

# OBSERVATIONS CURSIVES SUR LA LÉGITIMITÉ DE LA CRÉATION D'UN MÉCANISME DE POURSUITE DU CRIME D'AGRESSION CONTRE L'UKRAINE

PAR

Sâ Benjamin TRAORÉ\*

*Manger l'herbe d'autrui ! quel crime abominable !*

*Rien que la mort n'était capable*

*D'expier son forfait : on le lui fit bien voir.*

*Selon que vous serez puissant ou misérable,*

*Les jugements de couronne vous rendront blanc ou noir.*

Jean de La Fontaine, *Les animaux malades de la peste* (1678).

...

« *Il est plus facile de légaliser certaines choses que de les légitimer* »

Nicolas de Chamfort, *Maximes et pensées, caractères et anecdotes* (1795)

## INTRODUCTION

La lecture de l'excellent rapport présenté par Olivier Corten et son collègue Vaïos Koutroulis à l'Union européenne sur les possibilités et les complexités juridiques associées à d'éventuelles poursuites du crime d'agression contre l'Ukraine suscite une foule de réflexions(1). Les auteurs analysent le problème suivant, essentiellement une perspective « technique », en s'intéressant notamment au « droit positif » y applicable. Le rapport effleure néanmoins la question de la légitimité. Dans cette mesure, la présente contribution fait le choix de s'attarder sur l'enjeu de légitimité au cœur de ce processus. Comme

\* Professeur de droit à l'African Institute for Research in Social Sciences (AIRESS), Faculté de Gouvernance, Sciences Économiques et Sociales, UMP6, Rabat. Extraordinary Lecturer à la Faculté de droit de l'Université de Pretoria. Merci infiniment à Germain Dabiré et Sy Joseph Traoré pour leur relecture généreuse de ce texte.

(1) Voy. O. CORTEN et V. KOUTROULIS, « Tribunal for the crime of aggression against Ukraine – a legal assessment, European Union », *Depth Analysis*, 2022 (ci-après le rapport ou Rapport).

le reconnaissent les auteurs du rapport, le chemin menant au succès de l'initiative est jonché d'embûches « techniques ». Comme si elles ne suffisaient pas, ces difficultés juridiques se doublent d'une préoccupation de légitimité (1). Dans le cadre du présent propos, il ne s'agira pas tant d'examiner les problèmes particuliers de légitimité rattachés à telle ou telle option de poursuite ; ces problèmes spécifiques de légitimité sont d'importance et seront considérés peu ou prou. Toutefois, la réflexion suivante s'intéresse plus généralement à la légitimité du projet dans son ensemble.

À quoi renvoie le concept de légitimité et quelle en est la pertinence dans le cas sous examen ? Polysémique et indéterminée par excellence, la notion de légitimité est rebelle à l'enfermement dans une camisole de force définitionnelle (2). À grands traits, dans son usage discursif en droit, le concept de légitimité – distinct de mais lié à celui de légalité – renvoie, d'une part, à l'idée d'acception et de consentement nécessaire à l'exercice de l'autorité et, d'autre part, à la perception de conformité à des valeurs méta-positives justifiant la validité du droit, sa force et son autorité (3). En raison des jugements de valeurs et de la subjectivité qu'elle (com)porte, de redoutables difficultés émaillent toute évaluation de légitimité. Si cela est vrai dans les sociétés internes, dont on peut pourtant postuler la forte intégration fondée notamment sur une référence à des valeurs communes, on ne s'étonnera guère qu'une telle appréciation s'avère infiniment plus difficile dans une société internationale éclatée en plusieurs États aux régimes social, politique et culturel variés. Dans une telle société fragmentée, l'égalité et la souveraineté étatiques sont « une source non plus d'objectivité mais d'affrontements subjectifs » (4). De plus, traversée par une asymétrie structurelle, source historique d'hégémonie et où s'impose bien souvent la raison des puissants, les règles, processus et institutions juridiques y souffrent d'une suspicion permanente (5). L'ordre international est dès lors plongé à la fois dans un déficit et

(1) *Ibid.*, p. 35.

(2) R. WOLFRUM, « Legitimacy in International Law », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg/Oxford, Heidelberg and Oxford University Press, 2011. Voy. aussi M. KOSKENNIEMI, « Miserable Comforters : International Relations as New Natural Law », *European Journal of International Relations*, 2009, vol. 15, n° 3, pp. 395-409. Voy. aussi J. CRAWFORD, « The Problems of Legitimacy-Speak », *ASIL Proceedings*, 2004, vol. 98, p. 271, renvoyant au « *fuzziness and indeterminacy* » du concept.

(3) En y ajoutant le critère formel et l'effectivité, François Ost et Michel Van de Kerchove y voient les trois éléments formant le cercle de la validité juridique. Voy., en général, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2022 ; O. CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 297.

(4) R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (dir.), *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, Pedone, 1994, pp. 17-18.

(5) R. BACHAND, *Les subalternes et le droit international*, Paris, Pedone, 2018, pp. 37 et s. Voy. plus généralement D. KENNEDY, « The hermeneutic of suspicion in contemporary American legal thought », *Law and Critique*, 2014, vol. 25, n° 2, pp. 91-139.

dans un besoin constants de légitimité. Selon Thomas Frank, ramené au droit international, le concept de légitimité pourrait être défini comme :

« a property of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule of institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process » (6).

On pourrait, en réalité, distinguer trois lieux essentiels de la (*quête de*) légitimité en droit international : la production du droit, la nature des procédures et le rendu des décisions (7). Le premier touche au *consentement* des sujets aux mécanismes de formation du droit. Le second concerne l'inclusion ou la *participation (démocratique)* dans les procédures délibératives internationales (8) pendant que le troisième vise l'*adhésion* aux décisions et pourrait être qualifié de légitimité sociale. La légitimité est fonction d'une variété de facteurs subjectifs liés eux-mêmes à la *perception* des acteurs entre autres. On peut notamment penser à l'idée que se font les destinataires de la correspondance d'un acte, d'un processus ou d'une décision à certains principes tels que la raison, la justice, la cohérence, la confiance en un système et son intégrité, l'équité distributive (*distributive fairness*), l'utilité sociale et l'effectivité instrumentale. Thomas Frank identifie également comme facteur clé de cette perception, « *the equality with which the same rule is applied to various situations* » ainsi que la *cohérence* dans un réseau d'engagements et de commandements (9). Intimement liée à ces éléments substantiels, la légitimité est aussi une question de degré. Il est rare qu'elle soit totalement absente ou absolument acquise en raison même du pluralisme des valeurs et de l'improbabilité de l'unanimité, caractéristiques de la « raison moderne » (10). Quelles que soient les variantes et inclinaisons du concept de légitimité, dans la société internationale, sa robustesse est strictement proportionnelle à l'étendue et à la force de l'*accord* des sujets (11).

Il se pose dès lors la question de savoir dans quelle mesure le projet de création d'un mécanisme de répression pénale du crime d'agression contre l'Ukraine est légitime. En d'autres termes, on se demandera quel est, à ce

(6) Th. FRANK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford university Press, 1990, p. 19.

(7) R. WOLFRUM, « Legitimacy in International Law », *op. cit.*

(8) Sur la relation entre légitimité comme intimement lié aux procédures de délibération démocratiques, voy. J. HABERMAS, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978, pp. 137-142. A. ZAMARIA, « Democratic Legitimacy and Non-Majoritarian Institutions : Reflections on the Functional and Democratic Legitimacy of International Adjudicative Bodies and Independent Regulatory Agencies », in H. RUIZ et A. NUNES CHAIB (dir.), *International Judicial Legitimacy*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 19-43.

(9) Th. FRANK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, *op. cit.*, p. 18.

(10) S. GOYARD-FAVRE, « Légitimité », in D. ALLAND et St. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 932-933.

(11) Sur ce primat de l'accord dans cette société, voy. J. SALMON, « Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle », *Cours Euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, 2002, vol. 6, pp. 59 et s. Voy. aussi S. LAGHMANI, *L'ordre juridique international. Souveraineté, égalité et logique de l'accord*, Tunis, Nirvana, 2021.

stade, le degré de légitimité de ce processus entendu comme le niveau d'adhésion qu'il emporte au sein de la « communauté internationale dans son ensemble » ? L'interrogation revêt une importance cruciale pour au moins trois raisons. La première est d'ordre pratique. Comme l'indiquent Corten et Koutroulis dans leur rapport, la mise en place d'un mécanisme privé de l'adhésion d'une large majorité d'États sera problématique (12). D'une part, il en est ainsi en raison de la fragilité des bases juridiques sur lesquelles doit s'établir l'entreprise. Le rapport formule bien – et c'est un de ses grands mérites – le caractère étriqué au point de vue juridique de chacune des options de poursuite disponibles à ce stade. Dans la mesure où légitimité juridique se conjugue nécessairement avec légalité (13), de ce défaut de solidité juridique, il résultera une légitimité pour le moins déficitaire. Bien que soulevant des problèmes juridiques considérables, le recours à l'Assemblée générale de l'ONU (ci-après AGNU) constitue, de ce fait, la meilleure voie de légitimation disponible ; en raison à la fois de la fonction traditionnelle de légitimation de l'organe onusien (14), mais surtout au regard du caractère exceptionnel des enjeux juridiques de la création du mécanisme de répression envisagé (15). D'autre part, et d'un point de vue pratique, l'efficacité du mécanisme et sa crédibilité seront fonction de l'adhésion des États (16). De fait, un tribunal qui émettrait un mandat d'arrêt dépourvu d'effet dans un grand nombre d'États parce que non désireux de coopérer avec celui-ci manquerait d'effectivité et serait sans doute la risée de la Russie et d'une bonne partie du monde.

La deuxième raison tient à la nature du crime sur lequel porte l'accusation : la proscription de l'agression qualifiée par la Cour internationale de justice (CIJ) de pilier de l'ordre juridique institué par la Charte des Nations Unies (17). De la sorte, en tant que norme impérative, aux effets *erga omnes*, l'agression ne saurait être une « affaire privée » susceptible de règlement entre amis au sein d'une coalition. Elle est, au contraire, affaire de tous, cause

(12) O. CORTEN et V. KOUTROULIS, *Rapport*, *op. cit.*, pp. 35-36.

(13) G. ABI-SAAB, « The Security Council as Legislator and as Executive in its Fight Against Terrorism and Against Proliferation of Weapons of Mass Destruction : The Question of Legitimacy », in R. WOLFRUM et V. RÖBEN (eds), *Legitimacy in International Law*, Berlin, Springer, 2008, pp. 115-116.

(14) I. L. CLAUDE, « Collective Legitimization as a Political Function of the United Nations », *International Organization*, 1966, vol. 20, pp. 367-379.

(15) O. CORTEN et V. KOUTROULIS, *Rapport*, *op. cit.*, p. 36. « Given the specificities of this situation (...), an exceptional creation could be envisaged. In this case, though, we submit that all should be done to avoid the impression of a tribunal created by (some) States acting on their own capacity. On the contrary, to the greatest possible extent a strong implication of universal international organizations should be sought ».

(16) Sur la relation entre légitimité, entendu comme adhésion et efficacité des sanctions internationales généralement, voy. M. BENNOUNA, « Les sanctions économiques des Nations Unies », *RCADI*, 2002, vol. 300, p. 17.

(17) CIJ, 19 décembre 2005, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, § 148.

commune devant (ré)unir l'ensemble de la « communauté internationale », si ce n'est l'humanité entière (18). C'est ce que reflète la Charte dans son essence et la notion même de *sécurité collective*. Enfin, une troisième raison relève plus largement de la nature et des caractères de la société internationale actuelle ainsi que de son besoin constant de légitimation. Société de la « validation discursive » par excellence au sens habermasien, la délibération et la négociation y sont permanentes, discréditant l'usage jadis fait du droit international comme « l'instrument d'une diplomatie ramenée à la négociation des alliances de guerre ou des conférences de paix imposé par les vainqueurs » (19). La discussion et l'adhésion y sont dès lors à la fois condition, mais aussi mesure de légitimation.

Or, il importe de faire observer que l'initiative en cours de création d'un mécanisme de punition des auteurs de l'agression contre l'Ukraine n'est autre chose qu'une entreprise occidentale (20). À en juger par l'adhésion des États et la représentativité internationale des initiateurs du projet, on pourrait réellement douter de sa légitimité. Il suffira par exemple de constater que le « *Group of Friends of Accountability Following the Aggression of Ukraine* » n'enregistre aucun État africain, pas plus de deux États latino-américains et un seul État asiatique (21). Le propos qui suit commencera par effectuer ce *diagnostic* d'une légitimité boiteuse (I). Le diagnostic sera suivi, dans une seconde partie, d'un *pronostic* sur les conditions minimales de légitimation de l'initiative (II).

## I. — UNE LÉGITIMITÉ BOITEUSE

Il convient d'abord de faire le constat d'une absence de consensus international sur la réponse la plus adéquate à l'agression contre l'Ukraine (A), avant d'en dévoiler les causes (B).

(18) Sur l'idée « d'ennemi total » découlant de la criminalisation post-Seconde Guerre mondiale de l'agression, C. SCHMITT, *Le Nomos de la terre*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 2001, pp. 119-123, 271-278.

(19) P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 6.

(20) K. AMBOS, « A Ukraine Special Tribunal with Legitimacy Problems ? » A Reply to Günter Krings (CDU), Volker Ullrich (CSU) and Sergey Lagodinsky (Bündnis 90/Die Grünen), *Verfassungsblog*, 6 janvier 2023, <https://verfassungsblog.de/a-ukraine-special-tribunal-with-legitimacy-problems/>.

(21) Joint Statement of the Group of Friends of Accountability Following the Aggression Against Ukraine. Interactive Dialogue on Ukraine with the UN High Commissioner for Human Rights 53<sup>rd</sup> Session of UN Human Rights Council, 12 juillet 2023, <https://geneva.usmission.gov/2023/07/12/joint-statement-of-the-group-of-friends-of-accountability-following-the-aggression-against-ukraine-hrc53/>.

A. — *L'absence d'un consensus international*

Elle se manifeste, d'une part, dans la division des États au sein de l'AGNU qui a dû se pencher à plusieurs reprises sur la situation en Ukraine et, d'autre part, à travers les opinions publiques.

a) *Les positions officielles des États*

Depuis l'invasion de l'Ukraine le 22 février 2022, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté six résolutions sur la situation en Ukraine (22). L'attitude de vote des États à l'occasion de l'adoption de ces textes témoigne d'une division profonde entre notamment les États occidentaux et les autres membres des Nations Unies (23). Ce clivage est parfaitement illustré par les résultats de votes affichés à la suite de l'adoption des résolutions concernées. À peine une semaine après l'invasion des troupes russes du territoire ukrainien, l'AGNU se réunissait pour adopter sa première résolution sur la situation en Ukraine. L'entrée en scène de l'organe plénier onusien était particulièrement justifiée par l'échec, en raison du veto russe, de l'adoption d'un projet de résolution soumis au Conseil de sécurité dès le lendemain de l'attaque russe (24). Bien qu'une avalanche de condamnations provenant de différentes parties du monde s'abattît sur la Russie, le vote par l'AGNU le 2 mars 2022 de la résolution sur l'« agression contre l'Ukraine » n'a pas été unanime. Certes, la résolution recueillait une majorité confortable de 141 États. Toutefois, elle enregistrait aussi un nombre alarmant de 35 abstentions alors que 5 États votaient contre et que 12 États ne jugèrent guère nécessaire de prendre part au vote. Au total, la résolution n'aura pas recueilli l'adhésion ferme – ou le vote positif – de 52 États membres des Nations Unies (25). Près de la moitié des États abstentionnistes étaient africains tandis que huit États africains étaient absents du vote.

Ce schéma s'est répété – *grosso modo* – lors de l'adoption des résolutions postérieures. La résolution sur les « Conséquences humanitaires de l'agression

(22) Ce sont : (1) 2 mars 2023, A/RES/ES-11/6, « Principes de la Charte des Nations Unies sous-tendant une paix globale, juste et durable en Ukraine » ; (2) 15 novembre 2022, A/RES/ES-11/5, « Aggression contre l'Ukraine : recours et réparation » ; (3) 13 octobre 2022, A/RES/ES-11/4, « Intégrité territoriale de l'Ukraine : défense des principes consacrés par la Charte des Nations Unies » ; (4) 7 avril 2022, A/RES/ES-11/3, « Suspension du droit de la Fédération de Russie de siéger au Conseil des droits de l'homme » ; (5) 24 mars 2022, A/RES/ES-11/2, « Conséquences humanitaires de l'agression contre l'Ukraine » ; (6) 2 mars 2022, A/RES/ES-11/1, « Aggression contre l'Ukraine ».

(23) Concernant l'Afrique, voy. S. B. TRAORÉ, « Making sense of Africa's massive abstentions during the adoption of the UNGA resolution on the Aggression Against Ukraine », *AfricLAW*, 21 avril 2022, <https://africlaw.com/2022/04/21/making-sense-of-africasmassive-abstentions-during-the-adoption-of-the-unga-resolution-on-the-aggression-against-ukraine/>.

(24) United Nations Security Council, « Draft resolution », UN Doc S/2022/155, 25 February 2022 ; United Nations Security Council, Letter dated 28 February 2014 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the President of the Security Council (S/2014/136) – Verbatim Record, UN Doc S/PV.8979, 25 February 2022, p. 6.

(25) Voy. A/RES/ES-11/1, 2 mars 2022, <https://digitallibrary.un.org/record/3965290?ln=f>.

contre l'Ukraine » adoptée le 24 mars 2022 avait pour objet d'apporter des réponses – notamment en termes de financement – face à une situation humanitaire fortement détériorée en Ukraine et dans les États voisins. Alors que l'Ukraine, les États Unis ainsi que la France notamment martelaient que l'abstention lors de l'adoption de cette résolution serait « inacceptable » (26), le nombre d'abstentions s'avéra, fort surprenant, encore plus élevé que lors de l'adoption de la résolution condamnant l'agression russe. Le nombre de votes favorables à la résolution se réduisit à 140 alors que 38 États s'abstinrent contre 5 votes négatifs. En somme, en prenant en compte les non-votants, cette résolution aura été adoptée sans le vote positif de 53 États. La résolution sur l'« intégrité territoriale de l'Ukraine », adoptée le 12 octobre 2022 pour condamner notamment les référendums jugés « illégaux » tenus dans les régions séparatistes du Donetsk et le Lougansk, fut adoptée avec sensiblement les mêmes résultats de votes (27).

Plus frappants encore sont les résultats de votes des résolutions cherchant concrètement à aller au-delà des condamnations de principe pour adopter des mesures plus fermes à l'encontre de la Russie. Par exemple, la résolution portant « suspension de la Fédération de Russie de siéger au Conseil des droits de l'homme » fut adoptée avec seulement 93 votes positifs, soit largement moins de la moitié des États membres des Nations Unies et le plus grand nombre d'oppositions dans la série des résolutions adoptées jusque-là par l'AGNU, soit 24 votes contre (28). Les mêmes attitudes de votes s'affichèrent lors de l'adoption de la résolution intitulée « Agression contre l'Ukraine : recours et réparations », adoptée le 14 novembre 2022. Celle-ci ne recueillera que 94 votes en sa faveur avec un nombre record d'abstentions de 73 États (29). La dernière résolution de l'AGNU, adoptée le 2 mars 2023, visant, plutôt modestement, à rappeler les « Principes de la Charte des Nations Unies sous-tendant une paix globale, juste et durable en Ukraine » recevra plus de votes positifs (141) bien que 52 États ne l'aient point défendue (30).

Par-delà ces votes illustratifs, les déclarations d'officiels non occidentaux qui confirment ce clivage au sujet du conflit en Ukraine n'ont pas manqué. Ces positions officielles ont été formulées tantôt lors d'explications de votes consécutifs à l'adoption des résolutions concernées, tantôt à l'occasion de prises de paroles publiques. De telles prises de position, différentes des approches occidentales du conflit russo-ukrainien, sont devenues si courantes qu'il serait impertinent de tenter de les énumérer ici. Trois illustrations

(26) Voy. Onzième session extraordinaire d'urgence (reprise), 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> séances, matin et après-midi, AG/12410, 23 mars 2022, <https://press.un.org/fr/2022/ag12410.doc.htm>.

(27) Onzième session extraordinaire d'urgence (reprise), 13<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> séances, matin et après-midi, AG/12458, 12 octobre 2022, <https://press.un.org/fr/2022/ag12458.doc.htm>.

(28) Onzième session extraordinaire d'urgence (reprise), 10<sup>e</sup> et 11<sup>e</sup> séances plénières, matin et après-midi, AG/12414, 7 avril 2022, <https://press.un.org/fr/2022/ag12414.doc.htm>.

(29) A/RES/ES-11/5, 14 novembre 2022, <https://digitallibrary.un.org/record/3994052?ln=fr>.

(30) A/ES-11/PV.19, 23 février 2023, <https://digitallibrary.un.org/record/4003921?ln=fr>.

majeures peuvent néanmoins en offrir un fidèle reflet. D'abord, la mission africaine de paix consistant à proposer une solution négociée de sortie de crise. Sa posture, à l'opposé des puissances occidentales, est qu'aucune solution militaire ne peut être porteuse de paix (31). Ensuite, la Déclaration finale du sommet des BRICS tenue en août dernier en Afrique du Sud (32). Et, enfin, la toute dernière session de l'AGNU qui a servi au monde l'image d'une ONU extrêmement divisée entre occidentaux et non-occidentaux. À en juger par les prises de parole officielles lors de cette session, s'il n'en constitue pas l'unique raison, il apparaît clairement que le conflit ukrainien alimente cette division. Celle-ci ressort fort clairement du propos du chef de l'État colombien qui affirme que l'Amérique latine assume une position de neutralité non pas tant parce qu'elle ne « croit pas que la situation en Ukraine est une occupation mais plutôt parce qu'elle ne croit pas à ceux qui l'invitent à soutenir l'Ukraine » (33).

#### b) *Les opinions publiques hors-Occident*

Ces positions officielles s'observent tout aussi au sein des opinions publiques. On sait que de fortes opinions publiques se sont formées dans les pays occidentaux au soutien des approches défendues par les États occidentaux. Par exemple, une enquête récente *Eurobaromètre* montre un soutien massif parmi les Européens aux mesures prises au cours de l'année dernière par l'Union européenne ainsi que d'autres acteurs occidentaux, tels que les États-Unis d'Amérique, le Japon, le Royaume Uni ou encore l'Australie, pour répondre à la guerre en Ukraine et sanctionner la Russie (34). Il en va différemment dans le reste du monde, où les opinions publiques ne semblent pas très favorables à ces approches. En cela, elles refléteraient les attitudes officielles dans les États concernés. Sur le Continent africain, par exemple, ces opinions publiques semblent mêmes plus tranchées que les positions étatiques réticentes décrites plus haut.

Comme l'indique par exemple une autre enquête, la plupart des Africains ont adopté une position neutre lorsqu'on leur a demandé si leur propre

(31) M. JONES, « Africa's Ukraine-Russia peace mission : What was achieved ? », *BBC News*, 19 juin 2023, <https://www.bbc.com/news/world-africa-65951350>.

(32) XV BRICS Summit, Johannesburg II Declaration. BRICS and Africa : Partnership for Mutually Accelerated Growth, Sustainable Development and Inclusive Multilateralism, Sandton, Gauteng, South Africa Wednesday 23 August 2023, not. § 19, <https://brics2023.gov.za/wp-content/uploads/2023/08/Jhb-II-Declaration-24-August-2023-1.pdf>.

(33) Voy. l'interview accordée à *Democracy Now*, <https://www.youtube.com/watch?v=6-6Ni-7jbi3U> (notre traduction de la traduction anglaise).

(34) Eurobarometer, EU challenges and priorities in 2023, September 2023, <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3092>. Cela confirme un large consensus parmi les citoyens de l'UE qui ne semble démentie qu'en ce qui concerne la Hongrie et la Grèce dans une certaine mesure, <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/eurobarometer/2022/public-opinion-on-the-war-in-ukraine/en-public-opinion-on-the-war-against-ukraine-20230926.pdf>.

gouvernement devait soutenir la Russie ou l'Ukraine (35). Certes, l'enquête précitée ne couvre que l'Afrique du Sud, le Kenya, le Nigeria, le Sénégal, l'Ouganda et la Zambie. Néanmoins, ses résultats semblent plutôt transposables au reste du continent où on aurait même décelé une « russophilie » par ailleurs plus marquée dans certaines régions du continent tel que l'Afrique de l'Ouest. À tout le moins, il existe certainement un *biais pro-russe* chez une bonne partie des Africains (36). Comme mentionné ailleurs (37), il est tout aussi intéressant de constater qu'une bonne partie des personnes interviewées dans l'enquête précitée condamnent l'agression russe et restent, par principe, attachées au non-recours à la force dans les relations internationales. Il n'en demeure pas moins qu'une forte majorité est plus favorable à une solution politique se situant entre les deux extrêmes (38). Dans le même sens, les opinions publiques du « monde arabe » semblent également relever une fracture avec l'Occident (39). En tout état de cause, la prise en compte de ces opinions publiques est cruciale pour autant que l'on cherche à mesurer l'adhésion aux réponses proposées et leur degré d'universalité. On sait que la « communauté internationale » au nom de laquelle devrait se mener la répression pénale du crime d'agression n'est plus composée uniquement d'États. En ce sens, les opinions publiques qui déterminent ou influencent si souvent les positions officielles des États constituent un indicateur à la fois fiable et utile (40).

### B. — *La pomme de discorde*

Les causes du constat qui vient d'être établi semblent résider, d'une part, dans une opposition sur la véritable nature du conflit ainsi que son traitement et, d'autre part, dans un énorme ressentiment sur la conduite de la gouvernance mondiale.

(35) IPSOS, African sentiment is favouring Ukraine, 30 juin 2023, [https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2023-06/IpsosSSA\\_June%202023%20PEACE%20UKRAINE.pdf](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2023-06/IpsosSSA_June%202023%20PEACE%20UKRAINE.pdf).

(36) Si les médias et analyses occidentaux tentent d'expliquer ce phénomène exclusivement par une sorte de succès miraculeux de la « propagande russe », les ressorts de ce biais pro-russe sont multiples et plus complexes et tiennent davantage à une perception favorable du rôle historique de la Russie dans les mouvements de décolonisations.

(37) S. B. TRAORÉ, « Making sense of Africa's massive abstentions during the adoption of the UNGA resolution on the Aggression Against Ukraine », *op. cit.*

(38) IPSOS, *op. cit.*

(39) Friedrich-Ebert-Stiftung, « Multipolarity and the Middle East : Exploring Regional Attitudes towards the Russia-Ukraine War, Report », *FES*, July 2023, <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/zypem/20461.pdf>. Une majorité d'interviewés pensent, par exemple, qu'il s'agit d'un conflit par procuration. Voy. aussi L. DE SAINT PERIER, « Guerre en Ukraine : qu'en pensent les Arabes ? », *Jeune Afrique*, 21 décembre 2022, <https://www.jeuneafrique.com/1401903/politique/guerre-en-ukraine-que-pensent-les-arabes/>.

(40) Sur le rôle de l'opinion publique en politique étrangère, voy. D. BATTISTELLA, *Théories des relations internationales*, Paris, Presse de Sciences Po, 2012, p. 398. B. BADIE, « L'opinion à la conquête de l'international », *Raisons politiques*, 2005, vol. 19, n° 3, pp. 9-24.

a) *Des regards divergents sur le conflit ukrainien*

Le relevé des réactions observées dans le reste du monde montre une divergence de vues avec les occidentaux sur les causes du conflit russo-ukrainien. Que la guerre en Ukraine ne soit rien d'autre qu'une agression éhontée, de surcroît injustifiée (*unprovoked*) ne fait, en général, pas l'objet du moindre questionnement en Occident. Il en va pourtant différemment dans plusieurs autres parties du monde où la conviction est loin d'être (par)faite que la Russie aurait agi *ex nihilo*, avec folie et – donc – sans raison (*ratio*). Plusieurs États non occidentaux affirment au contraire que la situation regorge d'une plus grande complexité que le tableau qui en est dressé dans – et par – le monde occidental. Ceux-ci considèrent plus ou moins explicitement que la réaction de la Russie, bien qu'illégale, serait sinon *justifiable* du moins *explicable* par une politique occidentale indûment expansive en Europe de l'Est. Serait ainsi en cause une sorte de « *containment* » imposée à la Russie par l'OTAN aux détriments des « équilibres mondiaux » et qui profiterait à l'Occident et plus particulièrement aux États-Unis dans un contexte d'intensification de rivalités inter-impériales (41). Les prises de positions officielles de plusieurs États à la suite notamment de l'adoption des résolutions de l'AGNU traduisent cette approche explicative alternative. Plusieurs États ont ainsi souligné la nécessité de se pencher sur ce qu'ils qualifient de « causes profondes de la crise », ou « Russia's legitimate concerns », « understandable concerns », ou encore les « security guarantees for Russia » (42). Par exemple, le chef de l'État sud-africain n'avait pas hésité à indiquer que « the war could have been avoided if NATO had heeded the warnings from amongst its own leaders and officials over the years that its eastward expansion would lead to greater, not less, instability in the region » (43). Cette opposition de vues alimente les débats et les combats interétatiques sur les choix lexicaux des projets de textes soumis au vote de l'AGNU (44). Il semble donc clair que

(41) A. KOTOVA et N. TZOUVALA, « In defense of comparisons : Russia and the transmutations of imperialism in international law », *American Journal of International Law*, 2022, vol. 116, n° 4, pp. 710-719 ; Voy. aussi M. SPEKTOR, « In Defense of the Fence Sitters. What the West Gets Wrong About Hedging », *Foreign Affairs*, May/June 2023, pp. 1-12.

(42) Ces interprétations du conflit abondent dans les procès-verbaux de toutes les résolutions adoptées par l'AG. Pour s'en tenir uniquement ici à la session extraordinaire ayant débouché sur l'adoption de la résolution du 2 mars 2022 portant agression contre l'Ukraine, voy. UN, General Assembly, Eleventh Emergency Special session. 1<sup>st</sup> plenary meeting. Monday, 28 February 2022, 10 A.M. New York, Official Records, A/ES-11/PV.1 et General Assembly, Eleventh Emergency Special session. 5<sup>th</sup> plenary meeting. Wednesday, 2 March 2022, 10 A.M. New York, Official Records, A/ES-11/PV.5 Voy. entre autres les déclarations du Panama, du Rwanda, de la Chine, du Brésil, de la Tanzanie, de l'Égypte, de la Tunisie, le Pakistan, le Laos et même d'États observateurs comme le Saint Siège.

(43) T. COCKS, « South Africa's Ramaphosa blames NATO for Russia's war in Ukraine », *Reuters*, 18 mars 2022, <https://www.reuters.com/world/africa/safricas-ramaphosa-blames-nato-russias-war-ukraine-2022-03-17/>.

(44) Est illustrative à cet égard l'adoption de la résolution sur les « conséquences humanitaires de l'agression contre l'Ukraine », Onzième session extraordinaire d'urgence (reprise), 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> séances, matin & après-midi, AG/12410, 23 mars 2022, <https://press.un.org/fr/2022/ag12410.doc.htm>.

le monde non occidental, comme du temps de la guerre froide, ne souhaite pas s'aligner dans une telle configuration. Mieux, certains ne souhaitent pas voir une Russie écrasée au risque de laisser libre cours à un unilatéralisme dont on redoute les méfaits tout en appelant de leurs vœux un monde multipolaire (45).

À l'apparence subite, ces divergences de vues sur la crise ukrainienne remontent pourtant à plus loin. Elles apparaissent très nettement déjà sur la question de la Crimée en 2014. On sait que l'AGNU avait adopté à cette occasion la résolution portant sur « *le referendum adopté en république autonome de Crimée* ». Celle-ci visait notamment à réaffirmer le principe de l'intégrité territoriale de l'Ukraine et à déclarer « invalide » le référendum d'autodétermination qui avait conduit au rattachement de la Crimée à la Russie. Bien qu'on n'y ait pas prêté suffisamment attention, cette résolution n'avait été adoptée qu'avec 100 votes favorables sur 193 États membres des Nations Unies. Plusieurs États expliquèrent leur abstention par le fait que le texte ne « rend(ait) pas compte de la complexité de la situation en Ukraine » ou qu'il « ne tient pas non plus compte des origines de la crise et ne saurait donc être une base suffisante pour régler les différends entre États » (46).

S'ils rejettent la « simplification occidentale » des causes de la guerre russo-ukrainienne, nombre d'États non occidentaux se départissent également des modalités occidentales de son traitement. Alors que la solution militaire via un soutien massif à l'Ukraine en matériel et autres ressources militaires est au cœur de la doctrine occidentale de réponse au conflit, cette approche – qui n'est pas sans poser des problèmes de légalité (47) – ne recueille guère les suffrages de plusieurs autres États. Ces derniers militent plutôt en faveur d'une désescalade et préconisent la négociation et le dialogue. Du reste, pour la plupart, cette exigence est liée à la prise en compte de la complexité des causes de la guerre. De plus, l'obligation des États membres des Nations Unies de négocier découlerait de la CNU elle-même. La position rwandaise lors de l'adoption de la résolution du 2 mars 2022 exprime bien cette approche. Bien qu'ayant voté pour la résolution, cet État affirme que :

« A lasting solution can be achieved only through dialogue between both parties, taking into account the concerns on both sides. There is no guarantee that the ongoing war will bring peace. Rather, it is likely to result in subsequent crises and human suffering » (48).

(45) M. SPEKTOR, « In Defense of the Fence Sitters. What the West Gets Wrong About Hedging », *op. cit.*, pp. 6-7.

(46) Voy. l'explication du vote de M. Escalante Hasbun représentant du Salvador. Voy. Assemblée générale, Soixante-huitième session 80<sup>e</sup> séance plénière, Jeudi 27 mars 2014, à 10 heures, New York, Documents officiels, A/68/PV.80, p. 18. D'autres États abondaient dans le même sens.

(47) B. GILDAS OUEDRAOGO, « Les problèmes de licéité des fournitures d'armes aux parties au conflit armé-russo-ukrainien », *RQDI*, 2023, hors-série, pp. 217-239.

(48) General Assembly, Eleventh Emergency Special session, 5<sup>th</sup> plenary meeting, Wednesday, 2 March 2022, 10 A.M. New York, Official Records, A/ES-11/PV.5, p. 15.

Ce sentiment est largement partagé dans le monde non occidental (49). L'initiative africaine de paix conduite sous les auspices de l'Union africaine participe de cette démarche. On pourrait résumer ces perspectives différentes en paraphrasant Blaise Pascal : vérité (de la crise ukrainienne) en Occident, erreur au-delà !

b) *Une avalanche d'autres griefs*

Les causes de non-consensus évoquées plus haut sont directement liées au conflit. Il y a pourtant plus ! La crise ukrainienne a offert une occasion sans précédent de récriminations et de plaintes dirigées – pêle-mêle – contre l'Occident. Non que de telles (com)plaintes soient nouvelles ; le reste du monde, habituellement regroupé sous diverses étiquettes, telles que « pays en voie de développement », « Tiers-monde », ou encore « pays non alignés » ou « groupe des 77 », etc., s'est régulièrement offusqué des règles du jeu international (50). Ce qui est frappant toutefois, à l'occasion de cette crise ukrainienne, c'est la nature à la fois officielle, massive et géographiquement répandue dans diverses opinions publiques non occidentales de ce ressentiment. Tout se passe comme si on se retrouvait à un point d'inflexion où le reste du monde semble saisir une opportunité qui appelle le consensus – la guerre en Ukraine – pour faire systématiquement connaître ses griefs à ceux qui recherchent son adhésion dans leurs réponses contre l'invasion Russe. En d'autres termes, la crise ukrainienne aurait constitué un fait catalyseur pour mettre à jour une profonde crise de confiance qui traverse la société internationale. Bien que les griefs soient nombreux, ils semblent globalement s'articuler autour de quelques arguments centraux.

En premier lieu, il y a l'argument de sélectivité. Il semble qu'ailleurs dans le monde, l'on ne comprenne pas pourquoi l'Occident est si « outré » par un acte d'agression. On y a tout de suite vu une preuve d'hypocrisie occidentale, du « *deux poids deux mesures* » et de l'indignation sélective (51). Les violations persistantes par les puissances militaires occidentales, en particulier, ont laissé dans le reste du monde le sentiment qu'avec l'Ukraine il n'a rien de nouveau sous le soleil. La question est dès lors de savoir pourquoi l'agression de la Russie devrait attirer plus d'opprobre que celles des autres (52) ? Depuis la fin de la guerre froide, plusieurs cas de recours illégaux à la force ont en effet été perpétrés. Les coalitions militaires occidentales successives sont considérées

(49) *Ibid.*

(50) Voy. généralement M. BEDJAOUÏ, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1979, 296 p.

(51) Ces accusations apparaissent dans une kyrielle de positions officielles notamment à l'AGNU, mais aussi dans les opinions publiques des pays non-occidentaux. Voy. S. B. TRAORÉ, « Making sense of Africa's massive abstentions during the adoption of the UNGA resolution on the Aggression Against Ukraine », *op. cit.*

(52) M. SPEKTOR, « In Defense of the Fence Sitters. What the West Gets Wrong About Hedging », *op. cit.*, pp. 5 et s.

ailleurs comme les principaux responsables de cette *banalisation du mal*, pour paraphraser Arendt. Il n'y a qu'à penser au Kosovo ou à l'invasion de l'Irak en 2003 (53). Au-delà de ces cas relativement lointains, cette tendance au recours à la force illégal s'est poursuivie avec, plus récemment, des interventions occidentales juridiquement problématiques en Syrie ou comme celle de l'OTAN en Libye (54). La « guerre globale contre le terrorisme », conduite par la superpuissance américaine depuis 2001, qui ne connaît ni limites temporelles ni restrictions géographiques, a également contribué fortement à une érosion certaine du régime de l'interdiction de l'usage de la force (55). Cette situation affecte dès lors la crédibilité du discours de certaines de ces puissances quant à la crise ukrainienne et, par ricochet, la légitimité de l'initiative de répression surtout lorsque l'une des personnalités à avoir lancé l'initiative d'un tribunal pour l'agression russe s'appelle Gordon Brown (56). Les violations restées impunies de normes internationales fondamentales dont l'interdiction du recours à la force, les violations massives de droits de l'homme en territoire palestinien occupé et la banalisation de la torture par certaines puissances occidentales ont fini par alimenter un certain discrédit sur l'idée même de justice (pénale) internationale. Caricaturalement, cette justice est présentée comme royalement absente pour les puissants et hyperactive pour les faibles. Pour exagérée qu'il soit, ce portrait n'en déterminera pas moins les perceptions de la CPI par exemple dans le reste du monde. Ainsi, le boycott de la Cour sera-t-il acté dans la décennie 2010 par aussi bien la League arabe (57) que par la Conférence des chefs d'États et de

(53) Voy. généralement, O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 2014, pp. 575-644, 841-868. Chr. GRAY, *International Law and the Use of Force*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 32-57, 356-367.

(54) L'intervention en Libye constitue une cause de ressentiment extraordinaire en Afrique. Elle l'est encore plus ces dernières années en raison de la dégradation de la situation sécuritaire au Sahel. En plus de la forte conviction des opinions nationales dans les pays du sahel qu'elle est une des causes du malheur actuel de ces pays, des autorités de la région ont exprimé le même sentiment à maintes reprises. Pourtant, la légalité de l'opération est généralement considérée comme établie sur la base d'une autorisation du Conseil de sécurité. L'argument est contestable, car il élude l'illégalité du fait du dépassement flagrant du mandat. Voy. sur ce point. S. B. TRAORÉ, *L'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. Contribution à la théorie de l'interprétation dans la société internationale*, Bâle, Helbing, 2020, pp. 596-607.

(55) O. CORTEN, « À la paix comme à la guerre ? » *Le droit international face aux exécutions extrajudiciaires ciblées*, Paris, Pedone, 2021, 171 p. Voy. aussi, Ph. SAND, *Lawless World: Making and Breaking Global Rules*, London, 2006, 200 p.

(56) Ancien premier ministre du Royaume Uni, il fut aussi Chancelier sous la primature Blair qui, comme chacun le sait, fut marquée par l'invasion de l'Irak par une coalition dirigée par le tandem américano-britannique. Mieux, Brown a déclaré en 2010 devant une commission d'enquête sans sourciller que la décision de Tony Blair de faire la guerre à l'Irak était « *the right decision for the right reasons* » et que « *everything that Mr Blair did during this period, he did properly* », <https://www.theguardian.com/uk/2010/mar/05/war-gordon-brown-iraq-chilcot>.

(57) The Arab League Council, Resolution on the decision of Pre-Trial Chamber I to the International Criminal Court against the President of the Republic of Sudan, Hassan Ahmad Al-Bashir, § 2, March 2009, CICC unofficial translation.

gouvernements de l'Union africaine (58) qui invitaient leurs États membres à s'abstenir de coopérer avec la CPI dans certaines affaires.

En second lieu, c'est plus généralement la dissymétrie structurelle qui caractérise l'ordre international qui semble aussi alimenter la rupture de confiance actuelle entre le monde occidental et celui non occidental. Les réactions des États et opinions publiques non occidentales apparaissent comme une forme de ressenti (émotif ?) à ce qui ressemble fort bien à un *ordre d'humiliation* (59). L'ordre international sur lequel repose le consensus d'après Seconde Guerre mondiale n'aurait fait que creuser le fossé entre « éternels gagnants » et « sempiternels perdants » du jeu international. Sur le plan économique, les règles du jeu dénoncées déjà par les États non occidentaux il y a plusieurs décennies n'auraient jamais fondamentalement changé. La contestation actuelle touche à la fois le régime du commerce international (60) *et celui des investissements* (61). L'ordre financier et monétaire international, longtemps accepté par les acteurs étatiques du reste du monde, en dépit de critiques parfois acerbes de leurs sociétés civiles, semble lui aussi désormais sous attaque par les États non occidentaux, comme en témoignent les discussions lors du récent Forum de Paris (62). De même, quoi que l'on en pense, l'ébullition « néo souverainiste » africaine qui secoue notamment l'Afrique francophone n'est pas étrangère à cette contestation. Il n'est dès lors pas étonnant qu'elle se conjugue avec la « russophilie » évoquée plus haut (63). Le discours sur ce (dés)ordre économique jugé structurellement injuste alimente les mécontentements actuels. En ce sens, ces réactions à la guerre en

(58) Entre autres décisions, AU, Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), Doc. assembly/AU/13(xiii), Assembly/AU/Dec.245(XIII), Rev. 1(3 July 2009) ; AU, Decision on the African's relationship with the ICC, Ext/Assembly/AU/Dec. (Oct. 2013).

(59) B. BADIE, *Le temps des humiliés. Pathologie des relations internationales*, Paris, Odile Jacob, 2014, 250 p.

(60) Voy., par exemple, World Trade organization, « A Development Perspective on Institutional Reforms of the World Trade Organization », Communication from the African Group, WT/GC/W/895, 13 July 2023, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/GC/W895.pdf&Open=True>.

(61) M. SORNARAJAH, *Resistance and change in the international law on foreign investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 452 p. Voy. aussi M. M. MBENGUE, « “La loi des nations est faite de fer” ? Reconnaissance et “décolonisation” du droit international des investissements », in *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, Aix-en-Provence, Droits International, Comparé et européen, 2019, p. 97.

(62) Il y a eu des appels vifs de dirigeants du pays du Sud à la réforme du système financier international. Les plus retentissants sont certainement ceux des présidents Kenyan, Brésilien et Colombien, voy. <https://focus2030.org/Summit-for-a-New-Global-Financing-Pact-conclusions-and-next-steps#:~:text=The%20President%20of%20Kenya%2C%20William,ultimately%2C%20the%20distribution%20of%20resources.>

(63) Voy. A. MBEMBE, « Afrique-France : neuf thèses sur la fin d'un cycle », *Le Grand continent*, 4 septembre 2023, pp. 1-19.

Ukraine semblent aussi l'expression d'espoirs déçus et d'un manque profond de confiance aux « défenseurs » de l'Ukraine (64).

Enfin, sur le plan politique, l'absence de représentativité d'une grande partie du monde au sein des instances internationales où se joue si souvent son sort constitue une autre source d'insatisfaction affectant la légitimité des institutions internationales et du multilatéralisme plus généralement. Il n'est donc pas surprenant que la question de la réforme du Conseil de sécurité soit un élément discursif largement présent dans les récriminations actuelles. Il en est de même du sentiment de ne pas être entendu ou simplement considéré (65). Par exemple, le contexte récent de la gestion de la pandémie de la Covid-19 avait aussi donné lieu à des griefs de condescendance à l'encontre de l'Occident (66). Un tel climat international fait de tensions ne peut qu'affecter gravement la possibilité d'un consensus solide sur l'Ukraine. Il faut dès lors se pencher sur les conditions minimales d'une légitimation.

## II. — LES CONDITIONS D'UNE LÉGITIMATION

Susceptible de fluctuation, la légitimité peut être absente, exister, se perdre ou se (re)construire au fil du temps et en fonction de l'évolution des circonstances. Dès lors, le projet d'un mécanisme de poursuite du crime d'agression contre l'Ukraine pourrait en théorie gagner en légitimité. À ce stade, cette *légitimation* ne paraît envisageable que sous certaines conditions.

### A. — Convaincre l'AGNU

On l'a déjà indiqué, un processus qui ne refléterait pas un large consensus serait privé d'une dose satisfaisante de légitimité. En l'état actuel de la société internationale, un tel consensus ne peut que passer par l'« organisation mondiale », les Nations Unies (67). Or, il ne faut rien espérer du Conseil de sécurité en raison du spectre accablant du veto russe (68). Seule l'AGNU paraît bien placée pour cette œuvre de légitimation. Une courte majorité ne suffira cependant pas ; l'enjeu véritable étant un réel et solide consensus international.

(64) S. MOYN, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2019.

(65) Plusieurs États ont exprimé par exemple leur mécontentement au sujet du manque d'inclusion dans les discussions sur les projets de résolutions de l'AGNU relatifs à l'Ukraine.

(66) Voy., par exemple, la tribune du Président sénégalais Maky Sall en pleine crise pandémique décrivant un monde de considération et de coopération : M. SALL, « L'Afrique et le monde face au coronavirus », *Jeune Afrique*, 9 avril 2020, <https://www.jeuneafrique.com/924820/societe/tribune-lafrique-et-le-monde-face-au-coronavirus-par-macky-sall/>.

(67) M. VIRALLY, *L'organisation mondiale*, Paris, Armand Colin, 1972, 589 p.

(68) Voy. l'article 27 de la Charte des Nations Unies sur les modalités de prise de décision du Conseil de sécurité.

a) *Plus qu'une simple majorité...*

La création d'un mécanisme de répression du crime d'agression en Ukraine doit être fondée sur une base juridique solide. Il s'agit là, sans doute, de la première condition de légitimité. Si elle n'est pas exempte de difficultés juridiques, la validité du fondement juridique de certaines des options envisagées ne souffre pas de grands doutes. Il en est ainsi de l'hypothèse d'une création directe par l'Ukraine d'un mécanisme de répression en vertu de sa loi nationale (69). De même, il n'existe aucun obstacle juridique à la création du tribunal à travers un accord entre l'Ukraine et ses alliés ou encore entre elle et une organisation internationale régionale dans le cadre européen (70). Les problèmes juridiques soulevés par ces options se situeraient davantage sous l'angle des immunités reconnues par le droit international coutumier à certains de ses éventuels accusés que sous celui de la légalité de la création du tribunal (71). Plutôt bien assises juridiquement, ces options souffriraient toutefois d'un manque criard de légitimité internationale.

L'AGNU constitue dès lors la piste naturelle pouvant amoindrir ce problème de légitimité. Les autorités ukrainiennes prennent l'entière mesure de cet enjeu qui cherchent à s'entourer d'un tel soutien (72). Plusieurs scénarios sur le rôle de l'AGNU sont envisagés. Il s'agit notamment de la création d'un tribunal directement par l'AGNU ou sous la forme d'une institution hybride en s'inspirant des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ou même suivant un simple endossement par l'AGNU d'une initiative portée par l'Ukraine et un groupe particulier d'États (73). À supposer qu'elles soient toutes juridiquement possibles – on peut par exemple émettre un grand scepticisme sur les pouvoirs de l'AGNU de créer directement un tribunal de ce type – chacune de ces alternatives exigera un vote majoritaire à l'AGNU. Une majorité simple ne suffira pas. En pareille circonstance, la majorité qualifiée des *deux tiers* des membres des Nations Unies est requise. Aux termes de l'article 18 de la Charte, les décisions de l'Assemblée générale sur les *questions importantes* sont prises à la majorité des deux tiers des membres présents et votants. Une liste non exhaustive de « *questions importantes* » est fournie par le même article qui place au premier rang de celles-ci, *les recommandations*

(69) Voy. O. CORTEN et V. KOUTROULIS, *Rapport, op. cit.*, p. 17. Il faut toutefois relever que le relevé des pratiques nationales semble n'avoir jamais enregistré de poursuites nationales pour crime international d'agression. Voy. B. VAN SCHAAK, « Par in Parem Imperium Non Habet : Complementarity and the Crime of Aggression », *Journal of international criminal justice*, 2012, vol. 10, p. 144.

(70) Sur ces options voy. O. CORTEN et V. KOUTROULIS, *Rapport, op. cit.*

(71) *Ibid.*, pp. 21-29.

(72) L'Ukraine, avec quelques autres États, essaie d'obtenir le soutien des États pour adopter une résolution à l'AGNU. Voy. P. I. LABUDA, « Countering Imperialism in International Law : Examining the Special Tribunal for Aggression against Ukraine through a Post-Colonial Eastern European Lens », *Yale Journal of International Law, Forthcoming (SSRN)*, juillet 2023, p. 17.

(73) Voy. O. CORTEN et V. KOUTROULIS, *Rapport, op. cit.* Voy. aussi K. J. HELLER, « Options for Prosecuting Russian Aggression Against Ukraine. A Critical Analysis », *Journal of Genocide Research*, 2022, pp. 1-24.

de l'AG sur les questions relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales (74).

Une décision portant sur la création d'un mécanisme de répression d'un crime d'agression internationale tomberait dès lors sous l'emprise de cette disposition. Si une controverse venait à s'élever sur la nature « importante » ou non d'une telle décision au sens de l'article 18, ce serait encore à la majorité des deux tiers que l'Assemblée devrait trancher. Plus fondamentalement, si la création du tribunal doit s'adosser au mécanisme prévu dans le cadre de la résolution 377 A (V) (*Union pour le maintien de la paix*) – comme il a été suggéré (75) – il faudrait non seulement une demande formelle du Conseil de sécurité à la suite d'un vote majoritaire de celui-ci, mais aussi une majorité qualifiée des deux tiers à l'Assemblée. En clair, au regard du nombre actuel de ses membres, la majorité des deux tiers ne peut être atteinte par l'AGNU qu'avec un vote d'au moins 129 membres (76).

Or, l'obtention d'une telle majorité n'est pas une certitude à l'heure actuelle pour au moins deux raisons. D'abord, sur la base des votes précédents, il faut constater que les résolutions portant sur la prise de *mesures précises* imposant des conséquences sévères à la Russie ont été adoptées avec une très courte majorité, loin du nombre requis pour la majorité qualifiée des deux tiers. La résolution du 2 mars 2022 avait arraché une majorité de 141 États, dépassant d'une dizaine de voix ladite majorité qualifiée. Toutefois, on pourrait avancer que ce vote constituait pour beaucoup d'États un vote marquant une condamnation de principe et sans conséquences particulièrement lourdes pour la Russie (77). Il n'y a pas de raison, à ce stade, d'espérer qu'une décision aussi juridiquement grave que la création d'un tribunal pénal échapperait à la logique du refus des États non occidentaux tel qu'il ressort du vote de résolutions plus graves juridiquement et politiquement. Ensuite, en plus de la division observée à l'AGNU, il n'est pas déraisonnable de penser qu'une fissure au sein du monde occidental lui-même vienne affaiblir le consensus occidental sur cette question. Ce n'est pas qu'une simple hypothèse d'école au regard de la duplicité de plusieurs États occidentaux sur le principe même de la répression de l'agression en droit international, comme on le verra plus loin.

(74) Voy. l'article 18 de la Charte des Nations Unies.

(75) Voy. O. CORTEN et V. KOUTROULIS, *Rapport, op. cit.*, p. 14.

(76) Il y a 193 États membres des Nations Unies ; tous ont un droit de vote à l'AGNU. Il faut toutefois indiquer que la disposition en question vise les membres votants, ce qui peut donc faire varier le nombre requis pour une majorité qualifiée.

(77) Cela est valable pour les résolutions sur les conséquences humanitaires de l'agression et celle sur les principes de la Charte relatifs à une paix juste. Voy. ci-dessus le point des votes ci-dessus (I.A.1.).

b) ... *La nécessité d'un réel consensus*

Au vu de ce qui précède, il n'est pas exagéré d'affirmer que les conditions d'obtention d'un endossement de l'AGNU peuvent s'avérer redoutables. La levée de ces obstacles n'est pourtant pas à exclure totalement. Cependant, même dans cette dernière hypothèse, il resterait le besoin d'aller au-delà d'un consensus fragile obtenu *in extremis* par une majorité trop artificielle. Non que la décision doive faire l'unanimité, mais parce qu'une véritable légitimité du processus ne pourrait découler que d'un accord substantiel reflétant l'engagement réel d'une écrasante majorité d'États. Plusieurs considérations sont à prendre en compte. En premier lieu, l'entreprise en cours consiste à solliciter de l'Assemblée de s'aventurer sur des eaux qui, pour être politiquement incertaines, sont particulièrement troubles d'un point de vue juridique. Il est en effet demandé à l'Assemblée de créer un précédent. Cet appel à *faire ce qui n'a jamais été fait auparavant* est particulièrement notable s'agissant de la création directe d'un tribunal par l'AGNU (78). Même dans l'hypothèse d'un tribunal hybride endossé – plutôt que créé directement par l'AGNU – on ne peut qu'y voir une situation inédite. L'AGNU n'a en effet jamais endossé un tribunal hybride pour poursuivre un crime d'agression. L'analogie avec les tribunaux hybrides créés avec sa collaboration ou son support ne peut être retenue tant le contexte de création et le type de crimes en cause sont substantiellement différents (79).

En second lieu, au-delà de la base légale de création du mécanisme envisagé, la gravité juridique de l'opération tient à ce que la décision de l'Assemblée devrait aussi « régler » la question des immunités. Pas davantage que son pouvoir de création, le pouvoir de l'AGNU de lever des immunités reconnues en droit international coutumier ne paraît pas aisé à établir. Quel que soit son degré d'internationalité, il est clair qu'un tel tribunal n'obtiendra pas – *a priori* (80) – l'accord de la Russie, seule véritable condition d'une possibilité de la levée des immunités (81). Les arguments défendant une prétendue impertinence des immunités – entretenues notamment par une suite

(78) L'AGNU a créé une seule juridiction de toute son existence. Cette création qui était déjà contestée à l'époque avait toutefois été considérée comme juridiquement valide par la CIJ (*Effet de jugements du tribunal administratif des N. U. accordant indemnité*, Avis consultatif du 13 juillet 1954, *CIJ Recueil*, 1954, p. 61. Mais aucune commune mesure n'existe avec le cas ukrainien. La CIJ indiquait par exemple dans sa décision que l'AG tenait ce droit de son pouvoir de réglementer les rapports avec le personnel des Nations Unies. Rien de comparable avec ce qui nous intéresse ici.

(79) Voy. dans ce sens la démonstration convainquante de O. CORTEN et V. KOUTROULIS, *Rapport*, pp. 6-13.

(80) Sauf à imaginer un changement radical de régime en Russie. Si elle paraît improbable, l'hypothèse n'est pas théoriquement impossible.

(81) *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *CIJ Recueil*, 2002, p. 25, not. § 61.

de décisions confuses de la Chambre d'appel de la CPI – n'emportent pas l'adhésion (82).

Dans ces conditions, le caractère juridiquement incertain des pouvoirs de l'AGNU tant sur la création du tribunal que sur la question des immunités exigera un accord substantiel au sein de la communauté internationale conditionnée, en toute hypothèse, par une écrasante majorité à l'AGNU. Ce *droit nouveau* que l'on ambitionne créer ne peut se satisfaire même d'un consensus chancelant. Il va sans dire qu'un tel accord substantiel constitue également la condition d'une coopération des États notamment en vue de l'exécution d'éventuels mandats d'arrêts.

### B. — *Jouer franc-jeu*

Le problème de sélectivité qui mine la légitimité du projet actuel de répression a été suffisamment relevé à fort juste titre. Un aspect peu discuté, cependant, concerne l'incohérence des positions juridiques de nombreux États occidentaux sur le principe même de la répression de l'agression en tant que crime international. La *logique ad hoc* privilégiée par ces initiateurs du projet contribue également à jeter davantage de doutes sur leur envie véritable de voir l'agression généralement – et pas qu'accidentellement – punie.

#### a) *Mettre un terme aux incohérences*

Obtenir une adhésion massive de la communauté internationale à ce projet de répression suppose que l'on garantisse qu'il ne s'agit pas de punir la Russie, en particulier certains de ces dirigeants, mais qu'il est plutôt question de réprimer des individus ayant commis un acte internationalement répugnant et criminel. Il faut un nouveau consensus international sur le caractère odieux et abject du crime d'agression où qu'il se produise. Or, on peut émettre un doute légitime sur la conviction des plusieurs États occidentaux quant à la nécessité de punir l'agression en tout temps et en tout lieu. D'autres actes d'agression ou de violations du droit international de gravité équivalente ne provoquent pas chez ces États le même sentiment d'outrage. Une cascade de contradictions et d'incohérences caractérise le rapport de nombreux États occidentaux au régime de l'interdiction du recours à la force et, plus spécifiquement, la criminalisation de l'agression dans la société internationale.

D'abord, les puissances militaires occidentales ont toujours fait preuve de réserve voire simplement d'opposition à une stricte délimitation du régime juridique de l'interdiction du recours à la force. Cette réticence s'est concrètement traduite par une volonté téméraire de défendre continuellement les

(82) S. M. KIÉNOU, « Les décisions judiciaires relatives à l'arrestation du dirigeant en exercice de l'État tiers au Statut de Rome », *Revue burkinabè de droit*, 2021, vol. 1, n° 62, pp. 247-256. Dans ce sens aussi, O. CORTEN et V. KOUTROULIS, *Rapport, op. cit.*, pp. 25-29.

interprétations les plus permissives de l'interdiction du recours à la force (83). Ainsi, par exemple, certains d'entre eux ont-ils été de tous les combats visant à édulcorer le contenu normatif et les limites de l'exception de légitime défense contenue à l'article 52 de la Charte. Cette conception expansionniste de la légitime défense, qui y inclut la légitime défense préventive (*anticipative*), sert à justifier des recours à la force contraires à la lettre et à l'esprit de la Charte (84). Une des manifestations les plus récentes étant l'existence prétendue d'un droit de légitime défense contre des acteurs non étatiques (85) ou la doctrine pernicieuse du « *unwilling* » or « *unable* » dans le domaine du recours à la force (86). Il en va de même pour l'idée de légitime défense collective que l'on a progressivement dévoyée. De plus, on a cherché à créer de nouvelles exceptions telles qu'un prétendu droit unilatéral d'intervention humanitaire, sans mentionner l'abus manifeste dans l'interprétation de résolutions du Conseil de sécurité pour justifier des actes illégaux de recours à la force (87). Cette dégradation progressive de l'interdiction du recours à la force a contribué à brouiller le périmètre de légalité en la matière à telle enseigne que les arguties juridiques avancées par la Russie pour envahir l'Ukraine pourraient paraître, paradoxalement, audibles dans la mesure où toutes ont déjà été précédemment défendues par d'autres.

En plus de défigurer la Charte et son interdiction stricte de recourir à la force, nombre d'États occidentaux ont également contribué à éviter soigneusement que l'agression constitue un crime international efficacement puni. L'histoire de la criminalisation de l'agression relève à cet égard d'une des plus grandes curiosités du droit international (pénal) positif. Si l'illégalité de l'agression fait unanimité en apparence, l'établissement d'un mécanisme de répression effective fait pourtant toujours face à une multiplicité d'obstacles. Cette attitude remonte à très loin dans l'histoire des Nations Unies. Après avoir cherché à en décourager l'adoption, un effort soutenu est fourni par des puissances militaires occidentales pour édulcorer le texte de la résolution 3314 (1974) et – dans le but de garder la main sur toute

(83) Soutenus en cela par certains auteurs de sorte que l'un des débats les plus vigoureux dans la littérature sur ce sujet tourne désormais autour de la méthode d'évaluation du champ d'application de l'interdiction. Voy. O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, op. cit., pp. 9-55 ; A. BIANCHI, « The International Regulation of the Use of Force : The Politics of Interpretive Method », *Leiden Journal of International Law*, 2009, vol. 22, pp. 651-676.

(84) Comme telles, ces conceptions expansionnistes ont de tout temps été rejetées par la majorité des États. L'analyse minutieuse et systématique de la pratique internationale est généreusement offerte par Oliver Corten, notamment dans *Le droit contre la guerre*, op. cit.

(85) D. TLADI, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Leyde, Brill, 2022.

(86) En plus de représentations paternalistes qu'elle charrie (voy. N. TZOUVALA, « Twail and the "unwilling or unable" doctrine : continuities and ruptures », *AJIL Unbound*, 2015, vol. 109, pp. 266-270), cette doctrine est simplement juridiquement infondée. Voy. O. CORTEN, « The 'Unwilling or Unable' Test : Has it Been, and Could it be, Accepted ? », *Leiden Journal of International Law*, 2016, vol. 29, n° 3, pp. 777-799.

(87) Voy. S. B. TRAORÉ, *L'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies*, op. cit., pp. 525-607.

éventualité – confier un rôle décisif au Conseil de sécurité dans la définition de l'agression. Il convient de rappeler que cette résolution était – à l'instar de toutes les initiatives onusiennes de clarification du champ de l'interdiction du recours à la force – majoritairement soutenue par les États non-occidentaux (88). Demeurée en arrière-plan de toutes les discussions internationales sur le sujet, la même attitude réapparaîtra plus vivement à Rome, où on a fait étrangement de l'agression le seul crime orphelin de définition (89). Enfin, l'amendement de Kampala dont le contenu fut influencé par des États tels que les États-Unis d'Amérique – pourtant non-partie au Statut de Rome – traduit l'exceptionnalisme du crime d'agression principalement voulu par certaines puissances militaires comme les États-Unis d'Amérique (90).

À la question – purement rhétorique – de savoir qui a donc si peur du crime d'agression qu'un auteur s'est fort justement posée, la réponse est évidente (91). Pour des États qui n'ont épargné aucune force pour non seulement déraider le régime du recours à la force, mais aussi pour prévenir ou émasculer ses mécanismes de répression pénale, il devient sans doute laborieux de convaincre d'un enthousiasme soudain à punir. Cette situation déteint sur la crédibilité et donc la légitimité de l'initiative en cours.

#### b) *Sortir de la logique ad hoc*

L'incohérence et les contradictions des positions occidentales sur l'interdiction du recours à la force et la répression du crime d'agression se confirment par le désir de réserver un traitement exceptionnel à l'agression contre l'Ukraine plutôt que d'établir un cadre général, applicable à l'Ukraine mais aussi au-delà. Les efforts en cours privilégient cette *logique* « *ad hoc* ». L'histoire a la manie de jouer des tours et c'est une curieuse ironie du sort que

(88) Sur cette posture occidentale, voy., entre autres, G. ABI-SAAB, « The System of the Friendly Relations Declaration », in J. E. VIÑUALES, *The UN Friendly Relations Declaration at 50 an assessment of the fundamental principles of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 15 et s.

(89) À Rome, en 98, faute d'accord, on a dû ajouter en paragraphe 2 de l'article 5 du Statut disant que : « La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définiront ce crime et fixeront les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies ».

(90) Il suffit de voir le nouveau régime de la poursuite de ce crime dans le Statut pour conclure que le but recherché était d'éliminer ou de réduire à presque néant la possibilité de punir effectivement tous les auteurs de crime d'agression. Pour l'anecdote, après un activisme rare durant la conférence de Kampala de la part des États Unis, un auteur, juriste à la National Security Division de Département américain de la justice, écrit un article dans le numéro spécial de la *Journal of International Criminal Justice* après la conférence de révision de Kampala. L'auteur ne croit pas à l'opportunité de criminaliser l'agression en droit international. E. GREGAN, « Justified Uses of Force and the Crime of Aggression », *Journal of International Criminal Justice*, 2012, vol. 10, n° 1, pp. 59-82.

(91) K. J. HELLER, « Who is Afraid of the Crime of Aggression ? », *Journal of International Criminal Justice*, 2021, vol. 19, n° 4, pp. 999-1016. À sa propre question, l'auteur a répondu : personne, car, selon lui, le crime ne sera jamais poursuivi devant la CPI parce que les Occidentaux l'ont voulu ainsi.

les soutiens les plus farouches de l'Ukraine soient, pour une grande partie, responsables de l'absence d'un régime de répression juridique robuste en droit international qui aurait permis d'épargner tant d'efforts et d'imagination juridiques pour punir les auteurs de l'agression contre l'Ukraine en bonne et due forme. Pourtant, que constate-t-on ? Au lieu de tirer leçon de cette situation, et de s'assurer que l'ordre juridique international ne soit plus jamais orphelin d'un tel mécanisme « *général et impersonnel* », de poursuite effective du crime d'agression, la solution recueillant les faveurs du monde occidental est de traiter le cas ukrainien à part.

Pareille démarche est impropre à disposer le reste des États à mettre leur confiance dans ce processus. Un tribunal créé dans le seul but de poursuivre l'agression russe sera sans doute considéré comme illégitime par un nombre important d'États, en « particulier ceux du Sud qui sont régulièrement soumis à un usage illégal de la force par les puissants États du Nord » (92). Ce refus de penser un dispositif institutionnel général explique l'éviction trop vite actée de la CPI dans la réflexion en cours. Ce qui ne semble d'ailleurs pas bien perçu du Procureur de cette institution qui craint que l'approche *ah doc* n'altère l'efficacité de la CPI dans le dossier ukrainien (93). Certes, la piste du recours à la CPI n'est pas elle-même sans embûches. D'abord, bien que sa compétence pour connaître des autres crimes internationaux relevant du Statut de Rome découle du renvoi ukrainien fondé sur l'article 12, paragraphe 3, du Statut de Rome, la Cour ne pourra pas exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression, car la Russie n'est pas partie au Statut (94). L'ultime possibilité restante pour contourner cet obstacle consisterait en un renvoi à la Cour de la situation en Ukraine par le Conseil de sécurité (95). On s'en doute cependant, une telle décision ne peut être prise à ce stade au regard de l'inévitable veto russe. Toutefois, si elles expliquent certainement que l'option de la CPI n'ait pas été mieux explorée, ces difficultés juridiques ne justifient pas à elles seules le non-intérêt pour le recours à un mécanisme permanent de poursuite comme la CPI. Pour preuve, les autres options juridiques privilégiées jusque-là sont toutes aussi problématiques les unes que les autres sur le plan juridique. Cela n'empêche pourtant pas qu'elles soient prises au sérieux. Si l'on désire se

(92) K. J. HELLER, « Options for Prosecuting Russian Aggression Against Ukraine. A Critical Analysis », *Journal of Genocide Research*, 2022, p. 6.

(93) M. QUELL, « ICC Prosecutor Opposes EU Plan for Special Ukraine Tribunal », *AP news*, 5 décembre 2022, [https://apnews.com/article/russia-ukraine-war-crimes-netherlands-the-hague-ursula-von-der-leyen\\_9e83e1107064ef6e9c375576b998373a](https://apnews.com/article/russia-ukraine-war-crimes-netherlands-the-hague-ursula-von-der-leyen_9e83e1107064ef6e9c375576b998373a). De même, bien qu'on puisse ne pas partager son point de vue, l'ancien Procureur de la CPI, M. Moreno Ocampo, a estimé que l'option de la CPI était viable et accessible. Voy. L. MORENO OCAMPO, « Ending Selective Justice for the International Crime of Aggression », *Just Security*, 31 janvier 2023, <https://www.justsecurity.org/84949/ending-selective-justice-for-the-international-crime-of-aggression/>.

(94) Voy. not. art. 15*bis*, § 5, Statut de Rome : « 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 ».

(95) Art. 15*ter* du Statut de Rome.

servir de l'AGNU pour « créer un précédent », il est peut-être plus judicieux de s'en servir dans le cadre d'un mécanisme existant comme la CPI plutôt que d'ambitionner de créer un nouveau. De même une volonté américaine de devenir désormais – et sans condition – partie au Statut de Rome changerait significativement les perceptions sur cette question et donnerait un signal plus rassurant. Il ne faut pourtant pas se leurrer sur ce point ; le souvenir est encore vif dans les mémoires du courroux de l'administration américaine contre l'ancienne Procureure de la CPI qui avait simplement ouvert une enquête sur les allégations d'exactions américaines en Afghanistan (96).

Plus fondamentalement, cette logique *ad hoc* permet subtilement d'éviter de poser la question plus large de la responsabilité pénale de certains auteurs d'agressions dont les actes restent encore impunis ainsi que d'autres futurs auteurs. La meilleure façon de consacrer l'impunité permanente pour certains auteurs d'agressions est de faire de la situation en Ukraine une exception mettant sous le boisseau les autres cas d'agression. Or, pour gagner en légitimité et atténuer le reproche de sélectivité, le processus en cours doit servir de tremplin afin de traduire une volonté ferme et résolue de punir l'agression. S'agissant des occurrences antérieures d'agression, il n'existe, selon nous, aucun obstacle juridique dirimant à considérer par exemple que les auteurs de l'agression de l'Irak ou de la Lybie ne puissent plus être poursuivis. En effet ni l'argument de la légalité ni celui de non-rétroactivité encore moins celui de la prescription ne sont recevables en l'espèce (97). Or, cette éventualité est complètement absente des discussions actuelles. On se contente de balayer du revers de la main le reproche de sélectivité en le jugeant impertinent, « whataboutiste » (98) ou en affirmant, par exemple, que « [t]he answer to past inaction in the face of aggression cannot be continued inaction » (99). Soit ! Si le temps est désormais à l'action, ne faut-il pas agir contre tous les auteurs d'agressions ? Il semble dès lors qu'une des conditions du rétablissement d'un minimum de confiance entre les membres de la « communauté internationale » serait de conduire l'initiative actuelle de répression dans

(96) Par une décision à la foi ahurissante et sans précédent en droit international de septembre 2020, le Président Donald Trump avait adopté un acte interne inscrivant la Procureure madame Bensouda et d'autres agents de la CPI sur une liste de sanctions à côté de personnes accusées de terrorisme et de redoutables trafiquants de drogue. Ce précédent est désormais suivi par la Russie qui, elle aussi, vient d'adopter des mesures coercitives contre le Procureur de la CPI.

(97) Que le crime d'agression existât en 2003 en droit international positif ne fait l'ombre d'aucun doute. En tant que crime international, et même, a-t-on dit, « crime des crimes », il échappe par ailleurs au mécanisme de la prescription.

(98) P. I. LABUDA, « Beyond rhetoric : Interrogating the Eurocentric critique of international criminal law's selectivity in the wake of the 2022 Ukraine invasion », *Leiden Journal of International Law*, 2023, pp. 9-19.

(99) A. REISINGER CORACINI, « Is Amending the Rome Statute the Panacea Against Perceived Selectivity and Impunity for the Crime of Aggression Committed Against Ukraine ? », *Just Security*, 21 mars 2023, <https://www.justsecurity.org/85593/is-amending-the-rome-statute-the-panacea-against-perceived-selectivity-and-impunity-for-the-crime-of-aggression-committed-against-ukraine/>.

un désir ferme de répression de tous les actes d'agression quelles que soient les difficultés à affronter. Cela pourrait se traduire, entre autres, par une volonté claire d'user et de réformer le mécanisme permanent existant à ce jour, la CPI (100).

## CONCLUSION

Tout bien pesé, le projet de création d'un mécanisme de répression de l'agression contre la Russie n'a pas encore reçu une adhésion massive de l'ensemble de la « communauté internationale ». Les lignes de fracture entre le monde occidental et le reste des États du monde sont apparues plus nettement à l'occasion de cette crise ukrainienne. L'escalade de violence en cours dans le cadre du conflit armé entre le Hamas et Israël contribuera sans doute aux raidissements des positions. Le rapport ambivalent qu'entretiennent certains États occidentaux porteurs de l'initiative au respect de la légalité internationale crée un sentiment de doute légitime dans le reste du monde et contribue à affaiblir la possibilité d'un consensus réel à l'heure actuelle. Une justice à deux vitesses n'a jamais servi la cause de la légitimité. Au-delà du problème réel de la sélectivité, c'est aussi un doute raisonnable qui s'élève sur la conviction de certaines puissances occidentales que tout acte d'agression mérite punition. La crise ukrainienne offre, à cet égard, presque ironiquement une occasion de réflexion sur le rôle de certains États occidentaux quant à l'état défectueux de certains régimes et mécanismes internationaux. Pour expliquer la nécessité de créer un tribunal spécial, ces initiateurs, dont Gordon Brown, affirment qu'il existerait un *loophole* dans le droit international actuel. Ce qu'ils omettent de mettre en relief cependant, c'est l'histoire et les acteurs du creusement de cette lacune. L'Occident – certaines de ses puissances à tout le moins – a une grande responsabilité dans la dégradation du régime juridique de l'interdiction du recours à la force et l'absence d'un mécanisme effectif de sanction pénale internationale du crime d'agression. Mais l'on pourrait aussi penser au rôle insignifiant dans lequel les États occidentaux ont toujours voulu tenir l'AGNU. C'est une autre moquerie du sort de vouloir en faire aujourd'hui l'organe au cœur de cet enjeu de légitimité. Saura-t-on tirer les véritables leçons de cette situation ? Gageons que oui, malgré la masse d'indicateurs en sens contraire.

(100) Cette idée ne semble pas, au reste, choquante pour certains États comme l'Allemagne, dont la ministre des Affaires étrangères affirmait récemment et de façon fort pertinente : « We are at a crucial moment when we can achieve what was previously impossible : to reform the Rome Statute so that the International Criminal Court can prosecute the crime of aggression. Because it is known that the current loophole in international law makes it impossible to bring Russia's leaders to justice for breach of peace before the International Criminal Court », <https://www.ukrainianworldcongress.org/rome-statute-must-be-reformed-to-hold-russia-accountable-baerbock/>.