltalk.org/the-modern-law-of-self-defence/> et à <http://www.ejiltalk.org/the-right-of-self-defence-against-imminent-armed-attack-in-international-law/#more-15255> (dernière visite le 28 janvier 2018). Pour une analyse de la « légitime défense anticipée » dans le contexte de l'Élément de conduite de l'État dans le crime d'agression, voir Kieß, *supra* note 18, à pp. 473–9.
- 56 Par exemple, les subtilités juridiques concernant l'utilisation de la force contre « l'État islamique » que de nombreux États mènent en Syrie à la demande de l'Irak étaient très présentes dans les esprits des décisionnaires quand le crime d'agression a été récemment débattu. Pour une analyse de « l'Usage de la force en réponse à une attaque armée par un acteur non étatique émanant du territoire d'un autre État », dans le contexte de l'Élément de conduite de l'État dans le crime d'agression, voir Kieß *supra* note 18, à pp. 462–7.
- 57 La question intrigante de l'usage de la force dans le cas d'un besoin impérieux d'éviter une catastrophe humanitaire sans l'autorisation du Conseil de sécurité a revêtu une grande importance en arrière-plan de toutes les négociations. Pour une analyse de « l'Usage de la force pour éviter une catastrophe humanitaire » le contexte de l'Élément de conduite de l'État dans le crime d'agression, voir Kieß, *supra* note 18, à pp. 489–502 et 524–6.

récemment dépassé la ligne rouge et annexé par la force un territoire étranger<sup>58</sup>. La Corée du Nord et les États-Unis échangent depuis longtemps des menaces de guerre nucléaire. À l'heure où ces lignes sont écrites, la Turquie a lancé une invasion militaire majeure en Syrie sans aucune concession quant au fait que la prohibition de l'usage de la force était d'une grande importance<sup>59</sup>. À ce moment critique, le signal qui a été envoyé à la conscience de l'humanité par l'activation de la compétence de la Cour à l'égard du crime d'agression est donc des plus opportuns.

- 58 Prise dans le contexte du rôle important de la Russie dans le long voyage décrit dans cet article, la violation manifeste par cet État de la prohibition de l'usage de la force dans le cas de la Crimée ne peut qu'attrister encore plus. Le fait que la politique et le droit ont toujours été inextricablement entremêlés dans les contributions de la Russie à la conversation vieille d'un siècle n'est pas un signe distinctif de l'approche de la Russie sur le sujet et n'est pas une raison pour ne pas reconnaître que la Russie a fait des propositions de texte remarquables depuis 1933, quand Maxim Litvinov a soumis une « Définition de 'l'Agresseur' : projet de déclaration » soviétique à la Conférence de désarmement (repr. dans Barriga et Kreß, *supra* note 9, à pp. 126–7). Le rôle de la Russie avant Nuremberg est utilement rappelé par Hathaway et Shapiro, *supra* note 4, à p. 257. Staline a soutenu un procès à un moment critique et, à cet égard, il a formé un « couple étrange » avec Stimson. (La rencontre des esprits de Staline et Stimson n'est toutefois pas allée plus loin, eu égard à la préférence de Staline pour simulacre de procès.) Dans ce contexte historique, il doit être rappelé que c'est le professeur russe A. N. Trainin, qui a utilisé le terme de Nuremberg et Tokyo « crime contre la paix » (dans A. Y. Vishinsky (ed.), *Hitlerite Responsibility under Criminal Law*, trad. par A. Rothstein, Hutchinson & Co. (1945), à p. 37). Sur le rôle actif de la Russie pendant la Guerre froide, voir, par exemple, Sellars, *supra* note 6, à pp. 119–26, 130–8, et Bruha, *supra* note 8, à pp. 150–4. La « Proposition de 1999 de la Fédération de Russie » (repr. dans Barriga et Kreß, *supra* note 9, à p. 339) est aussi succincte qu'elle a été incapable de sécuriser un consensus de par son insistance sur l'ancienne terminologie de Nuremberg et Tokyo de « guerre d'agression » et sur l'idée d'un monopole du Conseil de sécurité. Toutefois, il est aussi remarquable que prometteur que les deux distingués diplomates russes Gennady Kuzmin et Igor Panin déclarent (dans 'Russie' dans Kreß et Barriga (eds), *supra* note 1, à p. 1264), que « la Russie est satisfaite du résultat de la Conférence de revue en ce qui concerne la définition du crime d'agression ».
- 59 Les lettres turques identiques adressées au secrétaire général et au président du Conseil de sécurité (S/2018/53) font référence au droit de légitime défense tel que reconnu dans l'Art. 51 de la Charte de l'ONU, mais ne font presque rien pour présenter des faits afin de motiver cette demande juridique. À la place, les lettres font une vague référence dangereuse à la « responsabilité attribuée aux États Membres dans le combat contre le terrorisme », comme si une telle « responsabilité » pouvait servir de fondement juridique pour une utilisation de la force sur un territoire étranger sans le consentement de l'État territorial et sans mandat du Conseil de sécurité.

Your short guide to the EUP Journals  
Blog <http://eupublishingblog.com/>

*A forum for discussions relating to  
[Edinburgh University Press Journals](#)*



EDINBURGH  
University Press

## 1. The primary goal of the EUP Journals Blog

To aid discovery of authors, articles, research, multimedia and reviews published in Journals, and as a consequence contribute to increasing traffic, usage and citations of journal content.

## 2. Audience

Blog posts are written for an educated, popular and academic audience within EUP Journals' publishing fields.

## 3. Content criteria - your ideas for posts

We prioritize posts that will feature highly in search rankings, that are shareable and that will drive readers to your article on the EUP site.

## 4. Word count, style, and formatting

- Flexible length, however typical posts range 70-600 words.
- Related images and media files are encouraged.
- No heavy restrictions to the style or format of the post, but it should best reflect the content and topic discussed.

## 5. Linking policy

- Links to external blogs and websites that are related to the author, subject matter and to EUP publishing fields are encouraged, e.g. to related blog posts

## 6. Submit your post

Submit to [ruth.allison@eup.ed.ac.uk](mailto:ruth.allison@eup.ed.ac.uk)

If you'd like to be a regular contributor, then we can set you up as an author so you can create, edit, publish, and delete your *own* posts, as well as upload files and images.

## 7. Republishing/repurposing

Posts may be re-used and re-purposed on other websites and blogs, but a minimum 2 week waiting period is suggested, and an acknowledgement and link to the original post on the EUP blog is requested.

## 8. Items to accompany post

- A short biography (ideally 25 words or less, but up to 40 words)
- A photo/headshot image of the author(s) if possible.
- Any relevant, thematic images or accompanying media (podcasts, video, graphics and photographs), provided copyright and permission to republish has been obtained.
- Files should be high resolution and a maximum of 1GB
- Permitted file types: *jpg, jpeg, png, gif, pdf, doc, ppt, odt, pptx, docx, pps, ppsx, xls, xlsx, key, mp3, m4a, wav, ogg, zip, ogv, mp4, m4v, mov, wmv, avi, mpg, 3gp, 3g2.*