

Doctrines

Mise en contexte et présentation du numéro spécial, par R. van Steenberghe 709

L'emploi de la force de la Russie contre l'Ukraine : violation, mise en cause ou réaffirmation de la Charte des Nations unies ?, par O. Corten 711

Les hostilités entre la Russie et l'Ukraine au regard du droit international humanitaire, par E. David, V. Koutroulis et O. Vandenbossche 716

L'assistance militaire à l'Ukraine : sa légalité en droit international et la participation de ses auteurs au conflit contre la Russie, par R. van Steenberghe et J. de Hemptinne 727

Les sanctions des tiers contre la Russie : les « mesures restrictives » de l'Union européenne sous l'angle du droit international, par A. Hofer et T. Ruys .. 737

La protection temporaire des personnes fuyant le conflit en Ukraine, par J.-Y. Carlier et C. Flamand 745


La poursuite des crimes internationaux commis en Ukraine : une mobilisation internationale inédite, par R. van Steenberghe et P. Lesaffre .. 751

La Russie, le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme, par C. Deprez et S. van Drooghenbroeck 762

Le génocide comme prétexte de guerre devant la Cour internationale de justice, par P. d'Argent 767

Chronique

Colloques.



ENRICHISSEMENT SANS CAUSE
Théorie générale et application particulière dans les relations au sein des couples

François Adriaensen
Préface de Jean-Louis Renchon

> Collection – Répertoire pratique du droit belge
372 p. • 70,00 € • Édition 2022

orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

<https://jt.larcier.be>
26 novembre 2022 - 141^e année
38 - N^o 6918
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Numéro spécial

La guerre en Ukraine sous l'angle du droit international

Actions militaires, soutien à l'Ukraine
et mobilisation des juridictions internationales

Mise en contexte et présentation du numéro spécial

Le continent européen n'avait plus connu de telles violences meurtrières entre des États depuis la fin de la seconde guerre mondiale. C'est avec consternation que nous avons appris des médias, le matin du 24 février, que la Russie avait lancé une offensive de grande envergure contre l'Ukraine. Cette offensive, à l'image de celle menée quatorze années plus tôt en Géorgie, était à la fois terrestre, maritime et aérienne, et ne devait durer que quelques jours. L'objectif était néanmoins beaucoup plus ambitieux qu'en 2008. Il s'agissait en l'occurrence de prendre la capitale ukrainienne et d'en renverser le gouvernement. Les problèmes logistiques et humains de l'armée russe ainsi que la résistance des forces ukrainiennes ont toutefois contraint le Kremlin à réduire ses ambitions. On se souvient à cet égard de la longue colonne de blindés russes qui se dirigeait vers la capitale ukrainienne, puis contrainte de s'immobiliser pendant plusieurs jours avant de rebrousser chemin.

Dès le mois d'avril, l'armée russe s'est ainsi retirée de nombreux territoires qu'elle avait conquis, laissant apparaître les atrocités que le monde a découvertes dans les médias, notamment dans la ville de Boutcha. Tout en continuant à lancer des missiles de manière sporadique sur les grandes villes du pays, y compris Kiev, la Russie a décidé de concentrer ses effectifs militaires sur les parties méridionales et orientales de l'Ukraine, où se concentrent les populations « pro-russes ». La prise de la ville de Marioupol, conquise après de longs et âpres combats, a constitué l'une des conquêtes les plus difficiles pour l'armée russe dans cette avancée à l'est de l'Ukraine. Elle fut certainement l'une des plus dévastatrices pour ses habitants, pris au piège pendant des semaines dans leurs habitations, détruites les unes après les autres par des frappes russes quotidiennes. L'armée a ensuite continué de progresser, ne réalisant toutefois que de faibles avancées.

Depuis septembre, le rapport de force semble s'inverser. L'armée ukrainienne mène une contre-offensive de grande ampleur et connaît des succès importants, qui lui permettent de libérer plusieurs villes, dont Izium, où des fosses communes ont été découvertes. Ce recul des forces russes explique sans doute les décisions prises par la Russie de mobiliser partiellement sa population et d'annexer quatre oblasts (découpages administratifs) ukrainiens, après y avoir organisé de prétendus référendums¹. De même, face à l'absence de succès de ses opérations militaires terrestres et ayant fait l'objet d'une attaque détruisant une partie d'un pont stratégique qui la relie à la Crimée, la Russie s'est lancée dans une vague d'attaques aériennes contre diverses villes ukrainiennes.

* * *

La guerre dure ainsi depuis des mois et le nombre de victimes civiles, qui se comptent par milliers, ainsi que les dégâts matériels, colossaux, ne cessent d'augmenter, sans qu'aucune perspective réelle de cessation des hostilités ne se dessine. Selon le discours officiel du Kremlin², les principales raisons de cette guerre tiennent à la fois à la menace que représente l'expansion croissante de l'Otan pour la Russie et à l'oppression par les autorités ukrainiennes des populations « pro-russes » dans l'est de l'Ukraine. Les tensions entre ces populations et celles favorables à un rapprochement avec l'Union européenne existent depuis longtemps en Ukraine. Elles se sont parti-

(1) Voy. not. « "Énorme tragédie", "désarroi", "acte de désespoir" : la stupeur du monde après les annonces de Poutine », 21 septembre 2022, disponible sur <https://www.nouvelobs.com/guerre-en-ukraine/20220921.OBS63476/enorme-tragedie-desarroi-acte-de-desespoir-la-stupeur-du-monde-apres-les-annonces-de-poutine.html>.

(2) Voy. lettre datée du 24 février 2022 du représentant permanent de la Russie auprès des Nations unies adressée au secrétaire général, UN Doc. S/2022/154, 24 février 2022.

culièrement exacerbées en novembre 2013 lorsque le gouvernement ukrainien, dirigé par Viktor Ianoukovytch, a refusé de conclure un accord d'association avec l'Union européenne au profit d'un rapprochement économique avec la Russie³.

Ce refus suscite un vaste mouvement de contestations de la part des populations « pro-européennes », qui débouche sur des manifestations de grande ampleur, qualifiées d'Euromaïdan, du nom de la place où elles se sont déroulées pendant plusieurs mois au sein de la capitale ukrainienne⁴. La répression est violente, particulièrement en février 2014, lorsque des opérations de police provoquent la mort de dizaines de manifestants. Cette répression est vivement critiquée au niveau international, en particulier par les États de l'Union européenne, ainsi qu'au sein même du parti du président⁵. Bien qu'un accord ait été trouvé entre ce dernier et les représentants de l'opposition le 21 février 2014, le parlement ukrainien vote le lendemain la destitution du président, qui décide de fuir Kiev pour se réfugier en Russie. De nouvelles autorités, pro-européennes, prennent alors le pouvoir, incluant notamment des membres du parti nationaliste d'opposition, Svoboda, dont la qualification de parti « nazi » ou « fasciste » donnée par le Kremlin sera relayée auprès de la population⁶.

La Crimée et la région du Donbass, en particulier les oblasts de Donetsk et Lougansk, qui se situent à l'est de l'Ukraine, ne reconnaissent pas les nouvelles autorités en place⁷. La Crimée déclare son indépendance le 11 mars 2014⁸ et conclut quelques jours plus tard un accord avec la Russie qui entérine son rattachement au territoire russe. Les oblasts de Donetsk et de Lougansk lui emboîtent le pas et les autorités pro-russes qui ont pris le pouvoir de ces deux entités en proclament l'indépendance en avril 2014 en tant que, respectivement, « République populaire de Donetsk » et « République populaire de Lougansk ». Considérant ces sécessions illégales, les nouvelles autorités ukrainiennes interviennent militairement dans les deux régions pour en récupérer le contrôle. Les forces ukrainiennes se heurtent toutefois à une forte résistance armée.

En février 2015, à la suite de l'échec d'un accord conclu à Minsk quelques mois plus tôt⁹, qui imposait notamment un cessez-le-feu¹⁰, un nouvel accord est conclu dans la même ville, auquel participent non seulement les parties belligères mais également la Russie, la France et l'Allemagne. L'accord, comme le précédent, impose non seulement un cessez-le-feu mais également diverses mesures, dont l'octroi d'une autonomie locale aux deux régions au sein de l'Ukraine, le retrait des forces étrangères et la création d'un comité chargé de vérifier la mise en œuvre de l'accord. Le cessez-le-feu est à nouveau rapidement rompu et le conflit reprend. Il évolue toutefois peu, avec une ligne de front qui reste le plus souvent figée, chacune des parties au conflit reprenant à certaines occasions le territoire qu'elle occupait préalablement. À la veille de l'invasion russe de l'Ukraine, les indépendantistes n'occupent qu'une partie du territoire qu'ils considèrent comme étant celui de leur République.

En 2019, Volodymyr Zelensky est élu président de l'Ukraine. Il soutient que « sa mission première [est] de rétablir la paix dans le Donbass et d'intégrer l'Otan »¹¹. En septembre 2020, il approuve « la nouvelle stratégie de sécurité nationale de l'Ukraine, qui prévoit le développement du Partenariat spécifique OTAN-Ukraine en vue d'une adhésion du pays à l'Organisation »¹². Ces développements ne plaisent pas au gouvernement russe, qui finit par déployer, en janvier 2022, de nombreux contingents militaires le long de la frontière avec l'Ukraine. L'ob-

jectif semble être de contraindre les puissances occidentales à négocier au sujet de sa sécurité par rapport au déploiement de l'Otan à ses frontières ainsi que de la sécurité des populations « pro-russes » de Donetsk et Lougansk. Malgré des efforts diplomatiques intenses, aucune solution satisfaisante aux yeux du Kremlin n'est trouvée. Les autorités russes reconnaissent l'indépendance des deux Républiques le 22 février 2022 avant de lancer leur offensive deux jours plus tard.

* * *

Cette guerre et les réactions inédites qu'elle a engendrées, qu'il s'agisse des mesures prises par les autres États et les organisations internationales ou de la mobilisation des juridictions internationales et nationales, soulèvent de nombreuses questions en droit international. Ce numéro spécial du *Journal des tribunaux* entend se pencher, à travers une série de huit articles, sur celles qui paraissent les plus importantes en lien avec les informations diffusées par les médias. Il procède en trois temps.

1. Le premier porte sur l'élément central de cette guerre, à savoir, l'*action militaire en Ukraine*. Cette question fait l'objet des deux premiers articles. Ces articles l'examinent à la lumière de deux branches du droit international qui, bien que réglementant chacune la violence armée, demeurent distinctes. Le premier article, rédigé par Olivier Corten, traite de la guerre en Ukraine à la lumière des règles de droit international relatives à l'emploi de la force (*ius ad* ou *contra bellum*)¹³, dont la plupart sont codifiées dans la Charte des Nations unies. Il s'interroge principalement sur la légalité de l'invasion russe par rapport à ces règles, à partir d'un examen détaillé des arguments invoqués par la Russie.

Dans le deuxième article, Eric David, Vaios Koutroulis et Odile Vandebosche examinent le respect des règles applicables dès que les hostilités ont commencé, c'est-à-dire des règles du droit des conflits armés, également nommé « droit international humanitaire » (ou *ius in bello*). L'article se penche à la fois sur les règles relatives à la conduite des hostilités (ou droit de La Haye), qui régissent les affrontements entre les belligérants, et les règles relatives à la protection des personnes au pouvoir d'une partie au conflit (ou droit de Genève), qui visent à assurer un traitement humain de ces personnes une fois qu'elles sont sous le contrôle de l'adversaire. Dans le cadre de l'examen du droit de Genève, une attention spécifique est accordée au statut des volontaires étrangers membres de la légion internationale ukrainienne, que certains Belges ont rejointe.

2. Dans un deuxième temps, ce numéro spécial aborde l'*action de soutien à l'Ukraine*, qui se traduit par une série de mesures prises pour assister cette dernière dans ses activités de résistance à l'invasion russe. Cette action, à laquelle la Belgique a significativement contribué, s'est avérée exceptionnelle sous ses différents aspects. Il en va ainsi tout d'abord de son aspect militaire. De nombreux États, y compris la Belgique, ont en effet fourni une assistance militaire à l'Ukraine d'une nature et d'une ampleur sans précédent. Cet aspect militaire fait l'objet du troisième article, co-rédigé par Jérôme de Hemptinne et moi-même. L'article examine en particulier si cette assistance est légale au regard du droit international et si elle est susceptible de rendre leurs auteurs parties au conflit armé contre la Russie, au côté de l'Ukraine.

Le soutien à l'Ukraine s'est également traduit par l'adoption d'une série de sanctions économiques, financières ou autres, dirigées contre la

(3) Voy. not. à ce sujet « L'Ukraine suspend son accord d'association avec l'UE », 21 novembre 2013, disponible sur https://www.huffingtonpost.fr/actualites/article/l-ukraine-suspend-son-accord-d-association-avec-l-ue_35840.html.

(4) Voy., de manière générale, au sujet des faits survenus dans le cadre de Euromaïdan, CPI, Rapport sur les activités menées en 2015 en matière d'examen préliminaire, Bureau du procureur, 12 novembre 2015, pp. 21-26.

(5) Voy. not. « Ianoukovitch destitué, Timochenko libérée », 24 février 2014, disponible sur <https://www.courrierinternational.com/article/2014/02/22/fin-de-regne-a-kiev>.

(6) Voy. not. « En Ukraine, Svoboda,

un parti d'extrême droite rodé aux affrontements », 31 août 2015 disponible sur <https://www.lalibre.be/derrieres-depeches/afp/2015/08/31/en-ukraine-svoboda-un-parti-d-extreme-droite-rodé-aux-affrontements-A5UW5NR37ZETPDTDSHVI-SUG4BE/>. Cette qualification persistera quand bien même ce parti ne connaîtra pas de succès politique par la suite.

(7) Voy., de manière générale, au sujet des faits relatifs aux sécessions de la Crimée et des oblasts de Donetsk et Lougansk, CPI, Rapport sur les activités menées en 2016 en matière d'examen préliminaire, Bureau du procureur, 14 novembre 2016, pp. 35-40.

(8) Voy. not. « La Crimée déclare son

indépendance de l'Ukraine », 11 mars 2014, disponible sur https://www.lepoint.fr/monde/la-crimée-declare-son-indépendance-11-03-2014-1799573_24.php.

(9) Texte disponible sur https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UA_140905_Minsk-Ceasfire_fr.pdf.

(10) Texte disponible sur https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/paquet_de_mesures_en_vue_de_l_application_des_accords_de_minsk_cle01fbb5.pdf.

(11) Voy. not. « L'article à lire pour comprendre les tensions entre l'Ukraine et la Russie », 21 janvier 2022, disponible sur https://www.francetvinfo.fr/monde/russie/vladimir-poutine/l-article-a-lire-pour-comprendre-les-tensions-entre-l-ukraine-et-la-russie_4920081.html.

(12) Voy. not. à ce sujet « Relations avec l'Ukraine », mis à jour le 8 juillet 2022, disponible sur https://www.nato.int/cps/fr/natohq/topics_37750.htm#:~:text=En%20septembre%202020%2C%20le%20pr%C3%A9sident,du%20pays%20C3%A0%20l'Organisation.

(13) Les deux expressions sont utilisées pour désigner les mêmes règles, la seconde visant à mettre l'accent sur le principe d'une interdiction générale d'employer la force en droit international.

Russie en vue de la sanctionner et d'affecter ses ressources de guerre. Le quatrième article, co-écrit par Tom Ruys et Alexandra Hofer, se penche sur ces sanctions et procède à un examen détaillé de leur légalité au regard du droit international.

Enfin, la guerre a conduit à une migration particulièrement massive de personnes qui ont fui l'Ukraine pour trouver refuge dans les pays voisins européens, y compris en Belgique. Dans le cinquième article, Jean-Yves Carlier et Christine Flamand exposent le mécanisme juridique inédit ayant été mis en œuvre pour encadrer l'accueil de ces personnes.

3. Le troisième temps de ce numéro spécial est consacré à l'*action des juridictions internationales*. L'un des développements les plus médiatisés à cet égard est sans doute la mobilisation de la communauté internationale, principalement à travers l'action de la Cour pénale internationale, pour poursuivre les auteurs de crimes internationaux en Ukraine. Tout en examinant l'action de cette Cour, le sixième article, co-écrit par Pauline Lesaffre et moi-même, souligne que d'autres juridictions sont également activées ou envisagées pour la poursuite de certains crimes, comme celui de l'agression. Il examine également un autre phénomène inédit, propre à la situation ukrainienne, qui consiste dans une mobilisation internationale à la fois rapide et massive au niveau de la collecte et de l'examen des preuves.

Un autre type de juridiction, à savoir la Cour européenne des droits de l'homme, qui a pour objet de se prononcer sur la responsabilité des États en cas de violations de ces droits, a par ailleurs été saisie pour statuer sur de telles violations commises dans le cadre de la guerre en Ukraine. Néanmoins, depuis cette guerre, la Russie n'est plus partie au Statut de la Cour ni membre du Conseil de l'Europe, organisation internationale dont la Cour constitue l'organe judiciaire. Dans le septième article, Sébastien Van Drooghenbroeck et Christophe Deprez s'interrogent sur les difficultés que pose cette situation, principalement par rapport à l'action de la Cour dans les affaires pendantes et à venir impliquant la Russie.

Enfin, la guerre en Ukraine s'est invitée au prétoire de l'organe judiciaire des Nations unies, la Cour internationale de justice. L'Ukraine a en effet introduit une requête introductive d'instance et une demande en mesures conservatoires contre la Russie au lendemain de l'invasion. Le dernier article de ce numéro spécial, rédigé par Pierre d'Argent, est consacré à l'examen détaillé des éléments de ces procédures.

Raphaël van STEENBERGHE
Chercheur qualifié FNRS
Professeur à l'UCLouvain

L'emploi de la force de la Russie contre l'Ukraine : violation, mise en cause ou réaffirmation de la Charte des Nations unies ?

Dans *La Somme de toutes les peurs*, le président des États-Unis envisage une opération militaire pour appuyer la Tchétchénie, soit une entité sécessionniste située sur le territoire de la Russie. L'un de ses conseillers relève que cela poserait problème en droit international, la Tchétchénie n'étant pas un État souverain et ne pouvant donc pas valablement requérir une aide militaire étrangère. Un autre émet alors l'idée suivante : « il veut être reconnu, alors reconnaissons-le [...] les Tchétchènes demanderont l'aide internationale, et on enverra les soldats »¹. Selon les scénaristes de ce film à succès, il suffirait donc de reconnaître un État pour pouvoir, ensuite, se prévaloir d'un appel à l'aide des autorités de ce dernier pour y envoyer des soldats « de maintien de la paix ». On ne sait pas si ce cas de figure a été inspiré de l'exemple historique du Panama, reconnu par les États-Unis le 13 novembre 1903, quelques jours à peine après la proclamation d'indépendance des autorités locales qui souhaitaient se détacher de la Colombie ; une reconnaissance qui avait ouvert la voie au déploiement de soldats étasuniens qui ont ensuite pris le contrôle de la zone du canal². On ne sait pas non plus si l'extrait précité de *La Somme de toutes les peurs* a inspiré les autorités russes, près d'un siècle plus tard. Le 21 février 2022, Moscou reconnaissait en tout cas unilatéralement les « Républiques de Donetsk et de

Lougansk » pour, trois jours plus tard, répondre à leur appel et lancer leur « opération spéciale » de « maintien de la paix » dans l'ensemble de l'Ukraine³. Le 30 septembre 2022, alors que la guerre faisait rage, Moscou annonçait l'annexion pure et simple des oblasts ukrainiens de Donetsk, de Kherson, de Louhansk et de Zaporijjia à la suite de référendums menés de manière particulièrement contestée au sein de ces entités⁴.

En dépit de ce qu'on a parfois entendu, Moscou ne s'est cependant pas confiné à une posture cynique tendant à ignorer purement et simplement les principes du droit international public. Comme le requiert formellement l'article 51 de la Charte des Nations unies, la Russie a envoyé, le jour même du déclenchement de son « opération militaire spéciale » en Ukraine, une lettre officielle au Conseil de sécurité dans laquelle était exposée son argumentation juridique⁵. Quelques jours plus tard, Moscou a envoyé à la Cour internationale de justice, saisie par les autorités ukrainiennes, un document plus détaillé à ce sujet⁶. Les représentants de la Russie se sont également exprimés au sein du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale des Nations unies, toujours en développant une argumentation spécifiquement juridique⁷. L'objet de cette contribution est de se pencher sur ces arguments qui,

(1) *La Somme de toutes les peurs*, film réalisé par Phil Alden Robinson et sorti en 2002 ; voy. O. CORTEN, « Mais où est donc passée la Charte des Nations unies ? Représentations et sous-représentations des règles sur l'usage de la force dans les films d'action » in O. CORTEN et F. DUBUISSON (dir.), *Du droit international au cinéma. Présentations et représentations du droit international*

dans les films et les séries télévisées, Paris, Pedone, 2015, p. 96.

(2) R.W. TURK, « The United States Navy and the "Taking" of Panama, 1901-1903 », *Military Affairs*, vol. 38, 1974, pp. 92-96.

(3) Russian Federation, President of Russia, Address by the President of the Russian Federation, 21 février 2022 ; S/PV.8970, p. 11.

(4) *The Guardian*, 30 septembre

2022.

(5) Lettre datée du 24 février 2022 du Représentant permanent de la Russie auprès des Nations unies adressée au Secrétaire général, S/2022/154, 24 février 2022.

(6) CIJ, affaire des *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Document (avec annexes) de la Fédération de Russie

exposant sa position sur le prétendu « défaut de compétence » dans l'affaire, 7 mars 2022 (disponible sur le site Internet de la Cour).

(7) Voy. notamment A/76/PV.58, 23 février 2022, p. 12 ; A/ES-11/PV.1, 28 février 2022 ; A/ES-11/PV.5, 2 mars 2022 ; S/PV.8970, 21 février 2022 ; S/PV.8974, 23 février 2022 ; S/PV.8979, 25 février 2022.

on le verra, s'avèrent parfois subtils mais jamais convaincants, en tout cas si l'on s'en tient à une analyse fondée sur l'état du droit international positif. Seront sous ce prisme examinés les arguments de la légitime défense collective (1) comme individuelle (2), qui seront mis en lien avec une prétendue « responsabilité de protéger » les victimes d'un génocide (3). Dans un dernier temps, on s'interrogera plus fondamentalement sur la valeur de précédent de cette guerre : par sa violence et sa gravité, remet-elle en cause les fondements mêmes de l'ordre juridique international ? Témoignerait-elle d'une évolution de cet ordre, ou au contraire d'un appel à l'impérieuse nécessité de le maintenir ? (4).

1 Une « légitime défense » collective pour protéger les « Républiques de Donetsk et de Lougansk » ?

Dans sa lettre envoyée au Conseil de sécurité, la Russie affirme agir « en application de l'article 51 du chapitre VII de la Charte des Nations unies [...] conformément aux traités d'amitié et d'assistance mutuelle conclus avec les Républiques populaires de Donetsk et de Lougansk et ratifiés par l'Assemblée fédérale le 22 février de cette année »⁸. Comme on l'a signalé, ces deux « républiques », soutenues de longue date dans leur lutte contre le pouvoir central ukrainien, avaient officiellement été reconnues par Moscou le 21 février. Toujours en suivant le raisonnement russe, cette reconnaissance se justifierait sur la base d'une violation grave du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes de ces deux entités de la part des autorités centrales⁹. Les deux républiques étant devenues des États à la suite de l'exercice de ce droit, elles auraient été souverainement habilitées à requérir d'un autre État, en l'occurrence la Russie, un appui militaire pour mettre fin à une agression armée perpétrée par l'Ukraine. En d'autres termes, la guerre, qui relevait jusque-là d'une guerre civile, serait devenue internationale, avec pour conséquence la fin du régime de non-intervention et la possibilité pour un État tiers de se prévaloir de la « légitime défense collective », c'est-à-dire de la possibilité d'aider un (en l'occurrence deux) État(s) victime(s) d'une agression¹⁰. Dans cette logique, loin de le mettre en cause, l'opération russe serait destinée à faire respecter le droit international. L'annexion de ces deux républiques ne constituerait que l'ultime étape de ce processus.

Pour originale et subtile qu'elle puisse paraître, une telle argumentation ne se révèle guère convaincante, et ce pour trois raisons.

D'abord, on ne peut sérieusement prétendre que les habitants des « Républiques populaires de Donetsk et de Lougansk » disposent d'un droit à l'autodétermination leur permettant de se séparer de l'Ukraine puis de se rattacher à la Russie. De manière générale, le droit international ne confère un tel droit qu'à des conditions extrêmement strictes qui ne se rencontrent en pratique que dans des situations liées à la décolonisation : le peuple concerné doit pouvoir démontrer non seulement qu'il est l'objet d'une domination ou d'une subjugation basée sur une différence ethnique ou culturelle, mais aussi que son territoire est « géographiquement séparé » de celui de la Métropole¹¹. Cette dernière condition présente un caractère objectif, qui exclut tous les

cas de contiguïté entre l'entité qui revendique son autodétermination et les autorités centrales qui lui dénie un tel droit¹². L'Assemblée générale des Nations unies dresse d'ailleurs une liste des « territoires non autonomes » sur laquelle il n'a jamais été question d'inclure dans cas comme ceux de Donetsk ou de Lougansk (qui sont situés sur le territoire ukrainien), de l'Abkazie ou de l'Ossétie du sud (en territoire géorgien), du Nagorno-Karabakh (en territoire azeri), ou bien sûr de la Catalogne ou du pays basque (en territoires espagnol et incidemment français)¹³. Bien sûr, rien n'empêche le peuple d'un État existant d'admettre que ce dernier se scinde en plusieurs nouveaux États, comme ça a été le cas de l'URSS à la fin de la guerre froide ou du Soudan plus récemment. Mais, en l'absence de séparation géographique reconnue par les Nations unies, une minorité située sur le territoire d'un État n'a aucun droit de s'en séparer, quand bien même un référendum aurait été organisé en ce sens, comme cela a été le cas en 2014 pour les deux « républiques »¹⁴. Mais ne peut-on pas élargir la portée du droit à l'autodétermination dans le cas où une minorité aurait été la victime d'une grave répression, avec pour conséquence un droit exceptionnel à ce qu'on a désigné comme une « sécession-remède »¹⁵ ? C'est le cœur de l'argumentation de Moscou, mais celle-ci rencontre ici des limites évidentes, en fait comme en droit. En fait, il n'est pas évident qu'une telle répression puisse être établie, en tout cas dans une ampleur suffisante, comme on le constatera ci-dessous¹⁶. En droit, et en tout état de cause, cette théorie de la « sécession-remède » n'a en réalité trouvé consécration ni dans les textes, ni dans la pratique¹⁷. Pour ne reprendre qu'un exemple significatif, un examen attentif des reconnaissances du Kosovo révèle que c'est moins le droit à l'autodétermination (ou à la « sécession-remède ») qui a été évoqué que l'existence d'une situation *sui generis* basée sur un fait accompli que l'on ne pourrait plus remettre en cause¹⁸. Une ligne de raisonnement qui renvoie non plus au droit de créer un État mais à une existence de l'État qu'il suffirait de constater objectivement, ce qui nous mène à une deuxième réflexion dans le cas de la Russie.

Les « Républiques populaires de Donetsk et de Lougansk » ne sont pas des États au sens du droit international. Un État suppose en effet la réunion de quatre éléments : un territoire, une population, un gouvernement et la « souveraineté », c'est-à-dire l'indépendance par rapport à toute autre autorité publique¹⁹. C'est sur ce dernier point qu'un évident problème se pose. D'abord parce que ces deux entités sont formellement soumises à l'autorité de Kiev. Certes, elles tentent depuis plusieurs années de s'en émanciper, mais elles ne sont pas parvenues à assurer un pouvoir effectif et stable sur le territoire qu'elles revendiquent. Dans ces conditions, la pratique internationale montre que la plupart des États tiers s'abstiennent de procéder à une reconnaissance, ce qui se vérifie logiquement en l'espèce²⁰. Ensuite, et en tout état de cause, les effectivités dont peuvent se prévaloir les autorités de ces deux entités résultent directement d'un soutien militaire actif puis, depuis le 24 février, d'une occupation militaire de la Russie. En semblable situation, le principe *ex injuria jus non oritur* interdit de prendre en compte ces faits illicites pour fonder un titre juridique quelconque²¹. On se trouve ici dans une situation similaire à celle de la « république turque de Chypre Nord », dont l'autorité repose sur une invasion puis une occupation de la Turquie et qui, par conséquent, n'a jamais été reconnue, si ce n'est par Ankara elle-même²². En d'autres termes, les autorités de Donetsk et de Lougansk ne peuvent certainement pas se prétendre indépendantes et souveraines, dans la mesure où elles dépendent totalement du soutien de Moscou.

(8) S/2022/154, 24 février 2022, p. 6

(9) Voy. les propos du représentant de la Russie à l'Assemblée générale (S/PV.8974, 23 février 2022, p. 11) et au Conseil de sécurité (A/ES-11/PV.1, 28 février 2022, p. 8) de l'ONU.

(10) O. CORTEN, « La rébellion et le droit international. Le principe de neutralité en tension », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2014, t. 374, pp. 53-312.

(11) Selon les termes de la résolution 1541 (XV) de l'Assemblée générale des Nations unies, considérée comme reflétant l'état du droit international coutumier ; CIJ, affaire de la Séparation des Chagos, avis consultatif, *Recueil* 2019, p. 132, par. 150.

(12) T. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations*

de décolonisation, Paris, La Documentation française, 1999.

(13) M. BADJAOU, « Article 73 », in J.-P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU (dir.), *La Charte des Nations unies. Commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, p. 1764.

(14) Un référendum a été tenu le 11 mai 2014 à Donetsk (89 % pour l'indépendance) comme à Luhansk (96 % pour l'indépendance).

(15) J. VIDMAR, « Remedial Secession in International Law : Theory and (lack of) Practice », *St Anthony Int. Rev.*, 2010, pp. 37-56 ; R. KOLB, « Autodétermination et sécession-remède en droit international public », in *Global Trends : Law, Policy & Justice. Essays in Honour of Professor*

Giuliana Ziccardi Capaldo, New York, Oceana, 2013, pp. 57-77.

(16) Voy. les développements sur la « responsabilité de protéger », au point 3.

(17) O. CORTEN, F. DUBUISSON, V. KOUTROULIS et A. LAGERWALL, *Une introduction critique au droit international*, Bruxelles, éd. Université de Bruxelles, 2017, pp. 82-84.

(18) O. CORTEN et A. LAGERWALL, « La doctrine de la "sécession-remède" à l'épreuve de la pratique récente » in *L'homme dans la société internationale. Mélanges offerts à Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 187-205.

(19) Commission d'arbitrage pour la paix en Yougoslavie, avis n° 1 du 20 novembre 1991, *R.G.D.I.P.*, 1992,

p. 264.

(20) O. CORTEN, F. DUBUISSON, V. KOUTROULIS et A. LAGERWALL, *Une introduction critique au droit international*, op. cit., pp. 68-71.

(21) *Ibidem*, pp. 85-88 et A. LAGERWALL, *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

(22) Voy. notamment A. LAGERWALL, « Is the duty not to recognise "States" created unlawfully challenged by States' practice and ECtHR case law ? », in W. CZAPLINSKI et A. KLECZKOWSKA (éd.), *Unrecognized Subjects in International Law*, Scholar Publishing House Ltd, Warsaw, 2019, pp. 255-279.

Enfin, il est à peine besoin d'ajouter que la reconnaissance unilatéralement octroyée par la Russie (bientôt suivie par quelques-uns de ses alliés) à ces deux républiques n'est pas de nature à modifier cet état de droit²³. D'abord parce qu'une énorme majorité des États non seulement se refuse à procéder à une reconnaissance mais, pour les raisons que l'on vient d'indiquer, estime qu'une telle reconnaissance serait interdite²⁴. Ensuite parce que, en tout état de cause, l'existence d'un État s'évalue de manière objective, et non en fonction de l'existence d'une (ou de plusieurs, mais alors de combien ?) reconnaissance(s). Il est significatif à cet égard que, lorsque les États ont défini juridiquement l'agression comme l'« emploi de la force armée par un État contre ... un autre État », ils ont tenu à préciser que le terme « État » était utilisé « sans préjuger la question de la reconnaissance ... »²⁵. Les débats qui ont précédé l'adoption de ce texte sont clairs : il s'agissait d'éviter que l'application de la règle puisse être biaisée par des reconnaissances (ou des refus de reconnaissances) dépendant des États²⁶. L'interdiction de l'agression est une norme impérative (*jus cogens*) dont l'application s'impose indépendamment d'actes unilatéraux posés par tel ou tel membre de la société internationale²⁷. Il ne suffit donc pas à la Russie de reconnaître unilatéralement les « Républiques » sécessionnistes, puis ensuite de les annexer, pour justifier son entrée et son maintien en territoire ukrainien. De même, il ne suffit pas qu'elle se sente menacée pour qu'elle puisse se prévaloir valablement de son droit, individuel cette fois, de légitime défense.

2 Une « légitime défense » individuelle pour protéger la Russie ?

Dans sa lettre envoyée au Conseil de sécurité, la Russie dénonce « les menaces existentielles que des politiciens occidentaux irresponsables créent pour notre pays, année après année, étape par étape, avec une brutalité désinvolte »²⁸. Elle estime aussi que la « militarisation des territoires limitrophes de notre pays, si nous laissons faire, se poursuivra pendant des décennies, peut-être indéfiniment, et constituera une menace toujours plus grande et totalement inacceptable pour la Russie », que « la Russie ne peut ni se sentir en sécurité, ni se développer, ni exister avec une menace constante émanant du territoire de l'actuelle Ukraine » et que, finalement, l'« opération militaire spéciale » en Ukraine « relève de l'autodéfense contre les menaces qui pèsent sur nous »²⁹. Avant l'annexion des quatre oblasts ukrainiens en tant que parties intégrantes de son territoire, la Russie se fondait donc sur une légitime défense individuelle envisagée sous un angle purement préventif.

Ici aussi, l'argument pose plusieurs problèmes que l'on exposera brièvement. D'abord, il est difficile d'identifier exactement la « menace » qui justifierait la prétendue riposte de la Russie. Il est assez singulier que Moscou, une super-puissance nucléaire qui dispose d'un arsenal manifestement supérieur à celui de l'Ukraine et qui occupe depuis 2014 une partie de son territoire³⁰, accuse Kiev d'une « militarisation » menaçante de son territoire. En tout état de cause, la Cour internationale de justice a déjà jugé qu'« il n'existe pas en droit international de règles autres que celles que l'État intéressé peut ac-

cepter, par traité ou autrement, imposant la limitation du niveau d'armement d'un État souverain, ce principe étant valable pour tous les États sans distinction »³¹.

En l'occurrence, l'Ukraine ne s'est nullement engagée à limiter l'acquisition d'armes conventionnelles ou à ne pas les utiliser sur son propre territoire. En revanche, par la conclusion en 1994 du Mémoire de Budapest, l'Ukraine renonçait à la possession d'armes nucléaires et s'engageait à rejoindre le Traité de non-prolifération en échange d'un nouvel engagement de la Russie de respecter sa souveraineté et son intégrité territoriale³². Dans ce contexte, le moins que l'on puisse écrire est que l'argument russe de la menace ukrainienne apparaît pour le moins hasardeux.

Ensuite, et à supposer même que menace il y ait, le fait pour un État de prétendre qu'il est obligé d'attaquer le premier pour se défendre est un argument juridiquement très fragile. Avancé par l'Allemagne pour envahir la Belgique et les Pays-Bas en 1940 ou par le Japon pour justifier l'attaque de Pearl Harbour en 1941, il a vigoureusement été écarté par les rédacteurs de la Charte des Nations unies³³. La légitime défense ne peut en effet être invoquée, pour reprendre les termes mêmes de l'article 51, que « dans le cas où un membre des Nations est l'objet d'une agression armée »³⁴. La « menace », quelle qu'elle soit, a intentionnellement été écartée, même si elle reste interdite par ailleurs et qu'elle donne compétence au Conseil de sécurité pour prendre toutes les mesures nécessaires au maintien de la paix internationale conformément au chapitre VII de la Charte³⁵. Avec l'avènement de l'ère nucléaire, puis le développement des activités des groupes terroristes, des débats se sont développés au sein des Nations unies pour assouplir la rigueur du régime, au moins dans l'hypothèse d'une « menace imminente », une expression qui n'a jamais été précisément définie mais qui justifierait exceptionnellement une guerre préventive³⁶. Cependant, jamais la communauté internationale des États dans son ensemble n'a admis une telle possibilité, généralement considérée comme trop dangereuse. Les actions israéliennes en Irak en 1981, la guerre d'Irak lancée en 2003 par les États-Unis qui ont aussi invoqué cet argument en Syrie, après 2015, sont loin d'avoir convaincu les Nations unies de la pertinence d'une oxymorique « légitime défense préventive »³⁷. D'ailleurs, et enfin, il n'est pas évident que les autorités russes elles-mêmes assument complètement un argument juridique de ce type, précisément dans la mesure où elles n'avaient pas été les dernières à le condamner lorsqu'il a été utilisé par Washington. Lorsque ces autorités se plaignent d'une expansion de l'OTAN à leurs frontières, peut-on sérieusement penser qu'elles y voient là une « agression armée » au sens de l'article 51 de la Charte ? Rien ne permet de l'affirmer, et il est difficile de le présumer au vu du principe incontesté selon lequel chaque État est parfaitement libre d'intégrer les organisations internationales de son choix³⁸. Dans une affaire déjà citée ci-dessus, la Cour internationale de justice avait mentionné les « critiques exprimées par les États-Unis à propos de la politique extérieure et des alliances du Nicaragua » pour justifier leur intervention, tout en ajoutant aussitôt que « ces justifications [...] ont été avancées uniquement sur le terrain politique [...] et n'ont pas été invoquées en tant qu'arguments juridiques »³⁹. De la même manière, l'argument russe de la menace ukrainienne semble davantage relever de l'argumentation politique que de l'argumentation juridique, à l'instar sans doute de celui de la « responsabilité de protéger ».

(23) Les deux entités ont été reconnues par la Russie, la Syrie et la Corée du Nord ; voy. la page Wikipedia intitulée « International Recognition of the Donetsk's People Republic and the Luhansk People's Republic ».
(24) Voy. plusieurs déclarations reproduites sur la page Wikipedia précitée.
(25) Définition de l'agression annexée à la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations unies, article 1^{er}.
(26) O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., Paris, Pedone, 2020,

p. 255.
(27) *Ibidem*, pp. 349-367.
(28) S/2022/154, 24 février 2022, p. 1.
(29) *Ibidem*, pp. 5, 6 et 7.
(30) La Crimée a en effet été envahie puis occupée lors de la crise de 2014 ; voy. O. CORTEN, « The Russian Intervention in the Ukrainian Crisis : was *jus contra bellum* "confirmed rather than weakened" ? », *Journal on the Use of Force and International Law*, 2015, pp. 17-41.
(31) CIJ, affaire des Activités militaires, Recueil 1986, p. 135, par. 289.

(32) Mémoire relatif aux garanties de sécurité dans le cadre de l'adhésion de l'Ukraine au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, Budapest, 5 décembre 1994, R.T.N.U., tome 3007, n° 52241, pp. 167 et s.
(33) O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., op. cit., pp. 658-660.
(34) *Ibidem*, pp. 649 et s.
(35) *Idem*, p. 650 ; articles 2 § 4 et 39 de la Charte.
(36) N. LUBBEL, « The Problem of Imminence in an Uncertain World » in M. WELLER (éd.), *The Oxford*

Handbook of the Use of Force in International Law, Oxford, OUP, pp. 697-719.
(37) O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., op. cit., pp. 660-696.
(38) O. CORTEN, F. DUBUISSON, V. KOUTROULIS et A. LAGERWALL, *Une introduction critique au droit international*, op. cit., pp. 151 et s.
(39) CIJ, affaire des Activités militaires et paramilitaires et Nicaragua, Recueil 1986, pp. 133-134, §§ 265-266.

3 Une opération justifiée par la « responsabilité de protéger » ?

Les autorités russes ont régulièrement dénoncé un véritable « génocide » dont auraient été victimes les populations de Donetsk et de Lugansk. Dans leur lettre précitée au Conseil de sécurité, elles semblent en faire une justification du lancement de leur « opération spéciale » : « [C]’était devenu tout simplement intolérable. Il fallait immédiatement mettre fin à ce cauchemar, au génocide perpétré contre les millions d’habitants de cette région dont le seul espoir est la Russie — dont le seul espoir, c’est nous »⁴⁰. De tels propos paraissent faire écho à ceux qui ont cherché à justifier l’intervention militaire contre la Yougoslavie dans le cadre de la crise du Kosovo⁴¹, en 1999, ou plus généralement à la doctrine du « droit d’intervention humanitaire » utilisée pour justifier des bombardements en Syrie⁴².

Au-delà des débats éthiques et politiques qu’il met en jeu, un tel argument n’est guère convaincant sur le plan juridique. Trois éléments méritent d’être mentionnés en ce sens dans le cas de la guerre en Ukraine. D’abord, l’existence même d’un « génocide » est plus que sujette à caution. Si des violations des droits humains et du droit des conflits armés ont été dénoncées par certaines organisations de défense des droits humains, personne n’a sérieusement prétendu que les autorités ukrainiennes auraient été animées d’un but de détruire, comme tel, un groupe ethnique ou religieux particulier⁴³. Sur ce seul plan factuel, l’argument russe manque donc plus que probablement de fondement. Ensuite, et en tout état de cause, même la démonstration de l’existence d’un génocide ne donnerait aucun titre pour déclencher une opération militaire unilatérale par la Russie. Ni la Charte des Nations unies, ni la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, ni encore le Statut de la Cour pénale internationale, n’offrent un argument en ce sens ; à l’analyse, ces instruments semblent même exclure une telle possibilité⁴⁴. À la suite de la crise du Kosovo, les membres des Nations unies se sont réunis et ont longuement débattu de la question, pour finalement adopter une résolution consacrant la « responsabilité de protéger »⁴⁵. Cette dernière réserve cependant au Conseil de sécurité — et non aux États agissant sans son autorisation — la responsabilité de prendre des mesures, y compris militaires, si un État ne veut ou ne peut pas mettre fin à des actes de génocide, des crimes contre l’humanité, des crimes de guerre ou du nettoyage ethnique⁴⁶. Dans toutes ces situations, la Charte des Nations unies renvoie à des mécanismes de sanction centralisés, placés sous l’autorité du Conseil le quel, on le sait, n’a jamais autorisé la Russie à agir militairement pour « protéger » les habitants de l’est de l’Ukraine. Enfin, et en troisième lieu, il est significatif que la Russie elle-même s’est abstenue d’invoquer la « responsabilité de protéger » ou le droit d’intervention humanitaire comme des arguments strictement juridiques. Les termes évoqués plus haut sont en effet trop vagues et généraux pour être interprétés en ce sens. D’ailleurs, accusée par l’Ukraine de se prévaloir à tort de la convention sur le génocide pour justifier son action, la Russie l’a nié farouchement, dans un document envoyé à la Cour⁴⁷. De ce dernier, il ressort que le seul argument juridique justifiant l’opération serait celui de la légitime défense⁴⁸. Ainsi, même si on suit l’argument de la Russie, un génocide ne justifie pas une guerre menée sans autorisation du Conseil de sécurité, une conclusion qui semble partagée par une énorme ma-

jeurité d’États comme par la Cour internationale de justice elle-même⁴⁹.

Finalement, aucun des arguments avancés par la Russie ne semble justifier son « opération spéciale » en Ukraine. Cette dernière peut donc bien être assimilée non seulement à un usage illicite de la force au sens de l’article 2, § 4, de la Charte des Nations unies, mais aussi à un acte d’« agression armée » au sens de l’article 51, ou à une « invasion » et une « occupation » au sens de l’article 3a) de la définition de l’agression précitée⁵⁰. L’Ukraine se trouve donc dans une situation de légitime défense, non seulement d’utiliser la force pour riposter mais aussi de recevoir un appui militaire à cette fin. C’est dans ce contexte qu’il faut envisager la qualité de précédent de cette guerre.

4 La guerre en Ukraine, un précédent ?

Au-delà du constat de l’illicéité *in casu* de l’intervention militaire russe, une telle interrogation peut être envisagée sous deux angles : celui d’une évolution éventuelle de la coutume, d’une part, celui de la mise en cause de l’ordre juridique international, d’autre part.

Quant au premier de ces points, il faut rappeler qu’un assouplissement ou une nouvelle interprétation des règles de la Charte des Nations unies peut apparaître par la voie coutumière, sans formalité particulière. Dans l’affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour internationale de justice a simplement estimé que « l’invocation par un État d’un droit nouveau ou d’une exception sans précédent au principe pourrait, si elle était partagée par d’autres États, tendre à modifier le droit international coutumier »⁵¹. Dans le cas de la guerre d’Ukraine, la Russie s’est indéniablement prévalu d’un « droit nouveau » ou d’une « exception sans précédent », comme on vient de le démontrer. Le moins que l’on puisse constater, toutefois, est que cette argumentation russe fort peu orthodoxe est loin d’avoir été partagée par les autres États. Le 25 février 2022, une proposition de résolution condamnant l’agression russe a obtenu 11 voix pour, 1 contre (la Russie elle-même) et 3 abstentions au sein du Conseil de sécurité⁵². C’est donc sur la seule base du veto russe qu’elle n’a pu être adoptée. La question a alors été transmise à l’Assemblée générale qui, le 2 mars 2022, a adopté une résolution intitulée « agression contre l’Ukraine », dans laquelle elle « [d]éplore dans les termes les plus vifs l’agression commise par la Fédération de Russie contre l’Ukraine en violation du paragraphe 4 de l’article 2 de la Charte »⁵³. Le texte a été précédé de débats lors desquels il apparaît que les condamnations ont spécifiquement visé certains aspects de l’argumentation russe. À cet égard, il est intéressant de souligner que la reconnaissance unilatérale des deux « républiques » avait été condamnée avant même le début de l’intervention comme étant contraire au droit international⁵⁴. Manifestement, l’argument de la légitime défense collective n’a, pas plus que celui envisagé individuellement sur la base d’une menace diffuse, été accepté. Certes, la résolution a été votée par 141 voix pour, 5 contre et 35 abstentions⁵⁵, alors qu’une autre résolution condamnant l’annexion, adoptée le 12 octobre, réunissait une majorité similaire⁵⁶. Cette arithmétique ne doit cependant pas tromper. Lorsqu’on examine soigneusement les positions des États qui se sont abstenus ou qui ont voté contre la résolution, on constate que c’est pour des raisons poli-

(40) S/2022/154, 24 février 2022, p. 6.

(41) Voy. par exemple « Netherlands state practice for the parliamentary year 1998-1999 », *N.Y.I.L.*, 2000, p. 190 ; O. CORTEN et B. DELCOURT (dir.), *Droit, légitimation et politique extérieure. L’Europe et la guerre du Kosovo*, actes du colloque du 10 décembre 1999, Bruxelles, éd. Bruylant, 2001.

(42) On pense en particulier à la position britannique ; A. LAGERWALL, « Threats of Military Strikes against Syria -2013 and 2017 » in T. RUYTS, O. CORTEN avec A. HOFER (éd.), *The Use of Force in International Law - A Case-based Approach*, Oxford University Press, 2018, pp. 828-854 ;

O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 845-850.

(43) Voy. par exemple, Amnesty International et Human Rights Watch, « You Don’t Exist. Arbitrary Detentions, Enforced Disappearances, and Torture in Eastern Ukraine », 2016 ; comp. avec la définition du génocide retenue dans l’article 2 de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, ainsi que l’article 6 du Statut de la Cour pénale internationale de 1998.

(44) O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 789-790.

(45) N. HAJJAMI, *La responsabilité de protéger*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; A/RES/60/1, 24 octobre 2005, par. 138 et 139.

(46) *oy. spéc.* le texte du par. 139 et O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 809 et s.

(47) Document (avec annexes) de la Fédération de Russie exposant sa position sur le prétendu « défaut de compétence » dans l’affaire, 7 mars 2022, précité.

(48) Russian Federation letter to the ICJ (n 6) para 15 (the highlighted part in italics is emphasised in the original).

(49) CIJ, affaire des *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, ordonnance du 16 mars 2022, par. 18 et 59.

(50) Définition de l’agression annexée à la résolution 3314 (XXIX) de

l’Assemblée générale ; voy. aussi l’article 8bis du Statut de la Cour pénale internationale.

(51) CIJ, *Recueil 1986*, p. 109, § 207.

(52) S/2022/155 et S/PV.8979, 25 février 2022.

(53) AG/Res ES-11/1, par. 2, document publié le 18 mars 2022.

(54) Voy. plusieurs prises de position au sein de l’Assemblée générale ; A/76/PV.59, 23 février 2022.

(55) A/ES-11/PV.1, 28 février 2022. Les cinq voix contre sont celles de la Biélorussie, de la République populaire et démocratique de Corée, de l’Érythrée, de la Russie et de la Syrie.

(56) Résolution ES-11/4, 12 octobre 2022, adoptée par 143 voix pour, 5 contre et 35 abstentions.

tiques plus que juridiques, comme une crainte d'envenimer la situation ou, selon certains, l'existence d'un texte trop déséquilibré⁵⁷. En réalité, seule la Syrie a motivé son vote en déclarant se rallier à l'interprétation de la Charte proposée par la Russie⁵⁸. Le déséquilibre en défaveur de celle-ci est donc radical, d'autant que des condamnations sans ambiguïtés ont encore été prononcées par de nombreuses autres organisations internationales⁵⁹, sans compter les institutions doctrinales⁶⁰ et, même si c'est dans une mesure limitée par l'étendue de leur compétence, par certaines juridictions internationales⁶¹. En somme, l'intervention russe en Ukraine est sans doute celle qui a fait l'objet de la condamnation la plus large de l'histoire du droit international, au-delà même de la guerre d'Irak qui avait ému une très large majorité d'États⁶². De ce point de vue, on est très loin d'un précédent susceptible de témoigner d'une évolution du droit coutumier. On semble plutôt être devant le cas d'une violation sans précédent, au point qu'on a évoqué une menace pour le droit international lui-même.

Cette intervention militaire n'a en effet pas été seulement condamnée massivement comme étant manifestement contraire aux règles les plus fondamentales de la Charte de l'ONU ; elle a aussi été considérée comme une remise en cause de l'ordre juridique international en tant que tel. L'Ukraine a dénoncé « une nouvelle tentative de détruire un ordre de droit basé sur la Charte des Nations unies »⁶³, tandis que Chypre et le Lichtenstein affirmaient que l'opération « sapait » ses bases mêmes⁶⁴. Au-delà des États, la doctrine majoritaire s'est prononcée en ce sens. L'*International Law Association* a estimé que la « stabilité de l'ordre juridique international » était menacée⁶⁵, tandis que la Société belge de droit international dénonçait une « flagrante mise en cause des fondations mêmes sur lesquelles les Nations unies ont été édifiées après les horreurs de la deuxième guerre mondiale », tout en ajoutant que « tous les usages de la force par les États dans les relations internationales ainsi que toutes les interventions militaires et les occupations territoriales contraires à la Charte des Nations unies sont condamnables »⁶⁶. Dans une déclaration de son président et de sa direction, la Société européenne de droit international avançait quant à elle que la référence à d'autres cas de violation du droit international (spécialement dans le chef des États occidentaux) relevait d'une « diversion moralement condamnable et sans aucune pertinence »⁶⁷.

Pourtant, pour comprendre la signification et la portée de cette deuxième guerre d'Ukraine, il faut rappeler non seulement qu'elle fait di-

rectement suite à une première invasion russe qui a débuté en 2014 et qui a abouti à l'occupation et à l'annexion de la Crimée mais aussi, précisément, qu'elle s'inscrit dans une longue lignée de précédents d'opérations militaires illicites menées par de nombreux États. On pense bien sûr aux cas (persistants) d'occupation voire d'annexion comme ceux de parties des territoires palestiniens ou syriens par Israël, du Sahara occidental par le Maroc, de Chypre Nord par la Turquie ou du Nagorno-Karabakh par l'Arménie⁶⁸. Mais, plus généralement, il est difficile de ne pas comparer l'intervention russe actuelle à d'autres précédents dans lesquels l'idée même d'un ordre international basé sur la mise à l'écart de la règle comme moyen de règlement des différends semble avoir été bafouée, comme l'illustrent les cas emblématiques de l'intervention militaire de l'OTAN en Yougoslavie (1999) et de la guerre menée par une coalition dirigée par les États-Unis en Irak (en 2003), sans même évoquer l'opération contestée du renversement du régime de M. Kadhafi en Libye (en 2011) ou les actions militaires menées en Syrie (2017-2018) au-delà ou en l'absence de toute autorisation du Conseil de sécurité⁶⁹. Vue sous cet angle, la deuxième guerre d'Ukraine pourrait être perçue comme une nouvelle preuve des limites voire de l'inexistence même du droit international. Pourtant, ce qui frappe également à l'analyse de ce précédent comme de tous les autres, c'est que les États intervenants sont loin d'assumer une remise en cause de l'ordre juridique établi par la Charte des Nations unies. En réalité, ils n'écarteront pas ce droit comme cadre de référence pertinent ; ils l'interprètent en tentant d'offrir des justifications qui, si elles étaient acceptées par les autres États, pourraient mener, au-delà d'une éventuelle violation dans le cas d'espèce, à une certaine évolution du droit à long terme. Mais, comme on l'a vu, un tel scénario est loin de se réaliser. Au contraire, c'est à une réaffirmation de la pertinence des règles de la Charte que se sont livrés les membres des Nations unies. Comme l'a proclamé le représentant de la Jamaïque, en paraphrasant l'un de ses plus illustres compatriotes, l'épisode de la guerre en Ukraine a surtout révélé, dans le chef de la plupart des membres des Nations unies une volonté de « *get up, stand up, stand up for the[ir] rights* »⁷⁰.

Olivier CORTEN

Professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles,
Centre de droit international⁷¹

(57) Voy. par exemple les positions de l'Iran ou de l'Afrique du sud ; A/ES-11/PV.5, 2 mars 2022.

(58) Voy. les propos du représentant de la Syrie dans A/ES-11/PV.2, 28 février 2022.

(59) Voy. par exemple Joint statement by OSCE Chairman-in-Office Rau and Secretary General Schmid on Russia's launch of a military operation in Ukraine, 24 février 2022 ; Statement from Chair of the African Union, H.E. President Macky Sall and Chairperson of the AU Commission H.E. Moussa Faki Mahamat, on the situation in Ukraine, 24 février 2022 ; O.E.A., Statement from the OAS General Secretariat on the Russian Attack on Ukraine, 24 février 2022.

(60) Institut de droit international, Déclaration sur l'agression en Ukraine, 1^{er} mars 2022 ; Belgian Society of International Law, Statement About the Situation in Ukraine ; Société française pour le droit interna-

tional, Communiqué de la SFDI sur l'agression de l'Ukraine par la Fédération de Russie, 25 février 2022 ; German Society of International Law, Statement of the Board and Council of the German Society of International Law (DGIR) on the Russian Attack on Ukraine, 24 février 2022 ; American Society of International Law, Statement of ASIL President Catherine Amifrar Regarding the Situation in Ukraine, 23 février 2022.

(61) Voy. en particulier ci-dessus, l'ordonnance de la Cour internationale de justice du 16 mars 2022.

(62) O. CORTEN, « Opération *Iraqi Freedom* : peut-on accepter l'argument de l'autorisation implicite du Conseil de sécurité ? », *Revue belge de droit international*, 2003, pp. 205-247.

(63) A/76/715 - S/2022/133 ; voy. aussi A/76/716 - S/2022/143.

(64) A/ES-11/PV.4, 1 March 2022, 15 (Chypre) ; A/ES-11/PV.1, 28 février

2022, 6 (Lichtenstein) ; voy. aussi A/ES-11/PV.3, 1^{er} mars 2022 (Saint-Vincent-et-Grenadine) ; ainsi que le premier ministre du Japon le 3 août 2022, disponible en ligne <https://www.ukrinform.net/rubric-politics/3556532-pm-kishida-russias-aggression-against-ukraine-shatters-international-legal-order-not-only-in-europe.html>.

(65) International Law Association, ILA Statement on the Ongoing and Evolving Aggression In and Against Ukraine, 3 mars 2022.

(66) Société belge de droit international, Statement about the situation in Ukraine, *The President, Vice-Presidents and Secretary-General of the Belgian Society of International Law*.

(67) Une « morally corrupt and irrelevant distraction », pour reprendre les termes exacts de la déclaration : Statement by the President and the Board of ESIL on the Russian Aggression against Ukraine, 24 février

2022.

(68) A. LAGERWALL, *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international*, précité.

(69) O. CORTEN et V. KOUTROULIS, « The Illegality of the Military Support to the Rebels in the Libyan War : aspects of *jus contra bellum* and *jus in bello* », *Journal of Conflict and Security Law*, 2013, pp. 59-93 ;

« L'argumentation des États européens pour justifier une intervention militaire contre l'"État islamique" en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », *Revue belge de droit international*, 2016, pp. 31-67.

(70) A/ES-11/PV.3, 1^{er} mars 2022.

(71) Cet article s'appuie en partie sur une recherche menée avec Vaïos Koutroulis, professeur à l'Université libre de Bruxelles au Centre de droit international.

Les hostilités entre la Russie et l'Ukraine au regard du droit international humanitaire

1. Pour rappel, tout conflit armé, interne ou international, comporte deux types de situations : d'une part, l'affrontement direct entre les belligérants et, d'autre part, la situation des personnes se trouvant au pouvoir de l'ennemi. Ce sont ces deux types de situations que régit ce qu'on appelle le droit international humanitaire (DIH).

Ce droit n'a d'« humanitaire » que le nom car c'est un droit qui permet de tuer, de blesser, de priver de liberté et de détruire, bref, un droit qui permet d'affecter ce qui est le plus cher à tout être humain : sa vie, son intégrité corporelle, sa liberté, ses biens. Ce droit n'en est pas moins qualifié d'humanitaire car il entend alléger la souffrance des victimes en limitant juridiquement, d'une part, les moyens de nuire à l'ennemi (ce qu'on appelle le « droit de La Haye »), d'autre part, la manière pour les belligérants de traiter les ressortissants ennemis en leur pouvoir (ce qu'on appelle le « droit de Genève »).

2. On parle de « droit de La Haye » et de « droit de Genève » car c'est principalement dans ces deux villes que les États ont adopté la plupart des règles relatives aux situations d'affrontement (conventions de La Haye de 1899 et 1907) et celles relatives au traitement des personnes au pouvoir de l'ennemi (conventions de Genève de 1864, 1906, 1929, 1949, 1977, 2005). En réalité, les conventions de La Haye comme celles de Genève comportent aussi des règles relatives à ces deux types de situations mais c'est un raccourci terminologique commode que de garder l'expression « droit de La Haye » pour désigner les règles de l'affrontement et l'expression « droit de Genève » pour les règles régissant l'autorité d'un belligérant sur les personnes ennemies en son pouvoir.

3. Concernant la nature du conflit, la guerre russo-ukrainienne est un conflit armé de caractère international dès lors qu'il oppose deux États indépendants — la Russie et l'Ukraine. Dans ces conditions, il est soumis à l'ensemble des règles du DIH¹.

4. Enfin, il est utile de rappeler d'emblée que l'application de l'ensemble de ces règles est soumise au principe de l'égalité des belligérants. Ce principe prévoit que les règles du DIH s'appliquent de la même manière à toutes les parties au conflit, « sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les parties au conflit (...) »². Cela signifie que l'illicéité du recours à la force de la part de la Russie et la licéité de celui de l'Ukraine à la lumière de la Charte des Nations unies³ n'influencent pas — ou en tout cas ne devraient pas influencer — l'application des règles en question : les victimes de la guerre auront droit à la même protection qu'elles appartiennent à la Russie ou à l'Ukraine⁴. Le principe a l'air simple mais en réalité son application n'est pas toujours aussi aisée qu'il n'y paraît à première vue, comme en témoigne la réaction du gouvernement ukrainien à la publication en août 2022 par Amnesty International d'un communiqué faisant état de certaines violations commises par les forces armées ukrainiennes⁵. En effet, à la suite de la publication du communiqué, le président ukrainien Volodymyr Zelensky a fait la déclaration suivante :

« L'agression contre notre État est injustifiée, invasive et terroriste. Si quelqu'un rédige un rapport dans lequel la victime et l'agresseur sont, d'une certaine manière, mis sur un pied d'égalité, si certaines données sur la victime sont analysées et que les actions de l'agresseur sont ignorées, cela ne peut être toléré »⁶.

Afin de rejeter les conclusions d'Amnesty International, cette déclaration invoque, d'une part, l'existence de l'agression de la Russie (faisant allusion à l'illicéité du recours à la force), d'autre part, le fait que l'Ukraine est la victime de cette agression (renvoyant ainsi au caractère juste des opérations militaires ukrainiennes). Pour compréhensible qu'il puisse être d'un point de vue politique, l'argument cherchant à justifier les violations des règles du DIH en se référant aux causes de la guerre va à l'encontre du principe de l'égalité des belligérants mentionné ci-avant⁷.

1 Droit de La Haye⁸

5. Le droit de La Haye énonce les règles conventionnelles et coutumières relatives à la conduite des hostilités. Les règles conventionnelles apparaissent, notamment, dans divers instruments multilatéraux adoptés à Saint-Petersbourg en 1868, à La Haye en 1899, 1907, 1954, 1999, et à Genève en 1925, 1949 et 1977⁹. Quant aux règles coutumières, elles ont fait l'objet d'une codification par le CICR en 2005¹⁰. Sans entrer dans le détail de cette liste de textes, liste d'ailleurs non exhaustive, la présente analyse s'y référera pour déterminer les règles applicables aux situations d'affrontement décrites par les médias depuis le début de l'« opération militaire spéciale », qualifiée ainsi par la Russie et menée par celle-ci contre l'Ukraine depuis le 24 février 2022¹¹.

6. Cette qualification unilatérale ne masque pas, bien sûr, le fait qu'il s'agit d'une guerre d'agression pure et simple menée par un État contre un autre, une agression répondant à la définition donnée à ce terme par l'Assemblée générale des Nations unies en 1974¹², donc, non seulement, une violation flagrante du droit international, mais aussi, un crime de droit international appelé « crime contre la paix » dans le Statut (article 6, a) et le jugement du Tribunal de Nuremberg (1946) ainsi que dans la définition précitée de l'AGNU (article 5, § 2) et requalifié en « crime d'agression » par le Statut de la Cour pénale internationale (article 8bis) même si la Cour ne peut en connaître vu que la Russie n'a pas reconnu sa compétence et que, sur ce point (mais uniquement celui-là), la reconnaissance du Statut de la Cour par l'Ukraine est insuffisante¹³.

3. Pour analyser le droit de La Haye applicable à cette guerre, on distinguera les obligations de l'attaquant (A) et celles de l'attaqué (B).

(1) E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 6^e éd., §§ 1.61 et s.

(2) Premier Protocole additionnel de 1977, préambule, cinquième considérant.

(3) Voy. sur cette question la contribution d'Olivier Corten à ce numéro.

(4) Pour plus de détails concernant le principe de l'égalité des belligérants, voy. parmi d'autres, V. KOUTROULIS, « And Yet It Exists : In Defence of the "Equality of Belligerents" Principle », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 449-472.

(5) « Ukraine : les tactiques de combats ukrainiennes mettent en danger la population civile », Amnesty International, communiqué de presse, 4 août 2022 : <https://www.amnesty.be/infos/actualites/ukraine-danger-population-civile>.

(6) « Volodymyr Zelensky fustige le dernier rapport d'Amnesty International », *Euronews* avec AFP, 5 août 2022 : <https://fr.euronews.com/2022/08/05/volodymyr-zelensky-fustige-le-dernier-rapport-damnesty-international>.

(7) Voy. J. GRIGNON, « Cause juste et respect du droit international humanitaire : à propos du "rapport" d'Amnesty International », *Le Rubicon*, 15 août 2022 : <https://lerubicon.org/publication/cause-juste-et-respect-du-droit-international-humanitaire-a-propos-du-rapport-damnesty-international-2/>.

(8) E. David est l'auteur de cette partie de la présente contribution.

(9) Textes in E. DAVID, V. KOUTROULIS, F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 8^e éd., 2018, 790 p.

(10) *Ibidem*.

(11) Invasion de l'Ukraine par la Russie en 2022, sur Wikipédia : https://fr.wikipedia.org/wiki/Invasion_de_l%27Ukraine_par_la_Russie_en_2022.

(12) A/RES/3314 (XXIX), 14 décembre 1974.

(13) E. DAVID, « Aggression, crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide », §§ 10 et s., sur le site *web de Justice en ligne*, https://www.justice-en-ligne.be/spip.php?page=recherche&id_mot=2892, 24 avril 2022.

A. Les obligations de l'attaquant

7. Selon la formule à la fois simple et jolie de Jean Pictet — le père des commentaires des Conventions de Genève de 1949 (CG) —, dans un conflit armé, on ne peut pas attaquer « n'importe qui, n'importe quoi, n'importe comment »¹⁴. Quand on parle de « l'attaquant », cela concerne aussi bien l'agresseur que l'agressé, aussi bien les forces gouvernementales que les forces rebelles. Conformément au principe de l'égalité des belligérants dans le droit des conflits armés¹⁵, le DIH s'applique indépendamment de la qualité des parties ou de la légitimité des causes qu'elles poursuivent : ce qui importe au regard de ce droit, c'est la protection des victimes, matière qui relève du *ius in bello* (autre qualification donnée au DIH), non la licéité du déclenchement des hostilités, licéité qui, elle, relève du *ius contra bellum*. Par conséquent, l'interdiction d'attaquer n'importe qui, n'importe quoi ou n'importe comment s'applique aussi bien aux forces russes qu'aux forces ukrainiennes. Ici, le terme « attaquant » désigne simplement l'auteur de toute opération armée, qu'elle soit offensive ou défensive. L'article 49 du 1^{er} Protocole de 1977 additionnel (PA) aux CG de 1949 définit le mot « attaque » comme étant les « actes violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs ». Le commentaire de la dis-

position précise : « [...] l'attaque, au sens du Protocole, est sans rapport avec la notion d'agression ou de premier recours à la violence ; il s'agit tout simplement de l'emploi de la force des armes pour réaliser une opération militaire au début ou au cours d'un conflit armé. Les questions relatives à la responsabilité dans le déclenchement du conflit sont d'une toute autre nature » (réf. omises)¹⁶.

On va examiner le respect de ces trois principes (ne pas attaquer n'importe qui (1), n'importe quoi (2), n'importe comment (3) dans ce conflit.

1. Ne pas attaquer n'importe qui

8. Le principe de distinction entre combattants et non-combattants est un principe de base du DIH. Il est énoncé dès 1868 dans la Déclaration de Saint-Pétersbourg qui dispose que « le seul but légitime que les États doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces *militaires* de l'ennemi » (italiques ajoutées). Le principe se retrouve, implicitement, à l'article 25 du règlement de La Haye annexe à la 4^e Convention de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre qui « interdit d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus ». La règle est encore répétée dans les Protocoles de 1977 additionnels (PA) aux CG de 1949¹⁷, tous textes auxquels la Russie et l'Ukraine sont parties, depuis respectivement, le 1^{er} septembre 1989 et le 25 janvier 1990¹⁸.

9. Les médias rapportent deux exemples significatifs de situations où la règle de distinction n'a pas du tout été respectée : le meurtre de civils dans la localité de Boutcha, à 50 km de Kiev, et les pertes en vies humaines lors du bombardement d'immeubles civils dans diverses villes d'Ukraine.

En ce qui concerne l'épisode de Boutcha, la relation qu'en fait Wikipédia¹⁹ est, hélas, affreusement édifiante : des gens ont été abattus alors qu'ils faisaient leurs courses, promenaient leur chien, circulaient à vélo ou en voiture²⁰. Ils ne combattaient pas et leur meurtre violait

évidemment les règles les plus élémentaires du DIH (Déclaration de Saint-Pétersbourg ; 1^{er} PA, article 51, § 2 ; DIH coutumier, règles 1-2). Comme les victimes circulaient simplement lorsqu'elles ont été tuées, elles n'étaient pas au pouvoir de l'ennemi ; il s'agissait donc bien de violations du droit de La Haye mais il faut y ajouter, dans le cas de Boutcha, des gens torturés et abattus chez eux ou alors qu'ils avaient les mains liées et qu'ils étaient donc au pouvoir de l'ennemi au moment de leur meurtre, ce qui s'apparente à des violations du droit de Genève. Ces faits ne sont pas seulement des violations du droit de La Haye ou du droit de Genève, selon les circonstances, ce sont aussi des crimes de guerre (1^{er} PA, article 85, § 3, a), voire, des crimes de génocide dès lors que, d'une part, ces gens ne semblent avoir été massacrés qu'en raison de leur nationalité ukrainienne — un des critères du génocide dans la Convention de 1948 sur la répression du crime de génocide (article II) —, d'autre part, qu'il s'agit d'un acte de génocide ne requiert pas un nombre minimal de victimes²¹ : la Convention de 1948 parle de « génocide » à propos de meurtres « commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe *national*, ethnique, racial ou religieux, comme tel » (italiques ajoutées) (article II). Or, dans le cas des massacres de Boutcha, selon Wikipédia,

« Le maire de Boutcha, Anatoliy Fedorouk, déclare que, juste le premier jour après la libération de Boutcha, les autorités locales ont enterré 280 personnes de la ville dans deux fosses communes. De plus, les habitants de Boutcha avaient déjà enterré 57 autres corps dans une autre fosse commune le 12 mars »²² (réf. omises).

En ce qui concerne les bombardements de civils, les nombreuses images d'immeubles civils détruits par les bombardements russes²³ montrent que l'interdiction d'attaquer des civils a été loin d'être respectée, ce qui est, bien sûr, aussi une violation majeure du DIH.

10. L'argument justificatif classique avancé par les auteurs de ce type de violation est de dire que les dommages causés aux civils sont des dommages collatéraux consécutifs au fait que des combattants se trouvaient dans les immeubles civils. Le DIH admet, en effet, de tels dommages mais à condition qu'ils ne soient pas « excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu » (1^{er} PA, article 51, § 5, b, et aussi, DIH coutumier, règle n° 14).

Était-ce le cas ? Il s'agit évidemment d'une question de fait qui doit être évaluée au cas par cas, pour chaque bombardement, ce qu'il est impossible de faire ici. On peut toutefois tenter une appréciation globale sur la base des chiffres qu'on trouve sur Internet. Ainsi, le gouvernement ukrainien estime qu'entre le 24 février et le 4 juin 2022, les pertes civiles atteindraient un chiffre allant de 11.382 à 27.382 tués dont 4.600 tués confirmés à la date du 23 mai 2022²⁴. Pour le Commissariat aux droits de l'homme de l'Office des droits humains des Nations unies (OHCHR), au 8 août 2022, il y aurait eu 5.401 civils tués et 12.687 blessés²⁵. En rapportant la somme de ces deux derniers chiffres (donc, largement inférieurs à ceux cités par l'Ukraine) aux pertes de matériel militaire ukrainien qui, selon Wikipédia, s'élevaient au 9 août 2022 à 1.454 véhicules et engins de combat (chars, aéronéfs, camions, systèmes d'artillerie divers, etc.)²⁶, on obtient, approximativement, un rapport de 18 victimes civiles pour un élément de matériel militaire détruit. Il serait absurde de dire que ce rapport n'est pas « excessif par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu » : il s'agissait donc de bombardements indiscriminés violant les dispositions précitées (ci-dessus) ainsi que les règles 11-13 du DIH coutumier,

(14) J. PICTET, *Les principes de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1955, pp. 52 et s.

(15) E. DAVID, *Principes ... op. cit.*, § 3.1.

(16) CICR, *Commentaire de 1987*, § 1882.

(17) 1^{er} PA, article 48 : « En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires ». Dans le même sens, règle n° 1 du DIH coutumier.

(18) Tableau des ratifications aux instruments de DIH sur le site web du CICR, file:///Users/ericdavid/Downloads/IHL_and_other_related_Treaties-1.pdf.

(19) https://fr.wikipedia.org/wiki/Massacre_de_Boutcha.

(20) *Ibidem*.

(21) TPIR, aff. ICTR-00-55A-T, *Muvunyi*, 12 septembre 2006, § 483. CPI, aff. ICC-02/05-01/09, *Al Bashir*, 4 March 2009, §§ 119, 134.

(22) https://fr.wikipedia.org/wiki/Massacre_de_Boutcha.

(23) Voy. par exemple, sur Google les images <https://www.google.be/search?xsrf=ALiCzsavsv7JbdUKIh-hiTAUNracQY-tMQ:1660027984835&source=univ>

&tbm=isch&q=bombardement+ukraine&fir=IBSGZ-WUFaRX-QM%252CZh26MLQkKIL-BgM%252C_%253BaLsH-KlIQNywLrM%252CrovDxdmOYrNXfM%252C_%253BHsXZIX94ILky-cM%252CX4xhvLJPA4uO9M%252C_%253B46PR4qbGsAslJM%252C7fGvOtZ4YOT1VM%252C_%253Bk0mUdZJzD1hvBM%252CaybjO8onBxgHlM%252C_%253BZueBy15o301nCM%252Cz2F7oR7uDZ2usM%252C_%253B01QalxZzkASMBM%252CUZ8P9v7NG-K6RM%252C_%253BGOmZn4QIA_cGaM%252CTa2MBJ2IESNMAM%252C_%253BLoeY5KCzPgp2M%252CvE9rUMMxUQpEJM%252C_%253B4BSGjNHfYA_WcM%252C

CECOjouxpmzbEPM%252C_&usg=Ai4_-kSKZVjhCkEH5J_47Ck-pEFnxmceSA&sa=X&ved=2ahUKewiyremSlrn5AhWFq6QKHruXBGcQ7Al6BAGaEdg&biw=1099&bih=649&dpr=1.

(24) Wikipédia, v° « Pertes humaines de la guerre russo-ukrainienne », sur https://fr.wikipedia.org/wiki/Pertes_humaines_de_la_guerre_russo-ukrainienne#cite_note-72.

(25) <https://www.ohchr.org/en/news/2022/08/ukraine-civilian-casualty-update-8-august-2022>.

(26) Wikipédia, v° « Invasion de l'Ukraine par la Russie en 2022 », sur https://fr.wikipedia.org/wiki/Invasion_de_l'_Ukraine_par_la_Russie_en_2022.

des faits que l'on peut aussi qualifier de crimes de guerre (1^{er} PA, article 85, § 3, a-b).

11. À cette violation des règles interdisant et incriminant des attaques contre des civils s'ajoute la violation de l'obligation de veiller « constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil » en faisant « tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires » (obligation de précaution, 1^{er} PA, article 57, § 2, a, i ; DIH coutumier, règles 15 et s.). Un triste exemple de négligence et, donc, de violation de cette règle est la frappe russe dirigée, le 24 août, contre la gare de Tchapliné, au centre de l'Ukraine, qui a fait vingt-cinq morts et trente et un blessés²⁷, apparemment, tous des civils. Si les gares et les voies les chemins de fer peuvent apparaître comme des objectifs militaires²⁸, dans la mesure où « leur utilisation apporte une contribution effective à l'action militaire » (1^{er} PA, article 51, § 2 ; DIH coutumier, règle 8), rien ne montre que tel était le cas de cette gare. En eût-il été autrement, les forces russes devaient alors avertir la population civile ukrainienne (1^{er} PA, article 57, § 2, c ; DIH coutumier, règle 20) que la gare et ses abords immédiats étaient des objectifs susceptibles d'être attaqués. La Russie n'en a rien fait et a donc commis une double violation du DIH en frappant des civils et en ne lançant pas d'avertissement préalable.

12. *Quid* de l'attentat commis contre l'ultranationaliste Alexandre Douguine, le 21 août dernier, près de Moscou, attentat qui a tué sa fille, Daria Douguina ? Cet attentat a pu être perpétré, soit, par des Ukrainiens infiltrés en Russie, soit, par des opposants russes à Poutine, A. Douguine étant connu pour ses positions favorables à la guerre menée contre l'Ukraine²⁹. Si l'Ukraine est derrière cet attentat, il s'agirait d'une violation de l'interdiction d'attaquer des civils non combattants (1^{er} PA, article 51, § 2 ; DIH coutumier, règle 1) : l'approbation d'A. Douguine et de sa fille à la guerre menée par la Russie ne fait pas d'eux des combattants³⁰. Si cet attentat est le fait d'opposants politiques, cela reste un attentat terroriste pur et simple³¹ incriminé par le droit international en temps de paix³² comme en temps de guerre (1^{er} PA, article 85, § 3, a).

2. Ne pas attaquer n'importe quoi

13. Outre les biens de caractère civil, le DIH interdit d'attaquer des biens culturels et des lieux de culte, les biens indispensables à la survie de la population civile, l'environnement naturel (si cela produit des dommages étendus, durables et graves), les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses (1^{er} PA, articles 53-56 ; DIH coutumier, règles 38-44). C'est au regard de ces règles que se pose la question de la licéité des attaques dirigées contre des infrastructures civiles (a) et contre les centrales nucléaires ukrainiennes de Tchernobyl et de Zaporijjia (b).

a. Les attaques dirigées contre des infrastructures civiles

14. À l'une ou l'autre reprise, on a évoqué des attaques dirigées contre des infrastructures civiles, à savoir, le bombardement de « zones résidentielles » dans l'est de l'Ukraine, tant par les forces russes que par les forces ukrainiennes³³. Les armes à sous-munitions utilisées par les forces russes ont causé « des centaines de victimes civiles » et endommagé « des habitations, des écoles et des hôpitaux »³⁴. Indépendamment de l'illicéité de l'emploi d'armes à sous-munitions (*infra*, § 21), le DIH interdit formellement d'attaquer des zones résidentielles et des installations sanitaires (1^{er} PA, article 52 ; règlement de La Haye, article 27). La justification classique de ces attaques est la présence de combattants dans ces lieux mais, comme on vient de le voir, l'argu-

ment n'est acceptable que si les dommages causés à ces biens ne sont pas disproportionnés au regard de l'avantage militaire direct espéré (*supra*, § 10).

Le raisonnement s'applique aussi à des biens à double usage : voies de communication, ponts, gares...

15. *Quid* des coupures d'électricité imposées par la Puissance occupante à l'État occupé ? L'approvisionnement d'un pays en électricité est aussi une fonction à double usage puisque l'électricité sert aussi bien à des fins civiles que militaires. Le raisonnement précité pourrait, éventuellement, justifier des coupures partielles et temporaires d'électricité à condition, toutefois, d'avoir d'abord averti la population civile affectée³⁵. Par contre, s'il s'agit d'une interruption généralisée ou quasi permanente des fournitures d'électricité, elle affecterait l'ensemble d'une population civile en ce compris des services vitaux tels que les services de distribution de nourriture, les installations sanitaires et la protection civile³⁶ (on y reviendra, *infra*, § 17).

b. Les attaques dirigées contre les centrales nucléaires ukrainiennes de Tchernobyl et de Zaporijjia

16. Si ces centrales ne semblent pas avoir été attaquées, les forces russes s'en sont emparées (24 février et 4 mars 2022). Ces centrales sont bien des « installations contenant des forces dangereuses ». Elles sont toujours occupées par les forces russes sans y causer, semble-t-il, de dégât matériel majeur³⁷. Si ce fait ne s'apparente pas à une attaque telle que définie par l'article 49 du 1^{er} PA (*supra*, § 7), la centrale nucléaire de Zaporijjia a, toutefois, été bombardée par les forces russes, le 4 mars 2022, ce qui a causé un incendie mais sans dommage pour les équipements essentiels de la centrale³⁸. Ce bombardement n'en demeure pas moins une attaque interdite par l'article 56 du 1^{er} PA car il aurait pu causer des dommages suffisants pour entraîner des fuites radioactives.

Cette centrale a subi un nouveau bombardement endommageant des capteurs de radiation, le 11 août 2022³⁹. Kiev et Moscou s'accusent mutuellement d'être l'auteur de ce bombardement⁴⁰. Comme la centrale est occupée par les Russes et comme elle appartient à l'Ukraine, aucun des deux États n'a intérêt à la bombarder ; la frappe relèverait donc plus du hasard que d'une volonté intentionnelle de l'une ou l'autre des parties mais elle n'en est pas moins illicite et entraîne la responsabilité internationale de son auteur car l'erreur ne fait pas partie des circonstances excluant l'illicéité d'une violation du droit international⁴¹. Comme on ignore qui est l'auteur du fait, on ne peut en imputer la responsabilité à l'une des deux parties belligérantes, mais comme elle est une des conséquences de l'agression russe contre l'Ukraine, la Russie en porte, au moins, une part de responsabilité.

17. *Quid* de coupures d'électricité par la Puissance occupante ? Ces coupures affectant directement la population civile, elles sont assimilables à des attaques dirigées contre celle-ci et sont, donc, illicites (*cf.* 1^{er} PA, article 51, § 2 ; DIH coutumier, règle 1). Même si l'on pouvait prouver que la centrale de Zaporijjia apporte « une contribution effective à l'action militaire » (1^{er} PA, article 52, § 2 ; DIH coutumier, règle 8) de l'Ukraine, ce qui justifierait, en droit, la coupure d'électricité⁴², elle n'en affecterait pas moins une partie tellement substantielle de la population ukrainienne, y compris des installations sanitaires, qu'elle serait disproportionnée « par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu » et serait, de ce fait, illégale (1^{er} PA, article 51, § 5 ; DIH coutumier, règle 14).

Les mêmes conclusions s'appliquent aux attaques de centrales électriques en octobre 2022, attaques qui affectent gravement la population civile : selon un dirigeant ukrainien, « Plus d'un million de foyers sont sans électricité en Ukraine à la suite de frappes russes sur des infrastructures énergétiques dans le pays »⁴³ : même si ces centrales

(27) *Le Soir*, 25 août 2022.

(28) E. DAVID, *Principes ... op. cit.*, § 49.

(29) <https://www.france24.com/fr/europe/20220822-la-mort-de-daria-douguina-un-attentat-qui-met-vladimir-poutine-sous-pression>.

(30) Voy. la définition de la participation directe aux hostilités in *Recommandations du CICR relatives à l'interprétation du DIH en ce qui concerne la notion de participation*

directe aux hostilités, 2009, V.

(31) Voy. la définition du terrorisme in *Convention du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme*, article 2.

(32) Voy. les résolutions du Conseil de sécurité S/RES/1373 du 28 septembre 2001 et 2178 du 24 septembre 2014.

(33) *Le Soir*, 31 juillet 2022 ; 1^{er} septembre 2022.

(34) *Ibidem*, 25 août 2022.

(35) E. DAVID, *Principes ... op. cit.*, §§ 2.277 et s.

(36) Sur la protection de biens civils, *ibidem*, §§ 2.45-2.60.

(37) Wikipédia, v^o « Invasion de l'Ukraine par la Russie en 2022 », sur https://fr.wikipedia.org/wiki/Invasion_de_l%27Ukraine_par_la_Russie_en_2022.

(38) *Ibidem*.

(39) *Le Soir*, 11 août 2022.

(40) *Ibidem*.

(41) Articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, in *A/RES/56/83*, 12 décembre 2001, articles 20-25.

(42) Pour un débat sur la question, E. DAVID, *Principes ... op. cit.*, § 2.53.

(43) <https://www.liberation.fr/international/europe/ukraine-face-aux-frappes-russes-sur-les-centrales-electriques-kyiv-craint-une-catastrophe-humanitaire-20221022>

peuvent contribuer à l'action militaire des forces armées ukrainiennes, il est évident que l'effet de ces destructions sur les populations civiles est totalement disproportionné par rapport à l'avantage militaire concret direct espéré (1^{er} PA, article 52, § 2, et article 57, § 2, a, ii)⁴⁴. Ces attaques sont donc clairement illicites.

18. L'intervention de l'AIEA par l'envoi d'experts à Zaporijjia⁴⁵ et la demande de l'AIEA d'y établir « une zone de sécurité »⁴⁶ peuvent être considérées comme des formes d'instauration par accord des belligérants d'une « zone neutralisée ». La mise en œuvre de ces zones est prévue par la 4^e CG (article 15) et le DIH coutumier (règle 35). Ces zones sont destinées à mettre à l'abri des combats les blessés, les malades, et les civils qui ne participent pas au combat et ne se livrent à aucune activité de caractère militaire pendant leur séjour dans cette zone⁴⁷. Une zone de sécurité à Zaporijjia s'inscrirait dans ce cadre.

19. Des destructions ont eu lieu sur le territoire russe : dépôt de carburant à Belgorod, dépôts de munitions en Crimée⁴⁸. S'il s'agit de faits attribuables à l'Ukraine qui ne les a cependant pas revendiqués, il s'agirait, de toute façon, d'actions licites dirigées contre des objectifs clairement militaires avec peu ou pas de dommages collatéraux.

3. Ne pas attaquer n'importe comment

20. Le DIH interdit l'utilisation de certaines armes ; il s'agit,

— soit, d'armes spécifiques, nommément désignées, telles que les armes chimiques et bactériologiques, les mines antipersonnel, les armes à sous-munitions, dans certaines conditions, les armes incendiaires et les armes nucléaires⁴⁹,

— soit, d'armes interdites en raison de leurs effets : armes qui rendent la mort inévitable ou qui causent des maux superflus ou encore qui ont des effets indiscriminés. Si les forces russes et ukrainiennes n'ont généralement utilisé que des armes conventionnelles classiques, les forces russes ont toutefois eu recours à des armes à sous-munitions (a) et à des armes thermobariques (b).

a. Les armes à sous-munitions

21. L'emploi de ces armes est interdit par la Convention de Dublin-Oslo⁵⁰ du 30 mars 2008 mais ni la Russie ni l'Ukraine n'y sont parties⁵¹. On peut néanmoins soutenir que ces armes ont des effets indiscriminés car, même lorsqu'elles sont dirigées contre des objectifs militaires, beaucoup de bombinettes (les sous-munitions) contenues dans la bombe principale n'explorent pas immédiatement (ce serait le cas de 40 % d'entre elles⁵²) et se répandent sur une aire très étendue fréquentée par des civils à la fin des combats. Or, les bombinettes non explosées (qui peuvent ressembler à d'inoffensives canettes de boissons⁵³) n'en restent pas moins actives et peuvent exploser si on les touche par inadvertance ou ignorance de leur dangerosité⁵⁴. Selon l'ONG Handicap international, « les civils représentent 97 % des victimes recensées »⁵⁵. Il est donc permis de conclure que l'emploi de ces armes viole l'interdiction coutumière d'utiliser des moyens de combat dont « les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le [DIH] » (DIH coutumier, règle 12).

b. Les bombes thermobariques

22. Autre merveille d'inventivité du génie humain ..., les bombes thermobariques ou bombes à vide ou encore *fuel air explosives* sont des bombes qui utilisent tout l'oxygène de l'air dans un rayon qui, pour les

plus puissantes de ces bombes, peut atteindre 300 m à partir du lieu de l'explosion⁵⁶. Les personnes qui se trouvent dans le rayon de celle-ci sont, paraît-il, « instantanément vaporisées »⁵⁷ et celles qui sont à proximité subissent « de graves lésions internes dues à l'onde de choc »⁵⁸. De telles armes contreviennent à l'interdiction d'utiliser des armes qui « voudraient leur mort [celle d'êtres humains] inévitable » (Déclaration de Saint-Petersbourg, 1868). Cela peut, bien sûr, sembler naïf d'invoquer une règle vieille d'un siècle et demi et qui n'a pas été répétée par la suite mais qui n'a, non plus, jamais été formellement dénoncée et qui, d'ailleurs, trouve une descendance dans l'esprit de la clause Martens. Or, celle-ci figure dans le préambule des 2^e et 4^e Conventions sur les lois et coutumes de la guerre adoptées à La Haye, respectivement en 1899 et 1907, dans les dispositions finales des CG (article commun 63/62/142/158) et dans les deux PA de 1977 (1^{er} PA, article 1, § 2 ; 2^e PA, préambule, 4^e alinéa) ; cette clause dispose :

« En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique »⁵⁹.

À part les inventeurs et utilisateurs de cette bombe, qui oserait soutenir que son usage n'est pas contraire aux « lois de l'humanité et [aux] exigences de la conscience publique » les plus élémentaires ?

* * *

23. La Russie est loin d'avoir respecté les règles de base du droit de La Haye : bombardement d'immeubles civils, meurtre de civils, utilisation d'armes prohibées en raison de leurs effets, outre la violation de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales, la campagne de Russie en Ukraine ne fera pas partie des faits glorieux de l'histoire de la Russie ; c'est une tache sanglante et indélébile que Poutine et son administration laisseront sur la patrie de Tolstoï, Dostoïevski, Tchaïkovski, Rachmaninov et tant d'autres magnifiques artistes. Une inconséquence difficile à éviter car la guerre est un phénomène criminogène par excellence : quand on peut tuer l'autre dans certaines conditions, il est difficile de garder des repères et le pas est vite franchi d'aller bien au-delà de ce qui est permis même si, aujourd'hui, des militaires commencent à se persuader des vertus du DIH et à en appliquer les dispositions⁶⁰.

* * *

B. Les obligations de l'attaqué

24. La partie belligérante attaquée doit veiller à ne pas placer d'objectifs militaires au sein ou à proximité de populations civiles et de biens civils. L'article 58 du 1^{er} PA dispose :

« Dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible, les Parties au conflit :

- » a) s'efforceront, sans préjudice de l'article 49 de la IV^e Convention, d'éloigner du voisinage des objectifs militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité ;
- » b) éviteront de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées ;

5PQTQPLAWBBMBO5FFARE-QIBP6M.

(44) Développements in, E. DAVID, *Principes ...*, op. cit., § 2.53.

(45) <https://news.un.org/fr/story/2022/09/1126302>.

(46) <https://www.france24.com/fr/europe/20220906-ukraine-le-der-nier-r%C3%A9acteur-de-la-centrale-de-zaporijjia-d%C3%A9branch%C3%A9>.

(47) E. DAVID, *Principes ...* op. cit., § 2.61.

(48) *Le Monde*, 18 août 2022, sur <https://www.lemonde.fr/international/live/2022/08/18/ guerre-en-ukraine-en-direct-volodymyr-ze-lensky-exclut-toute-negociation-de>

paix-avec-moscou-sans-le-retrait-prealable-des-troupes-russes_6138327_3210.html.

(49) Sur les sources de ces interdictions, E. DAVID, *Principes ...* op. cit., §§ 2.149-2.252a.

(50) Le texte de la Convention a été adopté à Dublin et ouvert à la signature à Oslo.

(51) file:///Users/ericdavid/Downloads/IHL_and_other_related_Treaties-2.pdf.

(52) <https://www.handicapinternational.be/fr/qu-est-ce-qu-une-sous-munition>.

(53) Cfr CEDH, 2 mai 2007, *Behrami et al. c. France, Allemagne et Norvège*, décision sur la recevabilité,

§§ 5 et s.

(54) Cfr E. DAVID, « La Convention de 2008 sur les armes à sous-munitions », *R.C.D.I.P.*, 2009, pp. 785-805, § 3.

(55) <https://www.handicapinternational.be/fr/qu-est-ce-qu-une-sous-munition>.

(56) Wikipédia, arme thermobarique, https://fr.wikipedia.org/wiki/Arme_thermobarique.

(57) Site web de la BBC, <https://www.bbc.com/afrique/monde-60699345>.

(58) *Ibidem*.

(59) Malgré son nom, l'auteur de cette clause — Frédéric De Martens — était estonien et non belge comme

son nom pourrait le faire croire (il était le juriste de la Russie) mais le véritable inspirateur de la clause était quand même... la Belgique ! Sur cette jolie histoire, voy. T. GRADITZKY, « Bref retour sur l'origine de la clause de Martens : une contribution belge méconnue », in J. GRIGNON (dir.), *Hommage à Jean Pictet par le Concours de droit international Jean-Pictet*, Montréal, Yvon Blais, 2016, pp. 185-201.

(60) Cfr E. DAVID, *Principes ...*, op. cit., §§ 4.427, 5.36, 5.47, 5.57, 5.102 ; voy. aussi le bilan positif, en termes de respect du DIH, de l'intervention des pilotes belges en Libye en 2011, *Le Soir*, 31 octobre 2011.

» c) prendront les autres précautions nécessaires pour protéger contre les dangers résultant des opérations militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité ».

Au grand dam de l'Ukraine, Amnesty international a rendu un rapport d'enquête montrant que l'Ukraine ne respectait pas cette interdiction. On y lit, notamment :

« La plupart des zones résidentielles où les soldats [ukrainiens] s'étaient installés se trouvaient à des kilomètres de la ligne de front. Ils auraient pourtant eu la possibilité de s'installer dans d'autres lieux qui n'auraient pas mis en danger la population civile, comme des bases militaires ou des zones densément boisées des environs, ou d'autres structures encore situées loin des zones résidentielles. Dans les cas sur lesquels Amnesty International a réuni des informations, à la connaissance de l'organisation, quand l'armée ukrainienne s'est installée dans des structures civiles dans des zones résidentielles, elle n'a ni demandé aux civil-e-s d'évacuer les bâtiments environnants, ni aidé les civil-e-s à les évacuer, s'abstenant ainsi de prendre toutes les précautions possibles pour protéger la population civile »⁶¹.

Le rapport d'Amnesty cite et documente divers exemples de frappes russes dirigées contre des objectifs militaires ukrainiens (forces armées, systèmes d'armement) qui ont gravement touché des civils habitant près de ces objectifs⁶². Même si ces manquements de l'Ukraine ne justifient pas l'absence de précaution de la Russie dans ses attaques dirigées contre des objectifs militaires ukrainiens — notamment, la disproportion des dommages causés aux civils par rapport à l'avantage militaire concret attendu de ces attaques (*supra*, § 10) —, il reste que le comportement illicite de l'Ukraine a contribué au dommage et qu'il pourrait en être tenu compte si des réparations sont jamais imposées à la Russie (on peut rêver...). L'article 39 des articles de la CDI sur la responsabilité pour fait internationalement illicite dispose en effet :

« Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée ».

2 Droit de Genève

25. Le droit de Genève comprend l'ensemble des règles de DIH qui protègent les personnes au pouvoir de l'ennemi. Il convient d'examiner l'application de ces règles aux hostilités qui sont en cours depuis février 2022 entre la Fédération de Russie et l'Ukraine⁶³. L'essentiel des règles en question se trouve dans les quatre CG qui concernent la protection des blessés et malades dans les forces armées sur terre (convention I), blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer (convention II), prisonniers de guerre (convention III) et personnes civiles (convention IV)⁶⁴. Le régime créé par ces conventions a été développé et complété par le premier PA relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté en 1977⁶⁵. Tous les instruments mentionnés ont été ratifiés tant par la Russie que par l'Ukraine⁶⁶ de sorte que leur application aux hostilités de 2022 ne fait pas de doute

et, à notre connaissance, n'a été contestée par aucune des deux parties belligérantes.

Cette seconde partie de la présente contribution se penchera d'abord sur quelques considérations générales concernant l'application du « droit de Genève » aux hostilités entre la Russie et l'Ukraine (A) avant d'analyser de plus près, en guise de cas d'étude particulier, la situation des volontaires étrangers membres de la Légion internationale ukrainienne (B).

A. L'application du « droit de Genève » aux hostilités de 2022 entre la Russie et l'Ukraine : considérations générales⁶⁷

26. La caractéristique principale des règles régissant la protection des personnes au pouvoir de l'ennemi est le traitement humain des personnes en question⁶⁸. Nous allons successivement aborder les règles relatives à la protection des personnes qui ont été blessées (1) ou qui sont décédées ou disparues (2) à la suite des hostilités, avant de passer à celles applicables aux prisonniers de guerre (3) et aux personnes civiles tombées aux mains de l'ennemi (4).

1. La protection due aux personnes blessées

27. Les parties au conflit ont l'obligation principale de respecter et de protéger les personnes blessées « en toutes circonstances » ainsi que de les traiter et les soigner « avec humanité »⁶⁹. Les bénéficiaires de cette obligation sont des personnes « militaires ou civiles, qui (...) ont besoin de soins médicaux et qui s'abstiennent de tout acte d'hostilité »⁷⁰. Pour que cette obligation puisse être effectivement mise en œuvre, un des corollaires les plus importants consiste en la protection qui doit être accordée au personnel et aux établissements médicaux : ceux-ci ne doivent pas faire l'objet d'attaques et doivent également être respectés et protégés⁷¹ afin qu'ils puissent mener à bien leur mission de soigner les blessés du conflit armé. Cette protection est à charge de toutes les parties au conflit : l'État qui subit une attaque ne doit pas utiliser des unités sanitaires à des fins militaires⁷² et, en contrepartie, l'État attaquant ne doit pas diriger ses attaques contre ces unités. La protection accordée n'est toutefois pas absolue : si les unités sanitaires sont effectivement utilisées à des fins militaires ou si le personnel sanitaire commet des actes qui sont nuisibles à l'ennemi, ils perdent leur protection et peuvent dans certains cas et selon certaines conditions faire l'objet d'attaques⁷³. Il ne s'agit que d'une illustration de l'équilibre que le DIH essaie de trouver entre les deux piliers fondamentaux qui sont à l'origine de l'ensemble de ses règles : le principe de l'humanité et les nécessités militaires.

28. Faisant état du fait que les forces armées ukrainiennes ont utilisé des « hôpitaux comme bases militaires *de facto* (...) dans cinq localités », qu'elles avaient installé une base dans le complexe d'un laboratoire médical à Kharkiv, que dans deux villes « des dizaines de soldats se reposaient, s'affairaient et prenaient leurs repas dans des hôpitaux », et que « [d]ans une autre ville, des soldats procédaient à des tirs depuis des positions situées près d'un hôpital »⁷⁴, le communiqué d'Amnesty International déjà mentionné plus tôt dans cette contribution montre à quel point le respect des obligations identifiées — qui s'inscrivent au confluent du « droit de Genève » et du « droit de La Haye »⁷⁵ — peut s'avérer compliqué sur le terrain. Cela étant, il faut

(61) <https://www.amnesty.be/infos/actualites/ukraine-danger-population-civile>.

(62) *Ibidem*.

(63) Les faits pris en compte pour l'analyse des règles examinées se limitent à ceux ayant eu lieu jusqu'au 30 septembre 2022, date de la finalisation de la contribution par les auteurs.

(64) Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les forces armées de campagne ; Convention (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés dans les forces armées sur mer ; Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre ; Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, signées à Genève, le

12 août 1949.

(65) Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, signé à Genève, le 8 juin 1977.

(66) La Russie a ratifié les quatre CG le 10 mai 1954 et le 1^{er} PA le 29 septembre 1989. L'Ukraine a ratifié les quatre CG le 3 août 1954 et le 1^{er} PA le 25 janvier 1990.

(67) V. Koutroulis est l'auteur de cette partie de la présente contribution. Les exemples utilisés pour illustrer les différentes règles examinées sont tirés des faits tels qu'ils sont rapportés dans la presse ou dans d'autres sources disponibles. Leurs emploi et analyse juridique ici ne préjugent en rien de leur véracité qui est parfois contestée par les acteurs du conflit et qui ne

peut être avérée qu'à la suite d'une procédure d'établissement des faits, entreprise sortant manifestement du cadre de la présente contribution.

(68) C. DROEGE, « Armed conflict in Ukraine : a recap of basic IHL rules », *ICRC Humanitarian Law & Policy blog*, 17 mars 2022 : <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2022/03/17/armed-conflict-in-ukraine-a-recap-of-basic-ihl-rules/>.

(69) 1^{er} CG, article 12 §§ 1 et 2.

(70) 1^{er} PA, article 8(a).

(71) 1^{er} CG, article 19, § 1, et article 24 ; 1^{er} PA, article 12, § 1, et article 15, § 1.

(72) L'obligation énoncée à l'article 12, § 1, du 1^{er} PA de respecter et protéger les unités sanitaires « en tout temps » peut être interprétée comme impliquant une interdiction

d'utiliser ces unités à des fins militaires.

(73) 1^{er} CG, articles 21 et 22.

L'article 21 prévoit que « la protection ne cessera qu'après sommation fixant, dans tous les cas opportuns, un délai raisonnable et qui serait de meurée sans effet ». Voy. aussi 1^{er} PA, article 12, § 4, et article 13. L'article 13, § 1, contient un alinéa presque identique à celui de l'article 21 de la 1^{er} CG reproduit ci-dessus.

(74) « Ukraine : les tactiques de combats ukrainiennes mettent en danger la population civile », Amnesty International, communiqué de presse, 4 août 2022 : <https://www.amnesty.be/infos/actualites/ukraine-danger-population-civile>.

(75) Voy. ce qui était relevé au § 2 de

dra se garder de tirer des conclusions hâtives et générales quant à la violation des règles du DIH par les parties au conflit car une telle violation doit être évaluée au cas par cas et à la lumière des faits sur le terrain : établir une base militaire dans le complexe d'un laboratoire médical ne fait pas nécessairement de l'ensemble du complexe un objectif militaire et dès lors ne justifie pas forcément une attaque contre tout le complexe du laboratoire ; de même, le fait d'effectuer des tirs depuis des positions situées près d'un hôpital, s'il expose davantage l'hôpital aux effets des hostilités, ne fait pas perdre à celui-ci la protection dont il bénéficie en tant qu'unité médicale. Les deux parties au conflit doivent mener leurs opérations militaires selon les obligations issues des règles du DIH, notamment les principes de distinction, de proportionnalité et de précaution⁷⁶.

2. La protection due aux personnes décédées et disparues

29. Dans le cadre du conflit russo-ukrainien, les fosses communes retrouvées à plusieurs reprises⁷⁷ nous obligent de nous attarder sur les règles régissant la protection des personnes décédées en lien avec un conflit armé. Le DIH prévoit que les parties au conflit ont le devoir de rechercher et évacuer les personnes décédées, dès que la situation le permet⁷⁸. Elles doivent aussi veiller à rassembler toutes les informations nécessaires à l'identification des personnes décédées⁷⁹ afin de mettre en œuvre « le droit qu'ont les familles à connaître le sort de leurs membres »⁸⁰. À cette fin, les parties sont aidées par l'Agence centrale de recherche, dont une des missions principales consiste « à recueillir et à centraliser les informations relatives au sort et à la localisation des prisonniers de guerre, des civils privés de liberté et des autres personnes protégées »⁸¹. L'Agence peut recueillir des informations de toute source disponible. Cela étant, ce sont les parties au conflit qui doivent normalement être la principale source d'informations de l'Agence. Pour ce faire, le DIH les oblige à créer un Bureau national de renseignements⁸² qui aura la tâche de recueillir les informations nécessaires sur les personnes protégées qui se trouvent au pouvoir de l'État dont relève le Bureau et de les transmettre à l'Agence. Cette dernière transmet par la suite les informations recueillies à la partie au conflit dont relève la personne protégée ainsi qu'à sa famille.

Retournant à la question des fosses communes, il est intéressant de relever qu'il n'y a pas en DIH une interdiction absolue des tombes collectives, ni pour les prisonniers de guerre ou les civils internés⁸³, ni a fortiori pour les soldats morts sur le champ de bataille⁸⁴. Toutefois, l'existence des fosses communes non marquées avec des personnes non identifiées va à l'encontre non seulement des obligations citées ci-dessus mais également de celles relatives au respect plus général dû aux personnes décédées, qui, entre autres, doivent être enterrées honorablement, dont les tombes doivent être marquées et respectées, et dont les restes doivent être restitués à leurs familles dans la mesure du possible⁸⁵. Ces obligations sont complétées — et le cas échéant renforcées — par les règles relatives à la protection des droits humains qui demeurent applicables en situation de conflits armés, mais qui ne peuvent pas faire l'objet d'une analyse spécifique dans le cadre de la présente contribution⁸⁶.

3. La protection due aux prisonniers de guerre

30. En règle générale, sont considérés comme prisonniers de guerre tous les combattants d'une partie au conflit qui tombent aux mains de la partie adverse. Les combattants sont les personnes qui font partie des forces armées d'une partie au conflit. Selon l'article 43 du premier Protocole additionnel de 1977,

« [l]es forces armées d'une partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette partie (...) [qui sont] soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés »⁸⁷.

Les combattants « ont le droit de participer aux hostilités »⁸⁸, appelé également le « privilège du combattant », ce qui implique qu'ils ne peuvent pas être poursuivis pour les actes de participation aux hostilités pourvu que les actes en question respectent les règles du DIH. Ils peuvent toutefois être poursuivis pénalement pour les actes qui sont constitutifs de crimes de guerre. Inversement, ne sont pas considérées comme combattants les personnes civiles qui participent directement aux hostilités. Quand elles tombent au pouvoir de l'ennemi, ces personnes n'ont pas le statut de prisonnier de guerre mais sont considérées comme des personnes civiles protégées par la 4^e CG et peuvent être poursuivies en vertu du droit pénal ordinaire pour tout acte commis dans le cadre de leur participation aux hostilités. Ainsi, un civil ayant tué un soldat de la partie adverse pourra être poursuivi pour homicide intentionnel selon le droit pénal national de l'État concerné malgré le fait que l'acte en question ne viole pas le DIH étant donné que le soldat constitue un objectif militaire légitime selon le droit des conflits armés. Le même meurtre commis par un soldat ne sera pas passible de poursuites précisément parce que le soldat bénéficie du privilège du combattant qui est censé le protéger des poursuites pénales pour les actes licites de guerre⁸⁹.

Comme il ressort de la définition des forces armées reproduite ci-dessus, toute personne enrôlée aux forces armées russes et ukrainiennes officielles (à l'exception du personnel médical et religieux), peu importe sa nationalité ou le moment de son enrôlement, fait partie de ces forces armées et devra être considérée comme prisonnier de guerre si elle est capturée par la partie adverse. La définition couvre également les membres des milices, mouvements de résistance ou corps de volontaires appartenant à la Russie ou l'Ukraine qui ont un commandement responsable et qui bénéficient d'un régime de discipline qui assure le respect des règles du DIH. Si ces conditions sont respectées, les membres des forces séparatistes pro-russes opérant à l'est de l'Ukraine ainsi que les membres des mouvements de résistance organisés appartenant à l'Ukraine devraient être considérés comme des prisonniers de guerre dès qu'ils tombent aux mains respectivement de l'Ukraine et de la Russie et bénéficier ainsi du régime de protection très détaillé mis en place par la 3^e CG⁹⁰.

31. Au vu de ce qui précède, comment peut-on analyser le cas des Ukrainiens qui, à la suite de l'appel de leur gouvernement, ont pris les armes pour défendre leur patrie contre les forces armées russes ayant

la présente contribution.

(76) Voy., au sein de la présente contribution, *supra*, §§ 8-11 en particulier.

(77) « Guerre en Ukraine : l'image marquante d'une fosse commune vue du ciel à Boutcha », *Le Soir*, 4 avril 2022 : <https://www.lesoir.be/434085/article/2022-04-04/guerre-en-ukraine-limage-marquante-dune-fosse-commune-vue-du-ciel-boutcha> ; F. LITZLER et T. MARQUEZ, « Guerre en Ukraine : des fosses communes pour dissimuler des preuves à Marioupol ? », *TF1Info*, 22 avril 2022 : <https://www.tf1info.fr/international/video-guerre-en-ukraine-des-fosses-communes-pour-dissimuler-des-preuves-a-marioupol-2217519.html> ; « Ukraine : plus de 200 fosses communes découvertes près de Marioupol », *Euronews* avec *AFP* et *AP*, 22 avril 2022 : <https://fr.euronews.com/2022/04/22/>

ukraine-plus-de-200-fosses-communes-decouvertes-pres-de-marioupol ; « Guerre en Ukraine : une « fosse commune » a été découverte dans la ville libérée d'Izium, affirme Volodymyr Zelensky », *FranceInfo* avec *AFP*, 15 septembre 2022 : https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-une-fosse-commune-a-ete-decouverte-dans-la-ville-liberee-d-izium-affirme-volodymyr-zelensky_5363305.html.

(78) 1^{er} CG, article 15, § 1 ; 4^e CG, article 16, § 2 ; 1^{er} PA, articles 32-34.

(79) 1^{er} CG, article 16, § 1 ; 1^{er} PA, article 33, § 2.

(80) 1^{er} PA, article 32.

(81) H. OBREGON GIESEKEN et X. LONDOÑO, « En quête de réponses : élucider le sort des membres de familles séparées, des disparus et des morts dans les conflits

armés internationaux », *CICR, Droit & Politiques humanitaires*, 31 mai 2022 : <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/fr/2022/05/31/separés-disparus-morts-conflit-arme-international/>

(82) 3^e CG, article 122 ; 4^e CG, article 136.

(83) 3^e CG, article 120, § 5 : les prisonniers de guerre « seront enterrés individuellement, sauf cas de force majeure qui imposeraient une tombe collective » ; voy. aussi 4^e CG, article 130, § 2.

(84) 1^{er} CG, article 17, § 1 : leur inhumation ou incinération sera « faite individuellement dans toute la mesure où les circonstances le permettront ».

(85) Voy. en général, 1^{er} CG, article 17 ; 3^e CG, article 120 ; 4^e CG, article 130.

(86) Voy. les obligations fondées sur la Convention internationale pour la

protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2010 ainsi que celles issues du Pacte international de droits civils et politiques de 1966 et de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, relatives notamment à la protection de la vie privée (vie familiale) et aux obligations procédurales liées à la violation du droit à la vie.

(87) Voy. aussi les catégories de personnes qui sont énumérées à l'article 4, A, alinéas 1, 2, 3 et 6, de la 3^e CG.

(88) 1^{er} PA, article 43, § 2.

(89) Sur la transposition de ce mécanisme dans le droit pénal national, voy. ce que nous écrivons *infra*, § 47.

(90) S'agissant du cas particulier des membres de la Légion internationale ukrainienne, voy. ce que nous détaillerons *infra*, §§ 36 et s.

envahi le territoire ukrainien⁹¹ ? Si ces personnes ont rejoint les forces armées ukrainiennes ou les forces organisées appartenant à l'Ukraine, ils ont droit au statut de prisonnier de guerre en vertu du premier Protocole additionnel⁹². Quel est par contre leur statut si ce n'est pas le cas ? Dans cette dernière hypothèse, le DIH accorde le statut de combattant et de prisonnier de guerre à « la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières, si elle porte ouvertement les armes et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre »⁹³. C'est ainsi que la guerre en Ukraine vient réanimer la catégorie de combattants très ancienne dite de la « levée en masse » pour en fournir un des rares cas d'application. Il faudra tout de même examiner si les conditions nécessaires sont remplies, à savoir notamment si les habitants des régions ukrainiennes envahies ont pris les armes « spontanément » ou pas. Le rapport rendu le 13 avril 2022 par la mission d'experts de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (ci-après : OSCE) considère que l'appel des autorités ukrainiennes aux civils de trouver des armes et de préparer des cocktails Molotov enlève le caractère « spontané » des actes des habitants des régions envahies⁹⁴. Les experts de la mission prônent ainsi une interprétation plutôt restrictive de la condition de spontanéité. Le commentaire actualisé de la 3^e CG semble adopter une interprétation plus flexible en se référant uniquement au fait que les civils n'ont pas eu le temps de former des unités armées régulières et n'ont pas été organisés à l'avance par des organes de l'État envahi⁹⁵. Quoi qu'il en soit, si les conditions de la levée en masse ne sont pas remplies, les civils ukrainiens qui résistent aux forces d'invasion russes n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre s'ils sont capturés par les forces appartenant à la Russie. Ils bénéficieront alors de la protection de la 4^e CG en tant que personnes civiles au pouvoir de l'ennemi⁹⁶ mais pourront être poursuivis pour les actes d'hostilité commis à l'égard des soldats russes.

32. Comme nous l'avons indiqué ci-avant, les prisonniers de guerre peuvent également faire l'objet de poursuites pénales quand leur comportement est assimilable à des violations graves des règles du DIH, à savoir des crimes de guerre⁹⁷. Évidemment, les procès en question devraient respecter les garanties procédurales ayant trait au droit à un procès équitable, issues tant du DIH que des règles relatives à la protection des droits humains⁹⁸.

4. La protection due aux personnes civiles en territoire occupé

33. La dernière grande catégorie de personnes au pouvoir de l'ennemi qui sont protégées par les règles du DIH sont les personnes civiles, notamment dans des situations d'occupation. Ces personnes sont protégées par la 4^e CG dont le champ d'application couvre toute personne qui n'est pas protégée par les trois autres CG⁹⁹. Il y a toutefois une condition à l'application de la Convention : les personnes civiles ne doivent pas être des ressortissantes de la partie au conflit au pouvoir de laquelle elles se trouvent¹⁰⁰. Cette condition de nationalité — qui n'existe pas pour les prisonniers de guerre — limite le champ d'appli-

cation personnel de la Convention. Cela signifie-t-il que les civils russes de nationalité ukrainienne qui tomberaient au pouvoir de l'Ukraine ne bénéficieraient pas de la protection de la 4^e CG ? En réalité, si on réfléchit à la lumière de l'objet et du but des règles du DIH, les nationaux d'une partie belligérante qui se sont ralliés à la cause de la partie adverse et dont l'allégeance reste avec cette dernière ont tout autant besoin de protection que les nationaux de l'État ennemi. À cet égard, dans le contexte des conflits en ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a conclu que, malgré le texte de l'article 4, § 1^{er}, de la 4^e CG, les Serbes de nationalité bosniaque tombés aux mains de la Bosnie devaient être considérés comme des personnes protégées par la 4^e CG en dépit du fait qu'ils étaient ressortissants de la Bosnie¹⁰¹. Si on applique le même raisonnement au conflit en Ukraine, les ressortissants ukrainiens faisant partie du groupe ethnique et linguistique russe qui se seraient retrouvés du côté de la Russie dans le cadre des hostilités éclatées en février 2022 et qui tomberaient au pouvoir des forces armées ukrainiennes devraient bénéficier de la protection de la 4^e CG.

34. Le conflit en Ukraine a notamment mis en exergue l'importance des règles protégeant les civils en situation d'occupation. En DIH, une occupation existe quand un territoire « se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie » et l'occupation s'étend « aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer »¹⁰². Comme la situation en Ukraine l'illustre très bien, l'autorité nécessaire pour l'existence d'une occupation ne doit pas nécessairement être exercée directement par les forces armées de l'État ennemi ; elle peut également être exercée par des forces armées non étatiques agissant sous le contrôle de l'État ennemi, ce que la doctrine appelle « occupation indirecte »¹⁰³. C'est à ce titre que les experts de la mission de l'OSCE ont conclu que les territoires contrôlés par les républiques autoproclamées de Donetsk et de Luhansk étaient des territoires occupés déjà avant le début des hostilités en février 2022 du fait du contrôle global exercé par la Russie sur les républiques en question¹⁰⁴.

Pour le reste, les parties du territoire ukrainien qui se sont trouvées sous le contrôle des forces armées russes, même temporairement, doivent être considérées comme occupées jusqu'à leur libération par les forces armées ukrainiennes. Les forces armées russes sont ainsi liées par les règles spécifiques applicables en territoires occupés¹⁰⁵. Une analyse approfondie du régime juridique applicable en situations d'occupation sort du cadre de la présente contribution. Il suffit de préciser que ce régime repose sur trois pôles distincts et, dans la plupart des cas, opposés :

— premièrement, les besoins de protection de la population civile qui se trouve au pouvoir d'une puissance ennemie ; ces personnes civiles doivent être traitées « en tout temps, avec humanité »¹⁰⁶ et leur vie quotidienne devrait être affectée le moins possible par les opérations militaires ;

— deuxièmement, les nécessités militaires de l'État qui a le contrôle du territoire occupé sans en avoir la souveraineté ; si l'agit de la Puissance occupante qui, ayant *de facto* le territoire occupé en son pouvoir, doit l'administrer ne fût-ce qu'un minimum ; à cette fin, le DIH

(91) « Distributions d'armes, cocktails Molotov... En Ukraine, les civils appelés à se battre », *L'Obs*, 25 février 2022 : <https://www.nouvelobs.com/guerre-en-ukraine/20220225.OBS54996/distributions-d-armes-cocktails-molotov-en-ukraine-les-civils-appelés-a-se-battre.html> ; « Les civils ukrainiens appelés à prendre les armes pour défendre leur capitale », *Rfi*, 26 février 2022 : <https://www.rfi.fr/europe/20220226-les-civils-ukrainiens-appelés-a-prendre-les-armes-pour-dé-fendre-leur-capitale> ; G. GALLINARO et O. OUAHMANE, « Guerre en Ukraine : à Kiev, les civils prennent les armes "pour protéger les gens qui sont restés vivre ici" », *France Info*, *Radio France*, 26 février 2022 : <https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-a-kiev-les-civils-prennent-les-armes-pour-protéger-les-gens-qui-sont-restés-vivre->

ici_4982628.html.

(92) 1^{er} PA, article 44, § 1 : « Tout combattant, au sens de l'article 43, qui tombe au pouvoir d'une partie adverse est prisonnier de guerre ».

(93) 3^e CG, article 4, A, (6) ; 1^{er} PA, article 44, § 6.

(94) OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Report on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022*, ODIHR.GAL/26/22/Rev.1, 13 avril 2022, pp. 34-35 : <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>.

(95) CICR, *Commentaire actualisé de la Troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 2020, § 1066 : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1796813618AB-DA06C1258580057AB95#222_B_

(96) 4^e CG, article 4, §§ 1 et 4.

(97) Voy. plus avant la contribution de Raphaël van Steenberghe dans ce numéro.

(98) Voy. 3^e CG, articles 82-88 et 99-108 ; DIH coutumier, règles 100-103 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, article 14 et Convention européenne des droits de l'homme de 1950, article 6 (droit à un procès équitable).

(99) 4^e CG, article 4, §§ 1 et 4.

(100) *Ibidem*, article 4, § 1.

(101) TPIY, *Le Procureur c. Delalić et al*, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, §§ 245-266.

(102) Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, article 42.

(103) CICR, *Commentaire actualisé de la Première Convention de Ge-*

nève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, article 2, § 329 : « un État pourrait être considéré comme une Puissance occupante lorsqu'il exerce un contrôle global sur les autorités locales de facto ou sur d'autres groupes locaux organisés qui exercent eux-mêmes un contrôle effectif sur tout ou partie d'un territoire » ; https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=C7D5DC96DB5B3109C1257F7D0060524A#_Toc64023178.

(104) Rapport de la mission d'experts de l'OSCE, 13 avril 2022, *op. cit.*, p. 18.

(105) Pour l'essentiel, ces règles se trouvent au règlement de La Haye de 1907, *op. cit.*, articles 42-56 et à la 4^e CG, notamment aux articles 27-34 et 47 et 5.

(106) 4^e CG, article 27, § 1.

énonce une série d'obligations et de droits régissant l'administration du territoire occupé par la Puissance occupante auxquels s'ajoutent les obligations issues des règles des droits humains ; en effet, le contrôle exercé par cette dernière sur le territoire occupé fait en sorte que la population civile se trouve sous sa juridiction aux fins de l'application des instruments de protection des droits humains¹⁰⁷ ;

— troisièmement, les intérêts de l'État qui a la souveraineté du territoire occupé sans en avoir le contrôle ; au vu de la situation factuelle du conflit, il est utile de souligner qu'en aucun cas l'occupation ne peut résulter en un transfert de souveraineté et que l'annexion du territoire occupé par la Puissance occupante ne met fin ni à l'occupation ni à l'application des règles du DIH aux personnes protégées¹⁰⁸ ; ainsi, malgré l'annexion par la Russie des républiques autoproclamées à l'est de l'Ukraine¹⁰⁹, les personnes protégées continueront de bénéficier de la protection de la 4^e CG.

Les règles du droit de l'occupation se situent à la confluence de ces pôles et visent à établir un équilibre qui soit le plus fonctionnel possible entre eux. Cet équilibre est très bien illustré par la règle énoncée à l'article 43 du règlement de La Haye de 1907 qui prévoit que l'État occupant « prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays »¹¹⁰.

Ainsi, par exemple, la mise en place par la Russie des « komendaturas » chargées d'administrer les territoires occupés par les forces russes ne constitue pas une violation des règles du DIH¹¹¹. Par contre, la disparition rapportée des maires des localités occupées et leur remplacement par des maires pro-russes¹¹² est plus problématique : s'il est « interdit à la puissance occupante de modifier le statut des fonctionnaires (...) du territoire occupé », celle-ci a le pouvoir d'écarter les titulaires de fonctions publiques de leurs charges¹¹³. Elle ne peut toutefois pas « prendre à leur égard (...) des mesures quelconques de coercition »¹¹⁴ et certainement pas recourir à des pratiques qui seraient assimilables à des disparitions forcées¹¹⁵. Il a en outre été rapporté dans la presse que la Russie imposerait un changement de monnaie dans les territoires occupés, remplaçant la devise ukrainienne (la hryvnia) par le rouble¹¹⁶. Or, la décision portant sur le système monétaire applicable sur un territoire est si étroitement liée à l'exercice des pouvoirs souverains d'un État que même l'introduction d'un système monétaire parallèle à celui établi par l'État occupé a été considérée comme dépassant les pouvoirs de la puissance occupante¹¹⁷. Ainsi, une modification si radicale du système monétaire du territoire occupé fait fi de l'obligation de respecter les lois en vigueur dans le pays occupé et il est difficile de voir quel serait l'« empêchement absolu » qui justifierait cette mesure.

35. Ayant survolé les règles générales relatives à la protection des personnes tombées au pouvoir de l'ennemi, nous nous tournons maintenant vers le cas concret des nationaux étrangers qui sont partis com-

battre en Ukraine afin d'examiner de plus près leur statut et les règles qui leur sont applicables.

B. Le cas particulier des volontaires étrangers membres de la Légion internationale ukrainienne¹¹⁸

36. En réponse à l'invasion de l'Ukraine par la Russie depuis le 24 février 2022, le président ukrainien Volodymyr Zelensky appelait dès le 27 février 2022 les volontaires étrangers à venir combattre aux côtés des forces ukrainiennes et, ainsi, à « défendre l'Ukraine, l'Europe et le monde face à l'envahisseur russe »¹¹⁹. Afin d'accueillir ces volontaires étrangers, la Légion internationale pour la défense du territoire de l'Ukraine (« Légion internationale ») fut officiellement créée le 28 février 2022 par un décret n° 82/2022. Selon la Fédération de Russie, au 17 juin 2022, un peu moins de 7.000 volontaires étrangers — dont 14 Belges¹²⁰ — auraient ainsi rejoint la Légion internationale (parmi lesquels près de 2.000 auraient perdu la vie)¹²¹. Le gouvernement ukrainien évoquait pour sa part, dès le mois de mars 2022, un total bien différent d'approximativement 20.000 membres provenant de 52 pays¹²². Plusieurs questions se posent, eu égard aux règles générales du DIH que nous venons de résumer brièvement, concernant la création de cette Légion internationale, le statut juridique de ses membres — volontaires étrangers —, leurs droits et obligations sur le terrain ainsi que la perspective de leur retour, que ce soit en Belgique ou ailleurs. Examinons donc à présent, en guise d'illustration particulière des enjeux posés par le « droit de Genève », la situation des membres de cette Légion internationale.

1. Qu'est-ce que la Légion internationale pour la défense du territoire de l'Ukraine ?

37. Un décret n° 248/2016 adopté le 10 juin 2016 par le gouvernement ukrainien permettait déjà aux étrangers, c'est-à-dire aux non-Ukrainiens, d'intégrer les forces armées nationales¹²³. En outre, dans son plus récent appel au soutien de volontaires internationaux, le président Zelensky a précisé que, pour les besoins du conflit en cours contre la Russie, ces volontaires seraient engagés au sein de la Légion internationale — laquelle est instituée comme subdivision des forces armées ukrainiennes¹²⁴. La Légion internationale pour la défense de l'Ukraine est donc une unité militaire constituée de volontaires étrangers et rattachée à l'armée gouvernementale.

38. L'appel à des volontaires étrangers aux fins de renforcer les forces armées étatiques en situation de conflit armé, outre qu'il est permis par le droit international¹²⁵, n'est pas un phénomène nouveau. Au cours de l'histoire, des milliers d'étrangers se sont portés volontaires pour combattre aux côtés d'une partie lors de divers conflits. Tel fut par exemple le cas des Brigades internationales créées lors de la Guerre civile espagnole (1936-1939), ou encore des musulmans volontaires étrangers — les *Moudjahidins* — ayant intégré l'armée de Bosnie-Herzégovine pendant le conflit en ex-Yougoslavie (1991-1995)¹²⁶. Ce

(107) Voy. parmi beaucoup d'autres sources, Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 36, Article 6 : droit à la vie*, CCPR/C/GC/36, 3 septembre 2019, § 63 ; CEDH, gr. ch., 21 janvier 2021, arrêt *Géorgie c. Russie (II)*, §§ 161-175.

(108) 4^e CG, article 47.

(109) « Vladimir Poutine officialise l'annexion de quatre territoires d'Ukraine », *France24*, 30 septembre 2022 : <https://www.france24.com/fr/europe/20220930-vladimir-poutine-officialise-l-annexion-de-quatre-territoires-d-ukraine> ; P. SAUER et L. HARDING, « Putin annexes four regions of Ukraine in major escalation of Russia's war », *The Guardian*, 30 septembre 2022 : <https://www.theguardian.com/world/2022/sep/30/putin-russia-war-annexes-ukraine-regions>.

(110) Règlement de La Haye, article 43.

(111) OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Report on Violations of International Humanitarian Law and Human

Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity committed in Ukraine (1 April - 25 June 2022), ODIHR.GAL/36/22/Corr.1, 14 juillet 2022, pp. 24-25 : <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/522616.pdf>.

(112) « Guerre en Ukraine : quand les maires disparaissent, remplacés par des pro-Russes », *Franceinfo*, 15 mars 2022 : https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-des-maires-disparaissent-et-sont-remplaces-par-des-pro-russes_5015656.html.

(113) 4^e CG, article 54.

(114) *Ibidem*.

(115) Rapport de la mission d'experts de l'OSCE, 13 avril 2022, *op. cit.*, pp. 20-21 ; DIH coutumier, règle 98 : « Les disparitions forcées sont interdites ».

(116) « Le rouble doit remplacer la monnaie ukrainienne à Kherson, selon un responsable local russe », *La Tribune*, 28 avril 2022 : <https://www.latribune.fr/economie/interna-tional/le-rouble-doit-remplacer-la-monnaie-ukrainienne-a-kherson-selon-un-responsable-local-russe-915803.html> ; « Russian rouble to be currency in occupied Ukraine : Administrator », *Aljazeera*, 28 avril 2022 : <https://www.aljazeera.com/news/2022/4/28/moscow-to-adopt-ruble-in-ukraine-russian-administrator>.

(117) Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation - Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. 168.

(118) O. Vandenbossche est l'auteur de cette partie de la présente contribution.

(119) Voy., sur la page officielle du président Zelensky : <https://www.president.gov.ua/documents/822022-41441>.

(120) Voy. « Russisch ministerie van Defensie : "Twee Belgische strijders omgekomen in Oekraïne" », *De Morgen*, 17 juin 2022.

(121) Voy. « La Russie dit avoir tué

près de 2000 combattants étrangers en Ukraine », *Le Figaro/AFP*, 17 juin 2022.

(122) Voy. P.-L. CARON, « Guerre en Ukraine : quatre questions sur la Légion internationale créée par Kiev », *France Info*, 10 mars 2022.

(123) Voy. la page <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/248/2016#Text>.

(124) Voy., sur la page officielle du président Zelensky : <https://www.president.gov.ua/en/news/zvernennya-do-gromadyan-inozemnih-derzhav-yaki-pragnut-dopomozti>.

(125) Pour un examen détaillé, voy. E. DAVID, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1978, spéc. pp. 291-296.

(126) Pour un examen plus approfondi, voy. J. TROPINI, *Le statut juridique des combattants étrangers en droit international*, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université Grenoble Alpes/ Université libre de Bruxelles, 2020.

phénomène ne se limite pas aux seuls conflits internationaux tels que celui qui oppose aujourd'hui la Fédération de Russie à l'Ukraine, mais a aussi pu être observé dans des conflits dits non internationaux, c'est-à-dire impliquant un ou plusieurs groupes armés organisés¹²⁷.

2. Qui sont les volontaires étrangers ayant rejoint la Légion internationale ?

39. Les personnes qui ont rallié la Légion internationale l'ont fait sur une base *volontaire* : ni leur gouvernement d'origine, ni l'Ukraine, ne les ont forcées à rejoindre le champ de bataille. Alors que nombre de gouvernements déconseillent à leurs ressortissants de rejoindre la Légion internationale en raison des dangers de la guerre auxquels ils s'exposent¹²⁸, plusieurs permettent le départ de leurs nationaux vers la zone de conflit¹²⁹.

40. La Légion internationale est composée d'*étrangers* — c'est-à-dire d'individus qui n'ont pas la nationalité ukrainienne¹³⁰. En outre, bien que cela ne ressorte pas littéralement des conditions de recrutement¹³¹, il semblerait logique que les nationaux russes — ressortissants de l'État ennemi — ne puissent pas être membres de la Légion internationale¹³². Celle-ci regroupe donc des individus de toutes nationalités autres qu'ukrainienne et, probablement, russe : Belgique, France, Allemagne, Royaume-Uni, Géorgie, États-Unis d'Amérique, Canada et Japon, parmi bien d'autres encore. Afin de faciliter leur accès au territoire national, le gouvernement ukrainien a levé l'obligation de visa par un décret n° 82/2022 entré en vigueur le 1^{er} mars 2022¹³³.

La plupart des volontaires semblent être d'*anciens militaires* ou des personnes déjà *formées au combat* (gendarmes, policiers, agents de sécurité, forces de maintien de la paix, etc.), ces profils « expérimentés » étant en effet prioritaires dans la phase de recrutement¹³⁴. Les militaires toujours actifs dans l'armée de leur pays d'origine ne peuvent *a priori* pas faire partie de cette Légion internationale — cela serait en effet contraire à leurs obligations de rester à disposition de leur armée d'origine¹³⁵. Toutefois, la Légion internationale est aussi accessible aux individus sans expérience de combat ; ces derniers sont destinés à être soumis à une « formation militaire » dès leur arrivée sur le territoire ukrainien¹³⁶.

3. Quel est leur statut en vertu du droit international humanitaire ?

41. Pour que ses membres soient valablement considérés comme des combattants en vertu du DIH, il y a lieu, à la lumière des principes que nous avons rappelés plus tôt¹³⁷, que la Légion internationale fasse partie intégrante des forces armées ukrainiennes¹³⁸ ou, à tout le moins, qu'elle agisse au nom du gouvernement ukrainien moyennant le respect de certaines conditions par ses membres¹³⁹. La Légion internationale peut être considérée comme faisant partie intégrante de l'armée ukrainienne si elle est formellement incorporée à celle-ci et opère sous son commandement¹⁴⁰. Elle peut en revanche être considérée comme agissant au nom de l'armée ukrainienne — sans pour autant y être in-

corporée — si elle combat au service de celle-ci via une autorisation tacite ou expresse¹⁴¹. Dans ce deuxième cas, l'article 4 A (2) de la 3^e CG prévoit que ses membres doivent en outre remplir les conditions suivantes : être placés sous un commandement responsable (en l'occurrence les autorités ukrainiennes), porter un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, porter ouvertement les armes et se conformer aux lois et coutumes de la guerre¹⁴². Ces conditions ont toutefois été assouplies à la suite de l'adoption du Premier Protocole additionnel de 1977, auquel tant la Russie que l'Ukraine sont parties : l'article 43 du Protocole ne fait plus la distinction entre forces régulières et forces irrégulières d'un État. Ainsi, même les forces irrégulières peuvent être considérées comme faisant partie des forces armées étatiques — et à ce titre comme ayant droit au statut de prisonnier de guerre — si elles sont « soumises à un régime disciplinaire interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable aux conflits armés »¹⁴³.

42. Compte tenu des informations en notre possession, il est impossible — malgré ce qui semble ressortir du discours du président ukrainien¹⁴⁴ — de confirmer avec certitude que la Légion internationale fait partie intégrante de l'armée ukrainienne¹⁴⁵. Il apparaît néanmoins que cette Légion répond aux conditions requises dans le deuxième cas de figure¹⁴⁶ : agir au nom de l'Ukraine et, pour ses membres, respecter les conditions requises¹⁴⁷.

Dès lors que la Légion internationale répond, sinon aux conditions de l'article 4 A (1), à tout le moins à celles de l'article 43 du Premier Protocole additionnel, ses membres doivent être considérés comme, et assimilés à, des membres des forces armées ukrainiennes. En tant que membres des forces armées d'une partie au conflit, les volontaires étrangers sont donc des *combattants*¹⁴⁸ — au même titre que les soldats ukrainiens.

4. Quels sont leurs droits et leurs obligations ?

43. En tant que combattants, les volontaires étrangers bénéficient du *privilège du combattant*. Comme nous l'avons vu plus tôt, ceci implique qu'en vertu du DIH, ils ont le droit de participer directement aux hostilités et de ne pas être poursuivis pour les actes licites de guerre¹⁴⁹.

En outre, en cas de capture par les forces russes, les volontaires étrangers — en tant que combattants tombés au pouvoir de l'ennemi — devraient pouvoir se prévaloir du statut de *prisonniers de guerre* et de la protection qui leur est accordée, à ce titre, par la 3^e CG.

Le revers de la médaille de ce « privilège du combattant » est que les légionnaires étrangers constituent des *cibles légales* : les forces adverses peuvent légitimement, dans le respect du DIH, mener des attaques à leur encontre¹⁵⁰.

5. Peuvent-ils être qualifiés de mercenaires ?

44. Les volontaires étrangers ayant rejoint la Légion internationale se voient régulièrement qualifiés de « mercenaires » dans la presse¹⁵¹. Le

(127) Voy. par exemple, au sujet des combattants européens en Syrie et en Irak, C. DEPPEZ et I. WITORSKI, « Des combattants qui n'en sont pas vraiment : les Européens partis se battre en Syrie et en Irak vus par le droit international humanitaire », in A. JACOBS et D. FLORE (dir.), *Les combattants européens en Syrie*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 43 et s.

(128) Voy. notamment la position de la ministre belge des Affaires étrangères Sophie Wilmès en date du 1^{er} mars 2022 : « ce genre de départ est plus que fermement déconseillé par les Affaires étrangères. Il s'agit d'un terrain de guerre. Une situation particulièrement dangereuse » (citée dans M. LEFÈVRE, « Guerre en Ukraine : est-ce que des Belges peuvent aller combattre ? », *Le Vif*, 3 mars 2022).

(129) Voy. par exemple, pour la Lituanie, L. BAN, « Latvia parliament allows citizens to volunteer for Ukraine military service », *JURIST*,

1^{er} mars 2022.

(130) Cette condition est expressément formulée sur le site de recrutement de la Légion internationale : <https://fightforua.org/>.

(131) *Ibidem*. Certains médias en font toutefois mention : voy. P.-L. CARON, *op. cit.*

(132) À défaut, il convient de préciser que ces possibles volontaires russes risqueraient d'être soumis à un régime juridique différent du fait de leur nationalité — et pourraient éventuellement se voir privés du statut de prisonnier de guerre en cas de capture par les forces russes, puissance d'origine (sur ce débat délicat, voy. par exemple CICR, *Commentaire actualisé de la Troisième Convention de Genève*, *op. cit.*, §§ 964-974).

(133) Voy., sur le site officiel du président Zelensky : <https://www.president.gov.ua/documents/822022-41441> (document en ukrainien).

(134) Voy. le site de recrutement à la Légion internationale : <https://fightforua.org/>.

<https://www.president.gov.ua/en/news/zvernennya-do-gromadyan-inozemnih-derzhavyaki-pragnut-dopom-73213>.

(135) Voy. toutefois, en pratique, sur le cas d'un membre et d'un ancien membre de l'armée belge par exemple, « Deux militaires belges sont partis pour le front ukrainien, dont un déserteur », *Le Soir*, 15 mars 2022.

(136) *Ibidem*.

(137) *Supra*, § 30.

(138) 3^e CG, article 4, A, (1).

(139) *Ibidem*, article 4, A, (2) ; voy., à ce sujet, J. PICTET, *Commentaire de la troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1958, p. 64 ; CICR, *Commentaire actualisé de la Troisième Convention de Genève*, *op. cit.*, §§ 1001-1002.

(140) CICR, *Commentaire actualisé de la Troisième Convention de Genève*, *op. cit.*, § 979.

(141) J. PICTET, *op. cit.*, p. 64.

(142) 3^e CG, article 4, A, (2).

(143) 1^{er} PA, article 43.

(144) Voy., sur le site officiel du président Zelensky : <https://www.president.gov.ua/en/news/zvernennya-do-gromadyan-inozemnih-derzhavyaki-pragnut-dopom-73213>.

(145) Voy. notamment à ce sujet P.-L. CARON, *op. cit.*

(146) 3^e CG, article 4, A, (2).

(147) Voy., par exemple, la nécessité de se munir d'un « kit militaire » et de l'équipement, ou encore la procédure de recrutement et de déploiement sous le commandement des autorités ukrainiennes : <https://fightforua.org/>.

(148) 1^{er} PA, article 43, § 2.

(149) *Ibidem*. S'agissant, par contraste, de la responsabilité pénale en lien avec les violations graves du DIH, voy. la contribution de Raphaël van Steenberghe dans ce numéro.

(150) 1^{er} PA, article 48.

(151) Voy. par exemple M. LEFÈVRE, *op. cit.* ; B. DE GALZAIN, « Guerre en Ukraine : comment s'organise la Légion internationale créée par Kiev », *France Info*, 10 mars 2022.

3 mars 2022, le gouvernement russe affirmait déjà que les volontaires étrangers qui rejoignent les forces ukrainiennes seraient considérés comme des mercenaires et traités comme tels¹⁵². La question est d'importance : si les volontaires étrangers sont qualifiés de mercenaires, ils ne peuvent se prévaloir du privilège du combattant¹⁵³. Ils peuvent alors être poursuivis pénalement pour le simple fait d'avoir pris part au combat — indépendamment de la licéité ou non de leurs actes sous l'angle du droit de La Haye — et ne peuvent pas bénéficier du traitement de prisonnier de guerre garanti par la 3^e CG. Une telle qualification a donc vocation à restreindre considérablement la protection à laquelle les volontaires étrangers peuvent prétendre. C'est dans cette direction que se sont engagés certains tribunaux établis par les entités séparatistes de l'est de l'Ukraine, qui auraient déjà jugé plusieurs volontaires étrangers en qualité de mercenaires¹⁵⁴.

Qu'en penser ? À notre avis, bien que certains éléments factuels demeurent peu clairs à ce stade, la qualification de mercenaires pour les membres de la Légion internationale semble *a priori*, au strict regard du droit humanitaire, peu vraisemblable¹⁵⁵. Le DIH énonce en effet six conditions strictes et cumulatives pour qualifier une personne de mercenaire¹⁵⁶. Est ainsi mercenaire la personne (1) spécialement recrutée pour combattre dans un conflit armé, (2) qui prend part directement aux hostilités (3) en vue d'obtenir un *avantage personnel*, (4) qui n'est ni un ressortissant, ni un résident d'une partie au conflit, (5) qui n'est pas membre des forces armées d'une partie au conflit, et (6) qui n'est pas envoyée dans un État étranger au conflit pour une mission officielle en tant que membre des forces armées de cet État. Deux conditions méritent particulièrement notre attention : l'avantage personnel et le fait de ne pas être membre des forces armées ukrainiennes.

45. La définition du mercenariat requiert que l'avantage personnel constitue la raison essentielle qui pousse les volontaires étrangers à rejoindre la Légion internationale. En ce sens, pour rencontrer ce critère, il conviendrait que les volontaires soient guidés à titre exclusif ou au moins principal par un but de lucre. Il faudrait au demeurant que la rémunération à laquelle peuvent prétendre les volontaires étrangers soit nettement supérieure à celle des soldats ukrainiens occupant le même rang et la même fonction au sein de l'armée ukrainienne¹⁵⁷.

Les arguments ne manquent *a priori* pas pour s'opposer à l'idée que, dans le cas ukrainien, les volontaires étrangers soient essentiellement guidés par un but de lucre. Tout d'abord, la loi ukrainienne n° 2389/2015 du 17 mars 2015 (adoptée avant la création de la Légion internationale, mais dont on peut raisonnablement supposer qu'elle a aussi vocation à s'appliquer au cas qui nous occupe) permet aux étrangers de rejoindre les forces armées ukrainiennes sur la même base contractuelle, et avec une *rémunération identique*, à celle d'un soldat ukrainien occupant le même rang¹⁵⁸. Ensuite, la campagne de recrutement du gouvernement ukrainien fait appel à des volontaires ayant la forte volonté de se battre pour la paix¹⁵⁹. De plus les volontaires doivent se munir de leur propre équipement¹⁶⁰ — ce qui suggère que les conditions matérielles de leur recrutement ne sont guère particulièrement favorables.

Il est vrai que d'autres éléments suggèrent l'existence d'un certain appât du gain — à tout le moins dans le chef de certains des intéressés. Ainsi, un ancien chef de l'état-major des forces armées russes a indi-

qué que les volontaires étrangers sont bien mieux payés que les soldats de l'armée régulière¹⁶¹. D'autres sources font état d'une prime considérable qui serait touchée par des « mercenaires occidentaux » partis se battre en Ukraine¹⁶². Il convient toutefois de faire preuve d'une grande prudence face à ces informations qui sont difficilement vérifiables¹⁶³. Seule une analyse au cas par cas, ainsi que des informations plus précises concernant une éventuelle somme d'argent perçue, et le montant de celle-ci, permettraient d'apprécier l'intention réelle des personnes concernées.

46. Il est par ailleurs intéressant de s'attarder brièvement sur la cinquième condition évoquée ci-avant, à savoir le fait que les mercenaires ne doivent pas être membres des forces armées d'une partie au conflit. Comme déjà indiqué, les volontaires étrangers sont ici, à notre avis, d'une manière ou d'une autre, des membres des forces armées ukrainiennes. Est-ce à dire pour autant que leur assimilation aux forces gouvernementales suffit à les exclure automatiquement de la qualité de mercenaires ? Autrement dit, suffit-il à l'Ukraine d'enrôler les volontaires étrangers dans son armée pour les éloigner nécessairement de ce statut peu protecteur ? Si une lecture littérale du DIH le suggère, une autre position réserve l'hypothèse d'un recrutement purement artificiel tel que, par exemple, le cas de mercenaires enrôlés pour un affrontement particulier¹⁶⁴. Dès lors, à suivre ce courant, il n'est pas inconcevable que les individus qui seraient recrutés au sein de la Légion internationale pour répondre, ponctuellement et précisément, à l'invasion Russe, puissent être considérés non comme des étrangers régulièrement enrôlés, mais bien comme des mercenaires (si tant est que les autres conditions, en ce compris celle d'avantage personnel sur laquelle nous ne revenons plus, soient par ailleurs rencontrées).

6. Quels risques encourent-ils en cas de retour dans leurs pays ?

47. Alors que, comme nous l'avons vu, le statut de combattant garantit une immunité pénale aux volontaires étrangers pour les actes licites de guerre, il faut observer que l'arsenal législatif belge ne présente pas, à ce jour, de mécanisme spécifiquement dédié à mettre en œuvre cette immunité au niveau national¹⁶⁵. L'on pourrait opposer à ce constat le fait que le privilège du combattant, dès lors qu'il est commandé de façon claire et inconditionnelle, au profit des individus, par des textes de DIH¹⁶⁶ ratifiés par la Belgique et ayant reçu l'assentiment parlementaire requis¹⁶⁷, justifie d'un effet direct en droit belge et qu'il doit pouvoir, à ce titre, être mis en œuvre par les juges nationaux sur la seule base de son fondement international¹⁶⁸. D'un autre côté, il serait certainement plus clair encore que cette règle du droit international fasse l'objet d'une transposition concrète dans le droit interne, en manière telle qu'elle puisse être indiscutablement invoquée à l'occasion d'éventuelles poursuites, en Belgique, pour certains actes licites de guerre étant *prima facie* incompatibles avec le droit pénal commun (le fait de tuer un ennemi, de porter des armes, de rejoindre une milice ou de devenir mercenaire, par exemple). Plusieurs États européens ont déjà saisi l'enjeu et lancé des initiatives législatives en ce sens¹⁶⁹. Alors qu'en Belgique, le pouvoir politique semble s'exprimer en faveur d'une certaine souplesse envers les actes licites de guerre qui pourraient être commis par les volontaires ayant rejoint la Légion internationale¹⁷⁰, reste à voir comment les juridictions répressives, si elles

(152) A. NOVODERESHKIN, « Foreign mercenaries in Ukraine will not have POW status - Russian military », TASS - Russian News Agency, 3 mars 2022.

(153) 1^{er} PA, article 47.

(154) Voy. « Ukraine : cinq combattants étrangers jugés comme "mercenaires" par les séparatistes », *Le Parisien/AFP*, 15 août 2022 ; T. MEHRA et A. THORLEY, « Foreign Fighters, Foreign Volunteers and Mercenaries in the Ukrainian Armed Conflict », *ICCT Publications*, 11 juillet 2022.

(155) Voy. également en ce sens

I. NUZOV, « Mercenary or Combatant ? Ukraine's International Legion of Territorial Defense under International Humanitarian Law », *EJIL : Talk !*, 8 mars 2022 ; P. DITRICHOVÁ et V. BILKOVÁ, « Status of Foreign Fighters in the Ukrainian

Legion », *Lieber Institute Articles of War*, 15 mars 2022.

(156) *Ibidem*.

(157) *Ibidem*.

(158) Voy. la page http://w1.c1.ra-da.gov.ua/pls/zweb2/weproc4_1?pf3511=54421.

(159) Voy. le site dédié au recrutement de volontaires internationaux : <https://fightforua.org/>.

(160) *Ibidem*.

(161) Voy. la page <https://www.gazeta.ru/army/2022/03/03/14597143.shtml>.

(162) H. TOMLINSON et J. FLANAGAN, « Western mercenaries offered \$2.000 a day to fight Putin », *The Times*, 4 mars 2022.

(163) I. NUZOV, *op. cit.*

(164) Y. SANDOZ, C. SWINARSKI et B. ZIMMERMAN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin*

1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, Martinus Nijhoff, 1986, § 1813, p. 591.

(165) Voy. N. LANGE et T. WERTS, « Les missions de la défense à l'étranger », in V. DE SAELEER e.a. (dir.), *Questions juridiques d'actualité en lien avec la défense - Actuele juridische vraagstukken met betrekking tot defensie*, Bruges, la Chartre, 2017, pp. 177 et s.

(166) 1^{er} PA, article 43, § 2. Voy. plus avant ce que nous écrivions *supra*, § 30 en particulier.

(167) Loi du 3 septembre 1952 portant approbation des [quatre Conventions] signées à Genève le 12 août 1949, *M.B.*, 26 septembre 1952 ; loi du 16 avril 1986 portant approbation des [deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949] adoptés à Genève le

8 juin 1977, *M.B.*, 7 novembre 1986.

(168) Voy. sur le sujet H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *R.B.D.I.*, 1996, n° 1, pp. 33-89 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le juge belge et le droit international », *R.B.D.I.*, 1970, n° 2, pp. 421-431.

(169) La Lituanie, par exemple, a d'ores et déjà fait adopter une cause d'excuse pénale *ad hoc*. Voy. à ce sujet L. BAN, *op. cit.*

(170) Voy. notamment en ce sens la déclaration à la Chambre du ministre de la Justice Van Quickenborne en commission Justice (*Doc. parl.*, Chambre, 9 mars 2022, CRIV 55 COM 717, p. 22) : « le départ de ces volontaires pour rejoindre l'armée

sont amenées à se pencher sur les actes commis par certains membres de la Légion internationale ukrainienne, voudront se positionner à l'égard d'un privilège du combattant fermement requis par le droit international mais non expressément traduit, à ce stade, dans la législation interne.

Pour conclure

48. En protégeant les personnes ne prenant pas ou plus part aux hostilités (droit de Genève) et en réglementant la conduite des hostilités (droit de La Haye), le DIH vise à maintenir, tant que faire se peut, un équilibre entre le principe d'humanité et la violence inhérente à la guerre. Si la mise en œuvre de ces règles peut parfois, sur le terrain, soulever certaines difficultés bien réelles (la situation des membres de la Légion internationale ukrainienne a ainsi été épinglée comme illustration de la relative complexité, dans certains cas, du DIH), les principes structurants de la matière — la protection des civils, la préservation des établissements médicaux, le respect dû aux blessés... — sont, eux, pour le moins simples et empreints de bon sens.

49. Il est clair, à la lumière de ce qui a été rappelé au fil de cette contribution, que la Russie a failli à l'obligation de respecter certaines règles essentielles du droit de La Haye comme du droit de Genève. À la violation flagrante de l'interdiction de l'agression dans les relations inter-

nationales, s'ajoutent donc les violations précitées du DIH, dont beaucoup s'apparentent à des crimes de guerre pouvant donner lieu à des poursuites pénales dans tous les États du monde (application de la compétence universelle, 1^{er} PA, article 85, § 1, combiné à l'article 49/50/129/146 commun aux 4 CG de 1949 ; DIH cout., règles 156 et s.) et devant la CPI vu la reconnaissance de la compétence de cette dernière par l'Ukraine en 2014, sans limitation de durée, vu le renvoi de la situation ukrainienne au procureur de la CPI par 43 États parties au Statut¹⁷¹ et vu la volonté du procureur d'ouvrir une enquête sur la situation ukrainienne¹⁷².

Enfin, il faut noter que les faits de guerre même conformes au DIH commis par la Russie n'en restent pas moins de graves dommages causés à l'Ukraine et que leur légalité au regard du DIH ne purge pas le vice initial de l'agression commise par la Russie, ce qui signifie que celle-ci devra aussi réparer ces dommages malgré leur licéité au regard du seul DIH, le *jus contra bellum* restant pleinement applicable¹⁷³.

Eric DAVID

Professeur émérite de droit international public (ULB)

Vaios KOUTROULIS

Professeur (ULB)

Odile VANDENBOSSCHE

Chercheuse doctorante (ULiège)

ukrainienne ne constitue pas en soi une infraction », pas même selon la loi belge relative aux mercenaires (loi du 1^{er} août 1979 concernant les services dans une armée ou une troupe étrangère se trouvant sur le territoire d'un État étranger, *M.B.*, 24 août

1979). Sur cette loi en général, et sur la possibilité qu'elle offre d'interdire, par voie d'arrêté royal, la participation des ressortissants à certaines milices étrangères telles que la Légion internationale ukrainienne — possibilité qui n'a donc pas été mobilisée

en l'espèce —, voy. E. DAVID, « La loi belge du 1^{er} août 1979 concernant les services dans une armée ou une troupe étrangère se trouvant sur le territoire d'un État étranger », *R.B.D.I.*, vol. 16, 1981, pp. 5-32. (171) <https://www.icc-cpi.int/fr/situa->

tions-under-investigations?ln=fr. (172) <https://www.icc-cpi.int/fr/ukraine>. (173) *Cf.* E. DAVID, *Principes...*, *op. cit.*, § 1.12.

L'assistance militaire à l'Ukraine : sa légalité en droit international et la participation de ses auteurs au conflit contre la Russie

Peu après l'invasion de l'Ukraine par la Russie, le 24 février 2022, de nombreux États occidentaux ont décidé de fournir une aide militaire à l'Ukraine, sous la forme de renseignements militaires ou, le plus souvent, de livraisons d'armes. Ces livraisons, en particulier celles des États européens, sont d'une nature et d'une ampleur sans précédent. Des transferts massifs d'équipements militaires, notamment d'armes défensives et offensives telles que des hélicoptères d'attaque, des drones, des avions de combat (chasseurs Sukhoi et MiG-29), des chars d'assaut, des lance-roquettes et de l'artillerie lourde, ont ainsi été effectués¹. La Belgique y a elle-même contribué par la livraison de munitions, de fusils d'assaut, d'armes anti-char légères et de missiles anti-char².

Par ailleurs, l'Union européenne (UE) a directement financé et coordonné les livraisons d'armes entreprises par les États européens. Quatre jours après l'invasion russe, le Conseil de l'Union a pris une décision d'assistance militaire à l'Ukraine dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) qui couvrirait la fourniture « d'équipements et de plateformes militaires conçus pour libérer une force létale »³. Le montant des dépenses militaires finançables par cette mesure s'élevait à 450.000.000 EUR⁴. Ce montant a par la suite été augmenté à plusieurs reprises pour atteindre 2.330.000.000 EUR en juillet 2022⁵. L'assistance européenne s'inscrit dans le cadre de la « Facilité européenne pour la paix » (FEP) établie en 2021 et qui permet de financer, en dehors du budget ordinaire de l'Union, des opérations qui ont des implications militaires⁶. Bien qu'elle ait déjà été mise en œuvre par le passé, notamment en ce qui concerne l'Ukraine⁷, la FEP a, pour la première fois, été mobilisée pour financer une mesure d'assistance militaire de nature létale.

Il n'est toutefois pas exclu que certains États européens aient également livré, de manière bilatérale, des armes à l'Ukraine, sans avoir demandé le remboursement des dépenses engagées à cette occasion auprès de l'Union. Cela ne semble cependant pas avoir été le cas de la plupart des États européens, y compris de la Belgique comme en témoignent les déclarations de certains élus régionaux à ce propos⁸. Quoiqu'il en soit, ces livraisons d'armes sont singulières. Comme indiqué dans différentes décisions du Conseil de l'UE, elles permettent de soutenir l'armée ukrainienne « en vue de défendre l'intégrité territoriale et la souveraineté de l'Ukraine, ainsi que de protéger la population civile contre l'agression [armée] en cours »⁹.

Pareille assistance soulève deux questions délicates. Premièrement, est-elle légale en droit international ? (1) Deuxièmement rend-elle les États concernés parties belligérantes au conflit armé entre l'Ukraine et la Russie ? (2)

1 La légalité de l'assistance au regard du droit international

Trois hypothèses doivent être distinguées au sujet de la légalité de la livraison d'armes à l'Ukraine au regard du droit international. De telles livraisons peuvent potentiellement constituer un emploi illicite de la force contre la Russie (A), une violation du droit de la neutralité (B) et une atteinte aux conditions du transfert d'armes à un État (C). Nous examinerons ces hypothèses l'une après l'autre.

A. Un emploi illégal de la force ?

Le droit international contient une série de règles relatives à l'emploi de la force entre États. La plupart de ces règles, qui forment le *jus ad bellum*, sont codifiées dans la Charte des Nations unies. La plus importante d'entre elles est l'article 2, § 4, qui pose le principe général d'une interdiction de recourir à la force dans les relations internationales. Il convient donc de se poser la question de savoir si l'assistance militaire fournie à un État constitue un emploi de la force au sens de cette disposition. La réponse à cette question serait négative si, comme c'est généralement le cas, cette assistance était octroyée à un État qui ne lutterait pas contre un autre État. Dans cette hypothèse, aucun emploi de la force « entre États » n'existerait. La situation qui nous préoccupe est différente. Elle concerne la livraison d'armes à un État, l'Ukraine, qui lutte bel et bien contre un autre État, la Russie. Il n'est pas contestable que cette lutte est constitutive d'un emploi de la force au sens du *jus ad bellum*. Par conséquent, ne peut-on pas affirmer que les États occidentaux participent indirectement à cet emploi de la force contre la Russie en soutenant militairement l'Ukraine ?

Le droit international ne répond pas clairement à cette question. Certains éléments incitent à y donner une réponse affirmative, sans que nous soyons toutefois pleinement convaincus. Il en va ainsi de certains arrêts de la Cour internationale de justice, dans lesquels la Cour a expressément reconnu que le simple fait pour un État de fournir des « armements, [...] une assistance logistique ou autre »¹⁰ à un groupe armé en lutte contre un autre État était constitutive d'un emploi de la force contre cet État au sens de la Charte des Nations unies. Certes, la partie belligérante soutenue n'était pas en l'occurrence un État, comme dans le cas de l'Ukraine, mais un groupe armé opposé à un autre État sur son territoire. Par ailleurs, cette qualification d'emploi de la force était en l'espèce intimement liée au fait que l'aide militaire étrangère violait le principe de non-intervention dans les affaires intérieures de l'État en lutte contre le groupe armé, ce qui ne peut être le cas s'agissant du soutien militaire apporté à l'Ukraine. Cela dit, les deux scénarios semblent s'appuyer sur une même logique : l'aide militaire est fournie par un État à une partie belligérante, qu'elle soit étatique ou non, qui lutte contre un autre État, ce qui permet d'envisager cette aide comme un emploi de la force entre deux États¹¹.

(1) Voy. notamment « Ukraine weapons : What military equipment is the world giving? », *BBC News*, 10 septembre 2022, disponible sur <https://www.bbc.com/news/world-europe-62002218>.

(2) Voy. notamment « Le "kern" examine des formes de soutien supplémentaire à l'Ukraine », *La Libre*, 20 avril 2022, disponible sur <https://www.lalibre.be/belgique/politique-belge/2022/04/20/le-kern-examine-des-formes-de-soutien-supplementaire-a-lukraine-KGOCTGNAWFC-C7N6JCGGGZ3XJWV/>.

(3) Décision (PESC) 2022/338 du Conseil, 28 février 2022.

(4) *Ibidem*, article 2, § 1.

(5) Décision (PESC) 2022/1285 du Conseil, 21 juillet 2022.

(6) Décision (PESC) 2021/509 du Conseil, 22 mars 2021. Voy. également l'article 41, § 2, du TUE, qui prévoit que les « dépenses afférentes à des opérations ayant des implications militaires » ne peuvent être « à

la charge du budget de l'Union ». (7) Décision (PESC) 2021/2135 du Conseil, 2 décembre 2021.

(8) Voy. notamment « Question orale de Mme Ryckmans à M. Di Rupo, Ministre-Président du Gouvernement wallon sur "les crimes de guerre et la défense du territoire dans le cadre de la guerre en Ukraine" », 20 avril 2022, disponible sur http://nautilus.parlement-wallon.be/Archives/2021_2022/CRIC/cric163.pdf, p. 27

(9) Voy. notamment décision (PESC)

2022/338 du Conseil, *op. cit.*, article 1^{er}, § 2.

(10) CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 1987, *CIJ Recueil 1986*, p. 104, § 195. Voy. également en ce sens CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Recueil 2005*, p. 227, § 164.

(11) Voy. également en ce sens,

Un autre élément, qui va dans le même sens, est la référence quasi unanime de la doctrine à la légitime défense collective, fondée sur l'article 51 de la Charte des Nations unies, pour soutenir que l'aide fournie ne viole pas le droit international¹². En vertu de l'article 51, la légitime défense peut être individuelle, lorsqu'elle est exercée par un État directement victime d'une agression armée, ou collective lorsque, comme dans le cas ukrainien, elle est exercée par d'autres États qui viennent en aide à l'État agressé. Quoi qu'il en soit, l'action en légitime défense, qu'elle soit individuelle ou collective, suppose nécessairement un emploi de la force contre un État. Sinon, il ne serait pas nécessaire de l'invoquer. En effet, la légitime défense constitue un titre juridique permettant de justifier un emploi de la force, qui autrement tomberait dans le champ d'application de l'interdiction de l'article 2, § 4, de la Charte des Nations unies. L'article 51 et l'article 2, § 4, de la Charte sont en ce sens les deux faces d'une même pièce.

Il est vrai, néanmoins, qu'aucun des États livrant des armes à l'Ukraine n'a invoqué l'article 51 pour justifier de telles livraisons. Cet article prévoit d'ailleurs que l'État concerné doit en informer le Conseil de sécurité des Nations unies, ce qu'aucun État n'a fait. Ce silence pourrait toutefois s'expliquer par des raisons uniquement politiques : les États ne souhaitent pas que leurs aides puissent être assimilées à un usage de la force et qu'en conséquence, eux-mêmes, apparaissent comme parties belligérantes¹³. Par ailleurs, dans certaines déclarations, les États européens semblent recourir à une justification dont le contenu est proche de celui de la légitime défense collective. Ainsi, dans les conclusions de sa réunion des 23 et 24 juin 2022, le Conseil européen s'est dit déterminé « à fournir davantage de soutien militaire afin d'aider l'Ukraine à exercer son droit naturel de légitime défense contre l'agression russe et à défendre son intégrité territoriale et sa souveraineté »¹⁴. En outre, dans la position commune relative au contrôle des exportations d'armements de 2008, le Conseil européen avait déjà affirmé que « [l]es États ont le droit de transférer les moyens de légitime défense, eu égard au droit de légitime défense reconnu par la charte des Nations unies »¹⁵.

Ceci dit, à supposer que l'aide militaire fournie à l'Ukraine soit constitutive d'un emploi de la force au sens de la Charte des Nations unies, elle demeure licite dans la mesure où elle serait autorisée au titre de la légitime défense collective. En effet, toutes les conditions de cette forme de légitime défense sont réunies, à savoir : une agression armée contre un État, en l'occurrence l'Ukraine¹⁶ ; une demande de cet État aux États tiers d'être assisté militairement dans sa résistance à l'agression¹⁷ ; et le caractère nécessaire et proportionné de cette assistance militaire. Notons que, comme l'a précisé la Cour internationale de justice¹⁸, l'absence de toute information transmise au Conseil de sécurité par les États tiers selon laquelle ils agissent au titre de la légitime défense collective n'affecte pas la légalité de leur action. Elle constitue tout au plus un indice à prendre en compte dans l'appréciation de la base juridique sur laquelle leur action est fondée.

B. Une violation de la neutralité ?

Un État « neutre » est par définition un État qui n'est pas partie au conflit armé. Ses relations avec les États belligérants sont régies par le droit de la neutralité, lequel ne s'applique que dans les conflits armés internationaux, ce qui est en l'occurrence le cas. Cette réglementation confère une série de droits aux États neutres — qui protègent notamment leurs activités de commerce — et leur impose en contrepartie certaines obligations, dont les plus importantes sont celles d'abstention et d'impartialité par rapport au conflit armé international¹⁹. En soutenant l'Ukraine, notamment par leurs livraisons d'armes, au détriment de la Russie, les États occidentaux ne respectent manifestement pas ces obligations. Leur assistance n'est pas pour autant illégale. Deux approches permettent de justifier cette position.

Selon la première conception, ces obligations d'abstention et d'impartialité ne sont plus applicables de nos jours. Le droit de la neutralité a en effet été principalement codifié au début du vingtième siècle²⁰. Or, à cette période, le droit international ne réglementait pas l'emploi de la force entre États (*jus ad bellum*)²¹ et ne permettait donc pas de distinguer l'agresseur de l'agressé. Les États étaient, en principe, libres d'entrer en guerre. Le droit international se limitait à régir leurs relations avant et après leur recours aux armes. Il se subdivisait ainsi en deux corpus juridiques distincts, le droit de la paix et le droit de la guerre, sans réglementer le passage de l'état de paix à celui de guerre. Ce n'est que durant l'entre-deux-guerres²² que la réglementation de ce passage a vu le jour et a été formellement consacrée, comme nous l'avons vu, dans la Charte des Nations unies, notamment par ses articles 2, § 4, et 51. À ce moment seulement, l'agresseur et l'agressé pouvaient être identifiés et les États tiers formellement autorisés à venir en aide à l'agressé, au titre de la légitime défense collective. Cette évolution a conduit certains États²³ ainsi qu'une partie de la doctrine²⁴ à considérer que, de nos jours, le droit de la neutralité ne s'appliquait plus dans son entièreté. On parle en ce sens de « qualified neutrality » ou de « benevolent neutrality »²⁵. Par exemple, selon les États-Unis, « [t]he obligations by a State [to provide assistance or take military action in collective self-defence] under [...] an agreement may prevail over the State's right under the customary law of neutrality to be impartial among the belligerents and to abstain from the armed conflict »²⁶. Dans cette hypothèse, les États tiers sont donc déliés de leurs obligations d'abstention et d'impartialité et peuvent ainsi soutenir l'État agressé sans porter atteinte au droit de la neutralité.

Selon la seconde approche, prônée par certains auteurs de doctrine²⁷, le droit de la neutralité n'a été affecté que par l'évolution du système de sécurité collective, en particulier par le droit reconnu au Conseil de sécurité des Nations unies de prendre des mesures contraignantes à l'égard des États membres. Les obligations d'abstention et d'impartialité ne s'imposeraient plus lorsque les États sont tenus par le Conseil de sécurité de prendre des sanctions à l'égard d'une partie au conflit ar-

M. SCHMITT, « Providing Arms and Materiel to Ukraine : Neutrality, Co-Belligerency, and the Use of Force », *Articles of War*, 7 mars 2022, disponible sur <https://lieber.westpoint.edu/ukraine-neutrality-co-belligerency-use-of-force/>.

(12) Voy. notamment *ibidem* ; M. SCHMITT, « U.S. Offensive Cyber Operations in Support of Ukraine », *Articles of War*, 6 juin 2022, disponible sur <https://lieber.westpoint.edu/us-offensive-cyber-operations-support-ukraine/> ; T. HAMILTON, « Articulating Arms Control Law in the EU's Lethal Military Assistance to Ukraine », *Just Security*, 30 mars 2022, disponible sur <https://www.justsecurity.org/80862/articulating-arms-control-law-in-the-eus-lethal-military-assistance-to-ukraine/> ; M. MILANOVIĆ, « The United States and Allies Sharing Intelligence with Ukraine », *EJIL Talk!*, 9 mai 2022, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/the-united-states-and-allies-sharing-intelligence-with-ukraine/> ; M. ZWANENBURG, in « The Russian invasion of Ukraine : International legal implications », *Asser Institute*,

disponible sur <https://www.asser.nl/about-the-asser-institute/news/report-the-russian-invasion-of-ukraine-international-legal-implications/>.

(13) *Cf. infra* 2.

(14) Disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/media/57452/2022-06-2324-euco-conclusions-fr.pdf>, p. 2, point 6 (it. aj.). Voy. également, pour des références toutefois moins claires, la déclaration du représentant du Royaume-Uni auprès des Nations unies, UN Doc. S/PV.9080, 28 juin 2022, p. 9 ; celle du représentant de la France auprès des Nations unies, UN Doc. S/PV.9104, 29 juillet 2022, p. 9.

(15) Position commune, 2008/944/PESC du Conseil, 8 décembre 2008, 12^e considérant (it. aj.). Il n'est pas exclu que la question de savoir si l'assistance militaire fournie par les États européens est constitutive d'un emploi de la force au sens du *jus ad bellum* puisse s'inspirer des critères prévus par le droit international humanitaire pour déterminer quand ces États deviennent parties au conflit armé au côté de l'Ukraine contre la Russie. Nous examinerons ces critères dans

la seconde partie de cette contribution (*cf. infra* 2), tout en soulignant que le *jus ad bellum* et le droit international humanitaire restent des branches de droit international clairement distinctes.

(16) *Cf.* la contribution d'O. Corten dans ce numéro spécial. Voy. également, s'agissant de l'invocation de la légitime défense par l'Ukraine en réaction à l'agression armée russe, la déclaration du représentant de l'Ukraine auprès des Nations unies, UN Doc. S/PV.8979, 25 février 2022, p. 17.

(17) Voy. notamment décision (PESC) 2022/338 du Conseil, *op. cit.*, 5^e considérant.

(18) CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op. cit.*, p. 105, § 200.

(19) Voy. notamment les articles 5 à 8 de la convention (IV) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907 ; l'article 6 de la convention (XIII) concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime, La

Haye, 18 octobre 1907.

(20) Voy. les conventions mentionnées à la note précédente.

(21) Voy. notamment à ce sujet R. VAN STEENBERGHE, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 43-45.

(22) Voy. notamment *ibidem*, pp. 64-72.

(23) Voy. notamment la position des États-Unis dans leur manuel militaire (*Law of War Manual, Department of Defense*, juin 2015, pp. 955-956).

(24) Voy. notamment M. SCHMITT, « Providing Arms and Materiel to Ukraine... », *op. cit.*

(25) Voy. notamment W.H. VON HEINEGG, « Neutrality in the War against Ukraine », *Articles of War*, 1^{er} mars 2022, disponible sur <https://lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/>.

(26) *Cf. supra* note 23.

(27) Voy. notamment M. BOTHE, « The Law of Neutrality », in D. Fleck (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3^e ed., Oxford, OUP, 2013, p. 553.

mé. Dans les autres hypothèses, y compris lorsqu'il s'agit d'assister une des parties au conflit en lui fournissant des armes au titre de la légitime défense, les États resteraient libres d'agir et le droit de la neutralité continuerait de s'appliquer dans son entièreté. Cela dit, le non-respect des obligations d'abstention et d'impartialité résultant de la fourniture d'armes à l'Ukraine, pourrait se justifier sur la base de la légitime défense. Contrairement toutefois à ce que soutient cette doctrine, la légitime défense ne serait pas celle tirée du droit contenu à l'article 51 de la Charte des Nations unies mais celle prévue à l'article 21 des articles sur la responsabilité des États, comme « circonstance excluant l'illicéité ». L'effet d'une telle circonstance est d'exclure l'illicéité découlant d'une violation préalable du droit international et de permettre à l'État qui l'invoque de ne pas être tenu pour responsable de cette violation. La différence entre le droit à la légitime défense, visé à l'article 51 de la Charte des Nations unies, et la légitime défense comme circonstance excluant l'illicéité, prévue à l'article 21 des articles sur la responsabilité des États, est certes subtile mais elle répond à une préoccupation majeure des États. Lors de la rédaction des articles sur la responsabilité des États, ceux-ci ont en effet insisté sur cette différence. Ils ont fait savoir que, lorsqu'ils invoquent la légitime défense sur la base de l'article 51 de la Charte, ils n'entendent justifier aucune violation préalable de l'interdiction de l'usage de la force²⁸. Leur action en légitime défense est *per se* légale et ne tombe pas dans le champ d'application de cette interdiction car elle résulte de l'exercice d'un droit inhérent²⁹. Par contre, lorsqu'elle est invoquée pour justifier un autre comportement que l'emploi de la force, la légitime défense est susceptible de jouer le rôle de circonstance, excluant l'illicéité qui découlerait d'une violation préalable du droit international³⁰. C'est à ce titre qu'elle permettrait de justifier le non-respect par les États assistant militairement l'Ukraine de leurs obligations d'abstention et d'impartialité prévues par le droit de la neutralité. Les conditions de mise en œuvre de cette circonstance étant similaires à celles de la légitime défense visée à l'article 51 de la Charte, son invocation semble en l'occurrence fondée puisque ces conditions, comme nous l'avons vu plus haut, sont réunies.

Une dernière remarque doit être formulée. La livraison d'armes consisterait nécessairement dans ces deux cas de figure dans un usage de la force au sens du *ius ad bellum*, puisqu'elle serait justifiée, dans chacun de ces cas, sur la base de la légitime défense collective, que celle-ci rende les obligations pertinentes du droit de la neutralité inapplicables ou exclue l'illicéité découlant de leur non-respect. Or, comme nous l'avons expliqué plus haut, il n'est pas certain que l'aide fournie puisse être qualifiée d'usage de la force. Si ce n'est pas le cas, un autre titre juridique que celui de la légitime défense pourrait être invoqué. Il s'agit de la notion de « contre-mesure », prévue à l'article 22 des articles sur la responsabilité des États, qui constitue un autre type de circonstance excluant l'illicéité. Cette circonstance permet aux États de s'affranchir du respect de certaines obligations vis-à-vis d'un autre État en réaction à une violation préalable du droit international par cet État à leur égard. Elle leur donne ainsi la possibilité d'exercer, dans certaines conditions, une sorte de justice privée. En ce sens, les États soutiendraient militairement l'Ukraine en réaction à la violation flagrante par la Russie de l'interdiction de l'emploi de la force. Il n'est toutefois pas certain en droit international que des contre-mesures puissent être « collectives », c'est-à-dire prises par des États autres que ceux directement lésés par la violation préalable du droit international. Certes,

l'interdiction de l'emploi de la force violée par la Russie, à laquelle réagissent les États soutenant l'Ukraine, est une obligation *erga omnes*, c'est-à-dire une obligation dont le respect est dû à tous les États, y compris à ceux qui assistent militairement l'Ukraine. Néanmoins, sa violation ne lèse directement que l'Ukraine puisqu'elle n'affecte que l'intégrité territoriale de cette dernière. Cette délicate question, bien connue des internationalistes, de la légalité des « contre-mesures collectives » n'a pas été tranchée par la Commission du droit international dans ses articles sur la responsabilité des États en 2001³¹. Cela dit, de nombreux auteurs soulignent que la pratique contemporaine tend à reconnaître la légalité de telles mesures³². Les aides militaires fournies à l'Ukraine pourraient ainsi s'analyser comme autant de « contre-mesures collectives » prises contre la Russie en réaction à la violation commise par cette dernière de l'une des règles les plus importantes du droit international. Elles justifieraient ainsi l'inapplicabilité ou le non-respect des règles pertinentes du droit de la neutralité.

C. Un transfert illicite d'armes ?

Le transfert d'armes est d'abord régi aux niveaux régionaux, notamment dans le contexte de l'UE à travers la position commune de 2008 qui définit les « règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires »³³ (1). Il est également régi au niveau mondial, que ce soit par des règles générales ou spécifiques comme le Traité sur le commerce des armes (2).

1. Le niveau régional européen

Nous savons que la plupart des livraisons d'armes effectuées par les États européens s'inscrivent dans le cadre réglementaire et financier établi par l'UE. Ce cadre requiert expressément que ces livraisons soient conformes à la position commune de 2008³⁴. Celle-ci impose aux États membres de procéder à une évaluation préalable d'une série de critères³⁵, dont le « risque de détournement [des armes] » et le « risque manifeste [que ces armes] servent à commettre des violations graves du droit international humanitaire »³⁶. Or, il n'est pas certain que les termes de la position commune ont en l'occurrence été respectés. La rapidité avec laquelle l'assistance militaire a été décidée par les États européens — seulement quatre jours et parfois moins pour ceux qui ont agi avant l'adoption de la décision européenne³⁷ — conduit à se demander si ces États ont ainsi pu procéder à une évaluation satisfaisante du respect des critères, d'autant plus que l'assistance envisagée était d'une ampleur sans précédent³⁸.

Plus fondamentalement, nous pouvons légitimement nous demander si, compte tenu de ces critères, les États européens n'auraient pas dû refuser d'exporter des armes à l'Ukraine ou, au moins, être plus prudents. En effet, au moment où ces États ont pris leur décision, il existait déjà un risque que des armes puissent être détournées ainsi qu'un risque que leur utilisation puisse servir à commettre des violations graves du droit international humanitaire. Une brève note de synthèse adressée le 27 février 2022 aux délégations de l'UE et qui portait sur la possibilité d'une mesure d'assistance militaire à l'Ukraine faisait d'ailleurs état de ces deux types de risques³⁹. Notons également que, craignant que des armes puissent être détournées, les États membres de l'UE avaient constamment refusé de fournir de telles armes aux autorités ukrainiennes avant l'invasion russe lorsque ces autorités com-

(28) Voy. les déclarations des États mentionnées in R. VAN STEENBERGHE, *La légitime défense...*, op. cit., p. 126, note 466.

(29) Voy. en ce sens le commentaire de l'article 21 des articles sur la responsabilité des États, UN Doc. A/56/10, 2001, p. 189, §§ 1-2.

(30) Voy. notamment à ce sujet J.-M. THOUVENIN, « Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility : Self-Defence », in J. CRAWFORD, A. PELLET et S. OLLESON (dir.), Oxford, OUP, pp. 460-461.

(31) Voy. l'article 54 des articles sur la responsabilité des États et son commentaire, UN Doc. A/56/10, 2001, p. 382, § 6.

(32) Voy. notamment F. PADDEU, « Countermeasures », in *Max Planck*

Encyclopaedia of Public International Law, OUP, 2022, § 40.

(33) Cette position commune a été intégrée en droit belge aux niveaux flamand et wallon, par les décrets, respectivement, du 15 et 21 juin 2012, tandis qu'elle semble appliquée par les autorités fédérales, bien que la matière ne soit régie, au niveau fédéral, que par une ancienne loi, celle de 1991, qui ne prévoit pas tous les critères mentionnés dans la position commune.

(34) Voy. notamment décision (PESC) 2022/338 du Conseil, op. cit., 6^e considérant; décision (PESC) 2021/509 du Conseil, op. cit., 4^e considérant.

(35) Position commune 2008/944/PESC du Conseil, op. cit., article 1^{er}.

(36) Voy., respectivement, les sep-

tième et le deuxième critères prévus à l'article 2 de la position commune.

(37) Voy. notamment l'Allemagne, qui a fourni des équipements militaires dès le 26 février, « Germany to send Ukraine weapons in historic shift on military aid », *Politico*, 26 février 2022, disponible sur <https://www.politico.eu/article/ukraine-war-russia-germany-still-blocking-arms-supplies/>.

(38) Voy. également en ce sens les déclarations de certains États membres, in *European arms export control in a changing European defence landscape*, COARM-NGO Forum, Saferworld, 16 juin 2022, disponible sur <https://www.saferworld.org.uk/resources/publications/1402-european-arms-export-control-in-a-changing-european-defence->

landscape-a-coarm-ngo-forum, p. 3.

(39) La note indique en effet, parmi les « [r]isks linked to the effects of the assistance, [the risk that the] equipment provided ends up in the wrong hands [and the risk that the supported] units commit or are accused of violations of [international humanitarian law] », Concept Note for an assistance measure under the European Peace Facility for the supply to the Ukrainian Armed Forces of military equipment, and platforms, designed to deliver lethal force, 27 février 2022. Cette note, qui se voulait confidentielle, est disponible sur <https://www.statewatch.org/media/3168/eu-council-ukraine-csdpep-military-assistance-concept-note-6661-22.pdf>.

battaient les forces séparatistes à l'est de l'Ukraine depuis 2014⁴⁰. Les États européens ne pouvaient pas non plus ignorer la possibilité que l'armée ukrainienne utilise ces armes pour commettre des violations graves du droit international humanitaire compte tenu des pratiques douteuses auxquelles cette armée avait eu recours lorsqu'elle luttait contre les forces séparatistes. Observons à cet égard que, pour évaluer ce risque, le guide d'utilisation de la position commune recommande expressément aux États européens de prendre en compte le comportement passé de l'État bénéficiaire en matière de respect du droit international humanitaire⁴¹ et, entre autres, des informations fournies en la matière par le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme et la Cour pénale internationale⁴². Or, tant les rapports de la Mission de surveillance des droits de l'homme, déployée depuis 2014 en territoire ukrainien⁴³ que ceux du Bureau du procureur de la Cour pénale internationale⁴⁴ laissent entendre que les forces armées ukrainiennes avaient commis des violations graves du droit international humanitaire dans l'est de l'Ukraine avant l'invasion russe, dont des attaques indiscriminées. Reconnaissons qu'il n'est toutefois guère aisé de déterminer si le risque de commettre de telles violations était réellement « manifeste » au sens de la position commune. En effet, les États européens ont pu légitimement juger que ce caractère « manifeste » n'était pas établi car les violations commises dans le passé n'étaient ni suffisamment nombreuses ni suffisamment généralisées⁴⁵.

Cela dit, il convient de s'interroger sur deux éléments susceptibles d'expliquer la livraison des armes à l'Ukraine en dépit de l'existence des risques de détournement des armes et de violations graves du droit international humanitaire commises au moyen de leur utilisation. Premièrement, nous pouvons nous demander si de tels risques n'ont pas été neutralisés, sinon atténués, par certaines mesures prises par les États européens. Ceux-ci ont en effet conditionné leur assistance militaire au respect de certaines exigences. Comme l'a précisé le Haut Représentant de l'UE devant le Parlement européen⁴⁶, pour écarter tout risque de détournement, ils ont, par exemple, exigé que les armes soient exclusivement utilisées par les forces armées ukrainiennes, sans pouvoir être transférées à d'autres services ni être réexportées, que leur stockage soit protégé et que leur usage puisse être contrôlé par l'Union européenne. Par ailleurs, en vertu d'une décision du 28 février 2022⁴⁷, le Haut Représentant de l'UE aurait conclu des arrangements avec l'Ukraine prévoyant que son armée s'engagerait à respecter le droit international humanitaire et que l'aide octroyée cesserait si ce droit n'était pas respecté. Il n'est toutefois pas certain que ces mesures aient été efficaces, comme le suggèrent certains développements récents. D'une part, plusieurs agences de renseignements, telles qu'Interpol et Europol⁴⁸, ont émis de sérieuses craintes que les armes livrées tombent entre les mains d'organisations criminelles, voire terroristes, tout en soulignant que des efforts significatifs avaient été mis en œuvre pour éviter de tels détournements⁴⁹. D'autre part, de récents rapports de la Mission de surveillance des droits de l'homme⁵⁰ ont laissé entendre que des violations du droit international humanitaire auraient continué à être commises dans l'est de l'Ukraine, même si celles-ci seraient

moins nombreuses que celles perpétrées par les forces russes. Il semble donc que, pour véritablement neutraliser les risques encourus par les livraisons d'armes, les États européens devraient imposer davantage d'exigences à l'Ukraine et, en particulier, adopter une attitude plus « proactive », ce qui signifierait notamment que l'Ukraine devrait prendre toutes les mesures qui s'imposent pour sanctionner les violations du droit international humanitaire perpétrées par ses forces dans le cadre des hostilités, en particulier lorsque des attaques indiscriminées sont lancées.

Deuxièmement, nous pouvons nous demander si la lecture particulièrement souple de la position commune par les États européens est susceptible de se justifier par le caractère exceptionnel de la situation, à savoir, une invasion d'ampleur aux frontières de l'UE et la nécessité d'aider un État voisin à défendre son territoire contre une agression armée manifeste. Incontestablement, ces considérations expliquent pourquoi les États européens sont soudainement passés d'une attitude de refus catégorique de soutenir l'Ukraine pour lutter contre les forces sécessionnistes depuis 2014 à celle d'un transfert massif d'armes pour contrer l'invasion russe depuis février 2022. La note de synthèse adressée le 27 février 2022 aux délégations européennes confirme que les États européens ont bel et bien pris en compte de telles considérations, en dépit des risques réels que suscitait leur assistance. Autrement dit, ils paraissent avoir soupesé les intérêts en présence : les risques de détournement d'armes et de violations graves du droit international humanitaire commises à l'aide de ces armes d'une part, et les bénéfices militaires susceptibles de résulter de l'usage de ces armes d'autre part. En témoignent les propos suivants de la note précitée : « [T]he provided equipment responds to the operational needs of the [Ukrainian armed forces], responding to an external aggression [and that the Ukrainian] government is in a better position to maintain its internationally recognized sovereignty over its territory »⁵¹. Certes, une telle mise en balance semble expressément admise par la position commune elle-même en ce qui concerne l'évaluation du risque de détournement puisqu'elle mentionne « les intérêts légitimes du pays destinataire en matière de défense et de sécurité nationale » parmi les éléments à prendre en compte dans cette évaluation⁵². Cela n'est toutefois pas le cas de l'évaluation du risque « manifeste » que les armes exportées servent à commettre des violations graves du droit international humanitaire ni de l'obligation de procéder à une évaluation satisfaisante des critères envisagés dans la position commune.

Aussi n'est-il pas exclu que les États européens se soient quelque peu affranchis du respect des règles prévues par la position commune de 2008 en matière d'exportation d'armes. Il conviendrait alors d'admettre qu'un consensus s'est forgé entre ces États sur cette question et s'est incarné dans des décisions prises postérieurement à la position commune. Notons que, selon la hiérarchie des sources de l'Union, décisions et positions communes sont de même niveau hiérarchique. Autrement dit, les décisions prises dans le cadre du cas spécifique de l'Ukraine pourraient consacrer l'existence d'une nouvelle interprétation, voire d'une modification, des règles européennes existant préalablement en matière d'exportation des armes.

(40) Voy. les déclarations de certains États membres, in *European arms export control...*, *op. cit.*, p. 3.

(41) Guide d'utilisation de la position commune 2008/944/PESC du Conseil définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires, 29 avril 2009, disponible sur <https://armerdesarmes.files.wordpress.com/2014/07/guide-utilisation-position-commune-ue-2009.pdf>.

(42) *Ibidem*, p. 47.

(43) Voy. notamment, OHCHR, Report on the human rights situation in Ukraine 16 February to 15 May 2016, 3 juin 2016, disponible sur https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/UA/Ukraine_14th_HRMMU_Report.pdf, pp. 9 et s.; Report on the human rights situation in Ukraine 16 May to 15 August 2018, 1^{er} septembre 2018, disponible sur <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/>

Countries/UA/ReportUkraineMay-August2018_EN.pdf, p. 5, §§ 23-24.

(44) Voy. notamment CPI, Rapport sur les activités menées en 2016 en matière d'examen préliminaire, Bureau du procureur, 14 novembre 2016, p. 41, §§ 178-179; Rapport sur les activités menées en 2017 en matière d'examen préliminaire, Bureau du procureur, 4 décembre 2017, p. 26, §§ 105-106; Rapport sur les activités menées en 2018 en matière d'examen préliminaire, Bureau du procureur, 5 décembre 2018, pp. 25 et 26, §§ 83, 84 et 86; Rapport sur les activités menées en 2019 en matière d'examen préliminaire, Bureau du procureur, 5 décembre 2019, p. 77, §§ 274 et 275; Rapport sur les activités menées en 2020 en matière d'examen préliminaire, Bureau du procureur, 14 décembre 2020, p. 76, § 280.

(45) Voy. notamment en ce sens les déclarations de certains États membres, in *European arms export*

control..., *op. cit.*, pp. 2 et 3.

(46) Voy. Answer given by High Representative/Vice-President Borrell i Fontelles on behalf of the European Commission, 9 août 2022, disponible sur https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-002300-ASW_EN.pdf.

(47) Décision (PESC) 2022/338 du Conseil, *op. cit.*, article 3.

(48) Voy. notamment F. MAGNENOU, « Guerre en Ukraine : les armes envoyées sur le front risquent-elles de revenir illégalement en Europe de l'Ouest? », France télévision, 6 juin 2022, disponible sur https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-les-armes-envoyees-sur-le-front-risquent-elles-de-revenir-illegalement-en-europe-de-l-ouest_5168269.html.

(49) Voy. Europol statement on the cooperation with Ukraine, 22 juillet 2022, disponible sur <https://www.europol.europa.eu/media-press/news->

[room/news/europol-statement-cooperation-ukraine](https://www.europol.europa.eu/media-press/news-room/news/europol-statement-cooperation-ukraine).

(50) OHCHR, Update on the human rights situation in Ukraine, 24 February to 26 March, 26 mars 2022, disponible sur https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-03/HRMMU_Update_2022-03-26_EN.pdf, notamment p. 3, §§ 8 et 9; Situation of human rights in Ukraine in the context of the armed attack by Russian Federation, 24 February to 15 May 2022, 29 juin 2022, disponible sur <https://www.ohchr.org/en/documents/country-reports/situation-human-rights-ukraine-context-armed-attack-russian-federation>, p. 10, § 25 et p. 11, §§ 27, 29 et 30.

(51) Concept Note for an assistance measure..., *op. cit.*, p. 5.

(52) Position commune 2008/944/PESC du Conseil, *op. cit.*, article 2, § 7, a).

2. Le niveau mondial

Il n'en demeure pas moins que les livraisons d'armes effectuées par les États européens, si elles ne violent pas le droit de l'UE, doivent être conformes à la réglementation mondiale applicable, à l'instar d'ailleurs des livraisons réalisées par les autres États. Il convient ainsi de confronter ces livraisons à différents types de règles, à savoir celles relatives à la responsabilité des États en matière de complicité (a), celles prévues dans le Traité sur le commerce des armes (b) et la règle de droit international humanitaire imposant aux États de respecter et de faire respecter ce droit (c).

a. Le droit international de la responsabilité

Il est souvent reproché aux États d'être complices de violations graves du droit international humanitaire commises par les forces armées auxquelles ces États livrent des armes. Le représentant russe aux Nations unies a d'ailleurs affirmé lors de la réunion du Conseil de sécurité des Nations unies du 29 juillet 2022 qu'« [e]n fournissant à l'Ukraine de l'artillerie à longue portée, l'Occident se rend[ait] directement complice des crimes de guerre commis par le régime de Kiev »⁵³. À l'heure actuelle, cette accusation ne semble pas fondée en droit international. En effet, selon la Commission du droit international, pour être tenu responsable conformément à l'article 16 des articles sur la responsabilité des États, l'État complice doit, par son comportement, vouloir faciliter le fait internationalement illicite commis par un autre État⁵⁴. Or, il ne serait pas raisonnable d'affirmer qu'en fournissant des armes à l'Ukraine, les États ont l'intention de faciliter la commission d'éventuelles violations graves du droit international par l'armée ukrainienne. Au contraire, comme nous l'avons vu, ils ont pris des mesures explicites pour les éviter.

Cela étant, reconnaissons qu'une partie de la doctrine considère que l'article 16 n'exige pas une telle intention⁵⁵. Dans ce contexte, nous pourrions nous demander si les États fournisseurs d'armes n'ont quand même pas une certaine responsabilité. Ce serait toutefois faire abstraction d'un second critère retenu par la Commission du droit international : pour être déclaré responsable, l'État concerné doit savoir que son aide est utilisée pour commettre un fait internationalement illicite et a effectivement facilité la commission de ce fait⁵⁶. Certes, les États occidentaux étaient bel et bien conscients du risque que les armes distribuées pouvaient servir à la commission de violations graves du droit international humanitaire. Mais de là à affirmer que ces armes ont effectivement servi à la commission de telles violations et que ces États en auraient eu connaissance, il y a un pas que nous ne franchissons pas pour l'instant.

b. Le Traité sur le commerce des armes

Le Traité sur le commerce des armes, adopté le 2 avril 2013 et entré en vigueur le 24 décembre 2014, prévoit une réglementation détaillée du transfert des armes. Il a été ratifié par la plupart des États fournisseurs d'armes à l'Ukraine, à l'exception notable des États-Unis. Examinons à titre préliminaire deux difficultés que soulève son champ d'application avant d'en analyser le contenu.

Premièrement, il convient de se demander si le Traité s'applique aux transferts d'armes sous la forme de dons, comme c'est le cas de l'assistance militaire fournie à l'Ukraine. En effet, à première vue, le Traité ne régit que le « commerce » des armes, comme l'intitulé de ce traité l'indique d'ailleurs. Son article 2, § 2, se réfère également aux « activités de commerce international ». Cela étant, un examen plus approfondi de ces termes nous en donne une autre lecture. L'article 2, § 2, inclut dans ces activités « l'exportation, l'importation, le transit, le transbordement et le courtage » qu'il désigne sous le vocable générique de « transfert ». En ratifiant le Traité, plusieurs États ont d'ailleurs indiqué dans une déclaration interprétative que ces termes « englob[ai]ent, à la lumière de l'objet et du but de ce traité et suivant

le sens ordinaire à leur attribuer, les transactions monétaires ou non monétaires, telles que les dons, prêts et locations »⁵⁷. Deuxièmement, nous pouvons également nous interroger sur l'applicabilité du Traité aux États fournisseurs d'armes alors que l'Ukraine n'est pas partie à ce traité. Certes, certaines dispositions n'ont de sens que si l'État exportateur comme l'État importateur d'armes sont tous les deux liés par le Traité. Il en va ainsi par exemple de l'obligation imposée à l'État exportateur de procéder à une évaluation du risque de détournement des armes « en tenant compte de tout élément utile, notamment de l'information [devant être fournie par l'État importateur] en application de l'article 8 (1) »⁵⁸. Néanmoins, ces dispositions restent marginales et ne sont pas essentielles à la réalisation des obligations principales prévues par le Traité. Par conséquent, les États parties doivent respecter toutes les obligations qui leur sont matériellement applicables, en tant qu'États exportateurs, importateurs, de transit, de transbordement ou de courtage, et ce même si l'État avec lequel ils réalisent le « transfert » d'armes n'a pas ratifié le Traité.

À l'instar de la position commune de l'UE de 2008, le Traité sur le commerce des armes contient des dispositions qui visent à éviter tant le détournement d'armes que leur utilisation pour commettre des violations graves du droit international humanitaire. Relevons toutefois que les dispositions relatives au détournement d'armes paraissent moins exigeantes que celles prévues par la position commune. En effet, le Traité sur le commerce des armes n'interdit pas le transfert en cas de risque de détournement mais impose seulement de prendre des mesures pour empêcher un tel détournement ou pour y mettre fin au cas où celui-ci serait détecté⁵⁹. Or, il n'est pas aisé de vérifier si de telles obligations de comportement ont bel et bien été respectées. Observons par ailleurs que le Traité contient également de nombreuses « simples » recommandations. De plus, nous avons vu que certains États fournisseurs d'armes, dont les États européens, ont pris des mesures afin d'atténuer, voire de neutraliser, tout risque de détournement, notamment en imposant à l'Ukraine de s'engager à ne pas transférer les armes à d'autres acteurs que les forces armées ukrainiennes.

En revanche, le Traité paraît tout aussi exigeant que la réglementation européenne en ce qui concerne le risque que des violations graves du droit international humanitaire soient commises au moyen des armes fournies. C'est le cas du moins en ce qui concerne le risque de commission de certains crimes de guerre, consistant dans des « violations graves des Conventions de Genève de 1949, des attaques dirigées contre des civils ou des biens de caractère civil et protégés comme tels, ou d'autres crimes de guerre tels que définis par des accords internationaux auxquels [l'État effectuant le transfert] est partie »⁶⁰. L'article 6 du Traité interdit formellement aux États d'autoriser le transfert d'armes s'ils ont « connaissance, au moment où l'autorisation est demandée, que ces armes [...] pourraient servir à commettre [de telles violations] »⁶¹. L'utilisation du conditionnel signifie qu'une certitude absolue n'est pas requise et que, comme dans le cas de la position commune, l'interdiction s'applique en cas de risque « substantiel » que les armes soient utilisées pour commettre les violations indiquées⁶². À cet égard, il est clair que les attaques indiscriminées reprochées aux forces armées ukrainiennes tombent dans la catégorie des crimes de guerre envisagés à l'article 6 susvisé, soit au titre « des attaques dirigées contre des civils ou des biens de caractère civil et protégés comme tels » (conformément à l'interprétation donnée à ces termes par le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie)⁶³ ; soit au titre des « autres crimes de guerre tels que définis par des accords internationaux auxquels [l'État auteur du transfert] est partie ». Notons à cet égard que la plupart des États parties à ce traité le sont également au Statut de Rome, lequel sanctionne les attaques indiscriminées comme crimes de guerre⁶⁴.

L'appréciation du respect de l'article 6 du Traité dans le cadre de l'assistance militaire fournie à l'Ukraine est dès lors similaire à celle développée plus haut au sujet du respect du critère correspondant prévu

(53) UN Doc. S/PV.9104, *op. cit.*, p. 17.

(54) UN Doc. A/56/10, *op. cit.*, p. 165, § 3 et p. 166, § 5.

(55) Voy. notamment à ce sujet H.P. AUST, « Complicity in Violations of International Humanitarian Law », in H. KRIEGER (dir.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law - Lessons from the African*

Great Lakes Region, Cambridge, CUP, 2015, p. 452.

(56) Voy. notamment UN Doc. A/56/10, *op. cit.*, p. 165, §§ 3-5.

(57) Déclaration interprétative de la Suisse, disponible sur <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/38164.pdf>.

(58) Article 7, § 1, du Traité.

(59) Article 11 du Traité.

(60) Article 6 du Traité.

(61) Italiques ajoutées.

(62) Voy. notamment l'interprétation donnée par la Suisse du terme « connaissance » (Déclaration interprétative de la Suisse, *op. cit.*). Ce terme a été interprété comme signifiant que l'État concerné ne peut autoriser le transfert que « s'il dispose d'informations fiables donnant des

motifs substantiels de croire que les armes [...] pourraient servir à commettre les crimes énumérés ».

(63) Voy. notamment TPVY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Chambre d'appel, IT-98-29-A, 30 novembre 2006, §§ 132-133.

(64) Voy. Statut de Rome, instituant la Cour pénale internationale, article 8, 2, b) et e).

par la position commune européenne. En ce sens, nous ne pouvons exclure que les États aient assoupli leur évaluation du risque substantiel que les armes servent à commettre des crimes de guerre en raison de considérations tenant à la nécessité d'aider l'Ukraine à se défendre contre l'agression armée russe, comme le suggèrent d'ailleurs certaines déclarations prononcées dans le cadre de la huitième conférence des États parties au Traité sur le commerce des armes, qui renvoient au droit de légitime défense⁶⁵. Néanmoins, si un tel assouplissement est susceptible de ne pas porter atteinte au droit européen, dans la mesure où il serait le résultat d'un consensus parmi les États membres de l'UE, il serait particulièrement problématique au niveau du droit international général et constituerait vraisemblablement une violation de ce droit. Il n'est en effet plus contesté de nos jours que les règles relatives à l'emploi de la force (ou *ius ad bellum*), qui permettent de distinguer l'agresseur de l'agressé, ne peuvent avoir d'influence sur l'application et le respect du droit international humanitaire (ou *ius in bello*)⁶⁶. En ce sens, qu'un État partie à un conflit armé, en l'occurrence la Russie, soit qualifié d'agresseur au regard du *ius ad bellum* ne permet pas à l'autre partie ni à ceux qui la soutiennent, en l'espèce les États livrant des armes à l'Ukraine, de ne plus respecter leurs obligations au regard du *ius in bello*, en particulier l'article 6 du Traité sur le commerce des armes. Certes, cet article ne constitue pas en tant que tel une règle de droit international humanitaire. Il paraît néanmoins indissociable de ce droit puisque son unique objectif est d'en assurer le respect. Par conséquent, les éventuels arguments de droit international général, fondés sur la légitime défense collective ou les « contre-mesures collectives » prises en réaction à l'agression armée russe, ne paraissent pas recevables pour justifier une quelconque distanciation par rapport à l'article 6. Que le Traité mentionne « [l]e droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective » comme le premier des principes auxquels les États parties ont décidé de se conformer dans leur action⁶⁷ ne change rien à ce constat.

c. Le droit international humanitaire

Le Traité sur le commerce des armes mentionne également un autre principe, propre au droit international humanitaire, qui consiste dans l'obligation de respecter et de faire respecter ce droit. L'obligation, notamment prévue à l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, est également considérée comme coutumière⁶⁸. Nous distinguerons trois principales obligations susceptibles d'en être déduites. La première est l'obligation négative générale de ne prêter ni aide ni assistance à la violation du droit international humanitaire. Cette obligation est similaire à celle prévue à l'article 16 des articles sur la responsabilité des États, à l'exception près que l'élément intentionnel, qui est requis pour la mise en œuvre de l'article 16 selon certains, ne le serait pas s'agissant de la complicité dans le domaine du droit international humanitaire⁶⁹. Quelles que soient les controverses à cet égard, il est clair, comme démontré plus haut, qu'aucun des États ayant fourni des armes à l'Ukraine ne pourrait se voir reprocher une violation de cette obligation.

La deuxième obligation déduite de celle de faire respecter le droit international humanitaire est l'obligation positive générale pour les États

de prendre toutes les mesures possibles pour mettre fin, voire prévenir, les violations de ce droit par les parties à un conflit armé⁷⁰. Il s'agit d'une obligation de comportement dont le degré d'exigence doit s'apprécier en fonction des circonstances, notamment la capacité pour les États d'exercer une influence sur les parties au conflit. Il est souligné à cet égard que les États livrant des armes à une partie au conflit disposent, ce faisant, d'un moyen particulier pour inciter cette partie à respecter le droit international humanitaire⁷¹. L'existence de cette obligation demeure néanmoins controversée⁷². Quelles que soient les incertitudes à ce sujet, on doit constater que de nombreux États ayant fourni des armes à l'Ukraine, en particulier les États européens, se sont efforcés d'inciter l'Ukraine à se conformer au droit international humanitaire, notamment en conditionnant leur fourniture d'armes au respect de ce droit. Il n'est toutefois pas exclu, comme souligné plus haut, que les États européens doivent exiger une attitude plus « proactive » de la part de l'Ukraine à cet égard.

Enfin, selon le Comité international de la Croix Rouge (CICR), l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire impliquerait également une obligation négative spécifique, propre au transfert des armes. Il s'agit, selon le Comité, de l'obligation imposant aux États de « s'abstenir de transférer [des] armes [...] [s]'il existe un risque substantiel ou manifeste que [...] le destinataire utilise les armes pour commettre [...] des violations du [droit international humanitaire] »⁷³. Les experts du droit international humanitaire ont en réalité exprimé très tôt le souci de régler le transfert des armes, en se fondant sur l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève⁷⁴. Cette disposition a ainsi été mobilisée dans le cadre des efforts qui ont conduit à l'adoption du Traité sur le commerce des armes, ce qui explique qu'elle soit mentionnée parmi les principes de ce traité. Ceci n'empêche toutefois pas le CICR de soutenir qu'une telle disposition conserve une portée autonome, distincte du Traité sur le commerce des armes, susceptible de compléter la réglementation conventionnelle existante⁷⁵. En ce sens, l'interdiction qu'elle prévoit en matière de transfert des armes est certes largement similaire à celle contenue à l'article 6 du Traité sur le commerce des armes et son respect dans le cadre de l'assistance militaire fournie à l'Ukraine doit dès lors faire l'objet d'une évaluation similaire à celle développée plus haut par rapport à cet article. Néanmoins, elle bénéficie d'un champ d'application plus large que celui du Traité, ce qui lui confère un effet utile spécifique, et ce à deux égards : *rationae materiae* d'une part, dans la mesure où, contrairement à l'article 6, elle s'applique en cas de risque de toute violation du droit international humanitaire et non uniquement de certains crimes de guerre ; et *rationae personae* d'autre part, puisqu'en raison de sa nature coutumière, elle est opposable à tous les États, y compris ceux, tels les États-Unis, qui ne sont pas parties au Traité sur le commerce des armes. En outre, à la différence de l'article 6 de ce traité, l'article premier commun aux Conventions de Genève constitue une règle de droit international humanitaire en tant que telle. Aussi serait-il d'autant plus délicat de justifier le cas échéant son non-respect sur la base de considérations liées au *ius ad bellum*, que ce soit par le biais de la légitime défense collective ou des « contre-mesures collectives », puisqu'une telle justification porterait directement atteinte au principe de séparation entre le *ius ad bellum* et le *ius in bello*.

(65) Voy. la référence expresse de l'UE au droit à la légitime défense dans sa déclaration lors de la conférence, qui s'est déroulée du 22 au 26 août 2022, disponible sur <https://www.thearmstradetreaty.org/statements-CSP8>, in Agenda Item 6 : Treaty Universalization.

(66) Voy. notamment au sujet de ce principe V. KOUTROULIS, « Jus ad/ contra bellum », in R. VAN STEENBERGHE (dir.), *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 163 et s.

(67) Un problème similaire se pose au sujet de certaines interprétations possibles de l'article 7 du Traité. Cet article concerne le cas spécifique d'exportations — et non tout type de transfert — d'armes et vise à prévenir le risque de toute violation grave du droit international humanitaire — et non celui uniquement de la commis-

sion des crimes de guerre mentionnés à l'article 6. Il impose aux États de ne pas autoriser de telles exportations si, après avoir évalué la situation et envisagé l'adoption de certaines mesures, ils estiment que, malgré ces mesures, il demeure « un risque prépondérant » que les armes exportées servent à « [c]ommettre une violation grave du droit international humanitaire ou à en faciliter la commission ». Le qualificatif « prépondérant », plutôt que « manifeste » ou « substantiel », a été choisi pour éviter d'établir un seuil absolu et permettre aux États de mettre en balance le risque de telles violations avec d'autres intérêts, le cas échéant la nécessité d'assister un État qui s'oppose à une agression armée sur la base de son droit à la légitime défense (voy. not. à ce sujet S. CASEY-MASLEN, « Article 7. Export and Export Assessment », in S. CASEY-

MASLEN, A. CLAPHAM, G. GIACCA et S. PARKER, *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford, OUP, 2016, pp. 274-276).

(68) Voy. J.-M. HENCKAERT et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, Règles, Bruxelles/Genève, Bruylant/CICR, 2006, p. 651.

(69) Voy. commentaire du CICR de 2020 de l'article 1^{er} de la Convention I pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949, disponible sur [\\$159](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=9FDA19119E4EB59AC1257F7D005ED435).

(70) *Ibidem*, § 164.

(71) CICR, « Comprendre le Traité sur le commerce des armes d'un point de vue humanitaire », Genève,

CICR, 2017, disponible sur <https://shop.icrc.org/understanding-the-arms-trade-treaty-from-a-humanitarian-perspective-print-en.html>, pp. 13-14.

(72) Voy. notamment C. FOCARELLI, « Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions : A Soap Bubble? », *European Journal of International Law*, 2010, pp. 126-157.

(73) CICR, « Comprendre le Traité sur le commerce des armes », *op. cit.*, p. 13.

(74) Voy. notamment à ce sujet K. DÖRMANN et J. SERRALVO, « Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations », *International Review of the Red Cross*, 2014, pp. 732-735.

(75) *Ibidem*, p. 733.

2 La participation des auteurs de l'assistance au conflit armé contre la Russie

Une seconde question mérite notre attention : en fournissant une assistance militaire à l'Ukraine, les États occidentaux deviennent-ils parties belligérantes au conflit armé entre l'Ukraine et la Russie ? Le droit international humanitaire ne donne pas de réponse à cette interrogation. Selon la conception classique du droit international humanitaire, être belligérant présuppose l'existence d'hostilités⁷⁶. Certes, des hostilités existent entre la Russie et l'Ukraine. Mais ces hostilités ne concernent pas directement les États occidentaux qui ne font qu'assister l'Ukraine. En réalité, l'assistance fournie ne constitue pas en elle-même une forme d'hostilité qui déclencherait un nouveau conflit armé international entre ces États et la Russie et qui existerait parallèlement au conflit armé international entre cette dernière et l'Ukraine. Nous n'avons pas affaire ici à une problématique classique de définition du champ d'application matériel du droit international humanitaire, mais à une question, plus controversée et délicate, de délimitation du champ d'application personnel de ce droit. Autrement dit, les États qui assistent militairement l'Ukraine deviennent-ils une nouvelle partie au conflit armé international en cours entre l'Ukraine et la Russie et, dans l'affirmative, à quelles conditions ?

Tâchons d'identifier des critères adéquats de participation au conflit. D'un côté, ces critères ne doivent pas être trop souples, sous peine de conduire à une multiplication excessive d'États parties au conflit et à une extension démesurée de l'application du droit international humanitaire. De l'autre côté, ces critères ne doivent pas non plus être trop rigides, au risque d'empêcher l'application de ce droit à des États qui nuiraient pourtant de manière substantielle aux opérations militaires de l'adversaire de l'État qu'ils assistent. Pour ce faire, en l'absence de réponse du droit international humanitaire, envisageons plusieurs pistes de réflexion. Dans un premier temps, examinons des domaines connexes du droit international humanitaire (A). Nous constaterons que ces pistes ne sont pas concluantes. Nous nous tournerons alors vers une piste plus prometteuse, celle fondée sur la théorie dite du soutien (« support-based approach ») développée par le CICR (B).

A. Pistes non concluantes fondées sur la neutralité, la complicité et l'emploi de la force

Examinons d'abord trois pistes qui sont fondées sur le droit de la neutralité (1), la complicité en droit international (2) et les règles relatives à l'emploi de la force (3).

1. La neutralité

La doctrine évoque souvent l'idée selon laquelle un État devient nécessairement co-belligérant d'un autre État engagé dans un conflit armé international dès lors qu'il viole l'obligation d'impartialité qui lui incombe en vertu du droit de la neutralité⁷⁷. Pourtant, le droit de la neutralité n'a pas pour objet de déterminer les parties à un conflit armé international. Comme déjà évoqué, il prévoit des droits et obligations au profit ou à charge tant des États belligérants que des États neutres, et la violation de ses obligations, notamment d'impartialité par les États neutres, est susceptible d'engager la responsabilité de ces États⁷⁸.

Ceci dit, nous pouvons nous demander s'il ne pourrait pas constituer une source d'inspiration utile selon laquelle celui qui violerait le droit de la neutralité deviendrait, *ipso facto* et dans les mêmes conditions, partie belligérante au conflit. Cette approche sous-tend d'ailleurs la doctrine américaine dite des « forces associées ». En effet, selon cette doctrine, en soutenant l'organisation terroriste Al-Qaïda ou État Islamique en lutte contre les États-Unis dans le cadre d'un conflit armé, un

groupe armé violerait le droit de la neutralité et deviendrait, par le même fait et dans les mêmes conditions, partie à ce conflit armé en raison de cette violation. Une telle approche, qui s'inspirerait du droit de la neutralité pour déterminer les parties à un conflit armé, est contestable pour plusieurs raisons. Parmi celles-ci, rappelons la plus importante d'entre elles. Toute forme d'assistance, aussi minime soit-elle — par exemple, laisser un militaire issu de l'un des belligérants traverser son territoire — est susceptible de porter atteinte au principe de la neutralité. Or, une approche aussi large de la notion de soutien ne serait pas souhaitable car, comme déjà souligné, elle conduirait à une extension déraisonnable de l'application du droit international humanitaire.

2. La complicité en droit international

Les règles qui gouvernent la complicité en matière de responsabilité des États — telles qu'elles sont contenues à l'article 16 des articles sur la responsabilité des États — semblent, à première vue, offrir une réponse prometteuse. Certes, ces règles n'ont pas non plus pour vocation de déterminer les conditions auxquelles un État devient partie à un conflit armé international, mais seulement d'établir la responsabilité d'un État qui apporte un soutien matériel à un autre État et, ce faisant, facilite la commission d'un fait internationalement illicite par ce dernier. Même s'ils poursuivent des objectifs distincts, le droit international de la complicité et celui gouvernant le champ d'application du droit international humanitaire paraissent toutefois reposer sur une logique similaire. En effet, *a priori*, il s'agit de répondre, en matière de responsabilité étatique comme en matière d'application du droit international humanitaire, à une seule et même question : à quelles conditions un État fournit-il une assistance à un autre État telle qu'il se rend ainsi complice de ses actes et devient, en même temps, une partie belligérante au conflit armé dans lequel il est impliqué ? Autrement dit, lorsque les conditions sont réunies pour engager la responsabilité d'un État pour sa complicité par rapport aux actes d'un autre État en raison de l'assistance que le premier donne au second dans le cadre d'un conflit armé, serait-il cohérent de considérer que l'État complice devient, par le même fait et dans les mêmes conditions, *ipso facto* partie prenante au conflit ?

Rappelons que, selon la Commission du droit international, l'une des conditions pour établir la complicité d'un État est que l'assistance doit avoir été donnée dans l'intention de faciliter la commission du fait internationalement illicite. Le commentateur de la Commission souligne que cette condition « limite l'application de l'article 16 au cas où l'aide ou l'assistance portée est manifestement liée au comportement illicite ultérieur »⁷⁹ et que « la responsabilité de l'État n'est engagée en vertu de l'article 16 que si l'organe considéré de cet État entendait, par cette aide ou assistance, faciliter l'adoption par l'autre État du comportement illicite et que ce dernier l'adopte effectivement »⁸⁰. Comme l'a observé A. Boivin, cette exigence doit être interprétée, non pas de façon subjective, mais comme requérant objectivement que l'aide ou l'assistance fournie a bel et bien contribué à la commission de l'acte illicite⁸¹. En effet, la responsabilité de l'État ne peut être engagée que si un lien objectif de causalité est noué entre cette aide ou assistance et l'acte illicite qui en résulte⁸². La première doit contribuer « significativement » à la réalisation du second.

Force est toutefois de constater que la transposition de ces principes de responsabilité à la question de la détermination des acteurs impliqués dans un conflit armé souffre de deux écueils majeurs. Premièrement, la responsabilité internationale pour complicité de l'État aidant n'est engagée que pour ses propres actes d'aide ou d'assistance qui constituent en eux-mêmes une violation du droit international. Elle ne l'est guère pour les actes illégaux perpétrés par celui auquel il vient en aide⁸³. Il y a donc bien deux formes de responsabilité : celle de l'État aidant et celle de l'État aidé⁸⁴. Or, s'agissant de la question qui nous oc-

(76) Notez néanmoins les cas particuliers de conflits armés internationaux ou d'occupations étrangères déclenchés en l'absence d'hostilités classiques, comme les cas, respectivement, de déclaration de guerre sans affrontement ou d'occupation d'un territoire sans résistance (article 2 commun aux Conventions de Genève de 1949).
(77) O. HATHAWAY et S. SHAPIRO,

« Supplying Arms to Ukraine is Not an Act of War », Just Security, 12 mars 2022, disponible sur <https://www.justsecurity.org/80661/supplying-arms-to-ukraine-is-not-an-act-of-war/>.

(78) À l'évidence, si l'État victime de la violation de l'obligation d'impartialité recourt à la force contre l'État auteur de cette violation, en raison de celle-ci, ce dernier deviendra partie à

un nouveau conflit armé parallèle à celui préexistant entre les deux belligérants initiaux.

(79) UN Doc. A/56/10, *op. cit.*, article 16, § 5.

(80) *Ibidem*.

(81) A. BOIVIN, « Au-delà du concept de complicité : droit international humanitaire et transfert d'armes légères et d'armes de petit calibre », *Revue internationale de la Croix-*

Rouge, 2005, p. 5.

(82) *Ibidem*.

(83) O. CORTEN, « La "complicité" dans le droit de la responsabilité internationale : un concept inutile? », *Annuaire français de droit international*, 2011, p. 60.

(84) Voy. notamment C. DROEGE et D. TUCK, « Fighting together and international humanitarian law : setting the legal framework », *Humanitarian*

cupe, les deux États sont liés par une même situation, en l'occurrence un seul et unique conflit armé international. Il ne s'agit pas de distinguer deux conflits armés internationaux, auxquels l'État aidé et l'État aidant seraient, chacun, de son côté, partie contre le même ennemi. Deuxièmement, la responsabilité de l'État aidant au titre de l'article 16 s'étend également à toute entité qui fournit « une aide matérielle ou financière à la commission d'un acte illicite »⁸⁵. Appliquée dans le contexte du droit international humanitaire, cette forme de responsabilité conduirait à un résultat qui ne serait pas souhaitable. De la même manière que le droit de la neutralité, elle élargirait le cercle des belligérants bien au-delà de ce qui serait raisonnable⁸⁶.

3. L'emploi de la force

Comme nous l'avons déjà souligné, les règles relatives à l'emploi de la force — qui constituent le *jus ad bellum* — ne peuvent en aucun cas influencer l'application du droit international humanitaire — ou *jus in bello* — en raison du principe fondamental de séparation du droit international. Cela étant, par souci de cohérence, nous pourrions être tentés de trouver des solutions dans le *jus ad bellum* qui soient pertinentes pour le *jus in bello*. Plus précisément, nous pourrions nous demander si les conditions permettant de qualifier d'emploi de la force l'aide d'un État à un autre État impliqué dans un conflit international sont susceptibles de s'appliquer dans le contexte du droit international humanitaire pour déterminer si l'État aidant devient, de ce fait, partie au conflit. Le raisonnement de la Cour internationale de justice dans les affaires évoquées précédemment, au sujet de l'aide fournie par des États étrangers à des groupes armés qui luttent contre un État⁸⁷, semble reposer sur une logique similaire à celle qui sous-tend la question qui nous occupe. Dans ces affaires, la Cour a en effet qualifié pareille aide d'emploi de la force parce qu'elle s'inscrivait dans des hostilités en cours entre le groupe armé et l'État en question.

Cela dit, comme nous l'avons également montré plus haut, le *jus ad bellum* ne nous donne pas de réponse claire à la question de savoir quand un État aidant emploie la force contre l'adversaire de l'État qu'il aide. De plus, la jurisprudence de la Cour qui serait susceptible de nous fournir certains indices à ce sujet laisse entendre qu'un soutien même limité, sous forme, par exemple, de contribution financière, suffirait. Comme nous l'avons dit à maintes reprises, un tel critère est bien trop souple pour s'appliquer en droit international humanitaire.

B. Piste potentielle fondée sur la « théorie du soutien » du CICR

Le CICR a récemment établi une théorie au sujet de l'intervention étrangère dans des conflits armés non internationaux⁸⁸. De manière générale, cette théorie postule qu'une puissance extérieure, État ou groupe armé, qui apporte un soutien à l'une des parties à un conflit armé non international devient partie à ce conflit dès lors que ce soutien contribue *directement* aux opérations militaires du belligérant aidé au détriment de son adversaire. Le droit international humanitaire devient dès lors applicable à la puissance extérieure⁸⁹.

Notons que cette théorie n'a été pensée que pour les cas d'intervention étrangère dans des conflits armés non internationaux. Nous devons dès lors nous demander s'il serait opportun de transposer les solutions préconisées par cette théorie aux situations d'intervention d'un État au côté d'un autre État engagé dans un conflit armé international. Nous constaterons que certains aspects de la théorie du CICR rendent son application pertinente aux conflits armés internationaux (1). D'autres aspects, tenant à la nature de tels conflits, imposent néanmoins d'affi-

ner une telle transposition (2). Nous constaterons, en définitive, que la mise en œuvre de cette théorie dans les conflits armés internationaux se révèle particulièrement bénéfique en termes de protection des personnes, en raison des conséquences qu'elle engendre au niveau du droit applicable (3).

1. Aspects pertinents pour les conflits armés internationaux

Il est utile de citer *in extenso* les principales conditions de la « théorie du soutien » du CICR : « une puissance extérieure qui soutient l'un des belligérants peut être considérée comme une partie au CANI [conflit armé non international] déjà en cours lorsque les conditions suivantes sont remplies : 1) un CANI est en cours sur le territoire où la puissance extérieure intervient ; 2) la puissance intervenante participe activement à la conduite des hostilités dans le cadre de ce conflit déjà en cours ; 3) les opérations militaires de la puissance intervenante sont menées en soutien à l'une des parties au CANI déjà en cours ; et 4) les actions en question sont entreprises en application d'une décision formelle de la puissance intervenante d'apporter son soutien à une partie au conflit déjà en cours »⁹⁰. Cette approche nous semble pouvoir être transposée dans notre contexte pour deux raisons.

Premièrement, nous pouvons déduire de la plupart des conditions précitées que le CICR envisage le soutien de la puissance étrangère comme conduisant, non pas au déclenchement d'un nouveau conflit armé, mais à l'implication de cette puissance dans un conflit existant. Le CICR traite donc bien d'une question similaire à celle qui nous concerne ici, celle de l'extension du champ d'application personnel du droit international humanitaire⁹¹.

Deuxièmement, l'approche du CICR présente l'avantage de fournir des critères adéquats et clairs pour déterminer quand l'État aidant peut être qualifié de partie à un conflit existant. La seconde condition de participation directe aux hostilités mérite une attention particulière à cet égard. En effet, le CICR donne des exemples concrets d'actes susceptibles de constituer une telle participation comme « un soutien logistique pour le transport de troupes de l'un des belligérants sur la ligne de front, la communication de renseignements immédiatement utiles à la conduite des hostilités, ainsi que la participation de membres de la puissance intervenante dans la planification et la coordination des opérations militaires conduites par la partie aidée [...] »⁹². Il peut être tiré de ces mots que, pour relever du droit international humanitaire, un soutien général à l'effort de guerre, par exemple sous la forme de la fourniture d'entraînement ou d'équipement militaire, ne suffit pas⁹³. Les actes d'assistance doivent avoir des répercussions « immédiates » ou « directes » sur les opérations militaires entreprises par le belligérant aidé, et ce au détriment de l'adversaire⁹⁴. En évoquant le cas du soutien donné par des forces multinationales à un État impliqué dans un conflit armé non international, le CICR confirme cette approche : « [l']élément décisif serait la contribution de ces forces à la conduite collective des hostilités »⁹⁵. Il ajoute à ce propos que « [c]ette approche opère une nette distinction entre les formes de soutien ayant un impact direct sur la capacité de la partie opposante à mener des opérations militaires et les formes de soutien plus indirectes, qui permettraient au bénéficiaire de renforcer ses capacités militaires »⁹⁶.

Dans ce contexte, cette ligne pourrait avoir été franchie si les puissances occidentales ont effectivement donné des informations aux autorités ukrainiennes quant à la localisation de certaines cibles militaires russes — par exemple des postes de commandement, des contingents militaires ou des réserves d'armes — qui auraient permis à ces autorités de les détruire⁹⁷.

Law & Policy, 12 octobre 2017, disponible sur <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2017/10/12/fighting-together-international-humanitarian-law-setting-legal-framework-1-2/>.

(85) UN Doc. A/56/10, *op. cit.*, article 16, § 9.

(86) T. FERRARO, « La position juridique du CICR sur la qualification des conflits armés incluant une intervention étrangère et sur les règles du DIH applicables à ces situations », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 2015, pp. 185-185.

(87) *Cf. supra* note 10.

(88) T. FERRARO, « La position juridique du CICR sur la qualification des conflits armés... », *op. cit.*, pp. 185-185.

(89) Cette théorie se fonde elle-même sur une notion bien connue du droit international humanitaire, celle de la participation directe aux hostilités. Cette notion ne s'applique qu'aux individus, principalement les civils. En principe, selon le droit international humanitaire, les civils ne peuvent pas faire l'objet d'attaques. Toutefois, ils perdent temporairement cette protection contre les attaques

dès lors et aussi longtemps qu'ils participent directement aux hostilités en soutien à une partie au conflit. Les membres des forces armées, quant à eux, peuvent faire l'objet d'attaque en tout temps. Voy. notamment à ce sujet J. DE HEMPTINNE, *Les conflits armés en mutation*, Paris, Pedone, 2019, p. 179.

(90) T. FERRARO, « La position juridique du CICR sur la qualification des conflits armés... », *op. cit.*, p. 185.

(91) *Ibidem*, p. 185.

(92) *Ibidem*, p. 182.

(93) C. DROEGE et D. TUCK, « Fighting together... », *op. cit.*

(94) M. SCHMITT, « Ukraine Symposium - Are We at War? », *Articles of War*, 9 mai 2022, disponible sur <https://lieber.westpoint.edu/are-we-at-war/>; C. DROEGE et D. TUCK, « Fighting together... », *op. cit.*

(95) T. FERRARO, « Applicabilité et application du droit international humanitaire aux forces multinationales », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2013, p. 96.

(96) *Ibidem*.

(97) M. SCHMITT, « U.S. Offensive

2. Aspects non pertinents pour les conflits armés internationaux

Certains aspects de la théorie du CICR ne sont pas pertinents pour notre situation. En effet, cette théorie a été conceptualisée pour s'appliquer uniquement dans le contexte des conflits armés non internationaux. Or, contrairement aux conflits armés internationaux⁹⁸, ces conflits exigent un certain niveau d'intensité de la violence entre des belligérants pour émerger. La théorie du CICR permet de rendre le droit international humanitaire applicable à la puissance étrangère de manière précoce, c'est-à-dire sans attendre qu'une violence d'une certaine intensité n'oppose cette puissance à l'adversaire du belligérant aidé et ne conduise ainsi à l'émergence d'un nouveau conflit armé non international en cours par une telle aide est considérée, selon le CICR, comme partie à ce conflit et doit se voir appliquer le droit international humanitaire. En revanche, aucun seuil d'intensité n'est requis pour le déclenchement d'un conflit armé international. Celui-ci existe dès qu'une seule attaque est lancée, y compris sans riposte de l'adversaire. Appliquée à de tels conflits, la théorie du CICR ne pourrait donc pas donner lieu à une application précoce du droit international humanitaire à l'État aidant dans le cas où l'aide consisterait dans des attaques directes, même sporadiques ou de faible ampleur, puisque de telles attaques conduiraient de toute façon à un nouveau conflit armé international entre cet État et l'adversaire de l'État aidé. Par contre, la théorie du CICR demeurerait utile dans le cas où l'aide se traduirait par un soutien qui ne prendrait pas la forme d'attaques directes, comme dans la situation ukrainienne où l'assistance consiste dans la simple fourniture d'armes ou de renseignements militaires à l'un des belligérants. À suivre la théorie du CICR, cette aide, bien que ne conduisant pas à un nouveau conflit armé international entre l'État aidant et l'adversaire de l'État aidé, rendrait malgré tout l'État aidant partie au conflit armé international en cours, qui se verrait dès lors appliquer le droit international humanitaire.

Cette même différence, qui tient à l'absence d'intensité requise pour le déclenchement des conflits armés internationaux, conduit à écarter certains effets « permissifs » de la théorie du CICR lorsqu'elle est appliquée à de tels conflits. En effet, cette théorie a été élaborée en vue « d'éviter que des puissances qui apportent une contribution effective aux opérations militaires et qui participent indéniablement à la conduite conjointe des hostilités dans le cadre d'un [conflit armé non international] déjà en cours, puissent ne pas se considérer comme des parties au conflit et ainsi revendiquer une protection contre les attaques directes contre leurs forces armées, au prétexte que l'intensité de la violence n'aurait pas atteint le seuil requis »⁹⁹. En effet, lorsqu'une puissance est partie à un conflit et qu'en conséquence le droit international humanitaire gouverne ses actions, les membres de ses forces armées constituent des cibles légitimes pendant toute la durée des combats. En l'absence d'application du droit international humanitaire, ces personnes doivent être traitées comme des civils, qui, en principe, ne peuvent être attaqués, sauf dans le cas exceptionnel où ils participent directement aux hostilités. Autrement dit, la théorie du

CICR permet de faire des membres des forces armées de la puissance étrangère des cibles légitimes, alors même que le seuil d'intensité pour déclencher un nouveau conflit armé non international n'est pas atteint. À l'évidence, appliquée aux conflits armés internationaux, cette théorie n'a plus la même signification puisqu'une seule attaque contre les forces armées d'un État déclencherait *ipso facto* un conflit armé international, sans même aucune riposte de l'adversaire. Les membres de ces forces constituent alors des cibles légitimes dans le cadre de ce nouveau conflit armé international. En l'occurrence, des attaques dirigées par la Russie contre les militaires des États qui fournissent de l'aide à l'Ukraine déclencherait *ipso facto* un nouveau conflit armé international entre ces États et la Russie et, donc, l'application du droit international humanitaire. Ces attaques seraient légales au regard de ce droit, sans qu'il soit nécessaire de s'appuyer sur la théorie du CICR.

Il ne faut évidemment pas perdre de vue que cela ne signifie pas que ces attaques seraient légales au regard du droit international en général, même dans l'hypothèse où l'aide serait directe, au sens de la théorie du CICR, et où ses auteurs deviendraient parties au conflit armé contre la Russie. C'est pourtant, semble-t-il, cette crainte qui pousse les États à éviter à tout prix d'apparaître comme des parties au conflit au côté de l'Ukraine et d'exiger, pour ce faire, une implication directe dans ce conflit. De nature essentiellement politique, cette peur n'est pas juridiquement fondée. Pour être conformes au droit international, les attaques menées contre les États aidants devraient respecter non seulement le droit international humanitaire mais également d'autres branches du droit international, en particulier le *ius ad bellum*. Or, la Russie ne pourrait se fonder sur ce droit pour arguer que le soutien militaire direct des États occidentaux à l'Ukraine l'autorise à employer la force contre ces États. Ceux-ci agissent en effet en toute légalité et, si leur soutien est perçu comme un usage de la force, la Russie ne pourrait pas légalement y répondre par la légitime défense puisque cet usage de la force constituerait déjà, lui-même, une action en légitime défense. Or, légitime défense sur légitime défense ne vaut !

3. Une mise en œuvre bénéfique pour la protection des personnes

Transposée aux conflits armés internationaux, la théorie du CICR ne peut donc concerner que les cas de soutien qui ne prennent pas la forme d'attaques directes. Elle ne peut pas non plus entraîner d'effet « permissif » qui consisterait à autoriser le ciblage des membres des forces armées de l'État aidant. Mais quelle est donc son utilité ?

En principe, sans affrontement armé entre l'État aidant et l'adversaire de l'État aidé, les règles du droit de La Haye, qui régissent la conduite des hostilités, ne sont pas applicables car elles sont sans objet. Cela dit, nous pourrions nous demander si cette assistance ne devrait pas, dans certaines circonstances, être effectuée dans le respect des exigences de conduite des hostilités dès lors qu'elle supposerait, selon la théorie du CICR, un lien direct et étroit avec les combats pour relever du droit international humanitaire. Concrètement, cette approche signifierait que lorsque, par exemple, ils fournissent des renseignements précis à l'Ukraine à propos de cibles militaires à abattre, les États aidants seraient tenus de veiller au respect des exigences en matière de précaution¹⁰⁰, distinction¹⁰¹ et proportionnalité¹⁰² contenues dans le Proto-

Cyber Operations..., *op. cit.* ; M. MILANOVIC, « The United States and Allies Sharing Intelligence... », *op. cit.* Il convient d'ajouter à cette condition d'une participation de nature directe, d'autres conditions, dont certaines seulement ont été mises en lumière par le CICR. Il s'agit de celles que nécessitait l'adaptation de la notion de participation directe (des civils) aux hostilités lorsque cette notion a été transposée par le CICR aux situations de participation d'une puissance étrangère à un conflit armé non international (*cf. supra* note 89 au sujet de cette transposition). En effet, la théorie du CICR envisage la participation non pas d'individus mais d'entités collectives comme des États, à un conflit armé, et l'effet de cette participation est de rendre l'ensemble du droit international humanitaire applicable à ces entités, et non

pas seulement de suspendre la protection dont bénéficient les civils contre les attaques. Ces différences imposent certaines adaptations de la notion de participation directe aux hostilités. Premièrement, la différence relative à la nature de l'entité participante (entité collective *versus* individus) implique un ajustement *ratione materiae* : les actes de participation d'un État à un conflit armé, contrairement à ceux d'individus, peuvent comprendre des actes que seules des entités collectives sont en mesure de réaliser, comme le contrôle d'une région. Deuxièmement, la différence relative à l'effet juridique de la participation (rendre l'ensemble du droit international humanitaire applicable *versus* suspendre la protection contre les attaques) implique, quant à elle, des ajustements *ratione temporis*, sous

peine de mettre à mal la sécurité et la prévisibilité juridiques. D'une part, la participation d'un État ne peut conduire à l'application de l'ensemble du droit international humanitaire à son égard que lorsque cette participation se traduit par une série d'actes de participation ou du moins s'inscrit dans la durée. Autrement dit, un acte isolé de participation ne suffirait pas à rendre son auteur partie au conflit. Ceci ne semble pas être le cas des États assistant militairement l'Ukraine, qui maintiennent cette assistance dans la durée. D'autre part, la qualité de partie au conflit ne peut cesser que si la cessation de la participation perdure afin de s'assurer qu'elle ne reprendra plus (*voy.*, au sujet de ces adaptations, R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international. Seconde partie :

droit applicable (*ius in bello*) », *Annuaire français de droit international*, 2017, p. 23 ; *voy.* également au sujet d'autres adaptations envisageables, P. LESAFFRE, *Le droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés transfrontières. Etude des champs d'application matériel et personnel : entre continuité et changement*, Thèse, Louvain-la-Neuve, 2021, pp. 515 et s.).

(98) Commentaire du CICR de 2020 de l'article 2 de la Convention de Genève I, *op. cit.*

(99) *Ibidem*, p. 186 (it. aj.).

(100) Articles 57 et 58 du Protocole additionnel I.

(101) Articles 48, 51, § 2 et 52, § 2 du Protocole additionnel I.

(102) Articles 51, § 5, et 57, § 2, du Protocole additionnel I.

cole additionnel I. Cette affirmation doit être nuancée car ce ne sont pas les États aidants, mais bien les forces ukrainiennes, qui conduisent les opérations militaires sur le terrain et en endossent la responsabilité. C'est donc à ces forces qu'incombe, en priorité, le devoir de respecter les règles de conduite des hostilités même si elles agissent sur la base d'informations, ou grâce à de l'armement, fournis par des tiers.

Le principal effet utile de la mise en œuvre de la théorie du CICR réside ailleurs. Il active les mécanismes de protection de droit international humanitaire prévus par les règles du droit de Genève et qui portent sur le traitement des personnes tombées entre les mains de l'ennemi. En effet, pour s'appliquer, ces mécanismes et en particulier ceux destinés à protéger les civils, notamment en cas de détention¹⁰³, ne nécessitent pas d'affrontements armés. Ils concernent principalement deux catégories de civils : d'une part, les nationaux ennemis situés sur le territoire de chacune des parties au conflit¹⁰⁴ et, d'autre part, les nationaux ennemis situés sur le territoire occupé par une partie au conflit¹⁰⁵. S'agissant de la première catégorie, les civils de nationalité des États aidants seraient protégés par la quatrième Convention de Genève lorsqu'ils tomberaient entre les mains des autorités russes, qu'ils séjournent sur le territoire russe ou qu'ils soient détenus par ces autorités. Inversement, les nationaux russes bénéficieraient de la même protection lorsqu'ils seraient placés entre les mains des autorités des États aidants. S'agissant de la seconde catégorie, les civils de nationalité des États aidants seraient protégés sur les territoires occupés par la Russie, principalement dans l'est de l'Ukraine.

Cette réglementation prévue par le droit international humanitaire écarterait toutefois une autre réglementation à première vue plus protectrice, celle des droits de l'homme, dans les cas où elle prévoirait une solution inconciliable avec ces droits¹⁰⁶. Il en va ainsi du droit de détenir une personne pour simple raison de sécurité, qui est prévu par la quatrième Convention de Genève mais qui n'est pas autorisé¹⁰⁷ — ou envisagé¹⁰⁸ — par les droits de l'homme. Une telle détention pourrait donc avoir lieu si la quatrième Convention de Genève¹⁰⁹ était applicable. Cela ne doit toutefois pas empêcher de préconiser l'application de cette réglementation pour trois motifs. Premièrement, en temps de conflit armé, les États peuvent déroger à certains droits de l'homme, lesquels deviennent dès lors inapplicables. En ce sens, l'Ukraine a soumis des demandes de dérogations à la Convention européenne des droits de l'homme en 2014 et 2022, notamment en matière de détention, lui permettant de détenir pour des raisons de sécurité¹¹⁰. Il est dès lors utile que le droit international humanitaire soit applicable afin d'éviter un éventuel vide de protection. Deuxièmement, la quatrième Convention de Genève contient, à certains égards, une réglementation plus détaillée et plus protectrice que celle offerte par les droits de l'homme, par exemple, en conférant au CICR le droit de visiter les internés civils¹¹¹. En toute hypothèse, n'oublions pas que cette Convention n'exclut pas que les droits de l'homme s'appliquent en parallèle au droit international humanitaire lorsqu'ils ne sont pas inconciliables avec ses dispositions¹¹². Troisièmement, l'application de la quatrième Convention de Genève permet, dans certaines conditions, que les personnes qui ont gravement violé ses dispositions soient poursuivies pour crime de guerre. Nous voyons donc qu'en permettant une application précoce du droit international humanitaire, la théorie du CICR, transposée dans le contexte des conflits armés internationaux, garantit une réelle protection aux personnes concernées.

Conclusion

L'assistance militaire sans précédent fournie par de nombreux États à l'Ukraine pour l'aider à repousser l'agression russe soulève plusieurs questions juridiques essentielles laissées sans réponse par le droit international. Par exemple, ce droit ne nous dit pas si pareille assistance constitue un emploi de la force au sens de la Charte des Nations unies. Or, le savoir est indispensable pour déterminer comment la justifier d'un point de vue juridique et se prononcer sur sa légalité. En réalité, quelle que soit la qualification que nous lui réservons, cette assistance paraît ici justifiable dans les hypothèses d'une éventuelle violation de l'interdiction de l'emploi de la force entre États ou du droit de la neutralité, que ce soit au titre de la légitime défense collective visée à l'article 51 de la Charte, de la légitime défense comme circonstance excluant l'illicéité ou des contre-mesures collectives prévues par les articles sur la responsabilité des États. Certains doutes subsistent néanmoins au sujet de la légalité de l'assistance par rapport à la réglementation sur le transfert des armes. Certes, la réglementation européenne en la matière semble à première vue respectée même si, pour cela, les critères fixés par la position commune de 2008 ont dû être assouplis. Il n'est toutefois pas certain que ce soit également le cas du Traité sur le commerce des armes et de l'article 1^{er} commun aux quatre Conventions de Genève. Il est clair qu'en égard à la séparation bien établie entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*, des considérations fondées sur le premier, en ce compris la légitime défense collective, ne pourraient en aucun cas justifier des entorses (indirectes) au second, en particulier à l'interdiction de transférer des armes lorsqu'il existe un risque substantiel qu'elles servent à commettre des violations graves du droit international humanitaire.

Une autre question au sujet de laquelle le droit international est lacunaire est celle de savoir si les États qui assistent militairement l'Ukraine deviennent parties au conflit armé contre la Russie en raison de ce soutien et sont donc ainsi soumis au droit international humanitaire. Des bribes de solution peuvent être trouvées dans d'autres mécanismes que ceux prévus par ce droit, qu'il s'agisse du droit de la neutralité, de la complicité ou de l'emploi de la force, dans la mesure où ces mécanismes renvoient à une situation similaire à celle de l'assistance à une partie à un conflit armé. Néanmoins, ils sont incapables de fournir une solution satisfaisante. La transposition de la théorie du soutien du CICR aux conflits armés internationaux paraît plus prometteuse. Elle rendrait ainsi les États aidants parties au conflit armé international en cours à la condition que l'aide consiste dans un soutien direct. Il est vrai que certains éléments, dont l'absence d'exigence d'un seuil de gravité pour le déclenchement des conflits armés internationaux, réduisent la portée utile de cette théorie si elle est appliquée à de tels conflits. Toutefois, ce faisant, ses effets consisteraient essentiellement à renforcer la protection des personnes plutôt qu'à permettre aux parties de tirer profit des effets permissifs du droit international humanitaire.

Raphaël van STEENBERGHE

Chercheur qualifié FNRS, Professeur à l'UCLouvain

Jérôme de HEMPTINNE

Professeur invité à l'UCLouvain et à l'Université d'Utrecht

(103) Voy. l'article 4 de la Convention qui définit son champ d'application personnel.

(104) Voy. titre III, sections I et II, de la Convention.

(105) Voy. titre III, sections I et III, de la Convention.

(106) Voy. néanmoins la position défendue par les États-Unis selon laquelle les droits de l'homme ne sont

en principe pas applicables à l'étranger, ce qui peut poser des difficultés en cas d'occupation étrangère.

(107) Voy. l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(108) Généralement la détention en matière de droits de l'homme est mise en œuvre aux fins de poursuites pénales; voy. à ce sujet R. VAN STEEN-

BERGHE, « The Impacts of Human Rights Law on the Regulation of Armed Conflicts : A Coherency-Based Approach to Dealing with Both the "Interpretation" and "Application" Processes », *International Review of the Red Cross*, 2022, pp. 1383-1384.

(109) Voy. les articles 43 et 78.

(110) Dérogations disponibles sur <https://rm.coe.int/chr-table-deroga->

tions-2000-2022-06-03-2022/1680a5bd43.

(111) Voy. l'article 143.

(112) Voy., au sujet de l'applicabilité parallèle des droits de l'homme, R. VAN STEENBERGHE, « The Impacts of... », *op. cit.*, pp. 1359 et s.

Les sanctions des tiers contre la Russie : les « mesures restrictives » de l'Union européenne sous l'angle du droit international

Introduction : les sanctions adoptées en réaction à l'invasion illégale de la Russie

En réaction à l'invasion russe de l'Ukraine le 22 février 2022, connue sous le nom d'*opération spéciale militaire* dans le discours russe, l'Union européenne a adopté une série de sanctions « massives et ciblées »¹ d'une ampleur jamais vue au sein de l'organisation, le but étant de « de prélever un lourd tribut sur les intérêts du Kremlin et sur sa capacité à financer la guerre »². L'Union s'est alignée avec d'autres pays occidentaux — notamment les États-Unis, le Royaume-Uni, le Canada, l'Australie, la Suisse — le Japon et la Corée du Sud afin d'adopter des sanctions contre la Russie³. À travers ces mesures collectives⁴, la Russie est partiellement isolée du système financier international et les commentateurs sont unanimes pour dire que « Western sanctions are the toughest measures ever imposed against a state of Russia's size and power »⁵. Dans la presse, la campagne de sanctions a été dénommée opération « choc et stupeur » (« shock and awe »)⁶ étant donné son ampleur. Dès lors, la Russie fait aujourd'hui partie des pays les plus sanctionnés au monde.

Les nombreuses « mesures restrictives » adoptées par l'UE comprennent des sanctions individuelles ainsi que des sanctions dites « sectorielles ». Parmi les premières, on compte, entre autres, l'exclusion de plusieurs banques russes du système de paiement international SWIFT, ou l'interdiction à l'encontre de *Russia Today* et *Sputnik* de diffuser leurs émissions dans le territoire de l'Union⁷. Plus de mille individus (y compris les membres de familles d'oligarques et de politiciens russes) et une centaine d'entités ont été sanctionnés. Il s'en suit que tous leurs fonds dans l'UE sont gelés et qu'aucune ressource économique ne peut être mise à leur disposition, directement ou indirectement⁸. Cette interdiction est interprétée de manière large. Elle couvre notamment la prestation de services (comme des services d'assurance) et s'étend également à des personnes morales contrôlées par la personne ou entité sanctionnée⁹. Ainsi, le *listing* du milliardaire russe Andrei Melnichenko a également mené à une rupture (temporaire) des activités des installations d'Eurochem — un producteur mondial d'en-

grais — dans le port d'Anvers¹⁰. L'UE a également interdit toute transaction liée à la gestion des réserves et des avoirs de la Banque centrale russe, ce qui mène à un gel des avoirs en euros de celle-ci¹¹. L'UE a également pris la décision très contestée de devenir progressivement plus indépendante des ressources énergétiques issues de la Russie, un sujet qui a fait grand débat parmi les États membres de l'Union¹². À présent, il est interdit aux États membres d'importer du charbon russe, de l'or, de l'acier ou du bois, l'importation de pétrole étant également prohibée, avec quelques exceptions¹³.

La responsabilité d'appliquer et de mettre en œuvre les mesures restrictives de l'UE revient aux États membres. Ainsi, en Belgique, la loi du 13 mai 2003, prévoit que les infractions à ces mesures sont punies d'un emprisonnement de huit jours à cinq ans et d'amendes substantielles¹⁴. La Belgique s'est avérée être l'un des meilleurs élèves de la classe pour la mise en œuvre des sanctions financières. Tandis que le commissaire européen Didier Reynders annonçait en juillet 2022 que la valeur des biens gelés atteignait 13,8 milliards d'euros, le SPF Finances confirmait quelques semaines plus tard que des fonds d'un montant total de 50 milliards d'euros avaient été gelés en Belgique¹⁵.

Cette contribution n'a pas pour objet de décrire de manière exhaustive ou en détail toutes les sanctions prises contre la Russie, ce qui est un sujet très complexe et technique comme le démontrent les modifications continues ainsi que la seule longueur des *Commission Consolidated FAQs* (actuellement environ 250 pages)¹⁶. L'objectif est plutôt de se pencher sur la compatibilité des mesures elles-mêmes avec le cadre juridique pertinent du droit international.

Le point de départ de cette analyse est que les sanctions contre la Russie, y compris les mesures restrictives de l'UE, sont des sanctions adoptées unilatéralement en réaction aux actes illicites de la Russie, à savoir l'invasion de l'Ukraine. Il n'est guère douteux que cette invasion (ayant en réalité débuté avec l'annexion de la Crimée en 2014¹⁷) viole l'interdiction du recours à la force, telle que prévue à l'article 2(4) de la Charte de l'ONU et constituerait même à une « agression » au sens de l'article 8bis(b) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (traité non ratifié par la Russie). Elle fut effectivement condamnée comme telle par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution du

(1) Déclaration à la presse de la présidente von der Leyen au sujet de l'agression russe contre l'Ukraine, 24 février 2022, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/STATEMENT_22_1322.

(2) *Ibidem*.

(3) S. R. ANDERSON e.a., « What sanctions has the world put on Russia ? », *Lawfare Blog*, 4 mars 2022, disponible sur <https://www.lawfareblog.com/what-sanctions-has-world-put-russia/> ; « Russian Invasion of Ukraine Draws Widespread - but Not Universal - Condemnation » *American Journal of International Law*, 2022, vol. 116(3).

(4) Le terme « collective » s'explique par le fait que plusieurs États et l'UE se sont alliés pour adopter des sanctions, à ne pas confondre avec des sanctions multilatérales adoptées par une organisation internationale contre un État membre, telles que les mesures adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies.

(5) N. MULDER, « The Toll of Economic War : How sanctions on Russia will upend the global order », *Foreign*

Affairs, 22 mars 2022, disponible sur <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2022-03-22/toll-economic-war> ; « Are sanctions on Russia working ? », *The Economist*, 25 août 2022, disponible sur <https://www.economist.com/leaders/2022/08/25/are-sanctions-working?gclid=6a00e364-9d6f-446d-abde-23f1c2af2bfd>.

(6) « Sanctions shock-and-awe reverberates beyond Russia », *Reuters*, 27 février 2022, disponible sur <https://www.reuters.com/markets/asia/sanctions-shock-and-awe-reverberates-beyond-russia-2022-02-27/> ; « The shock and awe of sanctions on Russia », *Financial Times*, disponible sur <https://www.ft.com/content/22bc52b4-4029-43ac-8313-288721ac3b52>.

(7) Règlement (UE) n° 833/2014 du Conseil, 31 juillet 2014, concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, *J.O.*, L-229/1, article 2f, 5h (tel que modifié).

(8) Règlement (UE) n° 269/2014 du Conseil, 17 mars 2014, concernant

des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, *J.O.*, L-78/6, article 2 (tel que modifié).

(9) Voy. par exemple : Commission Opinion on Article 2 of Council Regulation (EU) No 269/2014, 19 juin 2020, disponible sur https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/200619-opinion-financial-sanctions_en.pdf.

(10) Voy. par exemple : « EuroChem (Anvers) dans une "situation incertaine" après les sanctions contre son propriétaire russe », *La Libre*, 11 mars 2022.

(11) Règlement (UE) 2022/334 du Conseil, 28 février mars, modifiant le règlement (UE) N° 833/2014 du Conseil concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, *J.O.*, L-57/1.

(12) Réunion extraordinaire du Conseil européen (30-31 mai 2022) - conclusions, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/media/56577/2022-05-30-31-euco-conclusions-fr.pdf>.

(13) Pour un récapitulatif voy. « Le point sur les sanctions de l'UE contre la Russie », disponible sur : <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/>.

(14) Loi du 3 mai 2003 relative à la mise en œuvre des mesures restrictives adoptées par le Conseil de l'Union européenne à l'encontre d'États, de certaines personnes et entités, *M.B.*, 13 juin 2003, 31923.

(15) L. BOVE, « België bevriest ruim 50 miljard euro aan Russische fondsen », *De Tijd*, 2 augustus 2022.

(16) Commission Consolidated FAQs on the implementation of Council Regulation no 833/2014 and Council Regulation no 269/2014, modifié le 19 septembre 2022, disponible sur https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-09/faqs-sanctions-russia-consolidated_en_0.pdf.

(17) Voy. la Résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU du 27 mars 2014, UN Doc. A/RES/68/262.

18 mars 2022 — adoptée par 141 voix pour, 5 contre et 35 abstentions¹⁸. L'incompatibilité manifeste de l'invasion russe avec le cadre juridique de la Charte de l'ONU n'est pas abordée dans cette contribution dans la mesure où elle fait l'objet de développements détaillés ailleurs dans ce numéro¹⁹.

Il reste pourtant à souligner que les pays ayant imposé des sanctions contre la Russie, ainsi que l'UE, ne sont pas les « victimes » de l'illicéité concernée, mais sont plutôt des tiers. Pour le dire autrement, ils ne sont pas directement lésés par les actes illégaux de la Russie au sens de l'article 42 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (identifié ci-après sous son acronyme anglais, « ARSIWA »)²⁰ et de l'article 43 des articles sur la responsabilité des organisations internationales (ci-après, « DARIO »)²¹. Vu l'importance de la prohibition du recours à la force pour les membres de la communauté internationale — il s'agit en effet d'une norme impérative du droit international (une norme de *jus cogens*)²² —, il est admis que des États tiers ont intérêt à ce que ces règles soient respectées. Comme l'énonce l'article 41 ARSIWA, « [l]es États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave » du *jus cogens*, à savoir une violation « flagrante et systémique » telle que définit par l'article 40 ARSIWA²³. Comme l'indique la phrase « par des moyens licites », toutes mesures adoptées pour mettre fin à une violation grave, y compris les sanctions, doivent être conformes au droit international.

Or, en droit international, les sanctions unilatérales²⁴ sont généralement divisées en trois catégories : (1) les mesures de rétorsion, qui sont inamicales mais n'impliquent aucun acte illicite en droit international ; (2) les contre-mesures, c'est-à-dire des actes *prima facie* illicites, mais qui peuvent être justifiés comme une réaction proportionnée à une infraction antérieure qui respecte les conditions identifiées dans ARSIWA et (3) les actes illicites engageant la responsabilité internationale de l'État auteur des sanctions. Ainsi, dans la mesure où une sanction n'entraîne pas une violation du droit international, elle est licite, et constitue alors une mesure de rétorsion. Par contre, si la sanction viole une obligation (conventionnelle ou coutumière) vis-à-vis l'État cible, il s'agit alors d'une sanction illicite qui met en cause la responsabilité internationale de l'État qui a pris les sanctions, sauf si ce dernier peut invoquer une « circonstance excluant l'illicéité » parmi celles identifiées dans ARSIWA ou DARIO. Dans ce contexte, la circonstance la plus pertinente concerne les contre-mesures, que nous abordons ci-dessous.

Dans les pages qui suivent, nous examinons premièrement dans quelle mesure les sanctions de l'UE impliquent des dérogations aux obligations internationales de l'UE et/ou de ses États membres²⁵ (section 1). Ensuite, eu égard à l'illicéité de certaines sanctions, nous analyserons si ces sanctions peuvent néanmoins être qualifiées de contre-mesures autorisées. Pour cela, il faut que les sanctions respectent les conditions énumérées dans ARSIWA (section 2.A), qui prévoient notamment que les mesures doivent être une réaction proportionnée au préjudice subi, condition que nous examinerons plus en détail (section 2.B). En effet, si l'objectif des sanctions (mettre fin à la guerre en Ukraine ou du moins condamner la violation d'une des normes fondamentales de l'ordre juridique international²⁶) est certainement légitime, la question

qui se pose est de savoir jusqu'où des États ou organisations tierces peuvent aller dans l'adoption de telles mesures. Alors que les sanctions sont perçues comme des outils pour renforcer le droit international, elles peuvent aussi avoir des conséquences assez sérieuses sur la population civile du pays sanctionné et leur emploi est soumis à des règles plutôt rudimentaires, comme nous le verrons par la suite. Bien que l'UE précise que ses sanctions ne visent pas la société russe, leur objectif est néanmoins d'affaiblir le développement économique du pays²⁷, ce qui mène inévitablement à des conséquences sur la société dans son ensemble²⁸. Avant de nous pencher sur cette question, il est d'abord utile de situer les mesures restrictives de l'UE en droit international.

1 Les sanctions de l'UE comme des mesures de rétorsion ? Un exercice de cartographie

Si les sanctions de l'UE sont de simples mesures de rétorsion qui ne donnent lieu à aucun comportement internationalement illicite de la part de l'UE ou de ses États membres, il n'y a évidemment aucune objection en droit international. Le recours à la doctrine des contre-mesures est alors inutile. Toutefois, déterminer si les sanctions de l'UE sont ou non internationalement illicites n'est pas une sinécure, compte tenu de leur diversité et du large éventail de règles de droit international potentiellement concernées. Il s'agit à la fois des règles de droit coutumier et des règles du droit conventionnel (qui peuvent varier d'un État membre à l'autre en fonction des accords bilatéraux conclus avec la Fédération de Russie). En outre, l'application de certaines règles pertinentes n'est pas simplement binaire (elle pourra, par exemple, présupposer une évaluation de la proportionnalité). Un certain nombre de régimes conventionnels contiennent également leurs propres « clauses échappatoires ». De plus, le champ d'application d'une série de règles, y compris des règles fondamentales telles que le principe de non-intervention, est fortement contesté.

Dans un premier temps, il nous semble que, dans un certain nombre de domaines, les sanctions de l'UE ne soulèvent pas de problèmes en droit international. C'est d'abord le cas en ce qui concerne la portée juridictionnelle des mesures. Conformément à la clause type incluse par l'UE dans ses actes législatifs pertinents, les sanctions s'appliquent « (a) sur tout le territoire de l'Union ; (b) à bord de tout aéronef ou navire relevant de la juridiction d'un État membre ; (c) à toute personne, à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire de l'Union, qui est l'invité d'un État membre ; (d) à toute personne morale, toute entité ou tout organisme, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union, qui est établi ou constitué selon le droit d'un État membre ; (e) à toute personne morale, toute entité ou tout organisme en ce qui concerne toute transaction commerciale effectuée en tout ou en partie dans l'Union »²⁹.

Contrairement à ce que prétend la Commission européenne³⁰, ces sanctions ont une portée au moins partiellement *extraterritoriale*. Toutefois, en termes de champ d'application, elles restent dans les limites coutumières de l'exercice de la compétence³¹, dans la mesure où elles

(18) Résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU du 2 mars 2022, UN Doc. A/RES/ES-11/1.

(19) Voy. la contribution d'Olivier Corten dans ce numéro. Voy. aussi : J.A. GREEN, C. HENDERSON et T. RUY, « Russia's attack on Ukraine and the *jus ad bellum* » *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 9, 2022, pp. 4-30.

(20) Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Annexe à la résolution A/56/10 adoptée le 12 décembre 2001 par l'Assemblée générale des Nations unies.

(21) Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (DARIO), reproduit dans *L'Annuaire de la Commission du droit international*, 2011, vol. II(2), pp. 38-44.

(22) CDI, Quatrième rapport sur les

normes impératives du droit international général (*jus cogens*) présenté par Dire Tladi, Rapporteur spécial, 31 janvier 2019, A/CN.4/727, para. 62-8.

(23) Voy. aussi : Normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Texte du projet de conclusions et d'annexe tel qu'adopté par le Comité de rédaction en seconde lecture, 2022, A/CN.4/L.967, Conclusion 19.

(24) C'est-à-dire des sanctions qui sont adoptées par un État sur base de sa législation nationale ou par une décision exécutive, ou par une organisation internationale contre un État qui n'est pas un État membre. Les sanctions adoptées par une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies ou par une organisation régionale contre un État membre sont donc exclues de la présente discus-

sion.

(25) Sur la question de la responsabilité des États pour les actes d'organisations internationales, voy. par ex. : I. BROWNLEE, « The Responsibility of States for the Acts of International Organizations », *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, M. RAGAZZI (dir.), Leiden, Brill, 2005, p. 355 à 362. Voy. également :

A.D. CASTELEIRO, *The International Responsibility of the European Union : from competence to normative control*, Cambridge, CUP, 2016.

(26) Dans ce sens, on pourrait dire que les sanctions ont un but coercitif et de signalisation (« signalling »).

(27) « Infographie - Incidence des sanctions sur l'économie russe », disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/fr/infographics/impact-sanctions-russian-economy/>.

(28) THE ERZA KELIN SHOW, avec N. Mulder, « Sanctions against Russia are a form of War. It's Time we Recognize That » *New York Times*, 1 April 2022, disponible sur <https://www.nytimes.com/2022/04/01/opinion/erza-klein-podcast-nicholas-mulder.html?showTranscript=1> ; R. NEPHEW, *The Art of sanctions : a view from the field*, Columbia, Columbia University Press, 2017, p. 12.

(29) Par exemple article 13, règlement (UE) n° 833/2014 du Conseil, *op. cit.*

(30) Commission Consolidated FAQs, *op cit.*, p. 131, question 33 (« Le champ d'application du Règlement sur les sanctions est défini à l'article 13 ; les sanctions de l'UE ne s'appliquent pas de manière extraterritoriale », traduction libre).

(31) Voy. C. RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, Oxford, OUP,

présupposent soit un lien *territorial* (au sens large), soit un *lien de nationalité* avec l'Union. Elles se distinguent à cet égard des sanctions plus étendues que les États-Unis ont précédemment appliquées contre l'Iran ou Cuba. Par exemple, ces sanctions pouvaient porter sur la simple utilisation du dollar américain ou encore obliger les entreprises à choisir entre réaliser des affaires avec les États-Unis ou avec l'État visé par les sanctions. Toutefois, même s'ils ont menacé de prendre de telles sanctions³², les États-Unis se sont jusqu'à présent abstenus de recourir à ces mesures « secondaires » juridiquement très discutables³³ contre la Russie (par exemple pour dissuader les pays tiers d'acheter du pétrole russe)³⁴.

Il existe également plusieurs mesures substantielles qui, à première vue, ne posent pas de problème en droit international public. C'est le cas, par exemple, de l'interdiction d'entrer sur le territoire européen pour les personnes figurant sur la liste des sanctions³⁵. Après tout, la décision d'admettre ou non un individu sur le territoire relève en principe de la prérogative souveraine des États, bien qu'une interdiction collective d'entrer sur le territoire européen pour les personnes ayant la nationalité russe soit potentiellement problématique³⁶. Bien que l'accord de 2007 sur les visas entre l'UE et la Russie prévoit un assouplissement de la procédure de délivrance des visas, il n'affecte pas la décision de refuser un visa³⁷ (l'UE a d'ailleurs décidé de suspendre l'accord précité conformément à son article 15³⁸, ce qui rendra l'obtention d'un visa touristique plus difficile pour les Russes qui souhaitent se rendre dans l'UE³⁹). En outre, la décision 2014/145/PE.c. contient plusieurs exceptions à l'interdiction d'entrée dans le cas où un État membre est obligé, en vertu du droit international, de donner accès à son territoire, par exemple en tant que pays hôte d'une organisation internationale⁴⁰.

De nombreuses sanctions nécessitent d'établir un équilibre entre les intérêts légitimes poursuivis par les États qui ont pris les sanctions et les droits des personnes ciblées, notamment à la lumière des droits de l'homme. C'est le cas, par exemple, du gel de fonds, la sanction individuelle par excellence. Le gel des avoirs affecte sans aucun doute le droit de propriété, tel que protégé par l'article 1^{er} du premier protocole

additionnel à la Convention EDH. Or, comme nous le savons, le droit de propriété n'est pas absolu et peut faire l'objet de limitations, à condition que celles-ci soient fondées sur une base légale, motivées par un but légitime et proportionnées à ce but. Compte tenu de leur caractère temporaire, les gels de fonds dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) ne sont pas *a priori* incompatibles avec le droit de propriété. Il existe cependant une abondante jurisprudence de la Cour de justice de l'UE sur les sanctions financières individuelles, qui traite de la motivation adéquate ou de la survenance d'erreurs manifestes d'appréciation, plutôt que du droit de propriété en tant que tel⁴¹. De toute évidence, la confiscation définitive des actifs des oligarques russes sanctionnés — même si elle est destinée à indemniser les victimes ukrainiennes de l'agression russe — est plus problématique du point de vue (entre autres) du droit à la propriété⁴². Malgré des suggestions en ce sens, la confiscation définitive n'a, jusqu'à présent, pas été poursuivie. La Commission a toutefois lancé une proposition visant à ajouter le contournement des mesures restrictives de l'UE et la violation des sanctions de l'UE à la liste des crimes figurant à l'article 83, paragraphe 1^{er}, du TFUE, ainsi qu'une proposition de directive visant à élargir la possibilité de confisquer des avoirs en cas de condamnation pénale⁴³.

L'UE a également adopté une nouvelle forme de sanction en imposant une interdiction temporaire de diffusion aux médias d'État russes *Russia Today* (RT) et *Sputnik* en raison de leur contribution à la diffusion de « propagande de guerre »⁴⁴. Cette sanction nécessite également une analyse de proportionnalité, notamment à la lumière de la liberté d'expression (article 10 de la Convention EDH). Cette interdiction de diffusion était et reste très controversée⁴⁵. La Fédération européenne des journalistes, par exemple, a déclaré qu'elle considérait cette décision comme une erreur et comme une étape qui pourrait conduire à une censure accrue⁴⁶. De plus, la Norvège et la Suisse, deux pays qui s'alignent d'habitude avec les mesures restrictives de l'UE, ont annoncé qu'elles n'interdiraient pas la diffusion de chaînes médiatiques russes. Selon la Norvège, une telle mesure serait contraire à la liberté d'expression⁴⁷, alors que pour la Suisse, il serait plus efficace de contrer ces chaînes avec des faits plutôt que de les interdire⁴⁸. Toute-

2015, 2^e éd.

(32) « US threatens to punish third parties helping Moscow evade sanctions » *Financial Times*, 25 mars 2022, disponible sur <https://www.ft.com/content/867dc0d2-fb7b-461e-9e54-0c545ccd8c47>.

(33) Voy. T. RUYTS et C. RYNGAERT, « Secondary Sanctions : a weapon out of control ? The international legality of, and European responses to, US secondary sanctions », *British Yearbook of International Law*, 2020.

(34) Voy. par exemple « Yellen's Deputy Rejects Secondary Sanctions for Russia Oil Cap », *Bloomberg*, 13 juillet 2022, disponible sur <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-07-13/yellen-deputy-rejects-secondary-sanctions-for-russia-oil-cap>.

(35) Décision 2014/145/PESC du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives relatives à des actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, *J.O.U.E.* L 78/16, Article 1.

(36) Voy. S. GANTY, « Why banning Russians from Schengen is unlawful » *Verfassungsblog*, 12 août 2022, disponible sur <https://verfassungsblog.de/banning-russians>; Voy. pour tant A. BRZOZOWSKI, « Russian visa ban a matter of national security and EU credibility, says Estonia's PM », *EurActiv*, 25 août 2022.

(37) Accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance de visas aux citoyens de l'Union européenne et de la Fédération de Russie, 17 mai 2007, *J.O.*, L 129/27, article 2, para. 2 (« ...questions qui ne relèvent pas des dispositions du

présent accord, tel que le refus de délivrer un visa... »).

(38) Selon *Ibidem*, article 15(5) : « [c]haque partie peut suspendre l'application de tout ou partie du présent accord pour des raisons d'ordre public, de protection de sa sécurité nationale ou de protection de la santé publique ». Voy. : Décision (UE) 2022/333 du Conseil du 25 février 2022 relative à la suspension partielle de l'application de l'accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance de visas aux citoyens de l'Union européenne et de la Fédération de Russie, *J.O.*, L-54/1 ; décision (UE) du Conseil 2022/1500 du 9 septembre 2022 relative à la suspension intégrale de l'application de l'accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance de visas aux citoyens de l'Union européenne et de la Fédération de Russie, *J.O.*, L-234/1.

(39) Par contre, la proposition d'une interdiction aux personnes de nationalité russe de voyager dans le territoire de l'Union a été bloquée par la France et l'Allemagne, « Suspension des visas aux touristes russes : divisée, Bruxelles pourrait toutefois renforcer les règles de délivrance de visas », *Euractiv*, 31 août 2022, disponible sur <https://www.euractiv.fr/section/politique/news/suspension-des-visas-aux-touristes-russes-divisee-bruxelles-pourrait-toutefois-renforcer-les-regles-de-delivrance-de-visas/>.

(40) Décision 2014/145/PESC du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant

l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, *J.O.*, L-78/16, article 1(3).

(41) A. HOFER, « Targeting Russian individuals to end the war in Ukraine », *Tijd voor Mensenrecht*, 13 juillet 2022, disponible sur <https://tijd.mensenrechten.be/2022/07/13/targeting-russian-individuals-to-end-the-war-in-ukraine/>.

(42) Voy. pour tant T. KOCH, C. SOMERS-JOCE, et E. ROWLAND, « Enacting ECHR compliant measures to confiscate property : imposing sanctions on Russian oligarchs for the invasion of Ukraine », *Faculty of Law blogs, University of Oxford*, 11 mars 2022, disponible sur <https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/property-law/blog/2022/03/enacting-echr-compliant-measures-confiscate>.

(43) Commission européenne, Proposition de décision du Conseil relative à l'ajout des infractions aux mesures restrictives de l'UE dans les domaines de la criminalité couverts par l'article 83, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 25 mai 2022, COM(2022)247 final ; Commission, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au recouvrement et à la confiscation des avoirs, 25 mai 2022, COM(2022)245 final.

(44) Règlement (UE) 2022/350 du Conseil du 1^{er} mars 2022 modifiant le Règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, *J.O.*, L-65/1.

(45) Pour une analyse critique, voy. par exemple I. POPOVIC, « The EU Ban of RT and Sputnik : concerns re-

garding freedom of expression », *EJIL : Talk !*, 30 mars 2022, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/the-eu-ban-of-rt-and-sputnik-concerns-regarding-freedom-of-expression/>.

(46) Fédération européenne des journalistes, « Fighting disinformation with censorship is a mistake », 1 mars 2022, disponible sur <https://europeanjournalists.org/blog/2022/03/01/fighting-disinformation-with-censorship-is-a-mistake/>.

(47) IRIS Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, « Les sanctions contre RT and Sputnik ne seront pas adoptées en Norvège » disponible sur <https://merlin.obs.coe.int/article/9488>

(48) Confédération suisse, Secrétariat d'État à l'économie, FAQ - Sanctions contre la Russie, disponible sur https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/faq_russland_ukraine.html : « Le Conseil fédéral a décidé de ne pas reprendre la mesure arrêtée par l'UE le 1^{er} mars 2022 concernant la diffusion des contenus de certaines chaînes russes, notamment Sputnik et Russia Today. Même si ces canaux sont des outils de propagande et de désinformation de la Russie, le Conseil fédéral est convaincu qu'il est plus efficace, pour contrer des affirmations inexacts et domageables, de leur opposer des faits plutôt que de les interdire ».

fois, dans son arrêt du 27 juillet 2022, la grande chambre du Tribunal de l'Union a rejeté le recours en annulation de *RT France*⁴⁹. Étant donné que *RT France* est contrôlée par le gouvernement russe et s'est engagée dans la diffusion systématique d'informations sélectives et erronées pour justifier et soutenir l'agression russe, le Tribunal a considéré que la mesure constituait une restriction légitime de la liberté d'expression et de la liberté d'information. *RT France* a déjà indiqué qu'elle ferait appel devant la Cour de justice⁵⁰.

Un certain nombre de sanctions sectorielles semblent à première vue incompatibles avec divers traités bilatéraux ou multilatéraux, mais peuvent néanmoins bénéficier du recours aux motifs d'exception contenus dans le Traité lui-même, en particulier l'exception de sécurité nationale que l'on trouve dans de nombreux traités. Des mesures telles que l'embargo européen sur le pétrole et le charbon russes, ou l'interdiction de transit de certaines marchandises à destination de Kaliningrad sur le territoire européen, par exemple, semblent contraires à diverses dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) telles que l'interdiction des restrictions quantitatives (article XI du GATT), la liberté de transit (article V du GATT), ou même des dispositions similaires de l'Accord de partenariat et de coopération bilatéral entre l'UE et la Russie⁵¹. Toutefois, les deux instruments contiennent des exceptions qui permettent, entre autres, à une partie contractante de prendre les mesures qu'elle « estime nécessaires à la protection des intérêts vitaux de sa sécurité (...) en cas de guerre ou de grave tension internationale constituant une menace de guerre (...) »⁵². Dans une déclaration commune du 15 mars 2022, publiée par l'UE et 13 autres membres de l'OMC (dont le Japon et les États-Unis), les pays concernés ont déjà explicitement invoqué cette exception pour justifier des mesures contre la Russie⁵³. Dans une décision emblématique, le Groupe Spécial dans l'affaire DS512 (*Russie — mesures concernant le trafic en transit*) a confirmé pour la première fois que le recours à la fameuse exception de sécurité est effectivement soumis à un contrôle judiciaire — malgré l'opposition des États-Unis et de la Russie⁵⁴. Compte tenu de la menace que représente l'invasion russe pour la sécurité du continent européen, il semble en tout cas défendable que les sanctions de l'UE aient effectivement été adoptées dans un contexte de « tensions internationales graves » au sens des dispositions citées. L'affaire DS512 confirme par ailleurs une certaine liberté (mais qui n'est pas illimitée) pour les États de déterminer les mesures qu'ils « jugent nécessaires » pour protéger leur sécurité nationale. Ce pouvoir discrétionnaire a également été reconnu par la CJUE dans l'affaire *Rosneft* (relative à l'accord de partenariat UE-Russie)⁵⁵.

Pour diverses sanctions de l'UE, l'appréciation de leur conformité aux règles du droit international est encore compliquée par le manque de clarté quant à la portée de ces dernières. C'est notamment le cas du principe dit de « non-intervention ». Bien que l'interdiction d'intervenir dans les affaires intérieures d'un État fasse indubitablement partie

du droit international coutumier, on ne sait toujours pas dans quelle mesure des sanctions économiques de grande envergure constituent une violation de cette interdiction. En déclarant que l'embargo commercial américain contre le Nicaragua n'entraîne pas dans le champ d'application du principe de non-intervention, la Cour internationale de justice a placé très haut la barre d'une éventuelle atteinte au principe dans son arrêt *Nicaragua*⁵⁶. Divers auteurs soutiennent également qu'il n'existe pas d'interdiction générale de la coercition économique dans le cadre du principe de non-intervention⁵⁷. Bien que le recours aux sanctions économiques unilatérales (non fondées sur une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies) ait augmenté de manière significative au fil des années, il faut reconnaître que de nombreux pays du « Sud » s'y sont plus ou moins opposés⁵⁸. Les résolutions qui sont périodiquement adoptées au niveau de l'Assemblée générale sur « les droits de l'homme et les mesures coercitives unilatérales », et sur « les mesures économiques unilatérales utilisées pour exercer une pression politique et économique sur les pays en développement »⁵⁹ le confirment. Ironiquement, l'Union européenne elle-même semble depuis peu adhérer à l'idée d'une interdiction générale de la « contrainte économique », comme en témoigne le projet de règlement « relatif à la protection de l'Union et de ses États membres contre la contrainte économique exercée par des pays tiers », qui devrait être adopté d'ici à la fin 2022⁶⁰. Ce règlement devrait permettre à l'UE de répondre de manière robuste aux mesures commerciales ou d'investissement qui interfèrent avec les choix souverains légitimes de l'Union ou de ses États membres⁶¹. En tout état de cause, l'application du principe de non-intervention aux sanctions économiques reste sujette à débat. En ce qui concerne les sanctions européennes contre la Russie, on pourrait effectivement argumenter qu'elles n'empiètent pas sur l'exercice légitime de l'autorité de l'État, vu qu'elles n'interviennent pas dans le *domaine réservé* de la Russie⁶², mais constituent plutôt une réponse à une violation manifeste d'une règle fondamentale du droit international, à savoir l'interdiction du recours à la force.

La compatibilité des sanctions de l'UE avec les règles d'immunité du droit international fait également l'objet d'interprétations différentes. Par exemple, l'UE a imposé un gel des avoirs de hauts responsables du gouvernement russe, dont le président Poutine et le ministre des Affaires étrangères Sergueï Lavrov⁶³, qui bénéficient tous deux d'une immunité *ratione personae* (absolue) en vertu du droit international coutumier⁶⁴. En outre, une interdiction a été imposée aux transactions impliquant des actifs de la Banque centrale russe, ce qui a entraîné un gel *de facto* des actifs de cette banque au sein de l'UE⁶⁵. Cependant, les banques centrales jouissent d'une immunité d'exécution très étendue, qui est également reflétée dans l'article 21(1)(c) de la Convention des Nations unies sur l'immunité des États (pas en vigueur). Dans la littérature juridique, on part régulièrement du principe qu'un gel de fonds est, à première vue, contraire aux règles d'immunité susmentionnées⁶⁶. Cependant, comme l'un des auteurs de cette contribution l'a

(49) Arrêt du 27 juillet 2022, *RT France contre Conseil de l'UE*, T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483.

(50) « Russia Today loses fight against EU ban, Moscow warns of retaliation », *Reuters*, 27 juillet 2022, disponible sur <https://www.reuters.com/business/media-telecom/eu-court-backs-eu-ban-russia-today-2022-07-27/>.

(51) Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Fédération de Russie, d'autre part, 24 juin 1994, *J.O.*, 28 novembre 1997, L-327/3, voy. par exemple les Articles 10 et 12.

(52) Article XXI(b)(iii) du General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), signé à Genève le 30 octobre 1947, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1948 ; article 99(1)(d) de l'Accord de partenariat UE-Russie, *op. cit.*

(53) Déclaration commune sur l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine avec le soutien du Bélarus, 15 mars 2022, WT/GC/244.

(54) Russie — Mesures concernant le trafic en transit, Rapport du Groupe

Spécial, 5 avril 2019, WT/DS512/R. L'approche du Groupe Spécial fut confirmée dans *Arabie Saoudite — Mesures concernant la protection des droits de propriété intellectuelle*, Rapport du Groupe Spécial, 16 juin 2020, WT/DS567/R.

(55) Arrêt du 28 mars 2017, *Rosneft*, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236.

(56) CIJ, arrêt du 27 juin 1996, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, para. 245 : « la Cour ne peut considérer les mesures économiques mises en cause comme des violations du principe coutumier de la non-intervention ».

(57) Voy. par exemple A. TZANAKOPOULOS, « The Right to Be Free from Economic Coercion », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, pp. 613-633.

(58) A. HOFER, « The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention ? », *Chinese JIL*, vol. 16(2), 2017, pp. 175-214 ; A. HOFER,

« Negotiating international public policy through the adoption and contestation of sanctions », *R.B.D.I.*, 2017/2, pp. 440-473.

(59) Voy. les dernières résolutions : Résolution de l'Assemblée générale des NU, Mesures économiques unilatérales utilisées pour exercer une pression politique et économique sur les pays en développement, A/RES/76/191 (2021), 17 décembre 2021 ; Résolution de l'Assemblée générale des NU, Droits humains et mesures coercitives unilatérales, A/RES/76/161 (2021), 16 décembre 2021.

(60) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union and its Member States from economic coercion by third countries, 8 décembre 2021, COM(2021)775final. Sur l'interaction entre le projet d'instrument de lutte contre la coercition et l'interdiction de non-intervention, voy. : T. RUYTS et F. RODRIGUEZ SILVESTRE, « L'Union contre-attaque - la Proposition d'Instrument Anti-Coercition (IAC) de l'UE vue sous l'angle du droit international » à paraître dans

l'Annuaire français de droit international (2022).

(61) *Ibidem*, article 2(1).

(62) Sur la notion de « domaine réservé », voy. K.S. ZIEGLER, « Domaine Réservé », *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, avril 2013.

(63) Règlement d'exécution (UE) 2022/332 du Conseil du 25 février 2022 mettant en œuvre le règlement (UE) n° 269/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, *J.O.*, L 53/1.

(64) C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.

(65) Voy. également : I. WUERTEH, « Immunity from execution of central bank assets », in T. RUYTS et N. ANGELET (dir.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 266-284.

(66) Voy. par exemple, en ce qui

soutenu ailleurs, il existe également une autre approche possible, qui stipule notamment qu'un gel temporaire de fonds en vertu d'une mesure administrative ne touche pas aux règles d'immunité, parce qu'elles n'ont aucun lien avec une procédure judiciaire : il ne s'agit ni de « mesures de contraintes antérieures au jugement » ni de « mesures de contraintes postérieures au jugement » (au sens des articles 18 et 19 de la Convention des Nations unies sur l'immunité des États)⁶⁷.

Quelle que soit l'approche adoptée au sujet des controverses précédentes, il semble difficile de contester qu'*au moins certaines* des sanctions de l'UE violent les obligations de droit international de l'UE et/ou de ses États membres. C'est le cas, par exemple, de la décision de fermer l'espace aérien européen aux compagnies aériennes russes ou aux avions immatriculés en Russie⁶⁸. Cette mesure semble notamment incompatible avec le droit d'accès et de transit des aéronefs n'assurant pas de services réguliers, tel que prévu à l'article 5 de la Convention relative à l'aviation civile internationale (1944). L'article 9 de cette Convention prévoit certes la possibilité, dans des circonstances exceptionnelles, en cas de crise ou dans l'intérêt de la sécurité publique, de restreindre ou d'interdire temporairement les vols hors du territoire. Néanmoins il ajoute immédiatement l'exigence « que cette restriction ou interdiction s'applique, sans distinction de nationalité, aux aéronefs de tous les autres États ». Cette condition n'est pas remplie en l'espèce.

Bien que l'aperçu qui précède ne soit pas exhaustif, on peut conclure qu'un certain nombre de sanctions de l'UE sont effectivement (et d'autres potentiellement) en violation du droit international. La question se pose donc de savoir si ces mesures peuvent être « excusées », en invoquant les circonstances excluant l'illicéité, et en particulier en invoquant la doctrine des contre-mesures. Cette question est abordée dans la section suivante.

2 Les sanctions de l'UE comme contre-mesures collectives ?

A. Le régime des contre-mesures collectives dans les Articles sur la responsabilité des États

Les contre-mesures peuvent être définies comme étant « des mesures unilatérales adoptées par un État ("l'État lésé") en réponse à une violation de ses droits par le fait illicite d'un autre État ("l'État auteur du fait illicite" ou "l'État ciblé") et qui affectent les droits de cet État et visent à l'amener à cesser sa violation ou à fournir des réparations à l'État lésé⁶⁹ ».

Certaines conditions, énoncées aux articles 49 à 53 ARSIWA doivent être respectées pour qu'un État ou une organisation internationale⁷⁰ puisse valablement invoquer l'argument des contre-mesures. La contre-mesure doit correspondre à une réaction proportionnée à un fait illicite antérieur et avoir pour objectif d'induire l'État à y mettre fin et à offrir des réparations (articles 49 et 51 ARSIWA)⁷¹. Elle doit en outre être temporaire et, dans la mesure du possible, réversible (article 49 ARSIWA). Elle doit également être dirigée exclusivement vers l'État responsable (article 49(1) ARSIWA) bien qu'il soit admis que

les États tiers puissent ressentir ses conséquences indirectes (voy. *infra*). L'article 49(1) ARSIWA prévoit également qu'une contre-mesure a pour objectif d'amener l'État responsable à s'acquitter de ses obligations de cessation et de réparation prévues dans les articles 30 et 31 ARSIWA. La contre-mesure peut donc perdurer tant que l'État responsable n'a pas offert de réparation, même si le fait illicite lui-même a cessé⁷². Notons qu'il existe également des conditions procédurales à respecter (article 52) : l'État qui adopte des contre-mesures doit demander à l'État auteur du fait illicite de respecter ses obligations internationales, doit notifier à ce dernier l'intention d'adopter ces mesures et doit offrir de négocier.

Enfin, une contre-mesure ne peut pas porter atteinte aux droits fondamentaux de l'homme, à l'interdiction de menacer ou de recourir à la force, à l'interdiction de recourir à des représailles et aux normes impératives de droit international (article 50). Selon les commentaires de la Commission du droit international (CDI), les droits *fondamentaux* de l'homme sont ceux où aucune dérogation n'est permise, même en temps de guerre ou lors d'autres urgences⁷³. Les commentaires renvoient aussi, entre autres, aux écrits du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui soutient que les sanctions doivent faire la distinction entre l'élite politique responsable et la société civile, toujours en tenant compte du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁷⁴. Un peuple ne peut par exemple pas être privé de ses moyens de subsistance⁷⁵.

Des États qui ne sont pas directement lésés par la violation d'une obligation internationale sont susceptibles de prendre des mesures à l'encontre de l'auteur de cette violation, lorsque celle-ci concerne une obligation *erga omnes*, c'est-à-dire une obligation que tous les États ont un intérêt à voir respecter. C'est en l'occurrence le cas de l'interdiction de l'agression armée que la Russie a violée. La question qui se pose est de savoir si ces mesures peuvent être des contre-mesures adoptées par des tiers, également appelées des contre-mesures d'intérêt général ou collectives⁷⁶. Ces dernières sont « des mesures en soi illicites, qui pourraient être adoptées au niveau relationnel par tout État non individuellement lésé, en réponse à des violations graves d'obligations *erga omnes*, voire d'obligations découlant de normes impératives⁷⁷ ».

Comme le notait Sicilianos il y a presque vingt ans, des « ambiguïtés importantes persistent quant à la permissivité et aux particularités des contre-mesures en réaction à des violations "graves" »⁷⁸. Deux décennies après l'adoption des articles sur la responsabilité de l'État par la CDI, ces ambiguïtés n'ont toujours pas été éclaircies

La faculté des États tiers d'adopter des sanctions pour assurer le respect d'obligations *erga omnes* est controversée. En effet, lors de la rédaction des articles sur la responsabilité des États, le rapporteur spécial James Crawford a été contraint d'inclure les contre-mesures d'intérêt général sous la forme de clause d'une sauvegarde dans la version finale des articles à la suite des réactions des États et des débats parmi les membres de la Commission⁷⁹. Actuellement, un nombre significatif d'États condamne les « mesures de coercition unilatérales »⁸⁰. La doctrine est également divisée sur la légalité des contre-mesures collectives en droit international coutumier. Le débat est principalement dû à un désaccord sur la méthode dont la pratique des États devrait être analysée⁸¹. Un argument récurrent contre l'inclusion des contre-mesures collectives en droit international, qui a notamment été relevé par l'un

concerne les banques centrales : P.E. DUPONT, « Countermeasures and collective security : the case of the EU sanctions against Iran » *Journal of Conflict and Security Law*, 2012 vol. 17, p. 314 ; E. CASTELLARIN, « Le gel des avoirs d'une banque centrale étrangère comme réaction décentralisée à une foire internationalement illicite : rétorsion ou contre-mesure ? » *Hague Yearbook of International Law* 2012, 2013, pp. 179-190. En ce qui concerne les chefs d'État : P. PILLITU, « European "sanctions" against Zimbabwe's Head of State and Foreign Minister : a blow to personal immunities of senior State officials ? », *Journal of International Criminal Justice*, 2003. (67) Voy. T. RUYTS, « Immunity, inviolability and countermeasures -- a clo-

ser look at non-UN targeted sanctions », *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, *op. cit.*, pp. 670-710. (68) Article 3, point d), du règlement (UE) n° 833/2014 du Conseil, *op. cit.* (69) F. PADDEU, « Countermeasures », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, septembre 2015, para. 1, traduction libre. Voy. aussi : D. ALLAND, « The Definition of Countermeasures », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON et K. PARLETT (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 1135. (70) Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (DARIO), *op. cit.*, article 22 et articles 51-57.

(71) Voy. plus loin : L. A. SICILIANOS, « La codification des contre-mesures par la Commission de Droit International », *Revue belge de droit international*, 2005/1-2, p. 459.

(72) À ne pas confondre avec article 53(3) de ARSIWA.

(73) Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite et les commentaires y relatifs (Commentaires relatifs à ARSIWA), reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2), commentaire de l'article 50, p. 361, para. 6.

(74) *Ibidem*, p. 361, para. 7.

(75) *Ibidem*, p. 361-2, para. 7.

(76) SICILIANOS, *op. cit.*, p. 458 et p. 463.

(77) *Ibidem*, p. 483.

(78) *Ibidem*, p. 449.

(79) Quatrième rapport sur la responsabilité des États, par M. James Crawford, rapporteur spécial, document A/CN.4/517 et Add.1, pp. 18-19, para. 70-74 ; voy. aussi Commentaires relatifs à ARSIWA, *op. cit.*, commentaires à l'Article 54, p. 376ff. (80) A. HOFER, « The Developed/Developing Divide... », *op. cit.* ; A. HOFER, « Negotiating international public policy... », *op. cit.*

(81) Voy. par exemple l'échange entre M. DAWIDOWICZ, « Third-party countermeasures : A progressive development of international law ? » et C. FOCARELLI, « International Law and Third-Party Countermeasures in the Age of Global Instant Communication » dans *QIL Zoom-In*, 2016.

des auteurs de cette contribution, concerne le manque d'*opinio juris*⁸². Ainsi, les États-Unis et l'Union européenne, à savoir les acteurs qui adoptent le plus fréquemment des sanctions en réaction à des violations d'obligations d'intérêt général, s'abstiennent jusqu'à présent de justifier leur comportement en termes légaux. Ainsi, le désaccord sur la légalité des contre-mesures collectives persiste. En l'espèce, à notre connaissance, les États ayant pris des sanctions n'ont pas explicitement invoqué l'argument des contre-mesures d'intérêt général pour justifier des mesures *prima facie* illicites.

En outre, il y a de nombreuses incertitudes au sujet des conditions des contre-mesures collectives et de leurs limites. Bien que les règles qui encadrent les contre-mesures peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* aux contre-mesures collectives⁸³, une analyse de la pratique récente révèle que l'exercice n'est pas aussi simple qu'il puisse paraître⁸⁴.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que les sanctions contre la Russie ont été adoptées en réaction à un acte illicite et ont pour objectif d'y mettre fin selon les déclarations publiques des États ayant pris les sanctions⁸⁵, conformément à l'article 49 ARSIWA. En ce qui concerne les conditions procédurales, les États tiers ont prévenu la Russie qu'ils adopteraient des sanctions⁸⁶, bien qu'ils ne les aient pas explicitement appelées « contre-mesures ». Ils ont également appelé la Russie à cesser son intervention en Ukraine. Pour ce qui est de l'obligation d'offrir de négocier avant l'adoption des contre-mesures, la situation devient plus opaque étant donné que les tensions étaient très fortes entre la Russie, l'Ukraine et d'autres acteurs tels que l'UE et les États-Unis. Il n'est pas évident de déterminer si les États ayant pris les sanctions ont proposé de négocier avant l'adoption de ces mesures. Il semblerait que les États membres de l'UE étaient divisés sur l'utilité de négociations afin d'éviter l'aggravation de la crise⁸⁷. De plus, étant donné la gravité des faits, il est admis que des mesures peuvent être adoptées en urgence. En effet, les commentaires relatifs aux articles sur la responsabilité des États indiquent que la tentative de négociation doit être raisonnable, mais précisent que, en cas de violations graves, l'adoption de mesures conservatoires est possible⁸⁸. Il est apparu que, lors de la rédaction des articles portant sur les contre-mesures, les membres de la CDI, qui craignaient que les contre-mesures ne provoquent plus de tensions, étaient soucieux que les États aient l'obligation de résoudre leurs différends par des voies pacifiques⁸⁹.

À ce stade, la politique poursuivie serait plutôt de soutenir l'Ukraine et de l'aider à se défendre plutôt que de négocier avec la Russie, puisque, parallèlement aux sanctions, les États envoient en Ukraine du matériel militaire légal⁹⁰. Alors que les représentants de l'UE ont confirmé que les « tensions et les conflits devraient être résolus exclusivement par le dialogue et la diplomatie »⁹¹, les États ayant pris les sanctions adoptent parfois une attitude ambiguë à cet égard. Il y a eu plusieurs tentatives de résolution pacifique des différends entre l'Ukraine et la Russie depuis février 2022 sans la participation directe des États ayant adopté les sanctions, bien que le président français, Emmanuel Macron, par exemple, semble vouloir garder les lignes de communication ouvertes avec le président russe⁹². À certaines occasions, les dirigeants des États ayant pris les sanctions ont employé une rhétorique allant à l'encontre de la recherche d'une résolution diplomatique⁹³. De plus, d'aucuns affirment que la visite du Premier ministre anglais Boris Johnson en Ukraine en avril 2022⁹⁴ aurait empêché un accord négocié entre l'Ukraine et la Russie alors que les deux parties auraient été sur le point de trouver un accord⁹⁵. Il est également évident que la Russie ne fait pas confiance aux États qui ont adopté des sanctions, les accusant de chercher à l'affaiblir⁹⁶, ce qui fait de la diplomatie une tâche difficile. Au moment d'écrire ces lignes, les Nations unies et la Turquie semblent les mieux positionnées pour relancer les négociations entre l'Ukraine et la Russie⁹⁷. Il y a une tension, sinon une contradiction, entre le besoin de trouver un accord pacifique à la guerre et l'emploi de sanctions contre un agresseur, rendant laborieuse toute tentative de négociation, bien qu'elle soit nécessaire pour mettre fin au conflit⁹⁸.

Notons enfin que les sanctions semblent respecter les conditions énumérées dans l'article 50 ARSIWA, bien qu'il convienne de se demander si les droits fondamentaux de la population civile russe sont impactés par les mesures ou le seront dans le futur. Ceci nous amène à l'une des conditions les plus ambiguës des contre-mesures collectives, à savoir la question de la proportionnalité, question que nous abordons en détail dans la section suivante.

B. La proportionnalité des sanctions adoptées par des tiers

En augmentant le prix de la guerre pour la Russie et donc en cherchant à paralyser l'économie du pays, les États ayant pris des sanctions es-

(82) A. HOFER, « The "Curiouser and Curiouser" Legal Nature of Non-UN Sanctions : The Case of the US Sanctions against Russia », *Journal of Conflict and Security Law*, 2018 vol. 18, pp. 97-98.

(83) Responsabilité des États Projets d'articles provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en seconde lecture, document n° A/CN.4/L.600*, 21 août 2000, article 54.

(84) A. HOFER, « Unilateral sanctions as a challenge to the law of state responsibility », *Research handbook on unilateral and extraterritorial sanctions*, C. Beaucillon (dir), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 185-202.

(85) Bien qu'il ne soit pas exclu que les sanctions poursuivent d'autres objectifs qui pourraient potentiellement être incompatibles avec le régime des contre-mesures, mais nous ne pouvons pas aborder ce problème ici.

(86) « Europe threatens "massive" sanctions if Russia attacks Ukraine », *Reuters*, 21 janvier 2022, disponible sur <https://www.euronews.com/2022/01/21/us-ukraine-crisis-germany-usa>.

(87) « Why can't Europe agree on how to deal with the Ukraine crisis ? », *Al-Jazeera*, 26 janvier 2022, disponible sur <https://www.aljazeera.com/news/2022/1/26/why-europe-cannot-agree-on-russia>.

(88) Commentaires relatifs à ARSIWA, *op. cit.*, p. 371, para. 2 et p. 373, para. 6 ; Troisième rapport sur la responsabilité des États, par M. James Crawford, rapporteur spé-

cial, (2000) UN Doc A/CN.4/507 and Add. 1-4, p. 101-2, para. 357-9.

(89) Troisième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.*, para. 298-305. Lorsqu'il était rapporteur spécial, Arangio-Ruiz voulait aller plus loin et inclure l'obligation de soumettre la dispute à une procédure de règlement de différends, voy. : Responsabilité des États, Quatrième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1992 vol. II(1), p. 14ff, voy. aussi p. 23, proposition d'article 12.

(90) Communiqué de presse, « L'UE adopte une nouvelle série de mesures pour répondre à l'agression militaire russe contre l'Ukraine », 28 février 2022, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/02/28/eu-adopts-new-set-of-measures-to-respond-to-russia-s-military-aggression-against-ukraine/>. Voy. la contribution de Jérôme de Hemptinne dans ce numéro.

(91) Communiqué de presse du 28 février 2022, *op. cit.*

(92) « Why Emmanuel Macron's peace efforts with Vladimir Putin are probably pointless », *The Conversation*, 16 mai 2022, disponible sur <https://theconversation.com/why-emmanuel-macrons-peace-efforts-with-vladimir-putin-are-probably-pointless-182838> ; « Putin, Macron trade blame over Ukraine nuclear plant security », *Reuters*, 11 septembre 2022, disponible sur <https://www.reuters.com/world/eu->

rope/putin-macron-trade-blame-over-ukraine-nuclear-plant-security-2022-09-11/

rope/putin-macron-trade-blame-over-ukraine-nuclear-plant-security-2022-09-11/ ; communiqué de presse, « Entretien téléphonique avec M. Vladimir Poutine, Président de la Fédération de Russie », 11 septembre 2022, disponible sur <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2022/09/11/entretien-telephonique-avec-m-vladimir-poutine-president-de-la-federation-de-russie-2>.

(93) « Ursula von der Leyen s'oppose aux appels à un cessez-le-feu en Ukraine », *La Meuse, Sud Info*, 22 septembre 2022, disponible sur <https://lameuse.sudinfo.be/997628/article/2022-09-22/ursula-von-der-leyen-soppose-aux-appels-un-cessez-le-feu-en-ukraine?referer=%2Farchives%2Frecherche%2Fpaywall%3Fdatefilter%3Dlastyear%26sort%3Ddate%2520desc%26word%3DUrsula%2520von%2520der%2520Leyen> ; « US has no strategy of "regime change" in Russia, Blinken says », *Al-Jazeera*, 27 mars 2022, disponible sur <https://www.aljazeera.com/news/2022/3/27/the-us-has-no-plan-for-regime-change-in-russia-blinken> ; « Liz Truss says she's "ready" to hit nuclear button if necessary », *The Independent*, 23 août 2022, <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/liz-truss-nuclear-button-ready-b2151614.html>.

(94) UK Government, « Prime Minister pledges UK's unwavering support to Ukraine on visit to Kyiv : 9 April 2022 » <https://www.gov.uk/government/news/prime-minister-pledges-uk-unwavering-support-to-ukraine-on-visit-to-kyiv-9-april-2022>.

(95) F. HILL et A. STENT, « The World Putin wants : how distortions about the past feed delusions about the future » *Foreign Affairs*, septembre/octobre 2022 disponible sur <https://www.foreignaffairs.com/russian-federation/world-putin-wants-fiona-hill-angela-stent> ; « Diplomacy Watch : Did Boris Johnson help stop a peace deal in Ukraine ? » *Responsible Statecraft*, 2 septembre 2022, <https://responsiblestatecraft.org/2022/09/02/diplomacy-watch-why-did-the-west-stop-a-peace-deal-in-ukraine/>.

on-visit-to-kyiv-9-april-2022.

(96) « Russia rules out peace deal to end war in Ukraine », *Financial Times*, disponible sur <https://www.ft.com/content/c9381570-5e3c-4e89-a5a0-7a98bbd880f6>.

(97) « Diplomacy Watch : Talks to end the war are back on the agenda » *Responsible Statecraft*, 19 août 2022, disponible sur <https://responsiblestatecraft.org/2022/08/19/diplomacy-watch-talks-to-end-the-war-are-back-on-the-agenda/>.

(98) Suite aux « référendums d'annexion » dans les régions de Zaporijia, de Kherson, de Lougansk et de Donetsk, Zelensky a dit que toute négociation avec Poutine était impossible, voy. Conseil de Sécurité des NU, communiqué de presse, « So-Called Referenda during Armed Conflict in Ukraine "Illegal", Not Expression of Popular Will, United Nations Political Affairs Chief Tells Security Council », 27 septembre 2022, disponible sur <https://press.un.org/en/2022/sc15039.doc.htm>.

pèrent contraindre les autorités russes à y mettre fin en sanctionnant tout secteur qui enrichit la Russie. En visant l'économie russe, ces États ne semblent pas faire la distinction entre ceux qui sont directement responsables de la guerre et la population civile de la Russie, et ce malgré les dires et les précautions prises par l'UE⁹⁹. Pourtant, comme le note le journaliste Rogé Karma, à travers l'expérience et l'histoire des sanctions, on connaît les effets qu'elles ont sur la population civile : « Living standards collapse. Inflation surges to levels that are hard for us in the West even to imagine. People end up bartering for basic necessities like medicine and fuel »¹⁰⁰.

D'après le politologue russe Ilya Mateev, l'impact des sanctions sur l'économie russe serait de jeter 30 ans de développement économique à la poubelle¹⁰¹. À l'heure actuelle, il est très difficile de déterminer avec certitude l'effet que les sanctions (auront) sur l'économie et la population de la Russie. D'après un rapport de la Banque mondiale, l'économie russe a chuté depuis le début de la guerre, mais il n'est pas toujours évident de faire la distinction entre l'impact de la guerre et celui des sanctions¹⁰². Selon certains, la Russie semble résister tant bien que mal aux sanctions, même si cette tendance pourrait s'inverser sur le long terme¹⁰³. C'est notamment le but des États ayant adopté ces sanctions. Comme nous l'avons souligné dans l'introduction, ces États se sont alignés dès le début de l'intervention russe afin de mettre une pression maximale sur le pays dans son entièreté. Selon un haut fonctionnaire de l'administration américaine, en visant les ressources énergétiques de la Russie, « [t]he goal here is to starve Russia, starve Putin of his main source of cash, and force down the price of Russian oil to help blunt the impact of Putin's war at the pump »¹⁰⁴. Dans une déclaration, le gouvernement du Royaume-Uni explique que « [w]orking with allies, we will cripple Russia's economic development in both the short and long term »¹⁰⁵. Quant à l'UE, elle a indiqué qu'elle cherche à « maximiser les effets négatifs des sanctions sur l'économie russe »¹⁰⁶. À ce stade, la question qui se pose est de savoir jusqu'où les parties tierces peuvent aller lorsqu'elles adoptent des contre-mesures collectives en réaction à des violations graves, ce qui relève de la proportionnalité.

Selon l'article 51 des articles sur la responsabilité des États : « Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause »¹⁰⁷. L'objectif de la proportionnalité dans le cadre des contre-mesures est de prévenir les abus et d'éviter une escalade des tensions¹⁰⁸. Cette condition s'appliquerait également aux contre-mesures collectives. D'après le rapporteur spécial James Crawford : « Toutes les contre-mesures prises par rapport à une violation donnée devraient être prises en considération pour déterminer si la réponse est, globalement, proportionnée »¹⁰⁹. Lorsque plusieurs États adoptent des contre-mesures collectives, il faut tenir compte de leur proportionnalité dans leur ensemble¹¹⁰. Etant donné la gravité des actions de la Russie — comme nous l'avons signalé plus haut il s'agit d'une violation grave du droit international — et des dommages infligés à l'Ukraine¹¹¹, l'exercice reviendrait à comparer l'incomparable¹¹². En effet, il semblerait difficile d'affirmer que les sanctions seraient disproportionnées à l'acte d'agression commis par la Russie, qui a des répercussions dévastatrices pour l'économie, l'infrastructure et la population ukrainienne, et qui impacte également la région dans son ensemble. D'un autre côté, il est reconnu que les sanctions doivent viser ceux qui sont responsables et non des tiers, telle que la société civile¹¹³. Pour certains, la prise en compte de l'impact sur la population civile correspondrait à un exercice de proportionnalité¹¹⁴.

Par exemple, selon Farrall, la proportionnalité requiert que « the coercive consequences of the application of the sanctions, which may be felt by civilian populations, third states or individuals, remain in proportion to the harm caused by the target against which sanctions are imposed and are consistent with the objectives for which sanctions are employed »¹¹⁵.

Ainsi, une mesure proportionnelle devrait tenir compte des intérêts des acteurs qui ne sont pas directement ciblés mais néanmoins affectés par les sanctions, tels que les États tiers, la population civile et des entreprises ou d'autres entités privées¹¹⁶. Bien que cette approche ne soit pas partagée dans ARSIWA, il est reconnu que les contre-mesures ne peuvent pas mener à une suspension des droits de l'homme, tel que le

(99) Voy. *supra* note 27 et *infra* note 118.

(100) « Le niveau de vie s'effondre. L'inflation atteint des niveaux que nous, Occidentaux, avons du mal à imaginer. Les gens en viennent à troquer des produits de première nécessité comme les médicaments et le carburant ». The Ezra Klein Show, *op. cit.* Voy. aussi : Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, Alena Douhan, visit to the Bolivarian Republic of Venezuela, document n° A/HRC/48/59/Add.2, 4 octobre 2021.

(101) « 30 years of economic development thrown into the bin », la citation est disponible sur https://twitter.com/IlyaMatveev_/status/150378937306987248 ; J. SONNENFELD, S. TIAN, F. SOKOLOWSKI, M. WYREBKOWSKI, et M. KASPROWICZ, « Business Retreats and Sanctions Are Crippling the Russian Economy », juillet 2022, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=4167193>.

(102) The World Bank, « Europe and Central Asia Economic Update : War in the region », disponible sur <https://www.worldbank.org/en/region/eca/publication/europe-and-central-asia-economic-update>.

(103) « Western sanctions are ruining but not yet crushing Russia's economy », *Washington Post*, 23 août 2022, disponible sur <https://www.washingtonpost.com/business/2022/08/23/russian-sanctions-economy/> ; « Are sanctions on Russia working ? », *The Economist*, 25 août 2022, disponible sur <https://www.economist.com/leaders/2022/08/25/are-sanctions-working?gclid=6a00e364-9d6f-446d-abde-23f1c2af2bfd>.

(104) « L'objectif est d'affamer la Russie, de priver Poutine de sa principale source de revenus et de faire baisser le prix du pétrole russe pour atténuer l'impact de la guerre de Poutine à la pompe ». « As Biden aims to punish Russia on world stage, sanctions hurt at home », *Yahoo News*, 30 août 2022, disponible sur <https://www.yahoo.com/gma/biden-aims-punish-russia-world-090100391.html>.

(105) « En collaboration avec nos alliés, nous paralyserons le développement économique de la Russie à court et à long terme ». « UK Statement on Further Economic Sanctions Targeted at the Central Bank of the Russian Federation », 28 février 2022, disponible sur <https://www.gov.uk/government/news/uk-statement-on-further-economic-sanctions-targeted-at-the-central-bank-of-the-russian-federation>.

(106) « Infographie - Incidence des sanctions sur l'économie russe », *op. cit.*

(107) La taille de cette contribution ne nous permet pas de nous pencher sur cette définition, qui a été très commentée dans la doctrine : E. CANNIZZARO, « The Role of Proportionality in the Law of Countermeasures », *European Journal of International Law*, 2001 vol. 12 ; T. M. FRANCK, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », *American Journal of International Law*, 2008 vol. 102,

715 ; R. O'KEEFE, « Proportionality », *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*

(108) T.M. FRANCK, *op. cit.*, p. 715 ; Cannizzaro, *op. cit.*, pp. 889-90.

(109) Troisième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.*, p. 105, para. 401.

(110) ARSIWA avec commentaires, *op. cit.*, pp. 356-7, para 6 : « un État qui a commis un fait internationalement illicite ne s'expose pas du même coup à toute forme ou conjonction possible de contre-mesures, quelles qu'en soient la gravité ou les conséquences ». Troisième rapport, p. 115, para 406 : « [les contre-mesures collectives] ne devraient pas, prises dans leur ensemble, enfreindre l'exigence de proportionnalité ». Projets d'articles provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en seconde lecture, *op. cit.*, article 54(3).

(111) « Russia's invasion of Ukraine in maps - latest update », *Financial Times*, disponible sur <https://www.ft.com/content/4351d5b0-0888-4b47-9368-6bc4dfbcbcbf5>.

(112) T.M. FRANCK, *op. cit.*, p. 716 ; M. DAWIDOWICZ, *Third Party Countermeasures in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 347.

(113) D. CORTRIGHT e.a. (dir.), *Smart Sanctions : Targeting Economic Statecraft*, New York, Rowman and Littlefield, 2002 ; B.R. EARLY and M. SCHULZKE, « Still Unjust, Just in Different Ways : How Targeted Sanctions Fall Short of Just War Theory's Principles », *International Studies Review*, 2018 vol. 21, pp. 57-80.

(114) DAWIDOWICZ, *op. cit.*, p. 358 ;

W. M. REISMAN and D. L. STEVICK, « The Applicability of International Law Standards to United Nations Economic Sanctions Programmes » *European Journal of International Law* 1998 vol. 9, 86-141 ; D. JOYNER, « United Nations Counter-Proliferation Sanctions and International Law », L. VAN DEN HERIK (dir.), *Research Handbook on United Nations Sanctions and International Law*, Abingdon, Edward Elgar Publishing, 2016 ; N. JAYAKODY, « Refining United Nations Security Council Targeted Sanctions : "Proportionality" as a way forward for human rights protections », *Security and Human Rights*, 2018 vol. 29, pp. 90-119 ; H. SMITH, « The ethics of United Nations sanctions on North Korea : effectiveness, necessity and proportionality », *Critical Asian Studies*, 2020 vol. 52, pp. 182-203.

(115) « Les conséquences coercitives de l'application des sanctions, qui peuvent être ressenties par les populations civiles, les États tiers ou les individus, restent proportionnées au préjudice causé par la cible à charge de laquelle les sanctions sont imposées et sont cohérentes avec les objectifs pour lesquels les sanctions sont employées » ; J. FARRALL, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 42.

(116) Voy. aussi : A. HOFER, « The Proportionality of Unilateral Targeted Sanctions : Whose Interests Should Count ? », *Nordic Journal of International Law*, 2020 vol. 89, pp. 399-421.

prévoit l'article 50 ARSIWA, bien que la Commission n'ait pas précisé de quels droits il s'agit¹¹⁷. Comme nous l'avons déjà noté, il est admis que les sanctions ne peuvent pas mener à une famine ou à une détérioration des conditions de vie. En ce sens, si les sanctions mènent bien à une détérioration sérieuse du niveau de vie de la population russe, il est possible qu'elles soient disproportionnées. C'est peut-être la raison pour laquelle l'UE a exclu l'alimentation, l'agriculture, la santé et les produits pharmaceutiques de ses mesures restrictives et autorise également des exemptions humanitaires¹¹⁸.

On peut constater que, de nos jours, les sanctions contre la Russie risquent d'avoir un impact sur le système économique mondial, y compris sur les États qui ont pris la décision de ne pas adopter de telles mesures. Nicholas Mulder, auteur de *The Economic Weapon*, évoque ces répercussions potentielles : « As sanctions remove Russian commodity exports from world markets, prices are driven higher, putting pressure on the import bills and constrained public finances of net-commodity-importing emerging market and developing economies¹¹⁹ ».

Il y a certaines inquiétudes quant à un risque de pénurie de céréales et d'engrais, notamment dans les pays du Moyen-Orient et d'Afrique qui n'ont pas sanctionné la Russie, ce qui mènerait à des pénuries globales. Des pays africains ne peuvent pas effectuer de paiements internationaux avec la Russie étant donné que plusieurs banques ont été coupées de SWIFT. Ce problème a été soulevé par le président du Sénégal Macky Sall au nom de l'Union africaine¹²⁰. Ils ont donc demandé que les sanctions n'interviennent pas dans leurs échanges avec la Russie¹²¹.

Crawford, ancien rapporteur à la CDI, estimait que, si les contre-mesures avaient un effet indirect sur les pays tiers, il s'agissait d'une question à part entière, qui ne tombait pas sous la condition de proportionnalité¹²². Néanmoins, les États ayant adopté les sanctions semblent eux-mêmes vouloir limiter l'impact de leurs mesures. L'UE paraît avoir pris note du potentiel effet négatif de ses mesures. Effectivement, le préambule du règlement du 21 juillet 2022 indique que « [é]tant donné la volonté déterminée de l'Union de combattre l'insécurité alimentaire et énergétique dans le monde, et afin d'en éviter toute conséquence négative potentielle, la décision (PESC) 2022/1271 prévoit que la dérogation à l'interdiction de participer à des transactions avec certaines entités publiques est étendue en ce qui concerne les transactions portant sur des produits agricoles et la fourniture de pétrole et de produits pétroliers à des pays tiers¹²³ ».

Le problème est parfois dû à une « over compliance » ou un manque de clarté dans les règlements. Un coordinateur des sanctions américain, James O'Brien, note à ce sujet que « [s]ometimes companies are confused about what's allowed and what's not, and we will try to clarify so that they are able to go forward »¹²⁴. Par exemple, les entre-

prises et sociétés de transport maritimes européennes et nord-américaines préfèrent ne pas prendre le risque de violer les sanctions, et donc de payer une amende conséquente¹²⁵. Ils évitent de ce fait de réaliser des affaires avec des sociétés russes.

Ainsi, alors qu'il est souvent délicat de déterminer avec certitude la relation de cause à effet des sanctions, surtout dans le contexte d'un conflit armé, il est intéressant de noter que les États-Unis et l'UE semblent être conscients des potentiels effets négatifs que leurs sanctions peuvent avoir sur les tiers, et cela même si ce n'est pas repris dans la définition de la proportionnalité proposée par la CDI. Vu l'ampleur des mesures prises contre la Russie, il nous semble raisonnable de conclure que l'opération « choc et stupeur » provoquera plus de débats au sujet de la proportionnalité des sanctions unilatérales en réaction à des violations grave de droit international.

Conclusion

Cette brève contribution visait à resituer les sanctions adoptées par des tiers en réaction à l'acte d'agression de la Russie dans le droit international, en mettant l'accent sur les mesures restrictives de l'Union européenne. Comme on l'a vu, établir la légalité de sanctions unilatérales est loin d'être un exercice simple. Il faut évaluer chaque mesure individuellement et tenir compte des obligations internationales qui s'appliquent entre la cible et les auteurs des sanctions. Dans le cadre des sanctions de l'UE contre la Russie, il n'est pas improbable que certaines sanctions soient illicites. La question est alors de savoir si ces mesures peuvent être justifiées en tant que contre-mesures collectives, un sujet encore controversé en droit international. Nonobstant le débat sur la légalité des contre-mesures d'intérêt général, il nous semble que les sanctions de l'UE risquent de ne pas être proportionnelles s'il s'avère qu'elles mènent à une détérioration substantielle du niveau de vie de la population russe. L'organisation doit donc surveiller attentivement l'impact de ses mesures restrictives et adopter des ajustements lorsque ceux-ci sont nécessaires, bien qu'il soit souvent difficile de mesurer avec précision leurs effets. En définitive, nous pouvons observer une tension entre, d'un côté, le besoin d'imposer une pression maximale sur un État afin de le contraindre à cesser une violation grave du droit international et, de l'autre, la nécessité de ne pas faire payer un prix trop élevé à la population civile ni d'imposer des effets indiciels trop importants aux tiers.

Alexandra HOFER¹²⁶

Chargée de cours en droit international public à l'Université d'Utrecht

Tom RUYSS

Professeur de droit international à l'Université de Gand

(117) Troisième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.*, p. 100, para. 350-51.

(118) Règlement (UE) n° 833/2014 du Conseil, *op. cit.*, Article 2(3) ; Humanitarian aid, Frequently Asked Questions - as of 2 May 2022, disponible sur https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-08/faqs-sanctions-russia-humanitarian-aid_en.pdf.

(119) « Les sanctions retirent les exportations russes de matières premières des marchés mondiaux, les prix augmentent, ce qui pèse sur les factures d'importation et les finances publiques limitées des économies de marché émergentes et en développement importatrices nettes de matières premières » ; N. MULDER, « The Sanctions Weapon », *International Monetary Fund, Finance and Development*, juin 2022, disponible sur <https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2022/06/the-sanctions-weapon-mulder> ; voy. aussi N. MULDER, « The Toll of Economic War... », *op. cit.*

(120) « African Union warns of "collateral impact" as EU's Russia sanctions hit food supplies », *Financial Times*, disponible sur <https://www.ft.com/content/e558de33-6064-4b10-a784-eb344cb17915> ; voy. aussi « Global Food Crisis Tests Western Resolve to Retain Russia Sanctions », *NY Times*, 27 juin 2022, disponible sur <https://www.nytimes.com/2022/06/27/business/russia-food-crisis-sanctions.html>.

(121) « African Union chief urges EU to ease food payments to Russia » *Politico*, 19 juin 2022, disponible sur <https://www.politico.eu/article/african-union-chief-urges-eu-to-ease-food-payments-to-russia/>.

(122) Troisième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.*, p. 99, para. 347. ARSIWA avec commentaires, *op. cit.*, commentaire à

Article 49(1), p. 356, para 5.

(123) Règlement (UE) 2022/1269 du Conseil du 21 juillet 2022 modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, *J.O. L 193/1*. Voy. aussi : Commission Consolidated FAQs, *op. cit.*, pp. 164-165.

(124) « Parfois, les entreprises ne savent pas ce qui est autorisé et ce qui ne l'est pas, et nous essayons de clarifier les choses pour qu'elles puissent aller de l'avant » ; US Department of State, « Online Briefing with Special Envoy for Global Food Security Dr. Cary Fowler and Head of the Office of Sanctions Coordination Ambassador Jim O'Brien », 9 juin 2022, disponible sur <https://www.state.gov/online-briefing-with-special-envoy-for-global-food-security-dr-cary-fowler-and-head-of-the-office-of-sanctions-coordinationam->

bassador-jim-obrien/.

(125) « US Quietly Urges Russia Fertilizer Deals to Unlock Grain Trade » *Bloomberg*, 13 juin 2022, disponible sur <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-06-13/us-quietly-urges-russia-fertilizer-deals-to-unlock-grain-trade> ; « As sanctions bite Russia, fertilizer shortage imperils world food supply » *Reuters*, 23 mars 2022, disponible sur <https://www.reuters.com/business/sanctions-bite-russia-fertilizer-shortage-imperils-world-food-supply-2022-03-23/>.

(126) Les auteurs remercient Arthur Fallas et les éditeurs du *Journal des tribunaux* pour leur relecture très soignée de ce texte. La rédaction de cet article a été complétée le 30 septembre 2022, date à laquelle tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois.

La protection temporaire des personnes fuyant le conflit en Ukraine

Introduction

Écrivain, Albert Cohen était également haut fonctionnaire international. Il fut notamment directeur adjoint de la division protection de l'Organisation internationale pour les réfugiés (OIR), ancêtre du Haut Commissariat pour les réfugiés (HCR). À ce titre, il fut l'auteur de l'accord de Londres de 1946 qui étendra à de larges catégories de réfugiés le « passeport Nansen », imaginé par l'explorateur norvégien Fridtjof Nansen pour les réfugiés russes fuyant la révolution soviétique. Ce « titre de voyage » pour les réfugiés sera repris à l'article 28 de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Albert Cohen dira de ce passeport pour les réfugiés c'est « mon plus beau livre »¹.

À dire vrai, il en écrivit d'autres de toute beauté, dont son chef-d'œuvre, *Belle du Seigneur*. Dans *Les Valeureux*, il décrit, avec tendresse et humanité, quelques personnages juifs truculents, excessifs, naïfs et fidèles en amitié. Mais il brocarde également quelques fonctionnaires internationaux aussi insipides et fainéants que prétentieux. Voici, autour du sujet de la guerre, extrait du roman *Mangeclous* publié en 1938, un dialogue entre l'un de ces pédants fonctionnaires de la Société des Nations et Scipion, ami des truculents Valeureux : le fonctionnaire en question,

« le comte de Surville eut un beau sourire illuminé et quasi prophétique. [...]

» — [L]es feuilles de papier que nous utilisons annuellement pour la paix du monde feraient, placées bout à bout, environ huit fois le tour de la terre.

» — Je vois, dit Scipion. Alors, quand il y a une guerre, qu'est-ce que vous faites ?

» — Nous souffrons, répondit le comte de Surville. Tous ces morts, c'est affreux. [...]

» — Et qu'est-ce que vous faites quand il y a une guerre qui commence ?

» — Nous constituons un dossier, dit le comte de Surville [...].

» — Et si la guerre continue ? [...]

» — Alors, dit-il sur un ton viril, nous adoptons la manière forte. Nous constituons une commission et même des sous-commissions et nous allons, s'il le faut, jusqu'à prier les belligérants de cesser ce carnage. [...]

» — Et si la guerre continue ?

» — Alors nous n'envoyons plus une prière mais une recommandation d'avoir à cesser les hostilités. Vous sentez la nuance ? Une recommandation, je ne crains pas de le dire, une véritable recommandation.

» — Et si la guerre continue ?

» — Alors nous émettons des vœux par lesquels tout en donnant raison au plus faible nous ne donnons pas tort au plus fort. Et nous demandons aux deux pays en guerre de déclarer solennellement qu'ils ne se font pas la guerre mais qu'ils procèdent à des opérations d'ordre pour règlement de conflit. C'est plus paisible. En général, les opérations militaires finissent bien par finir. Nous admettons alors

que la partie la plus forte procède à telle prise de territoire qu'il lui plaira à condition que le mot d'annexion ne soit pas prononcé »².

La suite du dialogue détaille les positions prises à l'époque par la Société des Nations à l'encontre de l'Italie, à la suite de la conquête de l'Éthiopie. Ces mots pourraient faire penser à la situation contemporaine inversée du Tigre au regard de l'Éthiopie. Ils peuvent aussi faire écho à l'invasion de l'Ukraine par la Russie. Même si les condamnations et sanctions furent plus fortes que des vœux, la faiblesse de l'ONU, liée aux règles de fonctionnement du Conseil de sécurité, constitue, comme à l'époque de la SDN, un aveu d'échec du droit.

Cette période antérieure et postérieure à la Deuxième Guerre mondiale n'est pas sans lien avec la situation des réfugiés qui, depuis février 2022, fuient l'Ukraine. Cela rappelle, d'une part, que telle situation d'afflux massif n'est pas neuve et que, d'autre part, il y avait déjà été répondu à plusieurs reprises dans la période antérieure à la convention de Genève de 1951, par des mécanismes de protection de groupes³. Du reste, durant la Deuxième Guerre mondiale de 1940-1945, qui sera à l'origine de la convention de Genève, plus de trente millions de personnes furent déplacées, rien qu'en Europe. À la fin de la guerre, plus de sept millions de ces « personnes déplacées », selon le terme officiel utilisé, qui se trouvaient regroupés dans des camps en Allemagne, firent l'objet de procédures de rapatriement vers leur pays d'origine, organisées par la *United Nations Relief and Rehabilitation Administration* (UNRRA). Parmi ceux qui se sont opposés le plus fermement à leur rapatriement vers l'Union soviétique se trouvaient précisément, outre les détenteurs d'un passeport Nansen, environ trois millions de personnes venues d'Ukraine. Différentes tendances et tensions existaient entre les factions nationalistes, l'Organisation des nationalistes ukrainiens (OUN, notamment autour de Melnyk ou, plus radicale, de Bandera). Mais la plupart d'entre eux considéraient, comme l'affirme un tract circulant dans un camp de personnes déplacées, que « we extricated ourselves from Stalin and Hitler, and we will not let anyone rule over us ». Au terme de leur combat pour le respect de l'identité nationale ukrainienne, ils obtinrent finalement de l'UNRRA d'être presque tous réinstallés « à l'Ouest »⁴.

Dans l'histoire du droit international des réfugiés à partir de la convention de Genève de 1951, il y eut une période plus calme, durant laquelle la protection des réfugiés se fit principalement sur la base d'un examen individuel des craintes de persécution au sens de la convention de Genève. Par la suite, des flux d'exilés plus importants, liés aux guerres d'indépendance en Afrique et aux dictatures en Amérique du Sud, ont conduit à réactiver certaines formes de protection temporaire de groupes. Ainsi, fin des années 1970, début des années 1980, le Comité exécutif du HCR adopta des conclusions soulignant qu'« en cas d'afflux massif de personnes en quête d'asile, ces personnes doivent toujours se voir accorder refuge, au moins temporairement »⁵. Ces mécanismes de protection de groupes figurent aussi dans la convention de l'OUA de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique et dans la déclaration de Carthage de 1984 sur les réfugiés en Amérique latine⁶. En Europe, des accueils de groupes se firent dans les années 1970 à l'égard des réfugiés fuyant les dictatures d'Amérique du Sud, des *boat people* du Sud-Est asiatique et, plus tard, des réfugiés de l'ex-Yougoslavie. Mais cela fut fait, dans le désordre,

(1) Entretien d'Albert Cohen avec Claude Deposier, Radio-TV Genève, n° 21, 24 mai 1979, reproduit in « Chronologie », in A. COHEN, *Belle du Seigneur*, Gallimard, La Pléiade, 1968, p. XCVII. Pour les textes, Arrangement de Londres : RTNU, n° 11, vol. 150, 1947, p. 47 ; convention de Genève du 28 juillet 1951 : RTNU, n° 2545, vol. 1989, 1951, p. 137. Pour une présentation historique générale, G. JAEGER, « Les

Nations unies et les réfugiés », in ULB, *La reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile*, Actes de la journée d'études du 21 avril 1989, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 18-120. Pour une analyse du *Conventional Travel Document* de l'article 28 de la convention de Genève : J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, 2^e éd., CUP, 2021, pp. 1091 et s. (2) A. COHEN, *Mangeclous* (1938), in

Œuvres, Gallimard, La Pléiade, 1993, pp. 521-522.

(3) Sur cette période, I.C. JACKSON, *The Refugee Concept in Group Situations*, La Haye, Kluwer Law International, 1999.

(4) Voy. Y. BOSHUK, « Repatriation and Resistance : Ukrainian Refugees and Displaced Persons in Occupied Germany and Austria, 1945-1948 », in A.C. BRAMWELL (dir.), *Refugees in the Age of Total War*, Londres, Unwin

Hyman, 1988, p. 198.

(5) HCR, Comité exécutif, Conclusions n° 15 (XXX), 1979, sur les *Refugiés sans pays d'asile*, lettre f, et n° 19 (XXXI), 1980 sur l'*Asile temporaire*, lettre b.

(6) Tous les textes de droit international de protection des réfugiés sont accessibles sur le site *Refworld* du HCR.

par des mesures nationales. C'est précisément après la crise de l'ex-Yougoslavie que l'Europe adopte, en 2001, un texte commun pour la « protection temporaire » des « personnes déplacées »⁷.

Ce n'est qu'aujourd'hui, vingt ans plus tard, que cette directive « protection temporaire » est appliquée, pour la première fois, afin d'accorder protection aux personnes qui fuient l'Ukraine. Car c'est bien de fuite en masse dont il est question. En août 2022, six mois après l'invasion russe, le HCR évalue à 6 millions le nombre de réfugiés d'Ukraine enregistrés en Europe et à plus de 3,8 millions les réfugiés ukrainiens bénéficiaires d'une protection temporaire ou d'un régime de protection nationale similaire dans l'Union européenne. La plupart des réfugiés sont des femmes et des enfants. Plus de 10 millions de mouvements de réfugiés hors d'Ukraine ont été enregistrés depuis le 24 février ainsi que plus de 4,5 millions de mouvements de retour dans le pays⁸.

Les Ukrainiens en recherche de protection sont dispersés dans plusieurs pays de l'Union européenne. La Pologne est en tête des pays accueillant le plus grand nombre de réfugiés ukrainiens (plus d'1,2 millions en août 2022), suivi de l'Allemagne (plus de 900.000) et de la Tchéquie (plus de 400.000). En Belgique, plus de 50.000 personnes ont trouvé refuge⁹.

On peut regretter qu'il ait fallu attendre vingt ans pour que cette directive protection temporaire soit utilisée alors qu'il y eut d'autres afflux massifs de personnes (1. La directive, le contexte). On doit néanmoins saluer la rapidité avec laquelle la décision fut prise, dix jours après le début de l'invasion (2. La définition et l'activation de la protection temporaire). Est de même à souligner l'ampleur des droits reconnus aux bénéficiaires de cette protection temporaire (3. Les bénéficiaires et leurs droits). L'ensemble soulève toutefois des interrogations pour le futur : s'agit-il d'un sursaut de solidarité, lui aussi temporaire, ou d'une évolution notable vers une politique envers les réfugiés plus accueillante et plus respectueuse de leurs droits (4. Les perspectives) ?

1 La directive, le contexte

La directive de 2001 a été adoptée à la suite d'une concertation au sein de l'Union européenne dans un contexte de post-conflit en ex-Yougoslavie (A), mais elle n'a pas été appliquée pendant plus de vingt ans (B).

A. Le contexte européen de l'élaboration de la directive protection temporaire

Comme rappelé ci-dessus, lors de l'implosion de l'ex-Yougoslavie dans les années 1990, aux portes de l'Europe, les États européens ont réagi

en ordre dispersé face à l'afflux massif de personnes en recherche de protection internationale. Ils ont accordé des statuts de protections provisoires ou protections *de facto* aux groupes de personnes qui fuyaient la guerre civile. La Belgique fit de même¹⁰.

Pour faire face à de telles situations dans le futur et pour apporter une réponse commune de l'Union européenne, la directive appelée « protection temporaire » ou « personnes déplacées » est adoptée en 2001 (la directive 2001/55 précitée). Le considérant 3 de la directive fait explicitement référence à la situation en ex-Yougoslavie. Le titre complet de la directive, reprenant ses objectifs fixés au considérant 8, est éloquent. Il s'agit d'une directive « relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil ». Tout est dit ! Voici un instrument commun, fondé sur la solidarité pour assurer accueil et protection.

B. Une lettre morte pendant plus de vingt ans

Ce texte est resté lettre morte dans toute l'Union européenne. Tel fut le cas, en Belgique, depuis sa transposition tardive et imparfaite, en 2003, aux articles 57/28 et suivants de la loi du 15 décembre 1980 relative aux étrangers, plusieurs fois modifiée¹¹. Cette désuétude du texte est le résultat d'un choix procédural qui, pour être intelligent, s'est avéré inefficace. Lors de l'élaboration de la directive protection temporaire, face à la difficulté de définir quantitativement la notion d'afflux massif, les mots utilisés furent vagues. D'une part, l'article 2, lettre d, parle d'un « nombre important de personnes ». D'autre part, l'article 5 prévoit que « l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées est constatée par une décision du Conseil adoptée à la majorité qualifiée ». Telle majorité ne fut jamais atteinte. En 2015, certains pays européens, confrontés à un afflux de réfugiés en provenance de Syrie, ont sollicité le constat d'un afflux massif. Face à une minorité de blocage, l'Union a préféré considérer qu'il n'y avait pas d'afflux massif au sens de la directive et a adopté, en urgence, à la majorité simple du Conseil, des décisions ponctuelles de relocalisation en « instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce »¹².

Certains États d'Europe centrale ont contesté ces mesures, y compris devant la Cour de justice de l'Union européenne. Ce fut en vain¹³.

Ces mécanismes ont certes soulagé l'Italie et la Grèce. Mais ils furent aussi un aveu d'échec de la solidarité au sein de l'Union, alors même que le droit primaire fait expressément référence au « principe de solidarité » et au « partage équitable de responsabilités entre États membres », tant en général, pour l'ensemble des dispositions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (article 67 Traité fondateur de l'Union européenne, ci-après TFUE) qu'en particulier pour les politiques relatives à l'asile et à l'immigration (article 80 TFUE). C'est

(7) Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *J.O.* L212/12 du 7 août 2001. Cette directive fait partie d'un ensemble de textes de droit dérivé fixant des normes et procédures communes aux États membres de l'Union européenne en matière de protection internationale, afin d'offrir aux demandeurs, comme aux bénéficiaires, un statut uniforme et une égale protection sur l'ensemble du territoire de l'Union. Cet ensemble est appelé régime d'asile européen commun (RAEC). Pour un accès rapide aux textes et à la jurisprudence : europeanmigrationlaw.eu.

(8) Pour des chiffres mis à jour régulièrement : <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>.

(9) *Ibidem*.

(10) O. CASANOVAS, « La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés », *Recueil des cours. Académie de droit international de La Haye*, 2003, t. 306, p. 9 ; en Belgique, voy. déjà le petit ouvrage prémonitoire écrit par celui qui deviendra le Premier président du Conseil du contentieux des étrangers : S. BODART, *Les autres réfugiés. Le statut des réfugiés de facto en Europe*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1990. L'auteur y soulignait « la nécessité d'une réglementation claire » (p. 86) par une initiative qui, au niveau international, si elle était « limitée aux pays d'Europe occidentale aurait peut-être plus de chances d'aboutir » (p. 79).

(11) Loi du 18 mars 2003 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 11 avril 2003. Voy aussi J.-Y. CARLIER, « Rapport sur la transposition partielle de la directive sur la protection temporaire » in J.-Y. CARLIER et P. DE

BRUYCKER (dir.), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 316 ; J.-Y. CARLIER, S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 455 ; L. DENYS, *Overzicht van het Vreemdelingenrecht*, Heule, INNI, 4^e éd., 2019, p. 680.

(12) La base juridique était l'article 78, § 3, TFUE qui permet d'adopter des mesures provisoires lorsque « un ou plusieurs États membres se trouvent dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers. Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures provisoires au profit de ou des États membres concernés. Il statue après consultation du Parlement ». Décision 2015/1523 du 14 septembre 2015, *J.O.* L 239 du 15 septembre 2015, p. 146 et décision 2015/1601 du 22 septembre 2015, *J.O.* L 248 du 24 septembre 2015, p. 80. Ces décisions prévoyaient la relocalisation de 40.000, puis de 120 000 demandeurs d'asile

de ces deux pays vers d'autres États membres de l'Union. Toutes les personnes n'ont pas été relocalisées, mais ces décisions temporaires ont été mises en œuvre pendant un temps donné pour désengorger le système.

(13) Le blocage venait principalement des États membres du groupe « Visegrad » (Hongrie, Pologne, Tchéquie, Slovaquie). C.J.U.E., 6 septembre 2017, *République slovaque et Hongrie c. Conseil*, aff. C-643 et C-647/15 ; H. LABAYLE, « La solidarité n'est pas une valeur : la validation de la relocalisation temporaire des demandeurs d'asile par la Cour de justice » *EU Immigration and Asylum Law and Policy Blog*, 7 septembre 2017 ; L. LEBOEUF, « Relocalisation des demandeurs d'asile - La Cour de justice confrontée à l'identité nationale », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017 ; J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Chronique annuelle : droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2018, p. 105.

donc avec satisfaction qu'après ces épisodes qui avaient mis au jour les faiblesses de l'approche collective européenne, on note, en 2022, à la suite de l'invasion de l'Ukraine qui conduit à la fuite de millions de personnes, une résurrection et une activation rapide de la directive protection temporaire.

2 La définition et l'activation de la protection temporaire

La protection temporaire se distingue des autres formes de protection internationale (A). Elle a été activée par une décision du Conseil de l'Union européenne, prise à l'unanimité des États membres le 4 mars 2022 (B).

A. La définition et les interactions avec les autres formes de protection

La protection temporaire est une forme de protection internationale complémentaire aux protections internationales précisées dans une autre directive, dite « qualification », qui couvre la protection résultant de la convention de Genève de 1951 et la protection subsidiaire ajoutée par cette directive¹⁴. La protection temporaire trouve sa source dans la directive 2001/55 précitée. Alors que la protection subsidiaire permet notamment de protéger individuellement les civils qui fuient une guerre, la protection temporaire est une protection de groupe, octroyée en cas d'afflux massif de personnes. Elle est accordée à l'ensemble des personnes déplacées appartenant au groupe désigné. Cela permet d'éviter des examens individuels au moment de l'afflux massif. Ce peut aussi être une étape préliminaire au bénéfice de la protection en raison d'une crainte individuelle de persécution au sens de la convention de Genève ou d'un risque réel d'atteinte grave au sens de la protection subsidiaire. Le fait de disposer de cette protection n'empêche pas une personne d'introduire ces demandes de protections individuelles auprès des instances compétentes. Toutefois, l'examen de ces demandes sera suspendu tant que la protection temporaire s'applique¹⁵.

L'objectif de la directive est de mettre en place instantanément une protection efficace en limitant les formalités afin de pouvoir enregistrer rapidement les personnes en besoin de protection. Comme son nom l'indique, elle est temporaire et donc limitée dans le temps (*infra*).

B. L'activation

1. La décision-cadre européenne

L'activation du mécanisme de protection temporaire se fit par décision du Conseil de l'Union européenne du 4 mars 2022¹⁶. Prise à l'unanimité, elle est un signal fort démontrant un consensus et une solidarité

certaine à l'égard du peuple ukrainien, mais également entre les États membres et les « peuples européens », selon la formule du premier considérant du préambule du TFUE, inchangée depuis les débuts de la construction européenne. La décision-cadre atteste du fait que l'Union européenne est confrontée à un afflux massif qui a comme conséquence la mise en œuvre de la protection temporaire des personnes fuyant l'Ukraine. Cette décision rapide peut s'expliquer par la proximité géographique et par les enjeux géopolitiques internationaux. À cet égard, les premiers considérants du préambule de la décision du Conseil sont sans ambiguïté. Ils mentionnent que « les forces armées russes ont lancé une invasion à grande échelle de l'Ukraine... invasion qui vise à porter atteinte à la sécurité et à la stabilité européenne et mondiale » (considérants 1 et 3). Mais cette rapidité s'explique aussi par « la pression migratoire résultant de l'invasion » avec pour conséquence que « l'ampleur de cet afflux serait vraisemblablement telle que les régimes d'asile des États membres risquent manifestement de ne pas être en mesure de traiter ces arrivées sans qu'il soit porté atteinte au bon fonctionnement de ces régimes » (considérants 4 et 7).

La décision demeure muette sur l'application d'un mécanisme de reprise entre États, pourtant prévu dans la directive, à l'article 11¹⁷. Le considérant 15 de la décision-cadre exclut expressément l'application de cet article en permettant aux personnes de faire le libre choix du pays de destination. Cela a pu surprendre. Mais cela a permis d'éviter des discussions sur le « partage de la charge », lesquelles avaient animé les débats lors de la « crise » migratoire de 2015¹⁸. Cela s'explique aussi par le fait que de nombreux Ukrainiens avaient des liens familiaux avec des personnes résidant dans l'Union européenne avant le déclenchement des hostilités notamment via le système des travailleurs détachés¹⁹. Ces personnes ont pu accueillir un certain nombre de fuytifs. Privilégier ce réseau préexistant et dispersé semblait une piste solide pour « assimiler » le grand nombre de réfugiés et éviter qu'un pays limitrophe, la Pologne en particulier, ne soit « submergé »²⁰. Autrement dit, cette décision de laisser aux personnes le libre choix du pays d'accueil témoigne aussi d'un élan de solidarité inédit entre les différents États membres.

2. La mise en œuvre en Belgique

La Belgique a mis en œuvre la décision-cadre de l'Union européenne sans autre formalité, en activant les normes transposées en 2003 dans la loi²¹.

Précisons que, pour entrer en Belgique, comme dans les autres États membres de l'Union, les Ukrainiens sont dispensés de visa depuis septembre 2017²². Dès leur entrée en Belgique, ils peuvent solliciter la protection temporaire, sans devoir introduire une autre demande de protection internationale.

La procédure d'enregistrement est assez simple. Toute personne qui souhaite bénéficier de la protection temporaire se présente au centre d'enregistrement, munie des documents établissant qu'elle appartient à l'une des catégories de bénéficiaires visées par la décision d'exécution²³. Les enregistrements ont commencé dès le 8 mars 2022. Ils sont

(14) Directive 2004/83/CE du conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (qualification), *J.O.* L 304/12 du 30 septembre 2004 et refonte directive 2011/95/UE.

(15) Directive Protection temporaire articles 17 et s. et loi du 15 décembre 1980, article 51/9 : « L'examen de la demande de protection internationale d'un étranger bénéficiaire de la protection temporaire visée au chapitre IIbis, est suspendu jusqu'à ce que le régime de protection temporaire prenne fin dans un des cas prévus à l'article 57/36, § 1 ». Pour une présentation des protections internationales en général et de la protection temporaire en particulier, voy.

J.-Y. CARLIER, « Droit d'asile et des réfugiés », *Recueil des cours. Académie de droit international*, La Haye, 2007, t. 332, p. 1 et *Droit d'asile et des réfugiés*, MOOC en accès libre sur la plateforme Edx.

(16) Décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil du 4 mars 2022 constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire, *J.O.* L 71/1 du 4 mars 2022.

(17) Directive Protection temporaire, article 11 : « Un État membre reprend une personne bénéficiant de la protection temporaire sur son territoire si celle-ci séjourne ou cherche à entrer sans autorisation sur le territoire d'un autre État membre pendant la période couverte par la décision du Conseil visée à l'article 5. Les États membres peuvent, sur la base d'un accord bilatéral, décider que la

présente disposition ne s'applique pas ».

(18) D. THYM, « Temporary Protection for Ukrainians : the unexpected renaissance of "Free Choice" », *EU Migration Law Blog*, 7 mars 2022 ; É. KÜÇÜK, « The odd couple : Free choice of asylum and temporary Protection », *Eu Law Analysis*, 16 mars 2022.

(19) Travailleurs ukrainiens détachés en Belgique : en 2020, on recensait en Flandre 13 000 travailleurs ukrainiens détachés, soit douze fois plus qu'en 2016. (source, <https://daar-daar.be/rubriques/travail-sante/la-belgique-un-cauchemar-pour-les-travailleurs-ukrainiens/>).

(20) Voy. le considérant 6 de la décision : « On estime que la moitié des Ukrainiens qui arriveront dans l'Union en bénéficiant d'un régime d'exemption de visa pour des courts séjours rejoindront des membres de leur famille ou chercheront un emploi dans l'Union, tandis que l'autre

moitié demandera une protection internationale ». Voy. aussi M. SAVINO et F.L. GATTA, « On the Brink of a New Refugee Crisis : Temporary protection as paradigm shift ? », *VerfBlog*, 10 mars 2022.

(21) Loi du 15 décembre 1980, articles 57/29 à 57/36.

(22) Règlement (UE) 2017/850 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017, modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (Ukraine), *J.O.* L 133/1 du 25 mai 2017. Cette exemption est uniquement valable pour les titulaires de passeports biométriques.

(23) Loi du 15 décembre 1980, *op. cit.*, article 57/30, alinéa 4.

centralisés par l'Office des étrangers avec un seul centre d'enregistrement pour la Belgique. Une fois inscrit au registre des étrangers, le bénéficiaire se voit délivrer une attestation de protection temporaire (annexe 15). Muni de ce document, il se présente à l'administration communale de son lieu de résidence pour y obtenir une carte de séjour d'un an (carte A)²⁴.

En octobre 2022, 55 000 personnes ont obtenu la protection temporaire en Belgique, dont 35 % de mineurs (dont 5 % non accompagnés)²⁵.

3 Les bénéficiaires et leurs droits

La directive protection temporaire évoque les personnes pouvant bénéficier de la protection temporaire (A) ainsi que leurs droits (B).

A. Les bénéficiaires de la protection

Si les Ukrainiens et les membres de leur famille bénéficient largement de la protection temporaire (1), il n'en va pas de même des étrangers qui se trouvaient en Ukraine (2).

1. Les Ukrainiens

La décision du 4 mars 2022, prévoit la délivrance d'une autorisation de séjour de plus de trois mois aux ressortissants ukrainiens et aux membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité, dont la résidence principale était en Ukraine avant le 24 février 2022²⁶.

La notion de « membres de la famille » recouvre la famille nucléaire, c'est-à-dire, le conjoint (marié) ou le partenaire non marié engagé dans une relation stable, les enfants mineurs célibataires, y compris ceux du conjoint, qu'ils soient légitimes, nés hors mariage ou adoptés²⁷. Toutefois, la décision précise que l'autorisation de séjour peut aussi être accordée à d'autres parents proches du bénéficiaire de la protection temporaire, qui vivaient au sein de l'unité familiale au moment des événements qui ont entraîné l'afflux massif de personnes déplacées et qui étaient entièrement ou principalement à sa charge²⁸. Cette notion de la famille est plus large que celle des membres de la famille tels que définis dans la directive relative au regroupement familial des étrangers. Elle se rapproche de celle appliquée pour la libre circulation des membres de la famille des citoyens de l'Union²⁹. La Commission européenne recommande aux pays membres d'utiliser leur marge d'appréciation de la manière la plus « humanitaire » possible³⁰. Cette approche large de l'unité familiale, inscrite dans la directive relative à la protection temporaire s'explique par le fait qu'elle est antérieure aux

directives relatives au regroupement familial et se justifie par la nécessité prise en compte des circonstances spécifiques à un afflux massif.

Ces personnes sont invitées à produire les preuves de leur identité et du lieu de résidence ainsi que des liens de famille invoqués. Toutefois, une certaine souplesse est accordée dans la prise en compte des documents³¹. De même il semble que, en pratique, une certaine souplesse soit accordée au champ d'application dans le temps, par rapport à la date du 24 février 2022 pour la résidence et la vie familiale en Ukraine.

2. Les étrangers

Trois catégories d'étrangers qui se trouvaient en Ukraine, à la date du 24 février 2022, peuvent également bénéficier de la protection temporaire. Les deux premières catégories résultent du droit international. Ce sont, d'une part les étrangers déjà mentionnés, membres de la famille d'un Ukrainien, d'autre part les étrangers reconnus réfugiés ou bénéficiaires d'une protection équivalente en Ukraine et les apatrides³². Leur statut les assimile aux Ukrainiens. En effet ils ne peuvent, par hypothèse, être renvoyés vers leur pays d'origine. La troisième catégorie sont les étrangers qui, à la date du 24 février 2022, étaient établis en Ukraine, c'est-à-dire qui bénéficiaient d'un titre de séjour permanent. En pratique, cela devrait signifier qu'ils séjournaient en Ukraine depuis plus de cinq ans. La décision ajoute toutefois une condition. Sont seuls concernés les étrangers établis en Ukraine « qui ne sont pas en mesure de rentrer dans leur pays ou région d'origine dans des conditions sûres et durables »³³.

Pour les autres étrangers qui résidaient en Ukraine sans être réfugié, apatride ou résident permanent, la décision-cadre laisse le choix aux États membres. Ceux-ci peuvent accorder la protection à d'autres personnes qui étaient en séjour légal en Ukraine (par exemple aux étrangers ayant une résidence provisoire ou à tout le moins non permanente). Encore faut-il, pour eux aussi, qu'ils ne soient pas en mesure de rentrer dans leur pays ou région d'origine dans des conditions sûres et durables. Une large marge de manœuvre est donc laissée aux États membres. Cela concerne notamment des étudiants vivant en Ukraine depuis plusieurs années. S'ils ne sont pas admis au bénéfice de la protection temporaire, comme cela paraît être le cas en Belgique, ils peuvent toujours introduire une demande de protection internationale³⁴. À noter que dans ce cas, le règlement Dublin III sera d'application afin de déterminer la compétence de l'État membre responsable de l'examen de cette demande. Ici aussi, une certaine souplesse par rapport à la mise en œuvre de ce règlement est demandée par les lignes directrices de la Commission³⁵.

Précisons que le ministre peut exclure du bénéfice de la protection temporaire, refuser l'accès au territoire du Royaume ou décider que l'étranger invoquant le bénéfice de la protection temporaire ne peut pas ou ne peut plus y résider si, dans des conditions similaires, il était

(24) Tous les renseignements sont accessibles en français, en néerlandais, en anglais et en ukrainien sur le site de l'Office des étrangers dofi.ibz.be, rubrique Ukraine. Voy. aussi Service public Intérieur, circulaires des 9, 14 et 29 mars 2022 : L'inscription de la population ukrainienne sous statut de protection temporaire dans les registres de la population, <https://www.ibz.rn.fgov.be/fr/population/reglementation/circulaires/>.

(25) Statistiques : <https://statbel.fgov.be/fr/visuals/deplaces-ukrainiens>.

(26) Décision-cadre du 4 mars 2022, article 2 et loi du 15 décembre 1980, article 57/29 qui renvoie à la décision-cadre.

(27) Conformément à la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *J.O. L 251/12* du 3 octobre 2003.

(28) Directive 2001/55/CE, article 15 ; Loi du 15 décembre 1980, article 57/34 et décision-cadre, article 4.4.

(29) Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du

29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *J.O. L 158/77* du 30 avril 2004.

(30) Communication de la Commission relative aux lignes directrices opérationnelles pour la mise en œuvre de la décision d'exécution 2022/382 du Conseil constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire, 2022/C 126 I/01, *C/2022/1806. J.O. C 126/I* du 21 mars 2022. Voy. aussi sur le site www.ce.europa.eu de la Commission européenne la rubrique, dans toutes les langues de l'Union, ainsi qu'en ukrainien et en russe, intitulée « Informations destinées aux personnes fuyant la guerre en Ukraine »

avec les références de contacts nationaux pour tous les États membres, ainsi que le site de l'Agence européenne pour l'asile, www.euaa.europa.eu.

(31) Les lignes directrices de la Commission établissent une liste indicative des documents prouvant la nationalité ukrainienne même si la période de validité a expiré : passeports de tout type (passeports nationaux, passeports diplomatiques, passeports de service ; passeports collectifs et passeports de substitution, y compris les passeports d'enfants) ; cartes d'identité nationales (y compris temporaires et provisoires) ; les livrets et cartes de service militaire ; les livrets de matelotage, les cartes de service de matelotage et les passeports de matelotage ; certificats de citoyenneté et autres documents officiels qui mentionnent ou indiquent la citoyenneté.

(32) C. NASH, « Stateless people and refugees fleeing Ukraine », *EU Law Analysis*, 20 mars 2022.

(33) Décision-cadre du 4 mars 2022, article 2, § 3. Dans la directive, cette condition qualifiait la personne déplacée, indépendamment de sa na-

tionalité et de la durée de son séjour (article 2, c).

(34) Le site de l'Office des étrangers ne les inclut pas parmi les bénéficiaires de la protection temporaire. Le cabinet du secrétaire d'État à l'asile et à la politique migratoire a confirmé que ces personnes seraient dirigées vers la procédure d'asile.

(35) Règlement 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale (Dublin III), *J.O. L 180/31* du 26 juin 2013 et l'annexe (uniquement en anglais) à la Communication de la Commission, *Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission on operational guidelines for the implementation of Council implementing Decision 2022/382 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC, and having the effect of introducing temporary protection*, Bruxelles, 17 mars 2022, *C(2022) 1794 final* p. 19, point 7.

susceptible de faire l'objet d'une exclusion de la protection en qualité de réfugié au sens de la convention de Genève ou de la protection subsidiaire³⁶.

B. La durée de la protection

La protection temporaire dure un an à partir de la date de sa mise en œuvre. Elle est prolongée automatiquement, par période de six mois, pour une seconde période d'un an, à moins que le Conseil de l'Union ne décide de mettre fin à la protection temporaire antérieurement³⁷.

C. Les droits sociaux

Les droits sociaux accordés aux bénéficiaires de la protection temporaire recouvrent l'accueil et le logement (1) et d'autres droits sociaux, tels le droit au travail ou l'accès aux soins de santé (2).

1. L'accueil et le logement

La directive 2001/55 prévoit que les États membres veillent à ce que les bénéficiaires de la protection temporaire aient accès à un hébergement approprié ou reçoivent, le cas échéant, les moyens de se procurer un logement³⁸. Au niveau européen, la Commission a développé un projet « Safe Homes » qui prévoit des orientations ciblées pour soutenir les efforts des États membres, des autorités régionales et locales et de la société civile pour organiser des initiatives de logement privé pour les personnes ayant besoin de protection³⁹.

En Belgique, l'accueil des personnes sur la base de la protection temporaire pose plusieurs défis. Le système d'accueil des demandeurs d'asile faisait déjà l'objet de saturation avant l'arrivée des réfugiés ukrainiens. En outre, Fedasil, l'agence compétente pour l'accueil des demandeurs d'asile selon la loi relative à l'accueil, n'a pas de rôle à jouer dans l'accueil des personnes bénéficiaires de la protection temporaire⁴⁰. En effet, celui-ci est de la compétence des villes et des Régions. L'agence est dès lors intervenue ponctuellement afin d'assurer un hébergement d'urgence de quelques nuits ou pour orienter les bénéficiaires vers un hébergement proposé par les communes.

La plupart des déplacés ukrainiens ont pu bénéficier de solutions propres. Moins de 30 % des déplacés ont eu besoin d'un accueil⁴¹.

Les communes et les Régions ont pu compter sur la générosité de la population et sur un accueil spontané plutôt que sur un réseau structuré. De nombreuses communes ont mis en place des mécanismes de soutien aux hébergeurs et des modalités d'accueil des Ukrainiens. Cependant, les possibilités d'accueil se tarissent avec le temps. Ceux qui, dans les premiers jours de l'arrivée massive, se sont engagés spontanément à héberger s'essoufflent en raison notamment d'un accueil peu encadré. Une solution alternative plus durable semble nécessaire au vu du prolongement du conflit en Ukraine, lequel nécessite une réponse structurelle à long terme. Voici, par Région, un aperçu des modalités d'accueil, combinant accueil privé et mise à disposition d'infrastructures.

— En Région bruxelloise, un modèle d'hospitalité a été adopté le 31 mars 2022⁴². Il repose sur trois piliers : la mise à disposition de structures temporaires régionales d'accueil, l'hébergement individuel sécurisé, et le marché immobilier classique⁴³. En complément de ces trois solutions de moyen terme, le secteur hôtelier garantit à court terme aux C.P.A.S. et aux communes des chambres à un prix plancher pour héberger temporairement des familles dans le besoin, le temps de trouver une solution plus pérenne (15 jours). Ces différents modèles devraient permettre à la Région bruxelloise de créer 10 600 places d'ici à la fin octobre 2022. Par ailleurs, l'hébergement privé est encouragé. Une plateforme numérique est mise à disposition des candidats hébergeurs⁴⁴. Les Bruxellois peuvent y déposer leur offre d'hébergement. Un modèle de convention est mis à disposition de chaque hébergeur. L'hébergement est limité dans le temps (au libre choix, mais la Région propose trois mois renouvelables). Une indemnité d'hébergement couvrant les charges est également prévue⁴⁵. Le système prévoit également la mise à disposition d'une charte des hébergeurs et des hébergés pour accompagner la vie en commun dans le logement partagé.

— En Région wallonne, une stratégie régionale pour l'accueil des ressortissants ukrainiens a été rapidement mise en place⁴⁶. Celle-ci est axée sur l'hébergement privé (également encadrée par une charte), sur le recensement d'hébergements collectifs publics, associatifs et privés susceptibles d'être mobilisés et sur la mise à disposition de logements modulaires. La Région a mis à disposition des moyens financiers pouvant servir à trouver des solutions appropriées ou nouvelles, adaptées à chaque terrain local. Ceux-ci peuvent également servir à prendre en charge une partie des frais de nuitées à l'hôtel ou d'autres formes d'hébergement. Enfin, la stratégie rappelle le droit de réquisition des communes en cas de situation d'urgence justifiée par l'afflux massif de ressortissants ukrainiens pour lesquels la capacité d'accueil ne peut être rencontrée.

— En Région flamande, un projet de construction de « villages de secours » (*nooddorpen*) a très vite vu le jour. Il s'agit de logements collectifs (*containers*) comprenant au moins deux cents unités de logement, avec des installations associées. Deux villages ont été construits, un à Malines, un à Anvers. La Flandre s'appuie également sur des infrastructures existantes et des bâtiments à rafraîchir pour organiser cet accueil. Enfin, elle compte sur l'hébergement des particuliers qu'elle entend encadrer⁴⁷.

2. Les autres droits sociaux

La directive et la loi prévoient les autres droits auxquels les bénéficiaires de la protection temporaire peuvent prétendre⁴⁸. Il s'agit du soutien nécessaire en matière d'aide sociale, lorsque les bénéficiaires ne disposent pas de ressources suffisantes, ainsi que de soins médicaux. Lorsqu'ils exercent une activité salariée ou non salariée, il est tenu compte, lors de la fixation du niveau de l'aide envisagée, de leur capacité à subvenir à leurs besoins.

La directive prévoit également que les bénéficiaires de la protection temporaire ayant des besoins particuliers puissent compter sur un ac-

(36) Loi du 15 décembre 1980, article 57/32 : « 1° s'il existe de sérieuses raisons de penser que cet étranger a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des conventions internationales liant la Belgique ; 2° s'il existe de sérieuses raisons de penser que cet étranger a commis un crime grave de droit commun en dehors du territoire belge avant d'y être admis en tant que bénéficiaire de la protection temporaire. La gravité de la persécution à laquelle il faut s'attendre doit être considérée par rapport à la nature du crime dont l'intéressé est soupçonné. Les actions particulièrement cruelles, même si elles sont commises avec un objectif prétendument politique, peuvent recevoir la qualification de crimes graves de droit commun. Cela vaut pour les participants au crime comme pour les instigateurs de celui-ci ; 3° s'il existe de sérieuses raisons

de penser que cet étranger s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies ; 4° s'il existe des motifs raisonnables de penser que cet étranger représente un danger pour la sécurité nationale ou que la condamnation définitive pour un crime ou un délit particulièrement grave lui fait constituer une menace pour l'ordre public. La décision d'exclusion est fondée exclusivement sur le comportement personnel de l'étranger et respecte le principe de proportionnalité ».

(37) Directive 2001/55, article 4 ; décision, considérant 21 et loi belge du 15 décembre 1980, *op. cit.*, article 57/29, § 2.

(38) Directive 2001/55, *op. cit.*, article 13, 1.

(39) European Commission : Safe Homes initiative : Sustainable and safe housing for people fleeing the war in Ukraine. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/attachment/873138/Safe%20Home%20Initiative%20Factsheet%20\(2\).pdf](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/attachment/873138/Safe%20Home%20Initiative%20Factsheet%20(2).pdf).

(40) Loi du 17 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007.

(41) <https://statbel.fgov.be/fr/visuals/deplacés-ukrainiens>. Soit, selon les chiffres d'août 2022, un peu plus de 14.000 sur 50.000.

(42) <https://logement.brussels/un-nouveau-modele-dhebergement-plus-securisant-pour-les-refugies-ukrainiens/>.

(43) Un premier centre d'accueil collectif pour réfugiés ukrainiens fut inauguré le 18 juillet 2022 à Bruxelles.

(44) <https://www.helpukraine.brussels>.

(45) La Région invite les bailleurs à accepter les baux de courte période demandés par les Ukrainiens. La Région propose que les baux prennent

fin le 30 avril 2023 avec clause de renouvellement tacite pour six mois. Cela leur permet de se calquer sur le statut de protection temporaire qui se termine le 4 mars 2023 et de donner à ces locataires un peu de temps pour préparer le futur.

(46) Ukraine, une stratégie régionale pour l'accueil des ressortissants Ukrainiens, <https://www.wallonnie.be/fr/actualites/ukraine-strategie-regionale-pour-laccueil-des-ressortissants-ukrainiens>, 22 mars 2022. Toutes les informations pratiques sont centralisées sur le site : www.wallonnie.be/ukraine.

(47) Besluit Vlaamse Regering 8 april 2022 tot toekenning van een subsidie aan lokale besturen opvang Oekraïne, wijziging diverse besluiten en intrekking besluit Vlaamse Regering, 14 mars 2022, *M.B.*, 26 avril 2022.

(48) Directive 2001/55/CE, article 13.2.

compagnement adapté. Il peut s'agir de mineurs non accompagnés ou de personnes ayant subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle. La Commission européenne a rapidement mis en place un programme permettant d'offrir un appui à la santé mentale pour les réfugiés ukrainiens⁴⁹.

Voici, à titre indicatif, quelques précisions pratiques.

— Droit à l'aide sociale

De façon classique, le CPAS de la commune d'hébergement assure une aide sociale après avoir procédé à une détermination des ressources. Il s'agit d'une aide équivalente au revenu d'intégration (ERI). Le montant de cette aide dépend de la composition du ménage, des revenus et de ceux des membres du ménage⁵⁰.

— Droit au travail

Les bénéficiaires de la protection temporaire, en possession d'une carte A ont le droit de travailler, sans être soumis à l'obligation d'un permis de travail. Ils peuvent également développer une activité professionnelle indépendante, sans carte professionnelle⁵¹.

— Droit à la mutuelle

Dès que les bénéficiaires obtiennent l'attestation de protection temporaire, l'annexe 15 ou la carte A, ils peuvent s'inscrire à l'assurance maladie en Belgique en tant que titulaires résidents.

— Droit aux allocations familiales

Le bénéficiaire de la protection temporaire ayant des enfants à sa charge peut bénéficier d'allocations familiales en introduisant une demande auprès d'une caisse d'allocations familiales.

— Accès aux soins

Une plateforme est dédiée aux informations afin d'accéder aux différents soins de santé⁵². En Région bruxelloise, un centre spécifique est mis en place : le Brussels Health Orientation Center (BHOC), qui offre les premiers soins de santé et de santé mentale⁵³.

— Accueil spécifique des enfants

La directive protection temporaire prévoit que les États membres donnent accès à leur système éducatif aux personnes de moins de 18 ans bénéficiant du statut de protection temporaire dans les mêmes conditions que pour leurs propres ressortissants et pour les citoyens européens⁵⁴. Au 30 mars, l'Unicef estimait déjà à deux millions le nombre d'enfants contraints de fuir l'Ukraine⁵⁵. Parmi eux, de nombreux enfants non accompagnés. En Belgique, les enfants représentent environ 35 % de la population accueillie, soit près de 18.000 personnes. Les recommandations formulées par la Commission européenne préconisent un accès à la protection et aux droits spécifiques des enfants (éducation, soins de santé, y compris les soins préventifs et les soins de santé mentale, et l'assistance psychosociale) ainsi que tout service de soutien nécessaire pour garantir l'intérêt supérieur et le bien-être de l'enfant.

4 Les perspectives

La décision rapide de l'Union européenne de mettre en œuvre la protection temporaire pour l'accueil des Ukrainiens doit être saluée. Le rôle d'impulsion de la Belgique dans cette décision, par la voix de son secrétaire d'État à l'asile et à la migration, mérite d'être souligné. La responsabilité de la Belgique dans son rôle de « grand petit État » pouvant aiguillonner des politiques européennes n'en est que plus importante. En effet, de nombreuses questions demeurent ouvertes à court et à long terme.

À court terme, du point de vue social, l'accueil doit se professionnaliser de manière structurelle car le conflit risque de s'installer dans la durée. Du point de vue du séjour, la circulation entre les États membres, voire les allers-retours entre l'Ukraine et le pays d'accueil devront faire l'objet de précisions. Le statut des étrangers non établis ayant fui l'Ukraine devra être clarifié.

À long terme, la principale question est la différence de traitement entre les réfugiés ukrainiens et les autres. Quels que soient les motifs qui justifient la protection temporaire des Ukrainiens, les autres réfugiés ne peuvent se départir d'un sentiment de « deux poids, deux mesures », également interrogé par des auteurs⁵⁶. Deux voies se profilent. Dans l'une, cette décision d'activer la protection temporaire demeure unique. Elle serait alors refusée pour d'autres afflux importants liés aux conflits, parfois plus lointains, qui existent et continueront d'exister. La solidarité européenne serait alors fermée sur elle-même. Les valeurs portées par l'Europe le seraient à usage interne. Dans l'autre voie, cette décision serait une étape vers l'approfondissement de systèmes de solidarité entre États membres de l'Union européenne, appliqués à l'ensemble des réfugiés. Dans ce cas aussi, les fugitifs auraient le libre choix de leur pays d'asile. Cela permettrait d'éviter les mouvements secondaires de réfugiés et la lourdeur du mécanisme de Dublin, renvoyant l'exilé d'un pays à l'autre. D'autres mécanismes de solidarité compenseraient les distorsions dans l'accueil fluctuant selon les pays de provenance. Ce serait, malgré les difficultés, assurer le pari d'une Europe ouverte sur le monde. Ce serait, comme Albert Cohen dans *Ô vous frères humains*, admettre la réalité de cette « affreuse coexistence de l'amour du prochain et de la haine »⁵⁷. Ce serait admettre qu'après le pire — comme l'invasion russe en Ukraine — l'homme — même si c'est un autre — est capable du meilleur.

Jean-Yves CARLIER

Professeur à l'UCLouvain, membre de l'Équipe droits européens et migrations (EDEM)

Christine FLAMAND

Maître de conférences invitée à l'UCLouvain, membre de l'Équipe droits européens et migrations (EDEM)

(49) https://health.ec.europa.eu/funding/eu4health-programme-2021-2027-vision-healthier-european-union_en.

(50) Voy. SPP Intégration sociale www.mi-is.be/fr/droit-laide-sociale.

(51) Un arrêté royal du 30 juillet 2022 a modifié l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 3 février 2003 dispensant certaines catégories d'étrangers de l'obligation d'être titulaires d'une carte professionnelle pour l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, pour étendre cette dispense aux bénéficiaires de la protec-

tion temporaire, *M.B.*, 10 août 2022, p. 61768.

(52) <https://info-ukraine.be/fr/aide-en-belgique/soins-medicaux-refugiés-ukrainiens>.

(53) Assistance in Belgium : Medical care Ukrainian refugees, <https://info-ukraine.be/en/assistance-belgium/medical-care-ukrainian-refugees> et le site <https://info-ukraine.be/en/assistance-belgium/psychosocial-support> renvoie vers des centres de santé mentale ou associations. Ainsi, par exemple, l'a.s.b.l. Solentra a développé une ligne d'écoute pour l'assis-

sance psychosociale.

Medimmigrant : protection temporaire : accès aux soins médicaux des personnes fuyant l'Ukraine : https://medimmigrant.be/IMG/pdf/medimmigrant_fiche_ukraine_fr.pdf.

(54) Directive 2001/55, art. 14, par. 1.

(55) <https://www.unicef.org/fr/urgences/la-guerre-en-ukraine-constitue-une-menace-immediate-pour-les-enfants>.

(56) S. CARRERA, L. BRUMAT, M. INELI CIGER et L. VOSYLUTE, « The EU grants temporary protection for

people fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policy », *CEPS Policy Insight*, n° 2022/09, mars 2022 ; M. INELI CIGER, « 5 Reasons Why : Understanding the reasons behind the activation of the Temporary Protection Directive in 2022 », *EU Migration Law Blog*, 7 mars 2022.

(57) A. COHEN, *Ô vous frères humains* (1972), in *Œuvres*, Gallimard, La Pléiade, 1993, p. 116.

(1) Voy. notamment en ce sens Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (ci-après, OSCE),

La poursuite des crimes internationaux commis en Ukraine : une mobilisation internationale inédite

Depuis l'invasion de l'Ukraine par la Russie le 24 février 2022, les affrontements entre les deux États, en particulier les actions menées par les forces armées russes¹, ont fait de nombreuses victimes et ont endommagé, voire détruit, de multiples infrastructures sur le territoire ukrainien. En date du 26 septembre 2022, le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme recensait notamment 5.996 personnes civiles tuées et 8.848 blessées². Constatant les conséquences dramatiques de l'agression russe, de nombreux États (y compris la Belgique) et institutions ou organisations internationales se sont mobilisés pour enquêter sur les crimes internationaux commis en Ukraine et en poursuivre les auteurs.

Ainsi, le conflit armé international opposant la Russie à l'Ukraine confirme l'importance et la pertinence du droit international pénal, qui régit la poursuite des personnes responsables de crimes internationaux, en particulier du crime d'agression, des crimes de guerre, du crime de génocide et des crimes contre l'humanité. En effet, le cadre juridique offert par ce droit permet de répondre à des questions classiques survenant dans la situation en Ukraine pendant les phases d'enquête et de poursuites. Ces questions concernent, d'une part, la ou les nature(s) des crimes perpétrés sur le territoire ukrainien et, d'autre part, l'imputation de ces crimes aux individus responsables.

Premièrement, concernant la(les) nature(s) des crimes internationaux perpétrés en Ukraine, la commission d'un crime d'agression apparaît indiscutable en raison d'une violation manifeste de l'interdiction de l'emploi de la force par la Russie³. Il ne fait également aucun doute que des crimes de guerre, lesquels résultent de violations graves de certaines règles de droit international humanitaire, ont été perpétrés et continuent de l'être sur le territoire ukrainien, essentiellement par des représentants russes⁴. En revanche, l'établissement d'un génocide et de crimes contre l'humanité soulève des questions plus complexes. Au lendemain de la découverte de nombreuses victimes civiles et de fosses communes à Boutcha⁵, plusieurs chefs d'État ont brandi le terme de « génocide »⁶ alors que d'autres se sont montrés plus prudents⁷. Cette prudence se justifie car, pour retenir une telle qualification, le droit international pénal requiert la démonstration d'une « intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »⁸, c'est-à-dire, en l'espèce, le groupe national ukrainien. Une telle intention n'est facile à établir ni en pratique ni devant les tribunaux. Quant à qualifier les faits observés de crimes contre l'humanité, cela n'est possible en droit international pénal qu'à la condition qu'ils surviennent dans le contexte d'une « attaque généra-

lisée ou systématique lancée contre [une] population civile »⁹, ce qui implique également un seuil probatoire élevé.

Deuxièmement, outre la(les) nature(s) des crimes internationaux perpétrés, les enquêtes et poursuites dans la situation ukrainienne ont aussi pour enjeu d'identifier les individus responsables des crimes internationaux. Selon les conditions variant en fonction des juridictions¹⁰, le droit international pénal permet de poursuivre non seulement les auteurs directs de ces crimes, c'est-à-dire ceux qui les commettent matériellement, seuls ou avec d'autres personnes, mais également les personnes participant à leur commission, notamment en ordonnant, sollicitant ou encourageant celle-ci et en s'en rendant complice, ou encore les supérieurs hiérarchiques, à l'instar du président russe et des membres de son gouvernement. Dans le contexte ukrainien, certains cas de responsabilité ne posent pas de difficulté, comme celle du président russe pour le crime d'agression, dans la mesure où, conformément à la définition de ce crime par le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale (ci-après, CPI), Vladimir Poutine a décidé du « lancement [...] d'un acte d'agression [contre l'Ukraine] et est « effectivement en mesure [...] de diriger l'action politique [de la Russie] »¹¹. Néanmoins, la plupart des autres cas sont moins évidents. D'où l'importance de la collecte et du traitement des preuves afin de remonter jusqu'aux responsables des crimes.

Cela étant dit, ainsi qu'il a été indiqué précédemment, ces questions s'avèrent classiques en ce sens qu'elles se posent dans la situation ukrainienne de la même manière que dans les autres situations de poursuites de crimes internationaux. La mobilisation des acteurs nationaux, régionaux et internationaux pour ne pas laisser impunis les auteurs des crimes internationaux commis en Ukraine est par contre inédite. Cette mobilisation s'avère inédite en raison de sa nature à la fois rapide et massive au niveau tant des enquêtes que des poursuites. Rapide, d'une part, car ce n'est que peu de temps après l'invasion russe et sans attendre la fin des hostilités que les enquêtes ont démarré et que certaines juridictions ont été activées. Massive, d'autre part, car la récolte des preuves a impliqué un nombre impressionnant d'acteurs, étatiques et non étatiques, tandis qu'une grande diversité de juridictions, nationales ou internationales, se sont estimées prêtes à juger les auteurs des crimes internationaux commis en Ukraine. Au regard de cette mobilisation internationale sans précédent, les auteurs de cet article ont fait le choix de se concentrer sur cet aspect institutionnel de mise en œuvre du droit international pénal plutôt que sur les questions matérielles relatives aux crimes internationaux.

Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme, « Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022 », 13 avril 2022, disponible sur <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>, pp. i et ii ; IDEM, « Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity committed in Ukraine (1 April - 25 June 2022) », 14 juillet 2022, disponible sur <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/522616.pdf>, p. 3.
(2) Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (ci-après, OHCHR - abréviation en anglais), « Ukraine : civilian casualty update 26 September 2022 », 26 septembre 2022, disponible sur <https://www.ohchr.org/en/taxonomy/term/>

1136#:~:text=From%201%20to%2025%20September%202022%2C%20OHCHR%20recorded%20897%20civilian,whose%20sex%20is%20yet%20unknown).

(3) Voy. notamment Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, signée à Rome le 17 juillet 1998, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>, article 8bis.

(4) Voy. notamment Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, article 8, § 2, a) et b). Voy. aussi *supra* les références en note 1.

(5) Voy. notamment W. AUDUREAU, A. MAAD, P. DAVID et P. BRETEAU, « Massacre de Boutcha : ce que l'on sait sur la découverte des corps de civils », *Le Monde*, 5 avril 2022, disponible sur <https://www.lemonde.fr/>

les-decodeurs/article/2022/04/05/guerre-en-ukraine-ce-que-l-on-sait-du-massacre-de-boutcha_6120745_4355770.html ; « Guerre en Ukraine : plus de 1.200 corps découverts dans la région de Kiev », *Le Soir*, 10 avril 2022, disponible sur <https://www.lesoir.be/435328/article/2022-04-10/guerre-en-ukraine-plus-de-1200-corps-decouverts-dans-la-region-de-kiev>.

(6) Voy. notamment V. KIM, « President Biden accuses Russia of committing genocide in Ukraine. », *New York Times*, 13 avril 2022, disponible sur <https://www.nytimes.com/2022/04/13/world/europe/biden-russia-genocide-ukraine.html> ; « Justin Trudeau évoque à son tour un "génocide" en Ukraine », *La Libre*, 13 avril 2022, disponible sur <https://www.la-libre.be/international/europe/2022/04/13/justin-trudeau-evoque-a-son-tour-un-genocide-en-ukraine-WDINTCROQBCWDHA2LQXD0V>

YW4I/.

(7) Voy. notamment M. BIRKEN, « Un génocide en Ukraine ? Macron répond à Zelensky sur l'emploi du mot », *Huffington Post*, 14 avril 2022, disponible sur https://www.huffingtonpost.fr/international/article/un-genocide-en-ukraine-macron-repond-a-zelensky-sur-l-emploi-du-mot_194854.html.

(8) Voy. *ibidem*, article 7 (chapeau). Voy. notamment Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, article 6 (chapeau).

(9) Voy. *ibidem*, article 7 (chapeau). (10) Voy. notamment, au sujet des différentes formes de responsabilité, J. DE HEMPTINNE, R. ROTH, E. VAN SLIEDREGT, M.J. VENTURA et L. YANEV (éd.), *Modes of Liability*, Cambridge, C.U.P., 2019.

(11) Voy. notamment Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, article 8bis.

En avril 2022, le procureur général de la CPI déclarait que « nous vivons un moment très singulier » et que « [N]ous sommes à la croisée des chemins »¹². Le sommes-nous véritablement ? La mobilisation internationale en Ukraine constitue-t-elle un « moment singulier » pour le droit international pénal susceptible de conduire à une amélioration de sa mise en œuvre, voire à son développement ou à son renforcement ? Cet article examine cette question à travers deux sections. La première s'intéresse à la phase d'enquête sur les crimes internationaux commis en Ukraine (1), tandis que la seconde étudie la phase de poursuite de ces crimes devant les juridictions compétentes (2).

1 La phase d'enquête sur les crimes internationaux

La phase d'enquête sur les crimes internationaux commis en territoire ukrainien se distingue des expériences précédentes à au moins trois égards. En premier lieu, de nombreux États et organisations internationales se sont engagés *simultanément* dans la collecte des preuves de ces crimes. À ce sujet, le président d'Eurojust, l'Agence européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale, affirmait sa crainte qu'il y ait « plus d'actrices et d'acteurs impliqués que [l'Agence ne peut] gérer »¹³. En deuxième lieu, ainsi que noté précédemment, les autorités nationales et organes internationaux ont très *rapidement* ouvert leurs enquêtes¹⁴, accomplissant leurs premières visites de terrain alors que les combats faisaient rage dans d'autres régions du pays. En dernier lieu, la situation conflictuelle en Ukraine jouit d'un *volume* de documentation sans précédent, notamment grâce aux « renseignements d'origine source ouverte »¹⁵ (« roso » dans le langage militaire, aussi dénommé plus couramment en anglais « osint » pour « open-source intelligence »¹⁶).

Compte tenu de ces caractéristiques singulières de la phase d'enquête dans le cadre ukrainien, il convient de s'arrêter, d'une part, sur les acteurs impliqués dans la récolte des preuves des crimes internationaux et sur la coordination de leurs efforts respectifs (A) et, d'autre part, sur quelques remarques pratiques et difficultés dans cette récolte (B).

A. Panorama des acteurs impliqués et coordination de leur effort collectif

Le droit international impose aux États d'enquêter sur les crimes internationaux, d'en rechercher les auteurs et de poursuivre ou extraditer ceux qui se trouvent sur leur territoire ou sous leur juridiction. Si l'existence d'une telle obligation en droit international coutumier est controversée¹⁷, elle n'est pas contestable lorsqu'elle est prévue par un traité. Or, les Conventions de Genève de 1949 et leur Premier Protocole additionnel de 1977 articulent cette obligation s'agissant de certains crimes de guerre, à savoir les infractions graves auxdites Conventions et audit Protocole¹⁸. De même, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide consacre l'obligation d'enquêter et de poursuivre ou extraditer les auteurs d'un tel crime¹⁹. Cette obligation est manifestement pertinente pour les États parties au conflit armé international en cours, à savoir l'Ukraine et la Russie, qui sont ainsi en principe tenus d'enquêter sur les crimes commis tant par les troupes ennemies que par leurs propres forces armées dans les territoires qu'ils contrôlent²⁰. S'ils semblent se concentrer pour l'instant exclusivement sur les violations alléguées de leur adversaire, ces deux États se montrent très proactifs dans la collecte des preuves des crimes internationaux.

Du côté russe, au sein du Comité d'enquête directement sous contrôle opérationnel du président Vladimir Poutine²¹, un bureau spécialisé pour l'enquête sur les « crimes of international character against peaceful citizens committed in the territory of Ukraine »²² — créé avant l'invasion du 24 février 2022 — documente de nombreux faits attribués aux forces armées ukrainiennes²³, dont les membres sont régulièrement qualifiés de « nationalistes ukrainiens »²⁴. Le bureau est par ailleurs chargé d'enquêter sur les « mercenaires arrivant sur le territoire de l'Ukraine »²⁵.

Du côté ukrainien, le Bureau du procureur général (initialement Iryna Venediktova²⁶, remplacée par Andriy Kostin en juillet 2022²⁷) a enregistré, en date du 3 octobre 2022, 36.430 violations des lois et coutumes de la guerre (article 438 du Code pénal ukrainien), 73 violations de l'interdiction de préparer, commencer et mener une guerre d'agression (article 437 du Code pénal ukrainien), 34 crimes de propagande de guerre et 1.257 autres infractions²⁸. Contrairement à la Russie qui, à notre connaissance, travaille seule, l'Ukraine coordonne régulièrement ses efforts avec les autres acteurs impliqués²⁹ et s'entoure d'organes de conseils. Ainsi, les autorités ukrainiennes avaient déjà mis en

(12) Déclaration du procureur de la CPI, Karim A.A. Khan QC, à la réunion en formule Arria intitulée « Amener les auteurs des atrocités commises en Ukraine à répondre de leurs actes » organisée par le Conseil de sécurité des Nations unies, 27 avril 2022, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-procureur-de-la-cpi-karim-aakhan-qc-la-reunion-en-formule-arria-intitulee#:~:text=En%20%C3%A9sum%C3%A9%20C%20je,de%20toutes%20parts>.

(13) Institut des affaires internationales et européennes, « International Justice under probe - A prosecutor's view on armed conflict and the road to delivering justice », discours du président d'Eurojust Ladislav Hamran, 30 mars 2022, disponible sur <https://www.ieea.com/events/international-justice-under-probe-a-prosecutors-view-on-armed-conflict>.

(14) Voy. notamment S. MAUPAS, « Crimes de guerre en Ukraine : la traque des preuves est lancée », *op. cit.*

(15) Voy. notamment V. BOISCLAIR, « De Telegram au tribunal : les défis de prouver les crimes de guerre en Ukraine », Radio-Canada, 4 mai 2022, disponible sur <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1879806/documenter-guerre-ukraine-crimes-russie-preuves-open-source-intelligence-mnemonic>.

(16) Voy. notamment M. ZAFFAGNI, « Crimes de guerre en Ukraine : ces Français traquent les preuves », *Futura*, 15 mai 2022, disponible sur <https://www.futura-sciences.com/tech/actualites/guerre-futur-crimes-guerre-ukraine-ces-francais-traquent-preuves-98366/> (interview du cofondateur d'Open Facto, association promouvant l'Osint).

(17) Voy. notamment R. VAN STEENBERGHE, « The Obligation to Extradite or Prosecute : Clarifying its Nature », *J.I.C.J.*, 2011, pp. 1089-1116. Dans le sens d'une telle obligation en droit international coutumier, voy. J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, Règles, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 806, règle 158 [ci-après, *Règles coutumières*].

(18) Convention de Genève (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, signée à Genève le 12 août 1949, article 49, alinéa 2 ; Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, signée à Genève le 12 août 1949, article 50, alinéa 2 ; Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, signée à Genève le 12 août 1949, article 129, alinéa 2 ; Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, signée à Genève le

12 août 1949, article 146, alinéa 2 ; Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, signée à Genève le 8 juin 1977, article 86, § 1.

(19) Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, signée à New York le 9 décembre 1948, article VI.

(20) Voy. en ce sens *Règles coutumières*, *op. cit.*, p. 806, règle 158.

(21) « History of the Creation of the Investigative Committee of the Russian Federation and its Present Legal Status », disponible sur <https://en.sledcom.ru/investigative/History>.

(22) Voy. https://en.sledcom.ru/press/cases/item/1019984/#section_materials (Russian IC MID office).

(23) Voy. notamment « Investigators of the Russian Investigative Committee continue to document the facts of the crimes committed by the Armed Forces of Ukraine against the civilian population of Donbas », 24 septembre 2022, disponible sur <https://en.sledcom.ru/news/item/1726180/>.

(24) Voy. notamment « The Investigative Committee of Russia launches new investigations on the death of civilians in the DPR as a result of criminal actions committed by Ukrainian nationalists », 22 septembre 2022, disponible sur <https://en.sledcom.ru/news/item/1725698/>.

(25) Voy. notamment « The Chairman of the Russian Investigative Committee instructs to document the information about the use of violence towards a Russian soldier by an American mercenary », 5 août 2022, disponible sur <https://en.sledcom.ru/news/item/1713585/>.

(26) Voy. notamment T. D'ISTRIA, « En Ukraine, la procureure générale traque les crimes de guerre "vingt-quatre heures sur vingt-quatre" », *Le Monde*, 21 avril 2022, disponible sur https://www.lemonde.fr/international/article/2022/04/21/en-ukraine-la-procureure-generale-traque-les-crimes-de-guerre-vingt-quatre-heures-sur-vingt-quatre_6123114_3210.html.

(27) Voy. notamment « President appointed Andriy Kostin Prosecutor General : The most important task of the prosecutor's office is to hold all Russian war criminals to account », 28 juillet 2022, disponible sur <https://www.president.gov.ua/en/news-president-priznachiv-andriya-kostina-generalnim-prokurorom-n-76713>.

(28) Voy. <https://www.gp.gov.ua/>.

(29) Voy. notamment « Council of Europe participates in the coordination meeting with the new Prosecutor General of Ukraine », 10 août 2022, disponible sur <https://www.coe.int/en/web/kyiv/-/council-of-europe-participates-in-the-coordination-meeting-with-the-new-prosecutor-general-of-ukraine>.

place en 2021 un « Conseil international d'experts sur les crimes commis en temps de conflit armé », dont la mission consiste à réaliser une feuille de route pour enquêter sur les crimes des forces armées russes en Crimée et dans le Donbass³⁰. En mars 2022, elles ont établi un « Groupe juridique sur la responsabilité pour les crimes commis en Ukraine », en vue d'obtenir le soutien de cette dernière dans l'exercice de la justice en faveur des victimes des crimes internationaux commis par la Russie³¹.

L'Ukraine et la Russie ne sont pas les seuls États à avoir entamé des enquêtes sur les crimes internationaux en Ukraine. De telles enquêtes sont également menées par de nombreux États non parties au conflit armé international en cours. Si les États se montrent en général timides à enquêter sur des crimes internationaux commis à l'étranger, il est déjà constaté, à la fin du mois de mai 2022, que treize États autres que l'Ukraine, la Russie et les États participant à l'équipe d'enquête commune (nous y reviendrons) avaient ouvert des enquêtes nationales portant sur les crimes internationaux perpétrés en Ukraine, souvent sur la base du principe de compétence universelle³². Un certain nombre d'entre eux, à l'instar de la Suisse³³ ou de la Suède³⁴, lancent des enquêtes préliminaires afin d'interroger les réfugiés ukrainiens arrivant sur leur territoire.

Par ailleurs, le droit international humanitaire requiert des États qu'ils coopèrent « afin de faciliter les enquêtes sur les crimes de guerre »³⁵ et s'accordent « l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure relative aux infractions graves » aux Conventions de Genève de 1949 et au Protocole additionnel I³⁶. Il est légitime de douter en l'espèce que les États agissent dans le contexte ukrainien parce qu'ils s'y sentent tenus. Toutefois, il est un fait que la situation en Ukraine a provoqué une coopération interétatique à large échelle. À titre d'illustration d'une coopération bilatérale pour établir les crimes internationaux perpétrés en Ukraine, la France a, à la fin du mois d'août 2022, mis à disposition de l'Ukraine un laboratoire mobile permettant d'établir rapidement l'ADN des victimes³⁷. De son côté, l'Allemagne avait déjà offert, à la fin du mois de juillet 2022, une assistan-

ce technique aux enquêteurs ukrainiens à hauteur d'un budget de 1,25 million d'euros³⁸.

Tantôt bilatérale, la coopération entre États est aussi souvent multilatérale. Ainsi, l'Ukraine, la Pologne et la Lituanie ont constitué le 25 mars 2022 la plus grande équipe d'enquête commune jamais soutenue par Eurojust³⁹. L'Estonie, la Lettonie et la Slovaquie s'y étant jointes le 23 mai 2022 — ce qui a été confirmé par Eurojust le 31 mai 2022⁴⁰ —, l'équipe compte désormais six membres étatiques. Dans une idée proche de celle de l'équipe d'enquête commune mais au-delà du contexte strictement européen, le groupe dénommé « Atrocity Crimes Advisory Group » rassemble les États membres de l'Union européenne (ci-après, UE), les États-Unis et le Royaume-Uni qui se sont engagés à coordonner leurs efforts pour assister le Bureau du procureur général ukrainien dans ses enquêtes. Cette assistance prend essentiellement deux formes : d'une part, un groupe de conseil composé d'enquêteurs expérimentés et d'autres experts, directement détachés auprès du procureur, et, d'autre part, le déploiement à la demande du procureur ukrainien d'équipes de justice mobiles, regroupant des experts internationaux et ukrainiens⁴¹.

De surcroît, la coopération interétatique se marque aussi très clairement au niveau de l'implication des organisations et institutions internationales dans la documentation des crimes internationaux et au niveau du soutien qui leur est apporté par les États. La CPI, l'UE, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (ci-après, OSCE) et l'Organisation des Nations unies (ci-après, ONU) jouent, chacune dans les limites de leur juridiction ou de leurs compétences, un rôle capital dans l'établissement des faits en Ukraine.

Premièrement, à la demande de 39 États parties au Statut de Rome (rejoins ensuite par quatre autres États parties⁴²), le Bureau du procureur de la CPI a ouvert une enquête le 2 mars 2022 sur les allégations de crimes internationaux commis sur le territoire de l'Ukraine depuis le 21 novembre 2013⁴³. Pas moins de quarante-deux enquêteurs, experts en criminalistique et personnel d'appui, ont été déployés sur le terrain, ce qui constitue l'effectif le plus important envoyé en une seule mission par le Bureau du procureur⁴⁴. De plus, la CPI a établi un bureau

(30) Voy. notamment à ce sujet V. PETRYK, « Venediktova: Russia-backed militants committed war crimes by humiliating POWs, destroying bridges », 12 octobre 2021, disponible sur <https://www.kyivpost.com/ukraine-politics/venediktova-russia-backed-militants-committed-war-crimes-by-humiliating-pows-destroying-bridges.html> ; Asser Institute — Center for International and European Law and Global Rights Compliance, « Support to the Prosecutor's Offices », 12 octobre 2021, disponible sur <https://asser.nl/matra-ukraine/news-and-events/support-to-the-prosecutors-office-11-october-2021/>. Voy. aussi les informations disponibles sur le compte Twitter du Bureau du procureur général ukrainien : https://twitter.com/search?q=International%20Council%20of%20Experts%20&src=type-d_query&f=top.

(31) Voy. notamment Doughty Street Chambers, « Government of Ukraine Announces the Creation of a Legal Task Force on Accountability for Crimes Committed in Ukraine », 29 mars 2022, disponible sur <https://www.doughtystreet.co.uk/news/government-ukraine-announces-creation-legal-task-force-accountability-crimes-committed-ukraine>.

(32) Conférence de presse de l'équipe d'enquête commune, 31 mai 2022, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=HW9AcF-Axl> ; D. FONTAINE, « Guerre en Ukraine : six pays enquêtent ensemble sur 15.000 crimes de guerre potentiels », 31 mai 2022, disponible sur <https://www.rtf.be/article/guerre-en-ukraine-six-pays-enquetent-en>

semble-sur-15000-crimes-de-guerre-potentiels-11003679. Voy. aussi *infra* partie 2, B, 2.

(33) Voy. notamment J. CRAWFORD, « Recueillir des preuves de crimes de guerre en Ukraine, un engagement suisse », *op. cit.* ; S. RUCHE, « La Suisse enquête sur des crimes de guerre en Ukraine », LE TEMPS, 12 juin 2022, disponible sur <https://www.letemps.ch/monde/suisse-enquete-crimes-guerre-ukraine>.

(34) Voy. notamment « Sweden launches investigation into Ukraine war crimes », *The Local*, 5 avril 2022, disponible sur <https://www.thelocal.se/20220405/sweden-launches-investigation-into-ukraine-war-crimes/> ; « Guerre en Ukraine : comment la justice se mobilise », en particulier « Suède : "A la recherche de témoins oculaires directs" », disponible sur <https://www.justiceinfo.net/fr/justice-guerre-ukraine>.

(35) Règles coutumières, *op. cit.*, p. 821, règle 161.

(36) Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève, *op. cit.*, article 88, § 1.

(37) Voy. notamment « La France fait don d'un laboratoire mobile d'analyse ADN à l'Ukraine », 15 juillet 2022, disponible sur <https://www.interieur.gouv.fr/actualites/communiqués/france-fait-don-dun-laboratoire-mobile-danalyse-adn-a-ukraine>. Cette information a été confirmée par le procureur général ukrainien. Voy. <https://twitter.com/AndriyKostinUa/status/1564986144433004547?ctx=HHwWhoCzleqm-bcrAAAA>.

(38) Voy. ministère de l'Intérieur de l'Ukraine, « Німеччина посиляє допомогу Україні в питаннях

розмінування та розслідування воєнних злочинів », 25 juillet 2022, disponible sur <https://www.kmu.gov.ua/news/nimechchyna-poslylyt-dopomohu-ukraini-v-pytanniakh-rozminuvannya-ta-rozsliduvannya-voennykh-zlochyniv>.

(39) Voy. agence Europe, « La Lituanie, la Pologne et l'Ukraine mettent en place une équipe d'enquête commune sur les crimes commis en Ukraine », 29 mars 2022, Bulletin Quotidien Europe n° 12920, disponible sur <https://agenceurope.eu/fr/bulletin/article/12920/3>.

(40) Voy. Eurojust, « Estonia, Latvia and Slovakia become members of joint investigation team on alleged core international crimes in Ukraine », 31 mai 2022, disponible sur <https://www.eurojust.europa.eu/news/estonia-latvia-and-slovakia-become-members-joint-investigation-team-alleged-core-international-crimes-in-ukraine/> ; Parlement européen, « Russia's war on Ukraine : Investigating and prosecuting international crimes », Briefing, 10 juin 2022, disponible sur [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2022\)733525](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2022)733525), p. 6.

(41) U.S. Department of State, « The European Union, the United States, and the United Kingdom establish the Atrocity Crimes Advisory Group (ACA) for Ukraine », 25 mai 2022, disponible sur <https://www.state.gov/creation-of-atrocity-crimes-advisory-group-for-ukraine/> ; Global Rights Compliance, « Atrocity Crimes Advisory Group Press Release », 21 juin 2022, disponible sur <https://globalrightscpliance.com/2022/06/21/atrocity-crimes-advisory-group-press-release/>.

(42) « Déclaration du Procureur de la CPI, Karim A.A. Khan QC, sur la situation en Ukraine : renvois supplémentaires, de la part du Japon et de la Macédoine du Nord ; lancement d'une plateforme pour la transmission de renseignements », 11 mars 2022, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-procureur-de-la-cpi-karim-aa-khan-qc-sur-la-situation-en-ukraine-renvois> ; déclaration de l'ambassade du Monténégro à Bruxelles, 21 mars 2022, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/20220321164751497-ukraine-referral-montenegro.pdf> ; déclaration de l'ambassade du Chili aux Pays-Bas, 1^{er} avril 2022, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/20220401-Chile-Letter-to-OTP.PDF>.

(43) « Déclaration du Procureur de la CPI, Karim A.A. Khan QC, sur la situation en Ukraine : Réception de renvois de la part de 39 États parties et ouverture d'une enquête », 2 mars 2022, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-procureur-de-la-cpi-karim-aa-khan-qc-sur-la-situation-en-ukraine-reception-de>. Pour plus d'informations à ce sujet, voy. *infra* partie 2, A.

(44) « Le Procureur de la CPI, M. Karim A.A. Khan QC, annonce le déploiement en Ukraine d'une équipe d'enquêteurs et d'experts en criminalistique et se félicite de l'étruite coopération du Gouvernement néerlandais », 17 mai 2022, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/fr/news/le-procureur-de-la-cpi-m-karim-aa-khan-qc-annonce-le-dploiement-en-ukraine-dune-equipe>.

à Kiyv afin d'assurer et d'accroître la présence de son personnel en Ukraine⁴⁵. Cela étant, le Bureau du procureur de la CPI ne travaille pas seul : faisant suite à ses appels récurrents en ce sens⁴⁶, de nombreux États — les Pays-Bas s'étant particulièrement illustrés à cet égard⁴⁷ — l'assistent financièrement et/ou par l'envoi d'experts⁴⁸. Remarquons qu'il avait été initialement annoncé que la Belgique contribuerait aux enquêtes du procureur de la CPI par une équipe de la DVI (*Disaster Victim Identification*)⁴⁹, mais il semble que cette équipe n'ait jamais pu être déployée⁵⁰. L'engagement collectif des États à soutenir le travail de la CPI a été réaffirmé dans la déclaration politique de la « Conférence ministérielle sur la responsabilité en Ukraine » (*Ukraine Accountability Conference*) tenue en juillet 2022 à La Haye⁵¹. Si le Bureau du procureur jouit d'un renfort important de la part des États, il s'est aussi engagé à échanger des informations avec ceux-ci, notamment par sa participation à l'équipe d'enquête commune soutenue par Eurojust — ce qui est une première expérience pour le Bureau dans l'histoire de la juridiction permanente⁵². Soulignons que la participation conjointe de l'Ukraine et du Bureau du procureur de la CPI à cette équipe d'enquête commune pourrait susciter des doutes quant à l'impartialité et l'indépendance des enquêtes mais le procureur décidera d'une façon discrétionnaire, « on a case-by-case basis », des informations qu'il partagera ou retiendra⁵³.

Deuxièmement, bien que n'enquêtant pas elle-même sur les crimes internationaux commis en Ukraine, l'UE assume aussi ses responsabilités dans le processus d'enquête à travers un rôle d'assistance clé, spécialement par l'intermédiaire de l'agence Eurojust et de la Mission de conseil de l'UE sur la réforme du secteur de la sécurité civile en Ukraine (European Union Advisory Mission — ci-après, EUAM). D'une part, outre l'organisation des réunions de coordination et l'hébergement du Réseau Génocide, Eurojust apporte une assistance légale, technique et financière à l'équipe d'enquête commune préalablement mentionnée⁵⁴. L'agence européenne a également vu son mandat étendu par le Parlement européen et le Conseil de l'UE à l'oc-

casion de la guerre en Ukraine afin de lui permettre de centraliser, préserver, analyser et partager les preuves rassemblées non seulement par l'équipe d'enquête commune mais aussi par les États membres ne participant pas à ladite équipe⁵⁵. D'autre part, active depuis décembre 2014⁵⁶, l'EUAM a également vu son mandat modifié par le Conseil de l'UE : elle peut désormais aider le Bureau du procureur général ukrainien dans ses enquêtes par le biais de conseils stratégiques et de formations et, par ailleurs, facilite les dons d'équipement de l'UE ainsi que ceux de partenaires⁵⁷. Par exemple, la Mission a facilité le don d'équipements et de biens, tels que des équipements informatiques et des kits médicaux, par l'Office fédéral de police criminelle en Allemagne⁵⁸.

Troisièmement, et toujours dans le contexte européen, quarante-cinq États ont mobilisé à deux reprises déjà le Mécanisme de Moscou de l'OSCE⁵⁹. Ce mécanisme donne l'opportunité aux États y participant de requérir de l'OSCE qu'elle demande à un autre État participant s'il accepterait une mission d'experts sur son territoire⁶⁰ afin de faciliter la « resolution of a particular question or problem relating to the human dimension » de l'organisation internationale⁶¹. Une première mission d'experts, composée des professeurs Wolfgang Benedek (Autriche), Veronika Bílková (République tchèque) et Marco Sassòli (Suisse), a été sélectionnée par l'Ukraine le 15 mars 2022⁶² et a rendu son rapport public le 13 avril 2022⁶³. Cette première mission avait notamment pour mandat d'« establish the facts and circumstances of possible cases of war crimes and crimes against humanity [...] and to collect, consolidate and analyze this information with a view to presenting it to relevant accountability mechanisms [...] »⁶⁴. Dans l'objectif de poursuivre le travail de la première mission⁶⁵, une seconde mission, composée des professeurs Veronika Bílková, Laura Guercio (Italie) et Vasilka Sancin (Slovénie), a été désignée par l'Ukraine le 7 juin 2022⁶⁶ et a rendu son rapport le 14 juillet 2022⁶⁷.

Quatrièmement, l'ONU s'avère également présente en Ukraine et contribue aux enquêtes grâce à deux de ses organes subsidiaires. Avant

(45) Déclaration du procureur général de la CPI, « ICC Prosecutor Karim A. A. Khan QC visits Kharkiv, Ukraine on 15 June 2022 », 17 juin 2022, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/fr/news/icc-prosecutor-karim-khan-qc-visits-kharkiv-ukraine-15-june-2022>.

(46) En plus des déclarations du procureur général de la CPI mentionnées *supra* dans les notes de bas de page n° 42 et 43, voy. aussi « Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on his visits to Ukraine and Poland : "Engagement with all actors critical for effective, independent investigations" », 16 mars 2022, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/fr/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-his-visits-ukraine-and-poland-engagement-all-actors>.

(47) Voy. la déclaration du procureur général de la CPI mentionnée *supra* en note de bas de page n° 44 ; Gouvernement des Pays-Bas, « The war in Ukraine : Dutch support for investigations into war crimes », 26 juillet 2022, disponible sur <https://www.government.nl/latest/news/2022/07/26/the-war-in-ukraine-dutch-support-for-investigations-into-war-crimes>.

(48) Voy. notamment « Canada sending team to International Criminal Court to investigate possible Russian war crimes in Ukraine », *The Globe and Mail*, 28 mars 2022, disponible sur <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-russia-ukraine-war-crimes-investigation/>.

(49) Voy. notamment « Enquête sur la guerre en Ukraine : la Belgique met à disposition de la CPI une équipe de la Disaster Victim Identification », RTBF, 22 avril 2022, disponible sur <https://www.rtbf.be/article/enquete-sur-la-guerre-en-ukraine-la-belgique-met-a-disposition-de-la-cpi-une-equipe-de-la-disaster-victim-identification-10979496>.

(50) Voy. notamment S. GEORIS, « Guerre en Ukraine : malgré l'annonce d'une participation aux enquêtes, les policiers belges ne sont pas déployés », RTBF, 20 mai 2022, disponible sur <https://www.rtbf.be/article/guerre-en-ukraine-malgre-l-annonce-d-une-participation-aux-enquetes-les-policiers-belges-ne-sont-pas-deployes-10995793>.

(51) « Political Declaration of the Ministerial Ukraine Accountability Conference », 14 juillet 2022, disponible sur <https://www.government.nl/ministries/ministry-of-foreign-affairs/documents/diplomatic-statements/2022/07/14/political-declaration-of-the-ministerial-ukraine-accountability-conference>.

(52) « Statement by ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC : Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Investigation Team on international crimes committed in Ukraine », 25 avril 2022, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/fr/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint>.

(53) En plus de la déclaration du procureur général de la CPI mentionnée *supra* en note de bas de page n° 52, voy. J. CRAWFORD, « Ukraine, CPI et Eurojust : comment cela fonctionne », 5 mai 2022, disponible sur <https://www.justiceinfo.net/fr/91752-ukraine-cpi-eurojust-comment-cela-fonctionne.html>.

(54) Voy. notamment la conférence de presse de l'équipe commune d'enquête du 31 mai 2022, mentionnée *supra* en note de bas de page n° 32.

(55) Règlement (UE) 2018/1727 du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'UE pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust), 14 novembre 2018, amendé par le règlement (UE) 2022/838 du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2018/1727 en ce qui concerne la préservation, l'analyse et la conservation, au sein d'Eurojust, des éléments de preuve relatifs aux génocides, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et aux infractions pénales connexes, 30 mai 2022, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0838&from=EN>, article 4, § 1, (j) et article 80, § 8.

(56) Voy. Mission de conseil de l'UE en Ukraine, « About us », disponible sur <https://www.euam-ukraine.eu/our-mission/about-us/>.

(57) Décision 2014/486/PESC du Conseil relative à la mission de conseil de l'UE sur la réforme du secteur de la sécurité civile en Ukraine (EUAM Ukraine), 22 juillet 2014, amendée par la Décision (PESC) 2022/638 du Conseil modifiant la décision 2014/486/PESC relative à la mission de conseil de l'UE sur la réforme du secteur de la sécurité civile en Ukraine (EUAM Ukraine), 13 avril 2022, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0638&from=EN>, article 2bis.

(58) Voy. « EUAM facilitates delivery of German assistance to Ukraine's police worth half a million euros », 22 août 2022, disponible sur <https://www.euam-ukraine.eu/news/euam-facilitates-delivery-of-german-assistance-to-ukraine-s-police-worth-half-a-million-euros/>.

(59) Déclaration de la délégation du Canada (également au nom de 44 autres États) lors de la 1360^e séance plénière du Conseil permanent de l'OSCE, 3 mars 2022, disponible sur <https://www.osce.org/files/f/documents/d/7/514480.pdf>, Annexe 22 ; représentation permanente de la France auprès de l'OSCE, « Statement by France on the invocation of the Moscow Mechanism to address the human rights and humanitarian impacts of Russia's invasion and acts of war against Ukraine », déclaration à la 1376^e séance du Conseil permanent, 2 juin 2022, disponible sur <https://osce.deleg-france.org/STATEMENT-BY-FRANCE-ON-THE-INVOCATION-OF-THE-MOSCOW-MECHANISM-TO-ADDRESS-THE-1788>.

(60) Mécanisme de Moscou, 1991, amendé par Rome 1993 (Chapitre IV, § 5), disponible sur <https://www.osce.org/files/f/documents/5/e/20066.pdf>, § 8.

(61) *Ibidem*, § 5, auquel renvoie § 8.

(62) OSCE, « Ukraine appoints mission of experts following invocation of the OSCE's Moscow Mechanism », 15 mars 2022, disponible sur <https://www.osce.org/odihr/513973>.

(63) OSCE, « Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022 », *op. cit.*

(64) *Ibidem*, p. i.

(65) OSCE, « Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity committed in Ukraine (1 April - 25 June 2022) », *op. cit.*, p. 3.

(66) OSCE, « Ukraine appoints three experts to be part of a mission under the OSCE's Moscow Mechanism », 7 juin 2022, disponible sur <https://www.osce.org/odihr/519834>.

(67) Voy. le rapport mentionné *supra* en note de bas de page n° 65.

de présenter ces organes, soulignons que le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève contraint les États Parties à coopérer avec l'organisation internationale s'agissant de certains crimes de guerre, soit, à nouveau, les infractions graves aux Conventions et au Protocole lui-même⁶⁸. Le commentaire dudit Protocole précise bien que la disposition englobe les « missions d'enquête sur le respect des Conventions et du Protocole »⁶⁹.

Le premier des organes onusiens impliqués est la Commission d'enquête internationale indépendante établie par le Conseil des droits de l'homme⁷⁰. Trois experts ont été désignés par le président du Conseil le 30 mars 2022 pour une période initiale d'un an, à savoir Erik Møse (Norvège), Jasminka Džumhur (Bosnie-Herzégovine) et Pablo de Greiff (Colombie)⁷¹. Le mandat original de la Commission d'enquête consiste notamment à « enquêter sur toutes les allégations de violations des droits de l'homme et d'atteintes à ces droits, et de violations du droit international humanitaire » et à « [r]écueillir, rassembler et analyser les éléments de preuve attestant de telles violations et atteintes »⁷². Ce mandat a été complété lors d'une session extraordinaire du Conseil des droits de l'homme en mai 2022 afin que la Commission enquête spécifiquement « sur les événements survenus dans les régions de Kyiv, Tchernigov, Kharkiv et Soumy à la fin de février et en mars 2022 »⁷³. La Commission d'enquête a accompli une première visite de terrain dans ces régions du 7 au 16 juin 2022⁷⁴ : elle a notamment visité 27 villes et campements, interrogé plus de 150 victimes et témoins, examiné des sites de destruction, des tombes ainsi que des lieux de détention et de torture, et inspecté des restes d'armement⁷⁵. Dans le cadre de son travail, elle affirme assurer une coordination et échanger des informations avec les autres acteurs nationaux, régionaux et internationaux impliqués, y compris la CPI⁷⁶.

Outre cette Commission d'enquête, la Mission de surveillance des droits de l'homme en Ukraine, qui fait rapport au Haut-Commissariat aux droits de l'homme⁷⁷, est le second organe onusien qui mérite mention. D'ailleurs, le Conseil des droits de l'homme a clairement indiqué que la Commission d'enquête doit « tirer parti des travaux de la mission de surveillance des droits de l'homme en Ukraine, [...] les compléter et [...] les renforcer, en étroite coordination avec la mission [...] »⁷⁸. Déployée depuis 2014 dans le cadre de l'initiative « Human Rights Up Front » du Secrétaire général des Nations unies, cette Mission s'est focalisée sur des questions liées au conflit opposant la Russie à l'Ukraine depuis l'invasion russe en février 2022⁷⁹. Elle documente non seulement les violations de droits de l'homme mais également

celles de droit international humanitaire⁸⁰. En date du 9 septembre 2022, la Mission avait déjà effectué 1024 interviews non seulement avec des victimes ou témoins, voire des proches de victimes et leurs avocats, mais aussi avec des représentants du gouvernement, des membres de la société civile et d'autres interlocuteurs. Elle avait aussi accompli 78 visites de terrain, 20 visites de lieux de détention, 14 surveillances d'audiences et 14 visites d'institutions de soins ou d'abris⁸¹. La Mission demeure constamment en relation avec les autorités ukrainiennes⁸².

Enfin, en plus des États et des organisations ou institutions internationales, il ne faut pas oublier le secteur de la société civile. Ainsi, de nombreuses associations ou organisations non gouvernementales participent à l'effort collectif d'enquête sur les crimes internationaux commis en Ukraine en mobilisant leurs expertises respectives. Parmi celles-ci, mentionnons Amnesty International, Human Rights Watch, Bellingcat, Open Facto, Mnemonic ou TRIAL International.

Il ressort de ce panorama des multiples acteurs impliqués dans la récolte des preuves que ces acteurs, à l'exception de la Russie, souhaitent agir de concert afin d'optimiser cette récolte. S'il reste compliqué d'apprécier très concrètement, à quelques milliers de kilomètres, comment les interactions entre tous les experts se déroulent sur le terrain et comment les tâches sont réparties entre les divers acteurs, il ne fait aucun doute que les réunions de coordination, les poignées de main, les décisions et déclarations conjointes, les bases de données communes expriment un esprit de coopération.

B. La récolte des preuves en pratique et ses difficultés

Récolter des preuves de crimes internationaux qui soient recevables devant les tribunaux nationaux et internationaux dans le cadre de poursuites contre des individus identifiés n'est pas une tâche aisée, d'autant plus lorsque cette récolte de preuves doit se faire durant le conflit armé. Prouver un crime international implique d'abord de prouver une violation du droit international⁸³. Même si cela fait partie du processus d'enquête, il ne suffit pas de compter et d'identifier les morts ou de dresser un inventaire des destructions causées aux infrastructures⁸⁴. Il convient de déterminer avec exactitude les circonstances dans lesquelles les décès ou les attaques sont survenus ainsi que les causes de ces décès⁸⁵, et d'identifier les intentions des auteurs⁸⁶. D'où, par exemple, la nécessité d'exhumer les corps et de constater que les victimes ont perdu la vie avec les mains liées dans le dos, avec

(68) Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève, *op. cit.*, article 89.

(69) Y. SANDOZ, C. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3885D0FBD0735BF4C12563BD002DCE3A>, § 3597.

(70) Conseil des droits de l'homme, Résolution 49/1 sur la situation des droits de l'homme en Ukraine à la suite de l'agression russe, adoptée à sa 49^e session le 4 mars 2022, Document n° A/HRC/RES/49/1, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/277/45/PDF/G2227745.pdf?OpenElement>, § 11.

(71) Conseil des droits de l'homme, « President of Human Rights Council appoints members of investigative body in Ukraine », Mars 2022, disponible sur <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/03/president-human-rights-council-appoints-members-investigative-body-ukraine>.

(72) Conseil des droits de l'homme, Résolution 49/1 (...), *op. cit.*, § 11, (a) et (b).

(73) Conseil des droits de l'homme, Résolution S-34/1 sur la détérioration de la situation des droits de l'homme

en Ukraine à la suite de l'agression russe, adoptée à la 34^e session extraordinaire le 16 mai 2022, document n° A/HRC/RES/S-34/1, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/342/44/PDF/G2234244.pdf?OpenElement>, § 4.

(74) OHCHR, « Commission of Inquiry on Ukraine to Conduct First Mission to the Country », 3 juin 2022, disponible sur <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/06/commission-inquiry-ukraine-conduct-first-mission-country> ; IDEM, « Opening statement : Press conference by the Commission of Inquiry on Ukraine the conclusion of its first visit to Ukraine, Kyiv, Ukraine », 15 juin 2022, disponible sur <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/06/opening-statement-press-conference-commission-inquiry-ukraine-conclusion-its>.

(75) OHCHR, « Update by the Chair of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, at the 51st session of the Human Rights Council », 23 septembre 2022, disponible sur <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/09/update-chair-independent-international-commission-inquiry-ukraine-51st-session>.

(76) Commission d'enquête internationale indépendante sur l'Ukraine, questions fréquemment posées, document Word en anglais disponible

sur <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/iic/hr-ukraine/index>.

(77) Les rapports périodiques du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme se fondent sur les données récoltées par la Mission de surveillance des droits de l'homme. Voy. notamment OHCHR, « Report on the Human Rights Situation in Ukraine (1 February - 31 July 2022) », 27 septembre 2022, disponible sur <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-09-23/ReportUkraine-1Feb-31Jul2022-en.pdf>, p. 1, § 1 ; IDEM, « Situation of Human Rights in Ukraine in the Context of the Armed Attack by the Russian Federation (24 February - 15 May 2022) », 29 juin 2022, disponible sur <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-06-29/2022-06-UkraineArmedAttack-EN.pdf>, p. 5, § 1.

(78) Conseil des droits de l'homme, résolution 49/1 (...), *op. cit.*, § 11.

(79) OHCHR, « UN Human Rights in Ukraine », disponible sur <https://www.ohchr.org/en/countries/ukraine/our-presence> ; IDEM, « Ukraine : Monitoring the devastating impact of the war on civilians », 24 mai 2022, disponible sur <https://www.ohchr.org/en/stories/2022/05/ukraine-monitoring-devastating-impact-war-civilians>.

(80) Voy. notamment OHCHR, « Ukraine : Monitoring the devasta-

ting impact of the war on civilians », *op. cit.*

(81) OHCHR, « Report on the Human Rights Situation in Ukraine (1 February - 31 July 2022) », *op. cit.*, p. 4.

(82) OHCHR, « Ukraine : Monitoring the devastating impact of the war on civilians », *op. cit.*

(83) Voy. notamment « Boutcha : "Les images comptent rarement comme preuves" », *le matin.ch*, 6 avril 2022, disponible sur <https://www.lematin.ch/story/boutcha-les-images-comptent-rarement-comme-preuves-158766602848> (reprenant les propos de Philip Grant, Directeur exécutif de TRIAL International).

(84) Voy. not. Arte, documentaire intitulé « Ukraine : enquêter sur les crimes de guerre », 13 juin 2022, disponible sur <https://www.arte.tv/fr/videos/109460-001-A/ukraine-enqueter-sur-les-crimes-de-guerre/> (jusqu'au 15 juin 2023), Interview de Artur Dobroserdov, Département investigation de la police ukrainienne, qui mentionne le procédé mis au point par les enquêteurs ukrainiens.

(85) Voy. notamment *ibidem* (commentaire du journaliste Yannick Cadot).

(86) Voy. notamment S. MAUPAS, « Crimes de guerre en Ukraine : la traque des preuves est lancée », *op. cit.*

une corde au cou, voire avec une balle dans la nuque⁸⁷. En plus de démontrer l'existence d'une violation du droit international, il importe aussi, comme annoncé en introduction, de pouvoir imputer la responsabilité de cette violation à un ou plusieurs individu(s) identifié(s)⁸⁸. Or, comme le relevait le procureur général de l'Ukraine dans une interview récente, c'est un défi que de montrer que telle personne a commis tel crime⁸⁹. Cela est souvent d'autant plus vrai au fur et à mesure qu'on se rapproche du sommet de la hiérarchie.

Afin d'aboutir à ces fins, il convient de mobiliser des équipes multidisciplinaires avec des expertises diverses (notamment balistique, médico-légale, numérique ou anthropologique)⁹⁰ et de vérifier l'authenticité et la viabilité des éléments de preuve avant de pouvoir les croiser⁹¹. Dans l'objectif d'assurer que les éléments de preuve rassemblés puissent être utilisés devant les juridictions nationales et internationales, les acteurs engagés dans la collecte des preuves recourent souvent au standard de preuve des « motifs raisonnables de croire », qui est celui qui prévaut devant la CPI⁹². En d'autres termes, les preuves disponibles doivent permettre à « an ordinarily prudent observer [to] have reasonable grounds to believe that [...] [the] facts meet all the elements of a violation »⁹³ et que ces faits ont été accomplis par une personne déterminée.

Toutes les preuves récoltées ne disposent évidemment pas du même poids dans le cadre de poursuites judiciaires. Parmi les éléments de preuve privilégiés figurent bien entendu ceux récoltés, entre autres, par les services de renseignement ukrainiens auprès des membres des forces armées russes (le cas échéant lorsqu'ils sont faits prisonniers), tels que les documents papiers ou numériques faisant état de plans opérationnels ou stratégiques, voire d'opérations tactiques, ou les communications internes et les conversations téléphoniques interceptées. Les preuves qualifiées de techniques (expertises médico-légales, analyses balistiques, données satellitaires, etc.) sont aussi préférées aux preuves humaines (témoignages) car plus sûres⁹⁴.

S'agissant précisément des témoignages, la mobilisation massive des acteurs nationaux, régionaux et internationaux observée dans la collecte des preuves en Ukraine fait plus que jamais courir le risque de multiples interrogatoires des mêmes victimes et, dès lors, le risque de

les traumatiser davantage ou de les stigmatiser⁹⁵. C'est pourquoi les acteurs interagissant avec des victimes ou des témoins s'engagent souvent à respecter le principe « do not harm »⁹⁶, qui les oblige à rester centrés sur leurs interlocuteurs et à prioriser leur sécurité, leur bien-être et leur vie privée. Ce principe transparait clairement dans les très récentes lignes directrices portant sur la documentation des crimes internationaux (dans un objectif de responsabilité et de recevabilité des preuves en justice), adressées à la société civile et rédigées conjointement par le Bureau du procureur de la CPI, le Réseau Génocide et Eurojust⁹⁷. Par ailleurs, dans ce contexte ukrainien d'une guerre toujours en cours, l'accès aux victimes ou témoins et leur volonté de parler peuvent être très limités. Ainsi, Belkis Wille, chercheuse chez Human Rights Watch, rapportait qu'il avait été compliqué pour l'organisation non gouvernementale de communiquer avec des victimes ou témoins qui se trouvaient en zones occupées par la Russie où les télécommunications étaient coupées, un contact ne pouvant être établi que lorsqu'ils quittaient ces zones. La chercheuse a également souligné que certaines personnes se montraient réticentes à témoigner, craignant pour leur sécurité ou celle de leurs proches, voire se méfiant d'un retour des forces armées russes⁹⁸.

Un autre type de preuves retient également particulièrement l'attention dans le contexte ukrainien, à savoir les données numériques librement accessibles telles que les photos et vidéos publiées sur les réseaux sociaux ou les images satellites⁹⁹. De nombreuses associations et organisations non gouvernementales du secteur de la société civile, ainsi que les organisations internationales pratiquent l'« osint », c'est-à-dire une méthode qui consiste à collecter, authentifier et traiter ces données numériques¹⁰⁰. Comme indiqué par le président d'Open Facto, association française experte dans le domaine, l'« osint » n'a pas véritablement suscité une révolution dans la collecte des preuves mais introduit très certainement un double changement en termes du volume et du caractère accessible de celles-ci¹⁰¹. Cela se vérifie en Ukraine où le comportement proactif des autorités locales dans la protection des infrastructures numériques a permis la production rapide et le large partage de données digitales¹⁰². À vrai dire, il n'y a sans doute jamais eu autant de données numériques dans une situation conflictuelle que dans le conflit armé en Ukraine¹⁰³.

(87) Voy. notamment W. AUDUREAU, A. MAAD, P. DAVID et P. BRETEAU, « Massacre de Boutcha : ce que l'on sait sur la découverte des corps de civils », *op. cit.* ; « Izioum : selon les autorités ukrainiennes, 450 corps portent « des traces de mort violente et de torture » », *Le Monde*, 17 septembre 2022, disponible sur https://www.lemonde.fr/international/article/2022/09/17/fosse-commune-a-izioum-selon-les-autorites-ukrainiennes-450-corps-portent-des-traces-de-mort-violente-et-de-torture_6141990_3210.html.

(88) Voy. notamment « Boutcha : « Les images comptent rarement comme preuves » », *op. cit.*

(89) PBS News Hour, « Ukraine's top prosecutor on mass graves and other Russian atrocities in recaptured areas », Interview du procureur général de l'Ukraine, 21 septembre 2022, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=u-s3C4KDQik>.

(90) Voy. notamment en ce sens Parlement européen, « Russia's war on Ukraine : Investigating and prosecuting international crimes », *op. cit.*, pp. 7 et 8.

(91) Voy. notamment J.-F. HERBECQET G. KOUNDA, « Ukraine : comment établir les preuves d'un crime de guerre ? », RTBF, 4 avril 2022, disponible sur <https://www.rtbf.be/article/ukraine-comment-etablir-les-preuves-dun-crime-de-guerre-10968678> (reprenant les propos d'Eric Aimeriaux, ancien chef de l'Office central de lutte contre les crimes contre l'humanité en France).

(92) Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*,

article 58, § 1(a), § 2(d), § 6 et § 7. (93) OHCHR, « Ukraine : Monitoring the devastating impact of the war on civilians », *op. cit.*

(94) Voy. notamment, concernant les informations de ce paragraphe, S. MAUPAS, « Crimes de guerre en Ukraine : la traque des preuves est lancée », *op. cit.* (reprenant les propos de Bill Wiley, fondateur de la Commission pour la justice internationale et la responsabilité, et ceux de Christo Grozev, Directeur exécutif de Bellingcat) ; V. BOISCLAIR, « De Telegram au tribunal : les défis de prouver les crimes de guerre en Ukraine », *op. cit.* (reprenant les propos de Marië Lamensch, coordinatrice de projets à l'Institut montréalais d'études sur le génocide et les droits de la personne (MIGS) de l'Université Concordia). Voy. aussi « German Authorities Investigating Several Hundred Possible Russian War Crimes In Ukraine », RadioFreeEurope RadioLiberty, 18 juin 2022, disponible sur <https://www.rferl.org/a/german-authorities-investigating-war-crimes-russia-ukraine/31904157.html> (relatant des informations reçues de Holger Muench, chef de l'Office fédéral de la police criminelle).

(95) Voy. notamment OHCHR, « Ukraine : Monitoring the devastating impact of the war on civilians », *op. cit.* ; OHCHR, « Update by the Chair of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, at the 51st session of the Human Rights Council », *op. cit.*

(96) Voy. notamment OHCHR, « Update by the Chair of the Independent International Commission of

Inquiry on Ukraine, at the 51st session of the Human Rights Council », *op. cit.*

(97) Eurojust, Réseau Génocide et Bureau du procureur de la CPI, « Documenting international crimes and human rights violations for accountability purposes : Guidelines for civil society organisation », 21 septembre 2022, disponible sur <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/eurojust-icc-csos-guidelines.pdf>, p. 4 (Foreword - concernant les objectifs) et p. 7 (General Principles - concernant le principe « do not harm »).

(98) Arte, Documentaire intitulé « Ukraine : enquêteur sur les crimes de guerre », *op. cit.*, interview de Belkis Wille, chercheuse, division *Crises et conflits* de Human Rights Watch.

(99) Pour plus d'informations sur les « enquêtes numériques » et le rôle des nouvelles technologies dans la preuve des crimes internationaux, voy. not. « Osint - Enquêtes et terrains numériques », *Hérodote*, vol. 186, 29 septembre 2022 ; E. IRVING, A. KOENING, Y. MCDERMOTT et D. MURRAY (éd.), « New Technologies and the Investigation of International Crimes », *J.I.C.J.*, Vol. 19, 2021 (numéro spécial).

(100) Voy. not., s'agissant des institutions et organisations gouvernementales, « Crimes de guerre en Ukraine : comment collecter les preuves ? », Radiofrance, 31 mars 2022, disponible sur <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/le-reportage-de-la-redaction/crimes-de-guerre-en-ukraine-comment-collecter-les->

preuves-6872859 (Amnesty International) ; V. BOISCLAIR, « De Telegram au tribunal : les défis de prouver les crimes de guerre en Ukraine », *op. cit.* (Mnemonic, Amnesty International et Bellingcat) ; « Guerre en Ukraine : un enquêteur raconte comment il traque les preuves de crimes de guerre sur le terrain », *franceinfo*, 6 avril 2022, disponible sur https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-un-enqueteur-raconte-comment-il-traque-les-preuves-de-crimes-de-guerre-sur-le-terrain_5063563.html (Human Rights Watch) ;

B. MCCANDLESS FARMER, « How Bellingcat is using TikTok to investigate the war in Ukraine », CBS News, 21 août 2022, disponible sur <https://www.cbsnews.com/news/bellingcat-tiktok-ukraine-60-minutes-2022-08-21/> (Bellingcat). S'agissant des organisations internationales, voy., par exemple, concernant la Mission de surveillance des droits de l'homme en Ukraine, OHCHR, « Ukraine : Monitoring the devastating impact of the war on civilians », *op. cit.* ; OHCHR, « Ukraine : Behind the numbers », 26 avril 2022, disponible sur <https://www.ohchr.org/en/stories/2022/04/ukraine-behind-numbers>.

(101) Voy. notamment M. ZAFFAGNI, « Crimes de guerre en Ukraine : ces Français traquent les preuves », *op. cit.*

(102) Voy. Parlement européen, « Russia's war on Ukraine : Investigating and prosecuting international crimes », *op. cit.*, p. 8.

(103) Voy. B. MCCANDLESS FARMER,

S'il est certain que les données numériques possèdent des avantages indiscutables (par exemple, l'accès à quelques lieux fermés aux enquêteurs grâce au partage de données par des citoyens ou l'auto-identification de l'auteur d'un crime précis sur les réseaux sociaux)¹⁰⁴, la guerre en Ukraine a déjà mis en évidence au moins trois de leurs limites. En premier lieu, dans le cadre du conflit armé opposant la Russie à l'Ukraine, certains endroits, comme des lieux de détention, demeurent ou sont rendus malgré tout imperméables aux réseaux internet et ce qui s'y passe peut plus difficilement y être documenté, notamment à travers l'utilisation des réseaux sociaux par les personnes qui s'y trouvent¹⁰⁵. En second lieu, dans un contexte de propagande de guerre similaire à celui en Ukraine, les données numériques peuvent être manipulées et falsifiées pour tromper sur la réalité des faits ou événements¹⁰⁶. Par exemple, il semble que certaines vidéos pro-ukrainiennes et pro-russes aient été modifiées à l'aide de la technologie « deepfake »¹⁰⁷ qui consiste à recourir à l'intelligence artificielle pour manipuler le contenu d'une vidéo, en particulier pour remplacer un visage par un autre, avec un résultat très réaliste¹⁰⁸. Il faut donc distinguer le vrai du faux, des éléments de preuve légitimes se dissimulant parfois derrière des données modifiées¹⁰⁹. En dernier lieu, les réseaux sociaux sont tenus à certaines obligations légales et emploient des systèmes de modération de contenu, ce qui mène à la suppression de vidéos ou d'images violentes qui peuvent toutefois faire office d'éléments de preuve¹¹⁰. C'est pourquoi, face à la production rapide et importante de données numériques relatant les faits accomplis sur le territoire de l'Ukraine, des appels sont lancés et des discussions sont ouvertes avec les entreprises de médias sociaux afin de préserver ces données en vue de leur vérification¹¹¹.

Après ce tour d'horizon des acteurs engagés dans l'effort collectif d'enquête et ce coup d'œil à quelques difficultés pratiques dans la récolte des preuves, il est nécessaire de se pencher sur la phase de poursuite devant les juridictions compétentes.

2 La phase de poursuite devant les juridictions compétentes

Le droit international pénal a principalement évolué au rythme des juridictions pénales internationales. Il est ainsi généralement enseigné qu'il a émergé avec le procès des grands criminels de guerre nazis, mené à l'issue de la Seconde Guerre mondiale¹¹² devant le Tribunal

militaire international de Nuremberg¹¹³, lequel avait été établi par un accord conclu entre les puissances victorieuses¹¹⁴. C'est ensuite sous l'impulsion des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yugoslavie et le Rwanda, créés au début des années nonantes par une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, que le droit international pénal s'est véritablement développé et déployé. Peu après, en 1998, le Statut de Rome était adopté. Il établissait la CPI, laquelle, à la différence des deux tribunaux internationaux *ad hoc*, est permanente et poursuit actuellement ses activités¹¹⁵. Parallèlement à la CPI, diverses juridictions hybrides, composées de juges nationaux et internationaux et compétentes pour des crimes de nature à la fois interne et internationale, ont été mises en place dans des contextes spécifiques, le plus souvent pour poursuivre des crimes commis dans des conflits armés internes. Il en va ainsi notamment des chambres extraordinaires cambodgiennes et, plus récemment, de la Cour pénale spéciale de la République centrafricaine. Ces juridictions internationales ou hybrides ne doivent pas faire oublier le rôle fondamental que les juridictions nationales ont joué et continuent de jouer dans le développement du droit international pénal depuis sa naissance. De nombreuses affaires célèbres en témoignent, comme les affaires *Klaus Barbie* ou *Pinochet*.

La poursuite des crimes internationaux en Ukraine a suscité une mobilisation sans précédent du monde juridictionnel pénal, que cette mobilisation se traduise par l'activation de juridictions existantes, de natures diverses, ou par des projets de nouveaux tribunaux, spécialement envisagés pour la situation ukrainienne. Il convient d'examiner ces différentes juridictions, à savoir, d'abord, la CPI (A), ensuite, les diverses juridictions nationales, qui ont déjà exercé des poursuites ou mènent actuellement des enquêtes (B), et, enfin, les nouvelles juridictions proposées, principalement internationales (C). Ce tour d'horizon conduit à s'interroger sur la nécessité d'une répartition cohérente des tâches entre ces différentes juridictions (D).

A. La Cour pénale internationale : de l'examen préliminaire aux enquêtes

Ni l'Ukraine ni la Russie ne sont parties au Statut de Rome établissant la CPI. Cette dernière n'était donc pas à première vue susceptible de connaître des crimes internationaux commis en Ukraine. Néanmoins, les États non parties peuvent consentir à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard d'une situation en déposant une déclaration à cet effet, conformément à l'article 12, § 3, du Statut de Rome. C'est précisément ce que l'Ukraine a fait à deux reprises, la première fois, le 9 avril 2014¹¹⁶, au sujet des violences commises dans le cadre de l'Euromaidan¹¹⁷, et la seconde fois, le 8 septembre 2015¹¹⁸, concernant le

« How Bellingcat is using TikTok to investigate the war in Ukraine », *op. cit.* (reprenant les propos de Christo Grozev, Directeur exécutif de Bellingcat). Notons qu'il y a déjà eu une tentative d'harmonisation des standards entourant la récolte des preuves numériques dans le cadre d'enquêtes sur des crimes internationaux. Voy. Centre de droits de l'homme de la Faculté de droit de l'Université de Berkeley et le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, « Berkeley Protocol on Digital Open Source Investigations : A Practical Guide in Investigating Violations of International Criminal, Human Rights and Humanitarian Law », Mars 2022, disponible sur https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-04/OHCHR_BerkeleyProtocol.pdf.

(104) Voy. notamment S. GREENFIELD, « Social Media Platforms : Preserving Evidence of International Crimes », *Int'l Comp., Policy & Ethics L. Rev.*, 2019, vol. 2, p. 823 ; S. MARIN, « Les images citoyennes comme preuve de crimes de guerre », *Le Devoir*, 2 mai 2022, disponible sur <https://www.ledevoir.com/monde/706065/guerre-en-ukraine-les-images-citoyennes-comme-preuve-de-crimes-de-guerre> (relatant les propos de Konstantina Stavrou, chercheuse de l'Institut des

droits de la personne et des droits fondamentaux Ludwig Boltzmann).

(105) Voy. notamment M. ZAFFAGNI, « Crimes de guerre en Ukraine : ces Français traquent les preuves », *op. cit.*

(106) Voy. notamment S. MARIN, « Les images citoyennes comme preuve de crimes de guerre », *op. cit.*

(107) Voy. Parlement européen, « Russia's war on Ukraine : Investigating and prosecuting international crimes », *op. cit.*, p. 9.

(108) Voy. notamment M. TUAL, « On a essayé de fabriquer un deepfake (et on est passé à autre chose) », *Le Monde*, 24 novembre 2019, disponible sur https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/11/24/on-a-essaye-de-fabriquer-un-deepfake-et-on-est-passe-a-autre-chose_6020323_4408996.html ; S. MARIN, « Les images citoyennes comme preuve de crimes de guerre », *op. cit.*

(109) Voy. Parlement européen, « Russia's war on Ukraine : Investigating and prosecuting international crimes », *op. cit.*, p. 9.

(110) Voy. notamment *ibidem* ; M. ZAFFAGNI, « Crimes de guerre en Ukraine : ces Français traquent les preuves », *op. cit.* ; S. GREENFIELD, « Social Media Platforms : Preserving Evidence of International Crimes »,

op. cit., p. 839.

(111) Voy. Parlement européen, « Russia's war on Ukraine : Investigating and prosecuting international crimes », *op. cit.*, p. 9 ;

B. McCANDLESS FARMER, « How Bellingcat is using TikTok to investigate the war in Ukraine », *op. cit.* ; U.S. House Committee on Oversight and Reform, « Oversight and Foreign Affairs Committees Call on Social Media Companies to Preserve Evidence of Possible War Crimes in Ukraine », 12 mai 2022, disponible sur <https://oversight.house.gov/news/press-releases/oversight-and-foreign-affairs-committees-call-on-social-media-companies-to>.

(112) On peut néanmoins faire remonter les prémises de ce droit à la fin de la Première Guerre mondiale, en particulier aux différents traités de paix, dont une partie était dédiée aux sanctions pénales (voy. notamment les traités disponibles sur <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles.htm>) et au rapport de la Commission sur la responsabilité des auteurs de la guerre, qui énumère notamment une série de 32 crimes de guerre (voy. le rapport disponible sur <https://www.jstor.org/stable/pdf/2187841.pdf?refreqid=excelsior%3A08e0a2a6874fdb802e9e1c8261ea8e25>, pp. 112-115).

(113) Il ne faut pas oublier le procès également mené à la fin de la Seconde Guerre mondiale contre les hauts responsables et officiers japonais par le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, établi par un décret du commandant en chef des forces alliées, ainsi que les poursuites exercées contre des responsables allemands par les juridictions des puissances occupantes, fondées sur la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié.

(114) Voy. l'accord de Londres, 8 août 1945, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/350?OpenDocument>.

(115) Les deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ont fermé leurs portes et leurs activités résiduelles sont prises en charge par un mécanisme spécial (voy., au sujet de ce mécanisme, <https://www.irmct.org/fr>).

(116) La déclaration est disponible sur <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/items/Documents/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>.

(117) À ce sujet, voy. *supra* l'introduction générale de ce numéro spécial.

(118) La déclaration est disponible sur <https://www.icc-cpi.int/sites/de>

conflit armé dans l'est de l'Ukraine. Contrairement à la première déclaration, la seconde est illimitée dans le temps. Elle permet ainsi à la Cour de connaître de l'ensemble des crimes commis sur le territoire ukrainien depuis le 21 novembre 2013, y compris ceux commis, plus tard, dans le cadre de l'intervention russe en Ukraine dès le 24 février 2022.

Ces déclarations ont conduit le Bureau du procureur à entamer un examen préliminaire de la situation, conformément au Statut de Rome. Dans le cadre de cet examen, le procureur vérifie si une série de conditions sont réunies, dont la compétence *prima facie* de la Cour¹¹⁹. Un tel examen ne lui permet pas d'entreprendre des enquêtes susceptibles de déboucher sur un mandat d'arrêt contre des personnes déterminées. Pour ce faire, il faut qu'une fois son examen préliminaire clôturé, il demande à la chambre préliminaire de la Cour l'autorisation d'enquêter *proprio motu*¹²⁰. Or, si l'examen préliminaire sur la situation ukrainienne s'est achevé en décembre 2020 et a abouti à la conclusion qu'il y avait des indices sérieux de la commission de crimes internationaux relevant de la compétence de la Cour¹²¹, aucune demande d'autorisation n'avait encore été soumise à la chambre préliminaire au moment de l'invasion russe de l'Ukraine. Le traitement d'une telle demande aurait pu durer plusieurs mois.

Par conséquent, en vue d'accélérer la procédure, la Lituanie¹²², suivie par de nombreux États, dont la Belgique¹²³, a pris la décision, le 1^{er} mars 2022, de déférer la situation ukrainienne au procureur¹²⁴. Le renvoi d'une situation au procureur par un État partie constitue en effet l'un des deux mécanismes prévus par le Statut de Rome¹²⁵, outre le renvoi par le Conseil de sécurité des Nations unies¹²⁶, qui permet au procureur d'initier une enquête sans autorisation préalable de la chambre préliminaire. Ainsi, peu de jours après ces décisions de renvoi, le procureur a ouvert une enquête relative à la situation en Ukraine et est désormais en mesure de délivrer des mandats d'arrêt¹²⁷. Les enquêtes du procureur concernent tous les crimes relevant de la compétence de la Cour, qu'ils soient commis par des ressortissants russes ou ukrainiens, ou encore par les membres des autorités des Républiques auto-proclamées de Donetsk et de Lougansk.

La qualité de la Russie d'État non partie au Statut de Rome et l'absence de toute déclaration de sa part d'acceptation de la compétence de la Cour n'empêchent pas le procureur de mener ses enquêtes ni de délivrer d'éventuels mandats d'arrêt contre des ressortissants russes. Ceci est vrai du moins si ces ressortissants sont accusés de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de génocide. S'agissant de ces crimes, les critères de compétence de la Cour sont en l'occurrence

alternatifs¹²⁸ : le crime doit être commis soit par le ressortissant d'un État partie à la Cour ou ayant accepté sa compétence, ce qui est en l'occurrence le cas des Ukrainiens et non des Russes, soit par toute personne sur le territoire d'un tel État, ce qui est en l'espèce le cas tant des Ukrainiens que des Russes ayant commis des crimes en Ukraine. Il en va toutefois différemment du crime d'agression puisque les critères de compétence sont en l'occurrence cumulatifs¹²⁹. Aucun ressortissant russe ne pourrait donc être traduit devant la Cour pour crime d'agression contre l'Ukraine, alors que l'acte d'agression est en l'espèce manifeste.

Si des ressortissants russes sont susceptibles de faire l'objet d'un mandat d'arrêt par la CPI dans les cas de crimes autres que le crime d'agression, se pose toutefois la question de leur transfert à la Cour lorsqu'ils se trouvent en territoire russe. Comme la Russie n'est pas partie au Statut de Rome, elle n'a aucune obligation de coopérer avec la Cour si celle-ci lui demande de lui remettre les suspects. Aucun jugement ne pourra ainsi avoir lieu puisque la Cour ne juge pas des personnes *in absentia*, sans leur présence dans le prétoire. Ces mandats d'arrêt ne sont toutefois pas dénués d'intérêt. Ils sont susceptibles d'isoler les personnes qui en font l'objet dans la mesure où ces personnes ne pourraient plus voyager vers l'un des cent-vingt-trois États parties au Statut, sans risque d'y être arrêtées et livrées à la Cour. Ceci peut se révéler particulièrement contraignant pour des membres du gouvernement russe. Il est vrai que certains de ces membres, en particulier le président, le premier ministre et le ministre des Affaires étrangères russes, ne pourraient en aucun cas être inquiétés aussi longtemps qu'ils sont en fonction. Lorsque les États parties au Statut de Rome sont saisis d'une demande de remise d'un suspect par la Cour, ils doivent en effet respecter les immunités prévues par le droit international, dont jouissent les représentants ou agents des États tiers¹³⁰. Or, les trois catégories de personnes précitées bénéficient incontestablement d'une immunité personnelle couvrant tant les actes accomplis dans l'exercice de leur fonction que leurs actes privés, et les protégeant dès lors contre toutes poursuites pénales, y compris pour crimes internationaux¹³¹. Néanmoins, ils perdent le bénéfice de cette immunité dès le moment où ils cessent leur fonction. Ils ne bénéficient dès lors plus à ce moment que de leur immunité fonctionnelle, dont jouissent également les autres agents de l'État tiers, laquelle n'est pas liée à la personne mais à la nature officielle de leurs actes. Or, la pratique montre que, pour un nombre croissant d'États¹³², cette immunité ne fait plus obstacle aux poursuites pour des crimes internationaux¹³³ tandis que cette approche est partagée par une partie non négligeable de la doctrine¹³⁴, au moins en ce qui concerne certains de ces crimes¹³⁵.

fault/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf.

(119) Voy. Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, article 53.

(120) *Ibidem*.

(121) « Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Mme Fatou Bensouda, au sujet de la conclusion de l'examen préliminaire de la situation en Ukraine », 11 décembre 2020, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-procureur-de-la-cour-penale-internationale-mme-fatou-bensouda-au-sujet-de-la-0>.

(122) Déclaration du ministre de la Justice de la République de Lituanie, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/1041.pdf>.

(123) Voy. « Déclaration du Procureur de la CPI, Karim A.A. Khan QC, sur la situation en Ukraine : Réception de renvois de la part de 39 États parties et ouverture d'une enquête », *op. cit.* ; « State Party Referral under article 14 of the Rome Statute », Renvoi adressé par 39 États parties, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/State-Party-Referral.pdf>.

(124) À ce sujet, voy., de manière générale, les informations disponibles sur <https://www.icc-cpi.int/fr/ukraine>.

(125) Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, articles 13, a) et 14.

(126) *Ibidem*, article 13, b).

(127) Voy. « Le Procureur de la CPI, M. Karim A.A. Khan QC, annonce le déploiement en Ukraine d'une équipe d'enquêteurs et d'experts en criminalistique et se félicite de l'étroite coopération du Gouvernement néerlandais », *op. cit.*

(128) Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, article 12, § 2. Ces critères ne sont toutefois pas exigés lorsque la situation est renvoyée au procureur par le Conseil de sécurité des Nations unies, une telle hypothèse étant néanmoins inenvisageable dans le cas de la situation ukrainienne puisque la Russie est membre permanent au sein du Conseil.

(129) Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, article 15bis du Statut de Rome. Ces critères ne sont pas requis lorsque le Conseil de sécurité des Nations unies renvoie la situation au procureur (article 15ter), ce qui ne pourrait tou-

tefois être le cas ici (voy. *supra* note de bas de page n° 128).

(130) Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, article 98, § 1.

(131) CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *CIJ Recueil 2002*, pp. 20-22, §§ 51, 54 et 55. Il est controversé si d'autres membres du gouvernement d'un État, comme le ministre de la Défense, bénéficient également d'une telle immunité. À ce sujet, voy. notamment P. LESAFFRE, « Les immunités des représentants de l'État face aux crimes internationaux », *Mil. L. & L. War Rev.*, 2016-2017, pp. 125-127.

(132) La pratique de ces États ne semble toutefois pas suffisamment partagée pour établir l'existence d'une règle coutumière générale en ce sens (voy. notamment R. VAN ALEBEEK, « Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts », in T. RUYSS, N. ANGELET et L. FERRO (éd.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge, CUP, 2019, p. 517).

(133) Voy. notamment A. ΕΠΙΚ, « No Functional Immunity for Crimes under International Law before Foreign

Domestic Courts. An Unequivocal Message from the German Federal Court of Justice », *J.I.C.J.*, 2021, p. 1266 ; R. PEDRETTI, « Immunity of Heads of State and the State Officials for International Crimes », *Swiss Rev. Int'l and Eur. L.*, 2016, pp. 757-760 ; R. VAN ALEBEEK, *op. cit.*, pp. 509-515 ; Commission du droit international, *L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État*, Projet d'article 7, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G17/186/34/PDF/G1718634.pdf?OpenElement>.

(134) Voy. *supra* les références en notes de bas de page n°s 133 et 134. Voy. *contra* : R. O'KEEFE, « An "International Crime" Exception to the Immunity of States Officials from Foreign Criminal Jurisdiction : Not Currently, Not Likely », *A.J.I.L. Unbound*, 2015, pp. 167-172.

(135) Voy. notamment P. D'ARGENT, « Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute », in A. PETERS, E. LAGRANGE et S. OETER *et al.* (éd.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Boston, Brill, Nijhoff, 2015, pp. 253 et 265.

B. Juridictions nationales : des risques de partialité à la compétence universelle

Il est clair que la CPI ne serait pas matériellement en mesure, ni n'a pour vocation de juger tous les auteurs des crimes commis en Ukraine qui relèveraient de sa compétence. En vertu de la logique de complémentarité qui caractérise les poursuites devant la Cour¹³⁶, il revient d'abord aux juridictions nationales de poursuivre les auteurs de crimes internationaux. C'est uniquement si ces juridictions n'en sont pas capables ou ne le veulent pas que la Cour peut décider de se saisir, ou de rester saisie, d'une affaire¹³⁷. Par ailleurs, comme déjà évoqué plus haut¹³⁸, les États sont tenus en droit international de poursuivre les auteurs présumés de crimes internationaux qui se trouvent sur leur territoire ou de les extraditer vers un État désireux et capable de mener les poursuites. Dans la situation en Ukraine, des poursuites ont été menées par les juridictions des parties au conflit (1) et, ainsi que déjà expliqué précédemment¹³⁹, des enquêtes ont été initiées par des juridictions d'États tiers, principalement européens (2).

1. Les juridictions des parties au conflit

Disposant de l'arsenal législatif nécessaire pour poursuivre les auteurs de crimes internationaux commis sur leur territoire ou contre leurs ressortissants, tant l'Ukraine¹⁴⁰ que la Russie¹⁴¹ ont déjà entamé de telles poursuites contre des membres des forces armées ennemies qu'ils avaient capturés. On se rappellera à cet égard la couverture médiatique donnée au premier procès d'un prisonnier de guerre russe âgé de 21 ans, condamné à perpétuité par un tribunal ukrainien pour crime de guerre¹⁴². Des procès similaires, mais moins connus, sont également en cours du côté russe¹⁴³. Si ces poursuites sont ainsi permises, voire même obligatoires en droit international, elles soulèvent néanmoins des difficultés majeures. La plus importante est certainement le risque de partialité, lequel est présent à un double niveau. D'une part, comme le montre l'actualité, l'État belligérant tend à poursuivre uniquement les crimes commis par l'adversaire, à l'exclusion de ceux perpétrés par ses propres forces. D'autre part, les procès sont susceptibles de ne pas respecter les garanties d'un procès équitable¹⁴⁴ et de constituer ainsi en eux-mêmes des crimes de guerre¹⁴⁵. De manière générale, avant l'intervention russe en Ukraine, tant la Russie que l'Ukraine étaient critiquées comme négligeant ces garanties¹⁴⁶.

Ce risque de partialité paraît encore plus important s'agissant des poursuites exercées par les deux entités séparatistes de la région du Donbass, compte tenu de leur désir de revanche et de leur confiance exacerbée par le soutien dont elles bénéficient de la Russie. En témoigne le procès mené par la Cour suprême de la République autoproclamée de Donetsk contre des combattants étrangers, britanniques et marocains, condamnés à mort pour violation des lois de Donetsk et mercenariat¹⁴⁷. Il semble établi que les garanties du droit à un procès équitable n'ont pas en l'occurrence été respectées, les prévenus n'ayant pu

bénéficier d'une aide juridique effective, ayant été forcés de confesser leurs crimes et n'étant pas en mesure de préparer une défense complète de leur dossier¹⁴⁸. Les juridictions établies par de telles autorités sont pourtant tenues au respect des garanties du droit à un procès équitable similaires à celles liant les juridictions russes et ukrainiennes, qu'elles soient conçues comme des juridictions mises en place par des groupes armés non étatiques (dans le cadre d'un éventuel conflit armé non international les opposant à l'Ukraine¹⁴⁹) ou comme des juridictions fonctionnant sous la houlette de la Russie (qui occupe de manière indirecte des territoires séparatistes, dont elle serait responsable à travers son contrôle exercé sur les autorités de Donetsk et de Lougansk¹⁵⁰).

Qu'il s'agisse des poursuites menées par les juridictions russes, ukrainiennes ou séparatistes, elles présentent la particularité d'être exercées pendant le conflit armé et par les parties prenantes à celui-ci, alors que souvent la poursuite des criminels a lieu après les hostilités, dans des conditions plus propices à la tenue de procès équitables. Il est clair que les condamnations prononcées à l'encontre de membres des forces armées ennemies peuvent apparaître comme autant de trophées et d'outils de propagande exploités par les belligérants. Par ailleurs, comme il a déjà pu être mis en lumière dans la section précédente¹⁵¹, l'insécurité propre à la situation de conflit armé est susceptible de constituer un obstacle sérieux à une collecte et à une analyse satisfaisantes des éléments de preuve.

2. Les juridictions des États tiers

Le risque de violation des garanties à un procès équitable paraît par contre moindre s'agissant des éventuels procès qui seraient menés dans certains États européens. Divers États, comme l'Allemagne et la Pologne¹⁵², ont en effet initié des enquêtes au sujet des crimes internationaux commis en Ukraine. La plupart fondent ces enquêtes sur la compétence universelle, laquelle permet à leurs juridictions de poursuivre une personne alors qu'il n'existe aucun lien de rattachement entre eux et cette personne. L'établissement d'une telle compétence est d'ailleurs exigé dans le cadre de la poursuite de certains crimes de guerre, conformément aux Conventions de Genève de 1949 et de leur premier Protocole additionnel de 1977¹⁵³. S'agissant des autres crimes internationaux, elle semble permise. Cela dit, elle ne s'exerce que lorsque le suspect se trouve sur le territoire de l'État qui entend le poursuivre. Par ailleurs, sa mise en œuvre ne va pas sans difficulté dans la mesure où le lieu où les crimes ont été commis est parfois éloigné.

C. D'autres juridictions ?

Les autres juridictions envisagées pour poursuivre les crimes internationaux commis en Ukraine consistent principalement dans des juridictions internationales. Il est clair qu'en l'état actuel, à défaut de changement de régime en Russie, on ne peut imaginer l'établissement

(136) Voy. notamment Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, Préambule, alinéa 10.

(137) *Ibidem*.

(138) Voy. *supra* les références en notes de bas de page n^{os} 18-20.

(139) Voy. *supra* partie 1, A.

(140) Voy. notamment la section XX du Code pénal ukrainien, disponible sur <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/2341-14/conv#Text>.

(141) Voy. notamment le chapitre 34 du Code pénal russe, disponible sur https://www.imolin.org/doc/amlid/Russian_Federation_Criminal_Code.pdf.

(142) Voy. notamment « Guerre en Ukraine : le soldat russe jugé pour crime de guerre condamné à la prison à vie », *La Libre*, 23 mai 2022, disponible sur <https://www.la-libre.be/international/europe/guerre-ukraine-russie/2022/05/23/le-soldat-russe-juge-pour-crime-de-guerre-condamne-a-la-prison-a-vie-GXJQE76QCFC4BII-VI2OQOC5ZSQ/>. La peine a été réduite à 15 ans d'emprisonnement en

appel (voy. « Guerre en Ukraine : la peine à perpétuité du premier soldat russe condamné en Ukraine réduite à 15 ans de prison », *La Libre*, 29 juillet 2022, disponible sur <https://www.la-libre.be/international/europe/guerre-ukraine-russie/2022/07/29/guerre-en-ukraine-la-peine-a-perpetuite-du-premier-soldat-russe-condamne-en-ukraine-reduite-a-15-ans-de-prison-GNjNXCJ36ZEYTLR56SUT4PTF7A/>).

(143) À ce sujet, voy. notamment M. LARTIGUE, « Juger les crimes de guerre en Ukraine : une mobilisation judiciaire sans précédent », *Dalloz Actualité*, 15 juin 2022, disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/juger-crimes-de-guerre-en-ukraine-une-mobilisation-judiciaire-sans-precedent#.Y0k4BXZBw2x>, relevant « cinq procédures visant plus d'une vingtaine de soldats ukrainiens ».

(144) Ces garanties sont celles prévues non seulement par les droits de l'homme, lorsque les États en cause n'y ont pas dérogé, mais également par les troisième et quatrième Conventions de Genève de 1949 en

ce qui concerne, respectivement, les prisonniers de guerre et les internés civils.

(145) Voy. Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, article 8, § 2, (a), (vi), pour de tels crimes de guerre dans le cadre d'un conflit armé international.

(146) Voy. notamment, s'agissant de l'Ukraine, K. AMBOS, « Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes : Fair, Independent and Impartial ? », *EJIL : Talk !*, 10 juin 2022, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/the-prosecution-of-ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>.

(147) Voy. notamment à ce sujet L. HILL-CAWTHORNE, « The Prosecution of British Fighters by Pro-Russian Separatists in Ukraine », *EJIL : Talk !*, 14 juin 2022, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/the-prosecution-of-british-fighters-by-pro-russian-separatists-in-ukraine/>; R. PROVOST, « Rebel Prosecution of Foreign Fighters in Ukraine », *Articles of War*, 15 juillet 2022, disponible sur <https://lieber.westpoint.edu/rebel-prosecu->

[tions-foreign-fighters-ukraine/](https://lieber.westpoint.edu/rebel-prosecu-tions-foreign-fighters-ukraine/).

(148) *Ibidem*.

(149) Voy. Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, signé à Genève le 8 juin 1977, article 6.

(150) Il s'agit de la question de l'occupation indirecte d'un État, résultant du contrôle que celui-ci exerce sur des groupes armés exerçant eux-mêmes un contrôle sur un territoire.

À ce sujet, voy. notamment M. SASSOLI, *Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 309.

(151) Voy. *supra* partie 1, B.

(152) Voy. notamment à ce sujet OSCE, « Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022 », *op. cit.*, p. 92.

(153) Voy. *supra* les références en note de bas de page n^o 18.

d'un tribunal international qui s'imposerait à la fois à l'Ukraine et à la Russie, que ce soit par voie d'accord auquel ces États seraient parties ou sur la base d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, à l'image des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Il est vrai que l'avantage d'un tel tribunal aurait été de lever tout obstacle immunitaire dans la remise d'un suspect, que ce soit par un État partie à l'accord ou par un État membre des Nations unies¹⁵⁴.

Aussi les propositions vont-elles principalement dans le sens de l'établissement de tribunaux pénaux internationaux fondés sur un accord conclu entre des puissances « alliées », à l'instar du tribunal militaire international de Nuremberg. L'un serait établi par la Russie et d'autres par l'Ukraine, chacun de ces États coopérant ainsi avec leurs « alliés » ou, du moins, des États non hostiles. Il est vrai que la dimension internationale d'un tribunal est susceptible de réduire les risques de partialité dans le traitement des affaires qui lui sont soumises. Cela ne semble toutefois pas être le cas du tribunal pénal international envisagé par la Russie, qui entend coopérer à cet égard avec des États, tels que la Syrie et l'Iran, peu respectueux des droits de l'homme¹⁵⁵. S'agissant des autres tribunaux pénaux internationaux, qui seraient fondés sur un accord avec l'Ukraine, deux principales propositions doivent être distinguées. La première est celle, récemment soumise par la présidence tchèque de l'UE, d'un tribunal chargé de juger tous les crimes de guerre commis dans le cadre du conflit en Ukraine¹⁵⁶. L'idée ne paraît pas convaincante. Il est en effet évident que le mandat de ce tribunal rendrait ce dernier redondant avec la CPI. En revanche, la seconde proposition est à première vue plus séduisante. Il s'agirait de créer un tribunal pénal international chargé uniquement de poursuivre les responsables russes du crime d'agression, tel que ce crime est prévu dans le Statut de Rome. Ce tribunal permettrait en effet de pallier l'impossibilité pour la CPI de se prononcer sur ce crime en raison des limites à sa compétence. Cette proposition, initiée par des experts en droit international¹⁵⁷, a été favorablement accueillie non seulement par l'Ukraine mais également par les institutions internationales telles que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁵⁸ et le Parlement européen¹⁵⁹. Plusieurs projets de Statut d'un tel tribunal ont déjà été présentés, l'un d'eux proposant par ailleurs de fonder ce tribunal sur un accord conclu non pas entre l'Ukraine et d'autres États « alliés » mais entre l'Ukraine et les Nations unies¹⁶⁰. D'aucuns critiquent néanmoins l'initiative. Trois critiques retiennent particulièrement l'attention.

La première et principale critique est que ce tribunal, nécessairement coûteux, serait inutile car il n'aurait pas de personnes à juger¹⁶¹ — pour autant bien entendu qu'il ne puisse juger *in absentia*, ce qui serait toutefois problématique en termes de droit de la défense. Il est vrai

qu'à supposer que le tribunal s'inspire des règles du Statut de Rome, le crime d'agression ne pourrait être poursuivi que s'il a été commis, ainsi qu'expliqué en introduction, par « une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État »¹⁶². Or, de telles personnes, dans le cas de l'agression russe, se trouvent normalement en Russie. Cette dernière n'aurait ainsi aucune obligation de coopération avec le tribunal et ne serait donc pas tenue de lui remettre les éventuels suspects. La critique doit toutefois être tempérée. D'une part, il n'est pas exclu que de hauts responsables militaires capturés en territoire ukrainien à l'occasion des hostilités et qu'ils répondent aux critères personnels spécifiques du crime d'agression¹⁶³. Ces critères ne sont pas définis dans le Statut, tandis que les Éléments des crimes, qui donnent une interprétation de ceux-ci, indiquent que « [d]ans le contexte d'un acte d'agression, il se peut que plus d'une personne réponde à ces critères »¹⁶⁴. D'autre part, quand bien même les personnes suspectées du crime d'agression se trouveraient en Russie, des mandats d'arrêts pourraient être délivrés à leur encontre et seraient susceptibles, dans les conditions exposées précédemment au sujet de la CPI, de les isoler géographiquement, à l'exception du président, du premier ministre et du ministre des Affaires étrangères mais uniquement pendant la durée de leur fonction.

Par ailleurs, le tribunal constituerait un forum particulièrement approprié dans l'hypothèse où le régime viendrait à changer en Russie. Il est raisonnable de penser que les nouvelles autorités russes préféreraient coopérer avec ce tribunal, qui n'a qu'une compétence limitée, et lui remettre les quelques personnes suspectées du crime d'agression contre l'Ukraine, plutôt que d'accepter de manière rétroactive la compétence de la CPI, qui serait dès lors en mesure de poursuivre toute personne ayant commis, durant le conflit armé, l'un des quatre crimes relevant de sa compétence¹⁶⁵. Par ailleurs, il est préférable que ce crime ne soit pas jugé au niveau national, que ce soit par les juridictions russes, notamment en raison des difficultés politiques que de telles poursuites pourraient engendrer pour le nouveau régime¹⁶⁶, ou par des juridictions ukrainiennes, dans la mesure où ces poursuites supposeraient de se prononcer sur l'agression armée commise par un État étranger¹⁶⁷.

Une deuxième critique formulée à l'encontre de ce tribunal spécial est que sa création serait le produit d'une justice sélective, c'est-à-dire d'une justice dirigée uniquement contre les dirigeants de certains États, en l'occurrence de la Russie, ce qui serait d'autant plus condamnable qu'elle serait mise en place ou souhaitée par les dirigeants d'autres États, dont les recours à la force passés seraient susceptibles d'être qualifiés d'agression. Bien que compréhensible, cette critique ne peut justifier à elle seule que ce tribunal ne soit pas mis sur pied. Premièrement, la sélectivité est inhérente à la justice internationale, notamment

(154) Ces immunités ne peuvent être invoquées dans les relations entre les États parties au Statut de Rome ni ne pouvaient constituer un obstacle aux poursuites devant les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda dans la mesure où ceux-ci avaient été établis par une résolution contraignante du Conseil de sécurité des Nations unies.

(155) Voy. notamment « La Russie veut son propre tribunal international, avec l'Iran, la Syrie et la Bolivie », *Courrier international*, 25 juillet 2022, disponible sur <https://www.courrierinternational.com/article/guerre-en-ukraine-la-russie-veut-son-propre-tribunal-international-avec-l-iran-la-syrie-et-la-bolivie>.

(156) Voy. notamment « La présidence tchèque de l'UE veut un tribunal pour crimes de guerre en Ukraine », *Les Echos*, 17 septembre 2022, disponible sur <https://www.lesechos.fr/monde/europe-la-presidence-tcheque-de-lue-veut-un-tribunal-pour-crimes-de-guerre-en-ukraine-1788651>.

(157) Voy. l'initiative du professeur P. SANDS et à ce sujet « Crime d'agression ? Un tribunal pénal international spécial pour Poutine », *Le Soir*, 28 mars 2022, disponible sur

<https://www.lesoir.be/427127/article/2022-02-28/crime-dagression-un-tribunal-penal-international-special-pour-poutine>. Voy. aussi « Statement. Calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression against Ukraine », disponible sur <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>.

(158) Voy. assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution n° 2436 sur « L'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine : faire en sorte que les auteurs de graves violations du droit international humanitaire et d'autres crimes internationaux rendent des comptes », 28 avril 2022, disponible sur <https://pace.coe.int/pdf/3ab211d27a1443acc9fba3feb11c2d871864ae0fc169d8a890d751b53efdec1/r%C3%A9solution%202436.pdf>.

(159) Voy. Parlement européen, résolution n° 2022/2655 (RSP) sur la lutte contre l'impunité des crimes de guerre en Ukraine, 19 mai 2022, disponible sur https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0218_FR.html.

(160) Voy. notamment celle du *Yale Club*, disponible sur <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2022/09/UNSC-Letter-12-August-2022.pdf> ; celle de la *Ukraine Task Force du Global Accountability Network*, disponible sur https://2022.uba.ua/wp-content/uploads/2022/09/uktf_unproposal_specialtribunal_resolutionandstatute_7-sep2022.pdf.

(161) Voy. notamment K.J. HELLER, « Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea », *Opinio Juris*, 7 mars 2022, disponible sur <https://opiniojuris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-againstukraine-is-a-bad-idea/> ; S. VASILIEV, « Aggression against Ukraine : Avenues for Accountability for Core Crimes », *EJIL : Talk !*, 3 mars 2022, disponible sur <https://www.ejil-talk.org/aggression-against-ukraine-avenues-for-accountability-for-core-crimes/>.

(162) Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, *op. cit.*, article 8bis, § 1.

(163) Voy. les informations, à confirmer néanmoins, de l'éventuelle capture d'un lieutenant-général russe : « Top Russian General Possibly Cap-

ured in UAF Kharkiv Offensive », *Kyiv Post*, 9 septembre 2022, disponible sur <https://www.kyivpost.com/russias-war/top-russian-general-possibly-captured-in-uaf-kharkiv-offensive.html>.

(164) CPI, Éléments des crimes, disponible sur <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimes-Fra.pdf>, p. 45, note 75.

(165) Voy. également en ce sens C. McDOUGALL, « Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is the Best Available Option : A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics », *Opinio Juris*, 15 mars 2022, disponible sur <https://opiniojuris.org/2022/03/15/why-creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-the-best-available-option-a-reply-to-kevin-jon-heller-and-other-critics/>.

(166) *Ibidem*.

(167) Voy. en ce sens Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs, 1996, disponible sur https://legal.un.org/il/texts/instruments/french/commentaries/7_4_1996.pdf, p. 31 (commentaires de l'article 8).

parce que celle-ci s'exerce dans le cadre de relations internationales fortement marquées par des considérations politiques. Deuxièmement, cette sélectivité ne doit pas conduire à une inaction généralisée, en raison de l'inaction constatée par rapport à certaines situations spécifiques passées. Au contraire, elle doit conduire à déployer tous les efforts politiques et juridiques possibles pour atténuer, voire annihiler une telle sélectivité, ce qui implique, en l'occurrence, de soutenir la création d'un tribunal international spécial dans tous les cas où un crime d'agression a été commis et pour lequel la CPI n'est pas compétente.

Enfin, une dernière critique est la difficulté de mener des enquêtes au sujet d'un crime dont les preuves se trouveraient principalement en Russie. Cette difficulté ne concerne toutefois pas les éléments propres à l'acte d'agression, dont l'existence est en l'occurrence incontestable. Elle n'affecte que les éléments propres à ses auteurs, lesquels paraissent également établis s'agissant du moins des plus hauts responsables militaires et politiques russes, dont Vladimir Poutine. Quoiqu'il en soit, ainsi qu'il a pu être montré antérieurement, des preuves pourront être collectées en Ukraine, à partir d'éventuels témoignages ou de documents russes trouvés dans les territoires libérés par les forces ukrainiennes¹⁶⁸.

D. Une répartition des tâches ?

La circonstance inédite d'une diversité de juridictions pénales mobilisées ou envisagées pour la poursuite des crimes internationaux en territoire ukrainien ne doit pas être perçue comme un obstacle à un exercice efficace de la justice pénale. Ces juridictions peuvent en effet fonctionner de manière complémentaire. Du côté de la Russie, on ne peut qu'espérer, à défaut pour elle de coopérer avec la CPI, qu'elle choisisse un personnel, national ou international, soucieux du respect des garanties du droit à un procès équitable parmi les membres du tribunal qu'elle souhaite mettre en place.

La CPI devrait, quant à elle, poursuivre les hauts responsables pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide. Les poursuites contre de tels responsables pour crime d'agression seraient par contre prises en charge par le tribunal international spécialement établi pour ce crime. Les juridictions nationales ukrainiennes auraient, de leur côté, la tâche de poursuivre les autres personnes responsables des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du crime de génocide, que ces personnes soient de nationalité russe, ukrainienne ou autre. Néanmoins, en vue d'écarter toute suspicion de partialité, de renforcer leurs capacités humaines et financières et de leur faire bénéficier d'une expertise dans le domaine, ces juridictions devraient compter dans leur personnel des juges et procureurs étrangers, qui seraient majoritaires, au moins au départ. Elles fonctionneraient ainsi à l'image des juridictions hybrides comme la section des crimes de guerre de la Cour d'État de Bosnie-Herzégovine, composée à l'origine d'une majorité de juges internationaux et chargée de poursuivre les auteurs de crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide commis dans le cadre du conflit en ex-Yougoslavie¹⁶⁹. La mise en place d'une telle juridiction requerrait néanmoins une modification de la Constitution ukrainienne, en particulier de l'article 125, en vertu duquel « [l]a création de tribunaux extraordinaires et spécialisés est interdite »¹⁷⁰. Par ailleurs, certaines poursuites pourraient également être exercées par les juridictions d'États européens, notamment sur la base de la compétence universelle, lorsque le suspect se trouve sur leur territoire, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un haut responsable, lequel devrait dès lors être remis à la CPI ou au tribunal international spécial pour le crime d'agression, ou que le suspect ne puisse pas être extradé vers l'Ukraine en raison de contraintes liées à la procédure d'extradition.

Enfin, dans l'hypothèse où un individu aurait été jugé par une juridiction nationale, que ce soit par la Russie, l'Ukraine ou tout autre État, ou par une juridiction internationale, cet individu ne devrait pas être jugé une nouvelle fois pour les mêmes faits, pour autant qu'il ne ressorte pas de manière claire de l'absence de sa condamnation ou de sa condamnation légère que le procès a été mené avec l'intention de le soustraire à sa responsabilité pénale¹⁷¹.

Conclusion

Il ne fait pas de doute que des crimes internationaux ont été commis sur le territoire ukrainien dans le cadre du conflit armé international opposant l'Ukraine à la Russie. De nombreuses voix se sont élevées pour que ces crimes ne restent pas impunis. Ces voix ont été entendues. La situation en Ukraine témoigne en effet de développements inédits en droit international pénal, particulièrement au niveau de la récolte des preuves et de la mobilisation des juridictions pour poursuivre les auteurs de ces crimes. S'agissant des preuves, on peut noter des grandes premières comme l'équipe d'enquête commune la plus importante jamais formée, la première participation de la CPI à cette équipe d'enquête ainsi que la mise sur pied de la plus grande équipe d'experts jamais déployée par la CPI. Concernant les poursuites devant les juridictions, on constate divers projets de création d'une juridiction, spécialement dédiée à la poursuite des crimes perpétrés en Ukraine, le plus notable étant celui d'une juridiction compétente uniquement pour poursuivre les auteurs de l'agression commise par la Russie contre l'Ukraine.

Si la mobilisation internationale en Ukraine impressionne, elle est susceptible de poser certaines difficultés. D'un côté, le fait que les hostilités soient toujours en cours peut rendre la récolte des preuves particulièrement délicate et faire de la poursuite des criminels un outil de propagande, particulièrement lorsqu'elle est menée par les États parties au conflit. Néanmoins, cette difficulté n'est pas insurmontable. Les garanties d'une justice efficace et conforme aux exigences du procès équitable peuvent notamment être recherchées, du moins s'agissant de l'Ukraine, à travers une coopération étroite avec d'autres acteurs, y compris internationaux. De l'autre côté, le fait qu'une multitude d'acteurs soient impliqués dans la poursuite des crimes commis en Ukraine emporte le risque d'une certaine cacophonie, susceptible de nuire à ces poursuites. Il semble toutefois que la coopération entre ces acteurs, à l'exception de la Russie, soit de mise s'agissant de la récolte des preuves ainsi qu'envisageable et praticable s'agissant des juridictions.

On ne peut qu'espérer que cette mobilisation perdure et que les preuves récoltées et les poursuites menées conduisent à des procès équitables et efficaces, condamnant les auteurs des crimes internationaux et permettant, le cas échéant, aux multiples victimes d'obtenir réparation de leur dommage. Bien qu'il soit sans doute prématuré de parler d'un renforcement du droit international pénal, il semble que les acteurs engagés dans les enquêtes et poursuites aient l'ambition d'exploiter tous les outils disponibles pour assurer sa mise en œuvre. Ainsi, la situation en Ukraine constitue finalement peut-être bien un « moment singulier » pour ce droit.

Raphaël VAN STEENBERGHE

Chercheur qualifié FNRS
Professeur à l'UCLouvain

Pauline LESAFFRE

Chargée de recherches FNRS à l'UCLouvain

(168) Voy. *supra* partie 1, B.

(169) Voy. notamment, au sujet de cette juridiction, H. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice : les juridictions internationales et les tribunaux nationaux*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 182-186.

(170) Voy. la proposition du *Public*

International Law & Policy Group (P.I.L.P.G.) d'une « High War Crimes Court of Ukraine for Atrocity Crimes in Ukraine », qui n'impliquerait pas de modification constitutionnelle dans la mesure où l'apport international ne consisterait que dans une assistance fournie au personnel, y compris les juges, d'une cour domestique. Voy. notamment à ce sujet

« Draft Law for a Ukrainian High War Crimes Court », disponible sur <https://www.publicinternationalallawandpolicygroup.org/draft-law-ukrainian-high-war-crimes-court>.

(171) Le principe *ne bis in idem* empêche qu'une personne soit rejugée pour les mêmes faits. Néanmoins, ce principe s'applique dans les relations entre les juridictions d'un État et non,

de manière générale, entre les juridictions des États, sauf lorsque, comme dans le cas de l'UE, il est prévu dans un traité (voy. not. D. BERNARD, *Juger et juger encore les crimes internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 3-4).

La Russie, le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme

1. « De Reykjavik à Vladivostok ». L'expression, dont la paternité est quelque peu obscure, a souvent été utilisée pour désigner la Grande Europe et son projet de protection des droits de l'homme que, hormis une tache aveugle — la Biélorussie —, seuls les océans semblaient pouvoir borner. La Fédération de Russie était devenue partie prenante à l'une et l'autre depuis 1996¹. « (L)es mêmes droits et libertés » garantis par « la même Cour, (...) qui assure le contrôle de leur respect effectif » : les mots de Jacques Blot lors de la commémoration du cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la Convention), en novembre 2000², sonnaient un peu comme la fin de l'histoire.

2. Au vrai, l'histoire ne fut jamais un long fleuve tranquille³. D'emblée, la Fédération de Russie s'était profilée comme un mauvais élève du système conventionnel et comme un objecteur persistant aux règles et principes les plus élémentaires de la « garantie collective » des droits de l'homme que celui-ci met en place. À son passif, figuraient entre autres : un chantage exercé autour de la ratification du protocole n° 14⁴ ; une situation catastrophique d'inexécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour)⁵ et de violation systémique de l'article 46 de la Convention⁶, ou encore ; des non-paiements de la contribution financière due. En augmentation constante, le volume du contentieux — individuel ou interétatique — porté devant la Cour contre la Fédération de Russie attestait que, notwithstanding l'écoulement du temps, la culture des droits de l'homme ne s'implantait pas vraiment dans son appareil public. Que du contraire.

3. Depuis le 16 mars 2022, l'histoire a reculé de vingt-cinq ans, et les frontières orientales de la Grande Europe, de quelques milliers de kilomètres. Le conflit ukrainien a, entre autres conséquences, engendré la cessation du statut de la Russie comme État membre du Conseil de l'Europe⁷ et, par voie de conséquence, comme État partie à la Convention européenne des droits de l'homme. La principale intéressée parlera de « retrait ». L'enchaînement des décisions prises et le fondement

juridique y assigné montrent cependant qu'il s'agit bien plutôt d'une « exclusion » (1). Celle-ci n'a d'effet que pour l'avenir — le *terminus ad quem* de la soumission à la Convention est, selon le Conseil de l'Europe, fixé au 16 septembre 2022 —, et laisse donc en principe intacte la compétence de la Cour strasbourgeoise pour instruire et juger toutes les violations qui sont survenues dans l'intervalle, avec toutes les interrogations qui en résultent en termes de praticabilité et d'effectivité du contrôle pareillement exercé (2).

1 Le « Ruxit » : retrait ou exclusion ?

4. C'est donc par une résolution du 16 mars 2022 que le Comité des ministres scella « la cessation », à compter du même jour, de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe⁸. Si la formule est délicate, c'est bien d'une exclusion qu'il s'agit, au titre de l'article 8 du Statut de l'organisation, disposition réservée aux situations extrêmes dans lesquelles un État manque gravement à son obligation fondatrice de reconnaître « le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁹.

Les prémisses d'un tel dénouement s'étaient enchaînées rapidement à compter du lancement de l'« opération militaire spéciale » russe en Ukraine le 24 février 2022. Le 25 février déjà, le Comité des ministres suspendait la Fédération de Russie de ses droits de représentation au sein de l'organisation¹⁰ — premier présage procédural d'une éventuelle expulsion, explicitement prévu par l'article 8 du Statut¹¹. Quelque deux semaines plus tard, le 10 mars, le même Comité des ministres, constatant que l'agression russe constituait « une rupture de la paix sur le continent européen d'une ampleur sans précédent depuis

(1) La Convention européenne des droits de l'homme est entrée en vigueur à l'égard de la Russie le 5 mai 1998.

(2) Actes de la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme et de la cérémonie commémorative du 50^e anniversaire de la Convention européenne des Droits de l'homme, Rome, 3 et 4 novembre 2000, consultable sur <https://rm.coe.int/conference-ministerielle-europeenne-sur-les-droits-de-l-homme-et-cerem/1680695aba>.

(3) Voy. e.a., L. MÄLKSOO et W. BENEDEK (dir.), *Russia and the European Court of Human Rights. The Strasbourg Effect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 ; A. MATTA et A. MAZAMANYAN, « Chapter 16. Russia : In Quest for a European Identity », in P. POPELIER, S. LAMBRECHT et K. LEMMENS (dir.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System : Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Anvers, Intersentia, 2016, pp. 481 s.

(4) *Ibidem*, pp. 490-491.

(5) Voy. les données relatives à l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme reprises à cette adresse : <https://www.coe.int/en/web/execution/russian-federation>. Voy. également les données et leur analyse compilées par le *European Implementation Network* : <https://www.ein-network.org/russia-echr>.

(6) Par une décision du 14 juillet 2015, la Cour constitutionnelle russe s'était réservé le droit de refuser l'exécution d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en cas de conflit entre celui-ci et la Constitution russe. Sur cet arrêt, voy. Commission de Venise, Avis intérimaire sur les amendements de la loi constitutionnelle fédérale sur la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, 11-12 mars 2016, CDL-AD(2016)005. Sur la « constitutionnalisation » et l'application ultérieure de cette jurisprudence, ainsi que sur leur incompatibilité avec l'article 46 de la Convention, voy. Commission de Venise, Avis sur le projet d'amendements à la constitution (tel que signé par le président de la Fédération de Russie le 14 mars 2020) relatifs à l'exécution en Fédération de Russie des décisions de la cour européenne des droits de l'homme, 18 juin 2020, CDL-AD(2020)009-f. Voy. encore J. KAHN, « The Relationship between the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of the Russian Federation : Conflicting Conceptions of Sovereignty in Strasbourg and St Petersburg », *The European Journal of International Law*, 2019, vol. 30, pp. 913-959. Comp. cependant, dans la même revue (pp. 961-969) avec A. BLANKENAGEL, « The Relationship between the European Court

of Human Rights and the Constitutional Court of the Russian Federation : A Reply to Jeffrey Kahn ». Voy. enfin M. BREUER, « Principled Resistance to the European Court of Human Rights and its Case Law : A Comparative Assessment », in H.P. AUST et E. DEMIR-GÜRSEL (dir.), *The European Court of Human Rights. Current Challenges in Historical Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 57-60 ; V. STARZHENETSKIY, « The Execution of the ECtHR Judgments and the "Right to Object" of the Russian Constitutional Court », in M. BREUER (dir.), *Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm ?*, New York, Springer, 2019, pp. 245-274 ; P. KALINICHENKO et D. KOCHENOV, « Amendments to the 1993 Constitution of the Russian Federation Concerning International Law (2020) », *International Legal Materials*, 2021, vol. 60, pp. 341-346.

(7) Le contexte ukrainien avait déjà, en 2014, engendré un premier affrontement institutionnel. En 2014, l'Assemblée parlementaire (APCE) avait en effet déjà réagi à l'annexion de la Crimée en suspendant les droits de représentation russes (résolution 1990[2014]1), à la suite de quoi la Fédération de Russie avait déjà menacé de quitter le Conseil de l'Europe. La représentation russe à l'APCE s'était finalement vu réintégré dans ses droits de participation

en juin 2019, résolution 2292 (2019).

(8) Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (CdM), Cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe, résolution CM/Res(2022)2, 16 mars 2022.

(9) Article 3 du Statut du Conseil de l'Europe.

(10) CdM, Situation en Ukraine - Mesures à prendre, notamment en vertu de l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe, décision CM/Del/Dec(2022)1426ter/2.3, 25 février 2022. Sur les effets concrets d'une telle suspension, voy. CdM, Conséquences juridiques et financières de la suspension de la Fédération de Russie de ses droits de représentation au Conseil de l'Europe, résolution CM/Res(2022)1, 2 mars 2022.

(11) Sur l'(in)efficacité d'un tel mécanisme, voy. K. DZEHTSIAROU et V. TZEVELEKOS, « The Aggression Against Ukraine and the Effectiveness of Inter-state Cases in Case of War », *European Convention on Human Rights Law Review*, 2022, vol. 3, pp. 166-167 ; J. JAHN, « The Council of Europe Excludes Russia : A Setback for Human Rights », *EJIL : Talk !*, 23 mars 2022, consultable sur <https://www.ejiltalk.org/the-council-of-europe-excludes-russia-a-setback-for-human-rights/>.

la création du Conseil de l'Europe », décida de consulter l'Assemblée parlementaire au sujet d'une « potentielle future utilisation de l'article 8 du Statut »¹². L'avis de cette dernière, rendu le 15 mars 2022, conclut que « la Fédération de Russie ne peut plus être un État membre de l'Organisation »¹³.

Dans une course de vitesse qui rappelle l'épisode (le seul, avant celui dont nous traitons ici) du retrait « volontaire » de la Grèce du Conseil de l'Europe en 1969¹⁴, la Fédération de Russie informa, le même 15 mars, la Secrétaire générale de sa sortie de l'organisation en vertu de l'article 7 de son Statut¹⁵ — disposition qui permet pareil retrait spontané, moyennant un délai d'attente qui eût ici vocation à échoir le 31 décembre 2022. L'on sait toutefois qu'il ne faudrait pas attendre ce terme et que la Fédération de Russie serait exclue dès le lendemain, 16 mars 2022, sur pied d'une résolution fermement fondée sur l'article 8 et sortissant immédiatement ses effets¹⁶. Ces derniers ont ensuite été mieux précisés à travers une résolution du 23 mars 2022, dans laquelle le Comité des ministres observe en synthèse que la Fédération ne bénéficie plus d'aucun droit de représentation ni de participation aux organes, activités et programmes du Conseil de l'Europe à compter du 16 mars, mais reste débitrice de tous arriérés de paiement ainsi que du *prorata* de ses contributions 2022 arrêtées à la même date¹⁷.

5. La qualité de partie contractante à la Convention était, elle aussi, appelée à cesser *de facto*. En vertu de l'article 58, § 3, de la Convention, en effet, « cesserait d'être Partie à la présente Convention toute Partie contractante qui cesserait d'être membre du Conseil de l'Europe ». Si l'usage du conditionnel révèle probablement la conviction qu'un tel événement dût demeurer hypothétique, le mécanisme de l'article 58, § 3, trouve aujourd'hui, avec le cas russe, une mise en application bien réelle. Entre-temps, la Cour européenne des droits de l'homme a pu confirmer, par une résolution du 22 mars 2022¹⁸ (à laquelle le Comité des ministres a emboîté le pas dans sa résolution précitée du 23 mars¹⁹), l'application du délai d'attente de six mois visé au paragraphe 1^{er} de l'article 58²⁰. Ainsi la Fédération de Russie s'est-elle vu déliée de son statut de Haute Partie contractante à la Convention à compter du 16 septembre 2022²¹.

6. Une exclusion donc — immédiate s'agissant de la participation au Conseil de l'Europe, différée de six mois pour ce qui concerne la soumission à la Convention. Tel est en tout cas le point de vue du Conseil de l'Europe. Le positionnement de la Fédération de Russie au cours des derniers mois indique pourtant que l'intéressée voit davantage, dans la rup-

ture d'avec la Grande Europe et sa Convention phare, un retrait volontaire et immédiat qu'une expulsion autoritaire et partiellement différée. Il faut admettre que le libellé parfois abscons et l'articulation délicate des textes concernés — les articles 7 et 8 du Statut du Conseil de l'Europe et l'article 58 de la Convention — peuvent, dans une certaine mesure, donner du grain juridique à moudre à toutes les parties. À la faveur de la thèse d'un retrait volontaire russe, par exemple, l'on doit bien observer que l'article 8 paraît préconditionner toute exclusion du Conseil de l'Europe au bénéfice, par l'État concerné, du loisir préalable de se retirer spontanément sur pied de l'article 7 du Statut — démarche que la Fédération de Russie avait ici résolument engagée, avant de se voir couper l'herbe sous le pied le lendemain par le Comité des ministres²².

En pratique, quoi qu'il en soit, c'est sans attendre que la Russie a quitté le navire. Le 11 juin 2022, le président Vladimir Putin a promulgué deux nouvelles lois ayant pour effet, en substance, de rendre non exécutoires, dans l'ordre juridique interne, les condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme qui viendraient à être prononcées après le 15 mars 2022²³. Ceci termine de confirmer que la Russie n'entend plus (du tout) se soumettre à l'appareil strasbourgeois à compter de (ce qu'elle conçoit comme étant) son retrait, le 15 mars 2022. Une telle posture de désengagement immédiat avait, dans les faits, déjà pu être devinée depuis cette date²⁴, notamment en lien avec les mesures provisoires indiquées par la Cour européenne en réaction aux activités militaires russes en cours en Ukraine depuis la fin du mois de février²⁵.

2 Le sort des *causae pendentes* et *causae futurae* devant la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité, de légalité et d'effectivité

7. L'impact du « Ruxit » sur la compétence contentieuse de la Cour a d'ores et déjà alimenté pas mal de discussions, où les certitudes laissent assez souvent place aux vraisemblances, voire aux suppositions et aux hésitations. La difficulté tient à l'imbrication étroite et aux interactions complexes, dans cette problématique, de trois facettes de la validité des solutions suggérées qu'il convient de soigneusement distinguer : leur légalité, leur légitimité, et leur effectivité²⁶.

(12) CdM, Conséquences de l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine, décision CM/Del/Dec(2022)1428bis/2.3, 10 mars 2022.

(13) APCE, Conséquences de l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine, avis 300 (2022), 15 mars 2022, pt 19.

(14) Ce retrait prit effet le 31 décembre 1970 et la Grèce réintégra plus tard l'organisation, au sortir de la « dictature des colonels », à compter du 28 novembre 1974. Voy. à ce sujet A. MANIN, « La Grèce et le Conseil de l'Europe du 12 décembre 1969 au 28 novembre 1974 », *Annuaire français de droit international*, 1974, vol. 20, pp. 875-885. Voy. également « Withdrawal of Greece from the Council of Europe. Speech by the Foreign Minister of Greece H.E. Mr. Panayotis Pipinelis at the Committee of Ministers of the Council of Europe », *International Legal Materials*, 1970, vol. 9, pp. 396-410.

(15) Voy. résolution CM/Res(2022)2, *op. cit.*

(16) *Ibidem*.

(17) CdM, Conséquences juridiques et financières de la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe de la Fédération de Russie, résolution CM/Res(2022)3, 23 mars 2022.

(18) CEDH, Résolution sur les conséquences de la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe de

la Fédération de Russie à la lumière de l'article 58 de la Convention européenne des droits de l'homme, 22 mars 2022, consultable sur https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_FRA.pdf. Cette résolution a en outre pour effet de lever immédiatement la suspension de l'examen des requêtes dirigées contre la Fédération de Russie, ordonnée par le président de la Cour, le 16 mars 2022, dans la foulée de l'exclusion russe (voy. le communiqué de presse consultable sur <https://hudoc.echr.coe.int/>).

(19) Résolution CM/Res(2022)3, *op. cit.*

(20) Le libellé français de l'article 58, § 3, de la Convention laisse à notre avis un doute sur la question de savoir si le délai d'attente visé au § 1^{er} doit trouver à s'appliquer, outre le cas d'une dénonciation classique, à cette hypothèse particulière d'un affranchissement de la Convention corrélatif à une exclusion du Conseil de l'Europe. Le supposé équivalent anglais du § 3 (qui préfère le pluriel « under the same conditions » au singulier « (s)ous la même réserve ») pointe lui plus clairement en ce sens. C'est donc à cette dernière approche — qui emporte incidemment une asymétrie entre les dates de sortie du Conseil de l'Europe et de la Convention — que la Cour s'est ralliée. Sur ce débat, voy. notamment

S. MANTILLA BLANCO, « A Backdoor Exit from the European Convention on Human Rights : Russia, the Council of Europe and Article 58(3) ECHR », *VerfBlog*, 5 avril 2022, consultable sur <https://verfassungsblog.de/a-backdoor-exit-from-the-european-convention-on-human-rights/>; K. DZEHTSIAROU et L. HELFER, « Russia and the European Human Rights System : Doing the Right Thing ... But for the Right Legal Reason ? », *EJIL : Talk !*, 29 mars 2022, consultable sur <https://www.ejiltalk.org/russia-and-the-european-human-rights-system-doing-the-right-thing-but-for-the-right-legal-reason/>.

(21) Voy. CEDH, « La Fédération de Russie cesse d'être Partie à la Convention européenne des droits de l'homme », communiqué de presse, 16 septembre 2022, consultable sur <https://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=003-7435445-10180881>.

(22) Voy. N. VOGIATZIS, « "No Longer a Member State of the Organisation" : The Expulsion of Russia from the Council of Europe and Articles 7 and 8 of the Statute », *ECHR Blog*, 17 mars 2022, consultable sur <https://www.echrblog.com/2022/03/no-longer-member-state-of-organisation.html>; P. LEACH, « A Time of Reckoning ? Russia and the Council of Europe », *Strasbourg Observers*, 17 mars 2022, consultable sur [sia-and-the-council-of-europe/ ; K. MAGLIVERAS, « The Question of Expelling Recalcitrant Member States : The Termination of the Russian Federation's Membership in the Council of Europe », *Völkerrechtsblog*, 3 mai 2022, consultable sur <https://voelkerrechtsblog.org/the-question-of-expelling-recalcitrant-member-states/>.](https://strasbourgobservers.com/2022/03/17/a-time-of-reckoning-rus-</p>
</div>
<div data-bbox=)

(23) Law on Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation and Annulment of Certain Provisions of Legislative Acts of the Russian Federation, 11 juin 2022 ; Law on Amendments to the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation, 11 juin 2022. Voy. à ce titre les communiqués de presse émis par la présidence russe sur <http://en.kremlin.ru/acts/news/by-date/18.06.2022>.

(24) Voy. M. MILANOVIC, « Update on ECtHR Interim Measures Concerning Russia and Ukraine », *EJIL : Talk !*, 1^{er} avril 2022, consultable sur <https://www.ejiltalk.org/update-on-ecthr-interim-measures-concerning-russia-and-ukraine/>.

(25) Voy. CEDH, *Ukraine c. Russie (X)*, Communiqué de presse, 28 juin 2022, consultable sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7373577-10077489>.

(26) Sur cette approche tridimensionnelle de la validité en droit, voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, pp. 270 et s.

8. La *légitimité*, conçue comme l'adéquation aux idéaux supérieurs de justice²⁷, commandé de limiter au maximum l'impact négatif du Ruxit sur la compétence de la Cour à connaître des violations des droits de l'homme commises par la Russie. L'expulsion de celle-ci sanctionne les actes de ses dirigeants, mais « punit » également — et peut-être même surtout — les personnes qui, sur son territoire ou ailleurs, perdent une ressource juridique — la Convention — et un recours effectif — la requête strasbourgeoise — pour dénoncer pareilles exactions²⁸. Dans cette perspective, il convient par conséquent de donner l'amplitude la plus réduite possible à cette « punition », en en limitant les effets aux seuls actes et omissions commis après le *terminus ad quem* de l'engagement conventionnel de la Fédération de Russie, soit le 16 septembre 2022. Tout comportement intervenant avant cette date doit demeurer débiteur de conformité avec la Convention, et justiciable de la Cour européenne. Il en va particulièrement ainsi — la solution contraire serait moralement imbuvable — des exactions commises dans le cadre du conflit ukrainien et qui sont précisément à l'origine du Ruxit : en termes de légitimité, leur impunité serait une récompense scandaleuse offerte à la Fédération de Russie²⁹.

9. Les considérations de *légalité* — conçue comme la conformité au droit en vigueur³⁰ — pointent résolument dans le même sens, à tout le moins jusqu'à un certain stade. La résolution du 22 mars 2022, ci-avant citée, s'inscrit bien dans la perspective de l'article 58, § 2, de la Convention³¹ lorsqu'elle énonce que la Cour « demeure compétente pour traiter les requêtes dirigées contre la Fédération de Russie concernant les actions et omissions susceptibles de constituer une violation de la Convention qui surviendraient jusqu'au 16 septembre 2022 ». L'ex-président Robert Spano a confirmé cette manière de voir dans son discours prononcé le 24 juin 2022 à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire³². La compétence ainsi affirmée vaut non seulement pour les requêtes — individuelles ou interétatiques — qui ont été introduites avant le 16 septembre 2022 (*causae pendentes*), mais aussi pour celles qui seraient introduites après cette date, pourvu qu'elles aient trait à des actes ou omissions survenus avant celle-ci, soit sous l'empire de l'engagement conventionnel russe. Ces *causae futurae* peuvent encore potentiellement être introduites pendant de nombreuses années³³ compte tenu du fait que, entre la survenance de leurs faits générateurs et l'introduction de la requête strasbourgeoise qui les dénonce, aura dû intervenir l'épuisement préalable des voies de recours internes, conformément à ce que prescrit l'article 35, § 1^{er}, de la Convention. Cette « prorogation » de compétence pour les *causae futurae*, dont les conséquences peuvent s'avérer vertigineuses (compte tenu, également, de l'arriéré de la Cour)³⁴, se situe dans la ligne du seul précédent strasbourgeois qui existe en la matière — la décision rendue le 26 mai 1970 par la défunte Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire interétatique *Danemark, Norvège et*

*Suède c. Grèce*³⁵ (« Deuxième affaire grecque »), et est parfaitement congruente³⁶ vis-à-vis du régime de « juridiction obligatoire » de la Cour qu'a mis en place le Protocole additionnel n° 11 du 11 mai 1994. Faut-il le rappeler ? Ce protocole a fait du droit de requête individuelle et de l'acceptation de la compétence contentieuse de la Cour les accessoires obligatoires et automatiques de la ratification de la Convention. L'engagement à respecter la Convention est devenu indissociable du contrôle juridictionnel européen portant sur les manquements à son prescrit. Affirmer du même soufflé que la Convention lie la Russie jusqu'au 16 septembre 2022, mais que la Cour ne pourrait pas systématiquement connaître des manquements aux obligations qui lui sont imparties, s'inscrirait donc en porte-à-faux vis-à-vis de la logique conventionnelle. Pour poursuivre la belle métaphore proposée par Jean-François Flauss lors de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, le « menu »³⁷ devra être avalé dans son entièreté.

Certes. Mais même en demeurant dans le strict registre de la légalité, quelques pépins³⁸ se présentent d'emblée s'agissant des *causae pendentes* que la Cour a à juger depuis le 16 septembre 2022, comme des *causae futurae* qui lui seront encore présentées demain. Selon l'article 26, § 4, de la Convention, le juge élu au titre de la Russie devrait être membre de droit de la Chambre ou de la Grande Chambre appelée à statuer dans ces affaires. De juge russe, il n'y en a cependant plus depuis le 16 septembre 2022³⁹. Par une résolution adoptée le 5 septembre 2022, la Cour, siégeant en formation plénière, avait déjà confirmé qu'à ses yeux, la cessation de la qualité de partie à la Convention de la Fédération de Russie « a aussi pour effet de mettre un terme à la fonction de juge à la Cour au titre de la Fédération de Russie »⁴⁰ ; dès le 16 septembre, le (désormais ex-)juge Mikhaïl Lobov s'est vu omis de la page Internet de présentation de la composition de la Cour. Or, l'article 20 de la Convention prévoit que la Cour ne se compose que de juges élus au titre des parties contractantes, en nombre égal à celles-ci. Une solution consisterait, par analogie avec ce que prévoit l'article 26, § 4, lui-même, à proposer à la Fédération de Russie de désigner un juge *ad hoc* pour ces affaires⁴¹. La solution n'est pas juridiquement implausible⁴², mais on conviendra qu'elle requiert une certaine dose de créativité et d'improvisation⁴³ prétoriennes dont le principe de la légalité de la procédure, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme au départ de l'article 6 de la Convention, goûte assez peu⁴⁴.

10. Vient enfin la question de l'*effectivité* de l'office strasbourgeois qui, en toute légitimité et légalité, trouverait à s'exercer dans ces *causae pendentes* et ces *causae futurae*. La difficulté est double.

11. Tout d'abord, surviennent une série d'interrogations sur la *praticabilité* de l'instruction de ces affaires. Il s'avère en effet de manière relativement nette, à la lumière de la pratique observable depuis le printemps 2022 et des décisions prises par l'intéressée en juin 2022 (*supra*,

(27) *Ibidem*, p. 274.

(28) Voy. P. LEACH, *op. cit.*, et réf. citées.

(29) Sur le fond, pourtant, les affaires concernées pourraient bien se heurter à certaines difficultés tenant notamment à la jurisprudence restrictive de la Cour quant à la portée extraterritoriale de la Convention en zone de conflit armé (voy. en particulier CEDH, arrêt *Géorgie c. Russie (II)* du 21 février 2021, §§ 109-144 ; et, pour un commentaire détaillé, R. VAN STEENBERGHE, « L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Géorgie c. Russie (II)* : les limites de la Cour comme organe de contrôle du droit international humanitaire », *Annuaire français de droit international*, 2021, vol. 65, sous presse).

(30) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons...*, *op. cit.*, p. 272.

(31) « (La dénonciation de la Convention) ne peut avoir pour effet de délier la Haute Partie contractante intéressée des obligations contenues dans la présente Convention en ce qui concerne tout fait qui, pouvant constituer une violation de ces obligations, aurait été accompli par elle antérieurement à la date à laquelle la

dénonciation produit effet ».

(32) Discours consultable sur www.echr.coe.int.

(33) Voy. P. LEACH, « A time of reckoning ? ... », *op. cit.*

(34) Songeons par exemple à l'arrêt *Taganrog LRO et autres c. Russie*, rendu le 7 juin 2022 (requêtes n°s 32401/10 et 19 autres) à propos de la compatibilité avec la Convention de diverses mesures prises par l'État russe sur une période de dix ans contre des organisations religieuses de témoins de Jéhovah en Russie. La « période infractionnelle » avait débuté en 2007. L'affaire est issue de la jonction de diverses requêtes, dont la première date du 1^{er} juin 2010.

(35) Comm. eur. D.H., req. n° 448/70, décision du 26 mai 1970. Voy. C.-A. KISS et P. VEGLIERIS, « L'Affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Commission européenne des droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, 1971, vol. 17, pp. 889 et s.

(36) Elle rejoint par ailleurs la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Voy. Cour IADH, *Hilaire, Constantine et Benjamin et al. c. Trinité et Tobago*, 21 juin 2002, Série C, n° 94, §§ 12-20.

(37) J.-F. FLAUS, « La Souveraineté de l'État et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Souveraineté de l'État et interventions internationales*, Paris, Dalloz, 1995, p. 60.

(38) Voy. K. DZEHTSIAROU et L. HELFER, *op. cit.* Voy. encore A. BUYSE, « Russia No Longer a Party to the ECHR as of Today », ECHR Blog, 16 septembre 2022, consultable sur <https://www.echrblog.com/2022/09/russia-no-longer-party-to-echr-as-of.html>.

(39) *A contrario*, et dans la logique qui est celle de la Cour — i.e., la perpétuation de l'engagement conventionnel de la Russie jusqu'au 16 septembre 2022 —, il n'y a aucune objection à élever vis-à-vis du fait que le juge russe a continué à siéger et à statuer avant cette date. Voy. cependant « ECHR refuses to deny whether judge behind Rwanda flight ruling is Russian », consultable sur <https://www.gbnews.uk/news/echr-refuses-to-deny-whether-judge-behind-rwanda-flight-ruling-is-russian/318676>.

(40) CEDH, Résolution de la Cour européenne des droits de l'homme, 5 septembre 2022, consultable sur <https://www.echr.coe.int/Docu->

[ments/Resolution_ECHR_cessation_Russia_Convention_20220916_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Docu-ments/Resolution_ECHR_cessation_Russia_Convention_20220916_FRA.pdf).

(41) Voy. K. DZEHTSIAROU, « The Range of Solutions to the Russian Cases Pending before the European Court of Human Rights : Between "Business as Usual" and "Denial of Justice" », ECHR Blog, 16 août 2022, consultable sur <https://www.echrblog.com/2022/08/the-range-of-solutions-to-russian-cases.html>.

(42) Voy. P. LEACH, « A time of reckoning ? ... », *op. cit.*

(43) Voy. K. DZEHTSIAROU, « What would Russia's Departure from the Council of Europe mean for the Strasbourg system of human rights protection », ECHR Blog, 11 mars 2022, consultable sur <https://www.echrblog.com/2022/03/what-would-russias-departure-from.html>.

(44) Sur ce principe, voy. e.a., S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, « Nomination des juges et "tribunal établi par la loi" ». Confirmation, évolution et révolution en marge de l'arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* de la Cour européenne des droits de l'homme », cette revue, pp. 573-580.

n° 6), que la Russie y fera purement et simplement « défaut ». Cette situation sera problématique à propos de l'établissement des faits, comme l'a bien relevé A.-K. Speck⁴⁵. Un recours massif au système « d'inférences négatives », codifié par l'article 44, C, § 1^{er}, du règlement de la Cour, est certes envisageable. Selon cette disposition en effet, « lorsqu'une partie reste en défaut de produire les preuves ou informations requises par la Cour ou de divulguer de son propre chef des informations pertinentes, ou lorsqu'elle témoigne autrement d'un manque de participation effective à la procédure, la Cour peut tirer de son comportement les conclusions qu'elle juge appropriées ». La disposition concernée n'est cependant raisonnablement mobilisable qu'en présence d'un *prima facie* case, et, comme le note l'auteure précitée, la Cour devra sans doute se résoudre à endosser, dans ces affaires, une posture plus « inquisitoriale » que celle qu'elle affecte habituellement. Le « défaut » russe sera également à l'origine d'autres difficultés pratiques, inédites dans cette ampleur. Le procès strasbourgeois ne se limite en effet pas à du *fact-finding*. Un premier écueil concernera l'examen, *proprio motu*, des éventuelles exceptions d'irrecevabilité auxquelles se heurterait la requête. Cet examen peut-il avoir lieu, fût-ce dans le silence complet de la partie défenderesse ? En temps « normaux », la réponse est assurément positive⁴⁶, sous la notable réserve de l'exception de non-épuisement des voies de recours internes⁴⁷, que la Cour ne considère pas comme d'ordre public. Cette jurisprudence de « droit commun » semble toutefois peu adaptée à la situation de « défaut systématique » à laquelle confrontera le Ruxit. D'un côté, la vérification *proprio motu* de l'ensemble des conditions de recevabilité, sans possibilité d'obtenir le moindre éclairage du défendeur sur les questions épineuses qu'elle ouvre, sera éreintante. D'un autre côté, l'absence d'excipation d'office du non-épuisement des voies de recours internes, là où il est pourtant manifeste, exposera potentiellement la Cour à un flot considérable d'affaires qui, le cas échéant, auraient pu recevoir une solution interne. Autre écueil : appartiendra-t-il à la Cour de soulever et d'examiner elle-même, *proprio motu*, dans le silence complet du Gouvernement défendeur et à la seule lumière de ce qu'auront pu dire les juridictions internes, toute la gamme des éventuelles justifications que l'instrument conventionnel autorise à la limitation du droit ou de la liberté querellée devant elle ? Telle privation de liberté s'inscrivait-elle dans l'une des exceptions envisagées par le § 1^{er} de l'article 5 ? Telle ingérence dans la liberté d'expression poursuivait-elle éventuellement l'un des buts légitimes envisagés par le § 2 de l'article 10, et était-elle proportionnée par rapport à celui-ci ? La jurisprudence strasbourgeoise comporte quelques précédents — anciens — d'un tel examen d'office⁴⁸. Sa systématisation dans le contexte du défaut structurel de la Russie serait cependant chronophage, et même un peu choquante : quel cadeau fait à la Russie ! La solution inverse, consistant à conclure à la violation de la Convention sans aucunement examiner l'éventuelle justification des

traitements dénoncés — à tout le moins lorsqu'elle n'est pas tout à fait manifeste au terme de l'examen sommaire du dossier —, serait sans doute plus juste, et en tout cas plus expédiente, mais aboutirait à la production d'arrêts au statut particulier, dont la *ratio decidendi* et la valeur précédente pourrnt être infiniment discutées et contestées⁴⁹. Tel comportement a-t-il été condamné uniquement parce qu'il n'était pas formellement justifié, ou, plus substantiellement, parce qu'il n'était de toute façon pas justifiable ?

12. On le voit : le jugement des *causae pendentes* et des *causae futurae* contre une Russie défaillante expose à des difficultés, dont l'acuité n'aura d'égale que le nombre. Au 30 juin 2022⁵⁰, 72.750 affaires étaient pendantes devant une formation judiciaire de la Cour. Près d'un quart de celles-ci — soit 17.550, pour être précis — sont dirigées contre la Russie. D'autres s'ajouteront encore, bien au-delà du 16 septembre 2022, nous l'avons vu. À titre indicatif : en 2021, la Cour a « clôturé » 36.092 affaires.

Il serait évidemment erroné d'affirmer que chacune de ces affaires soulèvera des difficultés de même ampleur⁵¹. Mais on admettra sans peine qu'une fraction seulement de ces *causae pendentes* ou *causae futurae* — songeons aux mammothiques affaires interétatiques sur le feu⁵² ou en préparation — suffirait à mettre la Cour — qui, *nota bene*, sera privée de son personnel « russe » — en grande difficulté, et ce au préjudice, non seulement des requérants russes ou ukrainiens, mais aussi de la communauté entière de ses justiciables.

13. Voilà, en termes d'effectivité, le « passif » de la poursuite du traitement de ces affaires dirigées contre la Fédération de Russie. Que trouve-t-on à l'« actif » ? La réalisation de la justice au profit des requérants victimes de cet État. La reconnaissance des violations des droits et libertés qu'ils ont subies. Toute la question est cependant de savoir si cette reconnaissance sera d'un autre ordre que purement symbolique. Rappelons en effet (*supra*, n° 6) que, à la suite des réformes législatives du 11 juin 2022, les condamnations de la Russie qui prennent effet après le 15 mars 2022 sont inexécutables dans son ordre juridique interne. D'une certaine manière, les arrêts de la Cour y sont dépourvus de toute autorité de chose jugée. Avec le plus grand cynisme, on suggérera que la réforme intervenue ne fait que prolonger *de jure* une situation qui prévalait de toute façon *de facto* depuis des années (*supra*).

14. À cet actif « direct », on peut éventuellement ajouter des bénéfices plus indirects. Les condamnations que le juge strasbourgeois continuerait à prononcer, et le refus persistant de la Russie à les exécuter, pourraient « objectiver » les décisions qui, mettant en œuvre les procédures dites « Magnistky » européennes ou nationales⁵³, viseraient à sanctionner cet État ou ses dirigeants en raison de violations graves des droits de l'homme, ou encore, pourraient venir en soutien des obstacles qui, en matière de coopération pénale⁵⁴ ou de séjour des étran-

(45) « Russia and the Strasbourg Court : evidentiary challenges arising from Russia's expulsion from the Council of Europe », 29 avril 2022, consultable sur <https://dissect.ugent.be/russia-and-the-strasbourg-court/>. Voy. également K. DZEHTSIAROU, « The Range of Solutions... », *op. cit.*

(46) Voy., à propos de la compétence *ratione personae* de la Cour, CEDH, 2 octobre 2018, arrêt *Mutu et Pechtstein c. Suisse*, § 63 ; à propos de la question de savoir si le requérant est une « organisation non gouvernementale », CEDH, 22 février 2022, décision *Compagnie nationale de production d'énergie nucléaire « Energoatom » c. Moldova* ; à propos du respect du délai de quatre mois (autrefois six mois) pour introduire la requête, CEDH, 14 septembre 2021, arrêt *Tuncer Bakiran c. Turquie*, § 87 ; à propos de la règle *electa una via* (article 35, § 2, b), CEDH, 21 mai 2013, décision *PDA et autres c. Royaume-Uni*, § 27 ; à propos de la qualité de victime, CEDH, 13 octobre 2020, décision *Jakovljevic c. Serbie*, § 29 ; à propos de l'existence d'un éventuel abus de droit (article 35, § 3, a), CEDH, 12 janvier

2020, décision *Gevorgyan et autres c. Arménie* ; à propos de l'absence de juridiction *ratione loci* de l'état défendeur, CEDH, 21 avril 2009, arrêt *Stephens c. Malte*, § 45 ; à propos de la compétence *ratione temporis* de la Cour, CEDH, 8 mars 2006, *Blecic c. Croatie*, §§ 67 et s. ; à propos de la compétence *ratione materiae* de la Cour, CEDH, 30 janvier 2020, arrêt *Studio Monitori et autres c. Georgie*, § 32 ; à propos de l'irrecevabilité tirée de l'absence de préjudice important (article 35, § 3, b), CEDH, 1^{er} juin 2010, décision *Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie*, req n° 36659/04, § 30.

(47) Voy. CEDH, 15 novembre 2016, arrêt *Navalny c. Russie*, §§ 60-61.

(48) Voy. CEDH, 13 août 1980, arrêt *Young, James et Webster*, § 58 : « Le gouvernement déclare que si la Cour constatait une atteinte à un droit garanti par le paragraphe 1 des articles 9, 10 ou 11, il ne chercherait pas à plaider que celle-ci se justifiait au regard du paragraphe 2. La Cour a néanmoins résolu d'examiner la question d'office, certaines considérations pertinentes en la matière se dégageant des pièces du dossier ».

(49) Voy. par analogie les contro-

verses relatives au caractère de « précédent » des constatations *Diergaard c. Namibie* rendues par le Comité des droits de l'homme (6 septembre 2000, CCPR/C/69/D/760/1997). Dans le cadre de celles-ci, le Comité avait conclu que l'interdiction faite à des fonctionnaires de répondre à des administrés dans leur langue minoritaire (l'afrikaans), était contraire à l'article 26 de Pacte international relatif aux droits civils et politiques (point 10.10). Est-ce là un précédent — au demeurant fracassant dans le droit de la protection des minorités ! — ou simplement la résultante du fait que, défaillante à la procédure, la Namibie n'avait nullement expliqué s'il y avait là une différence de traitement entre les langues non officielles elles-mêmes, et n'avait avancé aucune justification à la différence de traitement réalisée (points 9.1 et 10.2) ?

(50) Voy. la page https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2022_BIL.PDF.

(51) Voy. en ce sens l'analyse très nuancée de A.-K. SPECK, « Russia and the Strasbourg Court... », *op. cit.* Ainsi, le 10 novembre 2022, la Cour européenne a, en formation de trois

juges (Comité), tranché sans difficulté plusieurs dizaines d'affaires « répétitives » portées contre la Fédération de Russie. Les arrêts intervenus se bornent à l'application de principes jurisprudentiels bien établis, et/ou à l'extension, à de nouvelles causes, de constats de violations « systémiques » d'ores et déjà atteints, depuis de nombreuses années parfois, dans le chef de la Fédération de Russie (voy. p. ex. en matière de surpopulation carcérale, CEDH, 10 novembre 2022, arrêt *Utin and others v. Russia*). Le « défaut », en pareille circonstance, ne pose pas de problèmes majeurs.

(52) Pour un relevé de ces affaires, voy. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/interest&c=fr>.

(53) Sur ces procédures, voy. e.a. C. BEAUCILLON, « Lutte contre l'impunité ou alternative à la justice ? À propos des mesures restrictives de l'Union européenne en réaction aux violations des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2021, n° 3, pp. 551-571.

(54) Sur ce rôle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. CJUE, C-897/19, arrêt du 2 avril 2020, *LN*, point 65, se référant lui-

gers, s'opposent à ce qu'une personne soit abandonnée à un État qui se rend coupable de pareils méfaits.

15. Que retient-on ? Les questions relatives à la légitimité, à la légalité et à l'effectivité de la poursuite de l'examen des *causae pendentes* et des *causae futurae* portées contre la Russie devant la Cour n'appellent pas toutes des réponses tranchées, ni nécessairement convergentes entre elles. En la matière, le juste, le licite, le faisable et l'utile ne voguent pas nécessairement de concert.

Il est au demeurant assez significatif que, dans le seul précédent connu — la seconde *Affaire grecque* ci-avant évoquée —, la défunte Commission européenne avait finalement décidé de « jeter le gant » quelques mois après avoir pourtant confirmé, nous l'avons vu, sa compétence pour connaître de l'affaire. Dans le « Rapport » qu'elle adressa au Comité des ministres le 5 octobre 1970, la Commission affirme que, en raison de l'attitude non coopérante du Gouvernement des colonels grecs, « elle ne peut plus, dans ces conditions, en vue de l'adoption ultérieure d'un rapport conformément aux articles 30 et 31 (anciens) de la Convention, assumer ses fonctions de manière satisfaisante (...) »⁵⁵. L'effectivité semble ici prendre le pas sur la légalité. En effet, comme le notent finement C.-A. Kiss et P. Vegleris dans leur commentaire de l'affaire, « ce Rapport se place manifestement en dehors des prévisions formelles de la Convention »⁵⁶. Mais, ajoutent-ils immédiatement, « c'était là (...) une solution de nécessité et de raison ».

La Cour jettera-t-elle le gant à l'identique dans tout ou partie des *causae pendentes* et *causae futurae* portées contre la Russie ? Il n'y a pour l'heure aucun signe en ce sens⁵⁷. Mais il n'y a pas davantage de promesse du contraire. Significativement, l'ex-président Spano, à l'occasion de son discours précité du 24 juin 2022⁵⁸, ouvre explicitement le registre de la nécessité et du raisonnable : « Dans les mois à venir, la Cour devra déterminer la marche à suivre la plus appropriée pour le traitement des quelque 17.000 affaires qui restent inscrites au rôle de la Cour contre la Russie, ainsi que des nombreuses autres affaires introduites en raison de la guerre en Ukraine. Cela prendra du temps et les attentes doivent être réalistes. Le défi que cela représente pour le travail de la Cour est sans précédent ».

Ce n'est pas la première fois que la Cour doit faire un arbitrage entre, d'une part, les attentes de justice individuelle dont elle fait l'objet, et d'autre part, les contraintes systémiques qui pèsent sur elle et sur l'effectivité de sa mission. L'histoire montre que ces arbitrages n'ont rien de simple, et que les choix opérés ne rencontreront jamais l'unanimité⁵⁹. On peut cependant attendre minimalement que ces choix — quels qu'ils puissent être — soient transparents et motivés. De ce point de vue, la solution consistant à laisser pourrir en silence les affaires russes ne serait pas, selon nous, admissible.

Conclusion

16. « Keep your friends close and your enemies closer », recommande le proverbe. La résilience des systèmes de protection des droits de l'homme face à leurs plus mauvais élèves peut légitimement se justifier par la crainte que, une fois expulsés, ceux-ci ne se comportent encore

plus mal. Cette résilience doit cependant demeurer raisonnable dans ses attentes, et lucide sur ses conséquences. Dans une étude prémonitrice publiée sur ce thème en 2019, K. Dzehtsiarou et D. Coffey en venaient à conclure que les arrêts de la Cour « cannot effectively socialize States which are not interested in protection of human rights and furthering democracy »⁶⁰. De plus, ajoutaient-ils, « keeping them within the system hoping that they will begin to socialize seems counterproductive »⁶¹. La « sortie » russe dévoile au grand jour certaines faiblesses existentielles d'un système international de protection des droits de l'homme qui, au fond, repose principalement sur l'adhésion — ou à tout le moins une certaine adhésion — des sujets qui le composent⁶².

Quel épouvantable paradoxe. Le système de protection des droits fondamentaux trouve un point de rupture au moment où, précisément, la nécessité de son action sur le continent européen se fait plus que jamais ressentir.

17. S'il en constitue le mécanisme le plus avancé — le « joyau de la couronne », a-t-on coutume de dire⁶³ —, l'office de la Cour de Strasbourg n'est certes pas l'*alpha* et l'*omega* de la protection européenne et internationale des droits de l'homme. Lorsqu'elle y a souscrit, et aussi longtemps qu'elle ne les a pas dénoncés, la Fédération de Russie reste engagée par ceux des traités du Conseil de l'Europe qui sont ouverts à la ratification par des États (devenus) non-membres⁶⁴, à l'instar, par exemple, de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales. Par ailleurs, ce même État a notamment ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques — lequel n'est pas formellement dénonçable⁶⁵ — et a souscrit au système « contentieux » des communications individuelles adressées au Comité qui en assure la surveillance⁶⁶. Il est fort douteux, cependant, que la Fédération de Russie aura demain à cœur d'accorder aux remontrances de ces autres organes internationaux — lesquelles n'ont d'ailleurs formellement pas d'autorité de chose jugée — davantage de considération que celle dont elle témoignait vis-à-vis des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

18. L'histoire n'est cependant pas définitivement écrite. À l'instar de la Grèce au sortir du régime des colonels, la Fédération de Russie pourra — lorsqu'elle satisfera à nouveau aux conditions requises par l'article 3 du Statut de Londres — demander à redevenir membre du Conseil de l'Europe, et réadhérer à la Convention européenne des droits de l'homme. Nul ne peut prédire si la perspective ainsi ouverte est de l'ordre des mois, des années, des lustres, ou, tout simplement, de la chimère. Gageons cependant que ce tragique épisode, dans l'intervalle, aura la vertu de tenir lieu de repoussoir, et permettra ainsi de resserrer les rangs autour du projet européen de protection des droits de l'homme.

Christophe DEPREZ

Chargé de cours à l'Université de Liège

Chargé d'enseignement invité aux universités de Lille et Aix-Marseille

Sébastien VAN DROUGHENBROECK

Professeur à l'Université Saint-Louis-Bruxelles

Professeur invité à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Assesseur au Conseil d'État

même à l'arrêt *Petruhhin* (6 septembre 2016), qui concernait précisément une extradition vers la Russie.

(55) Ce « rapport », non publié, est cité par C.-A. KISS et P. VEGLERIS, « L'Affaire grecque... », *op. cit.*, p. 928.

(56) *Ibidem*, p. 928.

(57) Depuis le 22 mars 2022, des arrêts et des décisions continuent en effet à être rendus dans les affaires russes, et des mesures provisoires sont indiquées à l'encontre de la Fédération de Russie. Le terme du 16 septembre 2022 paraît n'y avoir rien changé : le 20 septembre 2022, alors que nous nous apprêtons à clore ce texte, la Cour s'est prononcée dans quelque six affaires à l'encontre de la Fédération de Russie. Notons que, des six, trois ont été traitées en formation de Chambre, les arrêts concernés révélant que l'ex-juge

au titre de la Fédération de Russie, Mikhail Lobov, a encore pu participer, conformément à l'article 26, § 4, de la Convention, à l'examen de ces dossiers (il signe d'ailleurs une opinion individuelle concordante dans CEDH, 20 septembre 2022, arrêt *Tre-guet c. Russie*).

(58) Consultable sur www.echr.coe.int.

(59) Voy. sur ce point, entre autres, la controverse suscitée par l'arrêt *Turan et 426 autres c. Turquie* du 23 novembre 2021, où la Cour avait résolu de faire l'impasse sur l'examen de toute une série de griefs soulevés par les requêtes en mettant en avant des raisons pragmatiques, de « politique jurisprudentielle », tenant à l'encombrement de son rôle (§ 98). Sur cet arrêt, voy. T. COLLIS, « *Turan and Others v Turkey and the Limits of Judicial Policy to Address Judicial Overload* », *Strasbourg Observers*,

18 janvier 2022, consultable sur <https://strasbourgobservers.com/2022/01/18/turan-and-others-v-turkey-and-the-limits-of-judicial-policy-to-address-judicial-overload/>. Voy. également la très importante division de la grande chambre de la Cour dans l'arrêt *Burmych et autres c. Ukraine* du 12 octobre 2017 (n^{os} 46852/13 et al.).

(60) « Suspension and expulsion of members of the Council of Europe : difficult decision in troubled times », *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, vol. 68, pp. 443-476, ici p. 475.

(61) *Ibidem*.

(62) Cette limite existentielle peut certainement, dans une certaine mesure, être étendue au droit international tout entier (voy. l'étude très critique de J. L. GOLDSMITH et E. A. POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University

Press, 2005, spéc. pp. 120-132 s'agissant des droits de l'homme).

(63) R. SPANO, *Discours à l'audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme*, 24 juin, précité.

(64) Voy. résolution CM/Res(2022)3, *op. cit.*, point 8.

(65) Voy. H. TIGOUJJA et L. HENNEBEL, *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2^e éd., Paris, Pedone, 2018, pp. 108-110 ; O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international : régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, pp. 449-466.

(66) Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. À la différence du Pacte lui-même, ce protocole est quant à lui bel et bien « dénonçable » (voy. son article 12).

Le génocide comme prétexte de guerre devant la Cour internationale de justice

1. À la suite de l'agression dont elle fut (et continue) d'être victime, l'Ukraine déposa, le samedi 26 février 2022 à 21 h 30 — soit moins de trois jours après le début des hostilités —, une requête introductive d'instance contre la Fédération de Russie devant la Cour internationale de justice (ci-après « la Cour »).

2. Les deux États étant membres de l'ONU et ainsi parties au Statut de la Cour, celle-ci est compétente *ratione personae* à leur égard, en ce sens qu'ils y ont l'un et l'autre accès¹. Ceci ne suffit toutefois pas pour que la Cour ait compétence pour connaître d'une affaire entre eux. En effet, la compétence *ratione materiae* de la Cour est « toujours fondée sur le consentement des parties »². Ce consentement peut être donné après la survenance du différend par la conclusion d'un compromis occasionnel³ ou par l'acceptation spécifique de la compétence de la Cour par l'État défendeur (*forum prorogatum*⁴) ; le consentement à la Cour peut également être donné avant même que tout le litige ne survienne, soit parce que le demandeur et le défendeur ont tous deux déclaré accepter la compétence de la Cour et que l'objet du différend entre dans les prévisions de leurs déclarations respectives⁵, soit parce que l'objet du différend relève d'une clause compromissoire contenue dans un traité liant les deux États parties au différend⁶. En l'espèce, les deux premières hypothèses étaient parfaitement illusoire pour d'évidentes raisons politiques. Par ailleurs, ni l'Ukraine ni, surtout, la Fédération de Russie n'ont fait de déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour sur la base du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, lequel permet d'en formuler « à n'importe quel moment ». La quatrième voie — celle d'une clause compromissoire — était toutefois ouverte à l'Ukraine, pour autant qu'un traité liant les deux parties et contenant une telle clause fût pertinent dans le contexte du différend général entre les deux États. Faute de pouvoir soumettre pour règlement juridictionnel tout le différend né de l'annexion de la Crimée, l'Ukraine recourut déjà en 2017 à la protection qu'offrent des clauses compromissoires conventionnelles en introduisant contre la Fédération de Russie une affaire fondée à la fois sur la convention pour la répression du financement du terrorisme et sur la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. L'Ukraine obtint des mesures conservatoires dans cette affaire⁷, dont une partie est actuellement examinée par la Cour sur le fond⁸. À cette occasion, la Cour a rappelé qu'il importait peu que la requête dont elle est saisie ne porte que sur « un différend particulier qui s'est fait jour dans le cadre d'un désaccord plus large entre les parties » et que « [l]e fait qu'un différend dont est saisie la Cour ne représente qu'un élément d'une situation complexe dans laquelle les États concernés ont des vues opposées sur diverses questions, si importantes soient-elles, ne saurait conduire la Cour à refuser de résoudre ledit différend, dans la mesure où les parties ont reconnu sa compétence pour ce faire et que les conditions de son exercice sont par ailleurs réunies »⁹. Il est donc parfaitement possible d'isoler au sein d'un différend plus large une

question juridique particulière opposant les parties et de soumettre celle-ci à la Cour pour décision : l'abondance de traités internationaux et la complexité des relations internationales permettent souvent de pratiquer une forme de « saucissonnage » juridique, les diplomates confiant aux juristes des éléments contentieux dont ils ne doivent ainsi plus s'occuper — ou dont ils rediscuteront sous un autre angle —, dans l'espoir d'obtenir des avancées permettant de rééquilibrer un rapport de force jusqu'alors défavorable¹⁰. C'est ainsi que la rationalité du droit et les exigences de la procédure permettent, en changeant de contexte, de langage et de catégorie de professionnels, de profondément transformer une crise internationale.

3. En 2022, à la suite de l'agression russe, l'Ukraine s'est tournée vers la convention pour la prévention et l'élimination du crime de génocide à laquelle la Fédération de Russie est également partie sans réserve et dont l'article IX confère compétence à la Cour en des termes fort larges et sans exigence de tentative de négociations préalables¹¹, à la différence de nombreuses autres clauses compromissoires — dont celles actionnées en 2017. Contrairement à ce que l'on pourrait penser *a priori*, l'État demandeur n'a pas accusé l'État défendeur de commettre des actes de génocide à l'occasion de son emploi illicite de la force : l'Ukraine a plutôt saisi la Cour pour contester les accusations de génocide formulées par la Russie à son encontre et utilisées par le président Poutine pour justifier son « opération militaire spéciale ». À la différence des autres affaires soumises jusqu'alors à la Cour sur la base de la convention de 1948¹², c'est donc l'État accusé de génocide qui est demandeur à l'instance. Cette particularité est assurément singulière, mais elle n'est en rien contraire à l'article IX de la convention, lequel donne compétence à la Cour pour connaître des différends « relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention... à la requête d'une partie au différend ». La version anglaise de la convention est encore plus claire à cet égard, la Cour pouvant être saisie « at the request of any of the parties to the dispute ». La saisine de la Cour par l'État accusé de génocide est donc une possibilité envisagée par l'article IX.

4. Au terme de sa requête introductive d'instance, l'Ukraine « prie respectueusement la Cour :

» a) de dire et juger que, contrairement à ce que prétend la Fédération de Russie, aucun acte de génocide, tel que défini à l'article III de la convention sur le génocide, n'a été commis dans les oblasts ukrainiens de Louhansk et de Donetsk ;

» b) de dire et juger que la Fédération de Russie ne saurait licitement prendre, au titre de la convention sur le génocide, quelque action que ce soit en Ukraine ou contre celle-ci visant à prévenir ou à punir un prétendu génocide, sous le prétexte fallacieux qu'un génocide aurait été perpétré dans les oblasts ukrainiens de Louhansk et de Donetsk ;

(1) Article 93 de la Charte des Nations unies et article 35 du Statut de la Cour internationale de justice.

(2) *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 32, par. 64.

(3) Article 36, par. 1, Statut.

(4) Article 38, par. 5, règlement.

(5) Article 36, par. 2, Statut.

(6) Article 36, par. 1, Statut.

(7) *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conserva-*

toires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017, p. 104.

(8) *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 558. Il ne s'agit pas du seul recours interétatique introduit par l'Ukraine à l'époque ; compte tenu des limites inhérentes à cet article, on ne les détaillera toutefois pas plus ici.

(9) *Ibidem*, p. 576, par. 28.

(10) Dans la pratique récente, le cas du Qatar soumis soudainement le 5 juin 2017 à une rupture des relations diplomatique et à un embargo

total par l'Arabie Saoudite, les Émirats arabes Unis, le Bahreïn et l'Égypte est particulièrement emblématique, le Qatar ayant introduit pas moins de dix-sept procédures interétatiques en vue de modifier un rapport de force défavorable. La normalisation des relations entre ces États fut convenue le 4 janvier 2021 à la suite des efforts diplomatiques de l'administration américaine et du Koweït. Il est bien entendu difficile de mesurer l'effet que cette forme de guérilla juridique eut sur le dénouement de la crise, mais il n'est pas douteux qu'un tel effet existât.

(11) « Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris

ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de justice, à la requête d'une partie au différend ».

(12) *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 3 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar), exceptions préliminaires*, 22 juillet 2022.

» c) de dire et juger que la reconnaissance, par la Fédération de Russie, de l'indépendance des prétendues "République populaire de Donetsk" et "République populaire de Louhansk", le 22 février 2022, est fondée sur une allégation mensongère de génocide et ne trouve donc aucune justification dans la convention sur le génocide ;

» d) de dire et juger que l'"opération militaire spéciale" annoncée et mise en œuvre par la Fédération de Russie à compter du 24 février 2022 est fondée sur une allégation mensongère de génocide et ne trouve donc aucune justification dans la convention sur le génocide ;

» e) d'exiger de la Fédération de Russie qu'elle fournisse des assurances et garanties de non-répétition en ce qui concerne la prise par elle de toute mesure illicite en Ukraine et contre celle-ci, notamment l'emploi de la force, en se fondant sur son allégation mensongère de génocide ;

» f) d'ordonner la réparation intégrale de tout dommage causé par la Fédération de Russie par suite de toute action fondée sur son allégation mensongère de génocide »¹³.

5. La requête ukrainienne était accompagnée d'une demande en indication de mesures conservatoires au titre de l'article 41 du Statut de la Cour. Cette forme de référé permet d'obtenir des mesures de protection des droits en litige en attendant que la Cour statue sur le fond. Selon une jurisprudence bien établie, la Cour a le pouvoir d'ordonner de telles mesures pour autant qu'elle soit *prima facie* compétente pour connaître du fond du différend, que les droits dont la protection est sollicitée soient plausibles et qu'il y ait urgence, c'est-à-dire que ces droits soient exposés à un risque réel et imminent de préjudice irréparable.¹⁴ Il faut encore qu'il existe un lien entre ces droits et les mesures sollicitées, sachant toutefois que la Cour a le pouvoir d'indiquer des mesures différentes de celles sollicitées¹⁵. Les mesures conservatoires sollicitées par l'Ukraine étaient les suivantes :

« a) La Fédération de Russie doit suspendre immédiatement les opérations militaires commencées le 24 février 2022 ayant pour but et objectif déclarés la prévention et la répression d'un prétendu génocide dans les oblasts ukrainiens de Donetsk et de Louhansk.

» b) La Fédération de Russie doit veiller immédiatement à ce qu'aucune des unités militaires ou unités armées irrégulières qui pourraient agir sous sa direction ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourrait se trouver sous son contrôle, son autorité ou son influence ne prenne de mesures tendant à la poursuite des opérations militaires ayant pour but et objectif déclarés la prévention et la répression d'un génocide que commettrait l'Ukraine.

» c) La Fédération de Russie doit s'abstenir de tout acte susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend qui constitue l'objet de la requête ou d'en rendre le règlement plus difficile, et donner des assurances à cet égard.

» d) La Fédération de Russie doit rendre compte à la Cour des mesures prises pour exécuter l'ordonnance en indication de mesures conservatoires dans un délai d'une semaine à compter de la date de celle-ci, puis à intervalles réguliers, dans les délais qui seront fixés par la Cour »¹⁶.

6. La requête introductive d'instance et la demande en indication de mesures conservatoires furent communiquées le lundi 28 février 2022 à l'ambassade russe à La Haye, le greffier consultant à cette occasion l'ambassadeur de la Fédération de Russie au sujet de dates auxquelles pourraient se tenir les audiences relatives à la demande en indication de mesures conservatoires, laquelle « a priorité sur toutes autres

affaires »¹⁷. Le 1^{er} mars, le greffier informa les parties que la procédure orale avait été programmée pour les 7 et 8 mars. Il s'agit là d'un délai particulièrement bref dans la pratique de la Cour, mais il était assurément justifié par le conflit militaire. Le 5 mars, l'ambassadeur informa la Cour que la Fédération de Russie ne participerait pas aux audiences. Le jour où celles-ci s'ouvrirent au Palais de la Paix de La Haye, la Russie fit néanmoins parvenir au greffe un document accompagné d'annexes dans lequel elle contestait la compétence de la Cour, justifiait la sécession des « républiques populaires » de Louhansk et de Donetsk au titre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ainsi que leur reconnaissance par le gouvernement russe, et indiquait que l'« opération militaire spéciale » était menée en Ukraine en légitime défense collective des deux « républiques » autoproclamées grâce au soutien de Moscou. S'appuyant ainsi sur l'article 51 de la Charte des Nations unies pour justifier sa guerre d'agression pourtant condamnée par l'Assemblée générale de l'ONU¹⁸, la Russie affirmait par ailleurs que les références faites par ses autorités à des actes de génocide ne revenaient pas à invoquer la convention sur le génocide « ni à admettre l'existence d'un différend au regard de celle-ci puisque la notion de génocide existe en droit international coutumier indépendamment de la convention »¹⁹. La Russie en concluait que ses actes critiqués par l'Ukraine devant la Cour ne relevaient pas de la convention sur le génocide et que la Cour était, en conséquence, sans compétence. La Russie se prévalait à cet égard de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire introduite par la République fédérale de Yougoslavie sur la base de la même convention sur le génocide contre différents pays de l'OTAN au moment de la guerre du Kosovo. Dans cette affaire, la Cour avait jugé que la clause compromissoire de la convention sur le génocide « ne constitue... pas une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait *prima facie* être fondée » si les actes litigieux ne sont pas « susceptibles d'entrer dans les prévisions de la convention »²⁰. Dès lors, selon la Russie, « la requête et la demande dépassent manifestement le champ d'application de la convention et donc la compétence de la Cour »²¹.

7. Tout en « déplor[ant] la décision prise par la Fédération de Russie de ne pas prendre part à la procédure orale sur la demande en indication de mesures conservatoires »²² car « [l]a non-comparution d'une partie comporte des conséquences négatives pour une bonne administration de la justice, en ce qu'elle prive la Cour de l'aide qu'une partie aurait pu lui apporter », la Cour décida néanmoins de s'acquitter sa fonction judiciaire comme le lui impose son Statut en cas de défaut d'une partie²³. Elle rappela que « la non-participation d'une partie à la procédure ou à une phase quelconque de celle-ci ne saurait en aucun cas affecter la validité de sa décision »²⁴. Conformément à sa jurisprudence constante, la Cour souligna encore prendre en compte le document communiqué par la Fédération de Russie, « dans la mesure où elle estimera approprié de le faire pour s'acquitter de ses obligations »²⁵, quand bien même ce document ne lui avait pas été communiqué par les voies prévues par le règlement. La décision de la Russie de ne pas participer à la procédure orale sur la demande de mesures conservatoires réduisit celle-ci à une seule audience d'environ trois heures, tenue durant la matinée du lundi 7 mars 2022, au cours de laquelle l'Ukraine présenta ses arguments.

8. Le mercredi 16 mars 2022, la Cour prononça une ordonnance tenant en vingt pages. Par treize voix contre deux — celles des juges russe et chinois²⁶ —, la Cour indiqua à titre provisoire les mesures conservatoires suivantes :

(13) Requête introductive d'instance enregistrée au greffe de la Cour le 26 février 2022 (traduction par le greffe), disponible sur www.icj-cij.org.

(14) Voy. par exemple *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, C.I.J. Recueil 2020, p. 3.

(15) *Ibidem*, p. 28, par. 77 et article 75, par. 2, règlement.

(16) Demande en indication de mesures conservatoires présentée par l'Ukraine (traduction du greffe), 26 février 2022, également dispo-

nible sur le site de la Cour.

(17) Article 74, par. 1, règlement.

(18) A/RES/ES-11/1 du 2 mars 2022.

(19) Document (avec annexes) de la Fédération de Russie exposant sa position sur le prétendu « défaut de compétence » de la Cour en l'affaire (traduction du greffe), 7 mars 2022, par. 20, disponible sur le site de la Cour.

(20) *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 124, par. 41.

(21) Document (avec annexes) de la Fédération de Russie exposant sa position sur le prétendu « défaut de

compétence » de la Cour en l'affaire (traduction du greffe), 7 mars 2022, par. 23, disponible sur le site de la Cour.

(22) Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Ukraine c. Fédération de Russie*), ordonnance du 16 mars 2022, par. 20.

(23) Article 53 Statut.

(24) Ordonnance du 16 mars 2022 (note 22), par. 23.

(25) *Ibidem*, par. 22.

(26) *Declaration of Vice-President Gevorgian ; Declaration of Judge Xue*. L'opposition du juge russe et de la juge chinoise — lesquels furent l'un et l'autre directeur du service ju-

ridique de leur ministère des affaires étrangères avant d'être élus juges à la CIJ par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale — reflète de manière fort prévisible la division politique du monde dans les relations internationales contemporaines. Se joignant à la majorité, les juges Benouna, Robinson, Nolte et le juge *ad hoc* Daudet désigné par l'Ukraine firent également des déclarations expliquant leur vote. En particulier, le juge Nolte souligna la différence entre l'affaire introduite par l'Ukraine et celle introduite par la République fédérale de Yougoslavie en 1999 et dont la Fédération de Russie tenta de se prévaloir : « The subject-matter of

« 1. La Fédération de Russie doit suspendre immédiatement les opérations militaires qu'elle a commencées le 24 février 2022 sur le territoire de l'Ukraine ;

» 2. La Fédération de Russie doit veiller à ce qu'aucune des unités militaires ou unités armées irrégulières qui pourraient agir sous sa direction ou bénéficié de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourrait se trouver sous son contrôle ou sa direction, ne commette d'actes tendant à la poursuite des opérations militaires visées au point 1) ci-dessus »²⁷.

À l'unanimité, la Cour ordonna encore aux deux Parties de « s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend dont la Cour est saisie ou d'en rendre le règlement plus difficile »²⁸.

9. Pour arriver à un tel résultat, la Cour jugea d'abord qu'elle avait compétence *prima facie* pour connaître du différend dont elle était saisie. La Cour ne devait pas seulement constater que les Parties étaient liées sans réserve à la convention sur le génocide. Encore fallait-il s'assurer qu'il existait bien entre elles, au moment du dépôt de la requête, un différend relatif « à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la convention »²⁹ ainsi que l'affirmait l'Ukraine compte tenu des accusations formulées par le Kremlin et rejetées par Kiev. Rappelant sa jurisprudence relative à l'établissement objectif de l'existence d'un différend — question de fond, et non de forme ou de procédure —, la Cour constata que différentes autorités russes, en commençant par le président Poutine lui-même, avaient accusé l'Ukraine de mener un génocide dans le Donbass et que l'« opération militaire spéciale » initiée le 24 février 2022 avait notamment pour objectif, selon les mots du chef du Kremlin, de « protéger ceux et celles qui, huit années durant, [avaient] subi les outrages du régime de Kiev et le génocide orchestré par lui »³⁰. La Cour constata que ces différentes allégations russes, également présentées à l'ONU, avaient été formellement rejetées par l'Ukraine, laquelle les dénonça comme un prétexte sournois à l'agression illicite dont elle était et est toujours victime. Rappelant qu'elle n'avait pas à ce stade à décider de la question de fond de savoir si la Russie avait effectivement violé la convention, mais seulement « si les actes dont l'Ukraine tire grief semblent susceptibles d'entrer dans les prévisions de la convention sur le génocide »³¹, la Cour constata que tel était bien le cas car les déclarations émanant des organes des deux Parties établissaient clairement non seulement qu'il existait entre elles un différend « sur la question de savoir si certains actes qui auraient été commis par l'Ukraine dans les régions de Donetsk et de Louhansk sont constitutifs de génocide », mais aussi au sujet de celle de savoir « si l'emploi de la force par la Fédération de Russie dans le but affiché de prévenir et de punir un prétendu génocide est une mesure qui peut être prise en exécution de l'obligation de prévenir et de punir énoncée à l'article premier de la convention »³². En réponse à l'argument de la Russie selon lequel ses accusations concernaient le génocide en droit international coutumier et non au sens de la convention de 1948, la Cour souligna, en s'appuyant sur sa jurisprudence bien établie qui exige seulement que l'objet d'un traité soit mentionné dans les échanges entre États et non le traité lui-même, que « les éléments versés au dossier démontrent *prima facie* que les déclarations faites par les Parties mentionnent l'objet de la convention sur le génocide avec suffisamment de clarté pour que l'Ukraine soit admise à invoquer la clause compromissaire de cet instrument pour fonder sa compétence »³³. En réponse à l'argument de la Russie selon lequel son opération militaire serait fondée sur l'article 51 de la Charte (légitime défense collective des deux républiques autoproclamées) et non sur la convention sur le génocide, la Cour répondit qu'un même comportement peut « donner lieu à un différend entrant dans le champ de plusieurs instruments »^{33bis}, ce qui relève de l'évidence.

10. La Cour constata encore que les droits dont l'Ukraine sollicitait la protection — à savoir « ne pas faire l'objet d'une allégation mensongère de génocide » et « ne pas subir d'opérations militaires menées sur son territoire par un autre État sur le fondement d'un abus d'honte de l'article premier de la convention sur le génocide »³⁴ — étaient plausibles au titre de la convention. À cet égard, elle affirma que, bien que la convention ne précisât pas le type de mesures qu'une partie contractante peut prendre pour s'acquitter de son obligation de prévenir et de punir le génocide prévue par l'article 1^{er} de la convention, l'exécution de bonne foi de cette obligation devait tenir compte des autres dispositions de la convention, en particulier ses articles VIII³⁵ et IX³⁶, sachant par ailleurs que « chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale »³⁷. La Cour précisa encore de manière générale que « [l]es actes entrepris par les parties contractantes pour "prévenir et ... punir" un génocide doivent être conformes à l'esprit et aux buts des Nations unies, tels qu'énoncés à l'article 1 de la Charte des Nations unies »³⁸ et qu'« il est douteux que la convention, au vu de son objet et de son but, autorise l'emploi unilatéral de la force par une partie contractante sur le territoire d'un autre État, aux fins de prévenir ou de punir un génocide allégué »³⁹. Observant qu'elle ne disposait d'aucun élément de preuve étayant l'allégation russe qu'un génocide aurait été commis sur le territoire ukrainien, la Cour considéra que l'Ukraine avait, au titre de la convention, « un droit plausible de ne pas faire l'objet d'opérations militaires par la Fédération de Russie aux fins de prévenir et punir un génocide allégué sur le territoire ukrainien »⁴⁰. La thèse particulièrement ingénieuse des conseils de l'Ukraine fut donc retenue. Dès lors, la Cour reconnut sans trop de difficulté qu'il existait un lien entre ce droit plausible et les mesures conservatoires sollicitées⁴¹.

11. Compte tenu de la violence des opérations militaires en cours, de la vulnérabilité de la population civile et de l'ampleur des dégâts matériels, la Cour n'eut guère plus de difficulté à établir qu'il existait un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits revendiqués avant que la Cour ne rende sa décision définitive, et que la condition d'urgence était ainsi rencontrée⁴².

12. Toutes les conditions juridiques pour en indiquer étant remplies, la Cour ordonna donc à la Fédération de Russie les mesures conservatoires rapportées ci-dessus (point 8). Ces mesures sont formulées de manière quelque peu différentes de celles sollicitées par l'Ukraine (*supra*, point 5), mais les deux premières demeurent substantiellement identiques. Conformément à sa jurisprudence habituelle, la Cour bilatéralisa la mesure conservatoire visant à prévenir toute aggravation du différend en l'imposant aux deux Parties, tandis qu'elle refusa de faire droit à la demande ukrainienne visant à obliger la Russie de faire rapport, dans la semaine puis régulièrement, à la Cour sur les mesures prises pour exécuter l'ordonnance. Une telle obligation de rapporter fut imposée par la Cour au Myanmar en complément des mesures conservatoires substantielles visant à protéger les Rohingyas⁴³, mais la Cour estima que, dans les circonstances de l'espèce ukrainienne, une telle mesure n'était pas requise⁴⁴. Même s'il n'est pas certain que cela aurait changé quoi que ce soit, on peut regretter que la Cour ait rejeté la demande de l'Ukraine sur ce point compte tenu du parfait dédain manifesté par la Russie à l'égard de l'ordonnance du 16 mars 2022, laquelle est restée lettre morte jusqu'à présent.

13. Les mesures conservatoires ordonnées par la Cour internationale de justice sont notifiées au Conseil de sécurité⁴⁵. Par ailleurs, elles ont un caractère obligatoire en ce qu'elles créent, pour toute partie à laquelle elles sont adressées, des obligations juridiques internationales nouvelles, distinctes et autonomes de celles contestées sur le fond⁴⁶.

the Application by the Federal Republic of Yugoslavia in 1999 was whether the use of force by the intervening States amounted to "genocide". In contrast, in the present case, the subject-matter of the Application concerns the question whether the allegations of genocide and the military operations undertaken with the stated purpose of preventing and punishing genocide are in conformity with the Genocide Convention ».
(27) Ordonnance du 16 mars 2022, par. 86.
(28) *Ibidem*.

(29) Convention sur le génocide, article IX.

(30) Ordonnance du 16 mars 2022, par. 39.

(31) *Ibidem*, par. 43.

(32) *Ibidem*, par. 45.

(33) *Ibidem*, par. 44.

(33bis) *Ibidem*, par. 46.

(34) *Ibidem*, par. 52.

(35) « Toute Partie contractante peut saisir les organes compétents de l'Organisation des Nations unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la pré-

vention et la répression des actes de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III ».

(36) Voy. note 11.

(37) Ordonnance du 16 mars 2022, par. 57, citant *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 221, par. 430.

(38) Ordonnance du 16 mars 2022, par. 58.

(39) *Ibidem*, par. 59.

(40) *Ibidem*, par. 60.

(41) *Ibidem*, par. 61-64.

(42) *Ibidem*, par. 65-77.

(43) *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, C.I.J. Recueil 2020, p. 31, par. 86 (4).

(44) Ordonnance du 16 mars 2022, par. 83.

(45) Article 41, par. 2, Statut.

(46) *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 506, par. 109 ; voy. aussi *Activités armées sur le territoire*

La violation de ces nouvelles obligations est donc source de responsabilité internationale. Il est possible que les mêmes faits constituent à la fois une violation des obligations de fond et une violation des obligations nouvelles imposées à titre conservatoire, mais il s'agit là de deux constats indépendants l'un de l'autre⁴⁷. Selon la Cour, « [c]'est au stade de l'arrêt au fond qu'il convient d'apprécier le respect des mesures conservatoires »⁴⁸ et elle a déjà alloué des indemnités pour les dommages consécutifs à la violation de mesures conservatoires⁴⁹. Parce que le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires découle de l'article 41 du Statut et non de la base de compétence dans l'affaire⁵⁰, on peut également considérer que la Cour a le pouvoir inhérent, de par son Statut, de constater la violation de mesures conservatoires, et de statuer sur ses conséquences en termes de responsabilité internationale, alors même qu'elle ferait droit aux exceptions préliminaires soulevées par le défendeur et se déclarerait sans compétence pour connaître du fond de l'affaire⁵¹.

14. La violation flagrante et continue par la Fédération de Russie des mesures conservatoires ordonnées par la Cour sera au cœur de la suite de la procédure dans cette affaire. Nul doute que l'ordonnance du 16 mars 2022 ait à cet égard offert à l'Ukraine une base juridique plus sûre encore pour obtenir de substantielles réparations de guerre⁵². Une décision de l'organe judiciaire principal des Nations unies⁵³ sur ce point pourrait servir de justification à la liquidation et au transfert, au bénéfice de l'Ukraine, des réserves considérables (environ 300 milliards USD) de la banque centrale de la Fédération de Russie gelées par les pays du G7.

15. Cette affaire, fruit d'un argument juridique subtil, est donc susceptible d'avoir des retombées concrètes considérables. Il n'est dès lors pas étonnant que plusieurs États parties à la convention sur le génocide, se prévalant du droit que leur confère l'article 63 du Statut⁵⁴, aient déposé au greffe de la Cour des demandes d'intervention pour faire valoir leurs propres vues sur l'interprétation de la convention, au soutien de l'Ukraine. L'interprétation correcte de la convention est en effet un enjeu essentiel pour assurer l'intégrité de cet instrument fondamental du droit international contemporain et éviter qu'il ne puisse être abusé. Au 1^{er} novembre 2022, vingt-trois États avaient déposé de telles demandes d'intervention⁵⁵. Un tel nombre d'interventions dans une affaire est unique dans l'histoire de la Cour, tandis que d'autres interventions seront encore très probablement déposées dans les se-

maines à venir⁵⁶. Par ailleurs, l'Union européenne, faisant usage de la possibilité que lui offre l'article 34, paragraphe 2, du Statut, a communiqué à la Cour des renseignements au sujet de l'affaire opposant l'Ukraine à la Fédération de Russie⁵⁷. C'est la première fois que l'Union se prévaut de cette possibilité procédurale.

16. La Fédération de Russie s'opposera vraisemblablement aux interventions fondées sur l'article 63 du Statut. Dans ce cas, la Cour devra statuer sur leur recevabilité à la suite d'audiences⁵⁸ qui devraient être organisées « par priorité »⁵⁹, à moins que la Cour n'en décide autrement. La Cour a déjà eu l'occasion de souligner que « dans les cas relevant de l'article 63 du Statut, l'objet limité de l'intervention est de permettre à un État tiers au procès, mais partie à une convention dont l'interprétation est en cause dans celui-ci, de présenter à la Cour ses observations sur l'interprétation de ladite convention » et « qu'il ne suffit pas que l'intervention au titre de l'article 63 du Statut soit de droit pour que la présentation d'une « déclaration » à cet effet confère *ipso facto* à l'État dont elle émane la qualité d'intervenant ; qu'un tel droit à intervenir n'existe en effet que pour autant que la déclaration considérée entre dans les prévisions de l'article 63 ; et que la Cour doit en conséquence s'assurer que tel est le cas avant d'accueillir une déclaration d'intervention comme recevable »⁶⁰. En d'autres termes, un État intervenant est irrecevable si, au lieu de présenter son point de vue sur l'interprétation de la convention, il soumet des arguments quant à son application dans le cas d'espèce. Si les États intervenants sont admis à participer à la procédure, ils pourront présenter leurs arguments relatifs à l'interprétation de la convention lors de ses différentes phases.

17. Le 3 octobre 2022, la Fédération de Russie a annoncé qu'elle avait soulevé des exceptions préliminaires d'incompétence de la Cour⁶¹. En conséquence, la procédure sur le fond fut automatiquement suspendue⁶², et une phase incidente s'est ouverte. Durant celle-ci, l'Ukraine pourra répondre par écrit aux exceptions préliminaires soulevées par la Russie, puis des audiences auront lieu. La Cour devra ensuite se prononcer, par un arrêt ayant force de chose jugée, sur les exceptions préliminaires de la Russie. Si l'une ou l'autre de ces exceptions est retenue, l'affaire s'arrêtera à ce stade et le fond ne sera jamais tranché⁶³. Si la Cour rejette les exceptions, l'affaire pourra prospérer sur le fond. La Russie sera alors appelée à déposer son contre-mémoire, tandis qu'un second tour de plaidoiries écrites, consistant en une réplique et une duplique, aura vraisemblablement lieu avant la phase orale. Au

du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 258, par. 263 ; Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*Qatar c. Emirats arabes unis*), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2018, p. 433, par. 77 ; Violations alléguées du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2018, p. 652, par. 100 ; et ordonnance du 16 mars 2022, par. 84.

(47) *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 714, par. 129.

(48) *Ibidem*, p. 713, par. 126 ; voy. aussi Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*Qatar c. Emirats arabes unis*), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2019, p. 370, par. 26.

(49) *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 15.

(50) La condition de compétence *prima facie* pour connaître du fond est une condition à laquelle est subordonné l'exercice du pouvoir de la

Cour d'indiquer des mesures conservatoires, mais elle n'est pas la base de ce pouvoir : Opinion individuelle de M. le juge Abraham, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2019, p. 379, par. 9. Voy. aussi : H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, Fifty Years of Jurisprudence*, vol. II, Oxford, 2013, p. 1643.

(51) En ce sens : P. D'ARGENT, « Preliminary objections and breaches of provisional measures », *Rivista di diritto internazionale*, 2021, pp. 115-137.

(52) La Cour internationale de Justice a récemment statué sur la demande de réparations de guerre présentée par la R.D.C. contre l'Ouganda à la suite de l'arrêt de 2005 condamnant ce dernier État pour l'occupation de l'Ituri entre 1998 et 2003, et d'autres faits illicites survenus en R.D.C. durant cette période. La réclamation finale présentée par la R.D.C. s'élevait à quelque 11,5 milliards de dollars américains. La Cour a finalement condamné l'Ouganda à payer 325 millions USD en cinq annualités. La différence entre la somme réclamée et la somme allouée s'explique essentiellement par la qualité des preuves présentées par la R.D.C. (voire leur défaut) : *Activités armées sur le territoire du Congo (République*

démocratique du Congo c. Ouganda), Réparations, arrêt du 9 février 2022.

(53) Article 92, Charte de l'ONU.

(54) « 1. Lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres États que les parties en litige, le Greffier les avertit sans délai. 2. Chacun d'eux a le droit d'intervenir au procès et, s'il exerce cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard ».

(55) À savoir, par ordre de dépôt : Lettonie, Lituanie (dont l'auteur de ces lignes est le conseil), Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni, Allemagne, États-Unis, Suède, France, Roumanie, Italie, Pologne, Danemark, Irlande, Finlande, Estonie, Espagne, Australie, Portugal, Autriche, Luxembourg, Grèce, Croatie, Tchéquie. <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/182/intervention>.

(56) En ce qui concerne la Belgique, voy. la décision du Conseil des ministres en date du 2 septembre 2022 : <https://news.belgium.be/fr/cour-internationale-de-justice-intervention-de-la-belgique-dans-laffaire-ukraine-contre-federation>.

(57) Article 34, par. 2, Statut : « La Cour, dans les conditions prescrites par son Règlement, pourra demander aux organisations internationales publiques des renseignements relatifs aux affaires portées devant elle, et recevra également lesdits renseignements qui lui seraient présentés par

ces organisations de leur propre initiative ». Voy. CIJ, Communiqué de presse n° 2022/29 du 18 août 2022 : <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220818-PRE-01-00-FR.pdf>.

(58) Article 84, par. 2, règlement.

(59) Article 84, par. 1, règlement.

(60) *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, déclaration d'intervention de la Nouvelle-Zélande, ordonnance du 6 février 2013, C.I.J. Recueil 2013, pp. 5-6, par. 7-8.

(61) https://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/1832628/.

Par ordonnance du 23 mars 2022, la Cour fixe le dépôt du mémoire de l'Ukraine au 23 septembre 2022, et le dépôt du contre-mémoire de la Russie au 23 mars 2023. L'Ukraine anticipe toutefois le délai ainsi fixé et déposa son mémoire début juillet 2022. En application de l'article 79bis du Règlement, la Russie devait donc déposer ses éventuelles exceptions préliminaires dans les trois mois du dépôt du mémoire ukrainien (au lieu du 23 décembre si l'Ukraine avait déposé son mémoire le 23 septembre).

(62) Article 79bis, par. 3, règlement.

(63) Sur la question de savoir si la Cour pourrait en ce cas statuer sur la violation des mesures conservatoires ordonnées le 16 mars 2022, voy. ci-dessus point 13.

lieu de rejeter ou de retenir une exception préliminaire, la Cour peut encore décider de la rattacher au fond en considérant « que, dans les circonstances de l'espèce, [elle] n'a pas un caractère exclusivement préliminaire »⁶⁴. Une telle exception sera alors examinée au début de la phase sur le fond.

18. Comme on le voit, plusieurs années seront nécessaires pour connaître le dénouement de cette affaire. Il est également possible — même si la perspective d'un accord de paix paraît s'éloigner — qu'à la suite d'une paix négociée, les Parties conviennent de commun accord d'un désistement⁶⁵. Comme en droit interne, de nombreuses procé-

dures internationales se règlent en effet à l'amiable et sont d'ailleurs souvent introduites afin d'inciter au règlement direct entre parties⁶⁶. En attendant une décision finale ou un désistement, l'avenir du droit international, tel qu'il est compris depuis la fin de la seconde guerre mondiale, est entre les mains de la Cour internationale de justice.

Pierre d'ARGENT

Professeur ordinaire à l'Université de Louvain
Membre de l'Institut de droit international
Avocat

(64) Article 79ter, par. 4, règlement.

(65) Articles 88-89 règlement.

(66) Devancière de la Cour internationale de justice, la Cour perma-

nente de justice internationale constatait déjà avec réalisme : « le règlement judiciaire des conflits internationaux, en vue duquel la Cour est

instituée, n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les Parties » : *Zones franches de la Haute-Savoie et du*

Pays de Gex, ordonnance du 19 août 1929, Série A, n° 22, p. 13.

LES CODES LARCIER | 2022

**OFFRE
SPÉCIALE**
-30% sur vos
commandes en ligne
jusqu'au 30/11/2022
inclus*



* Offre valable jusqu'au 30 novembre 2022 inclus, uniquement sur les commandes en ligne sur www.larcier.com, dans la limite des stocks disponibles, pour une livraison en Belgique ou au Luxembourg.

TÉLÉCHARGEZ L'APPLICATION



**LARCIER
INTERSENTIA**

www.larcier.com



Colloques

Table ronde pour la présentation de la BD « De Salamanque à Guantánamo - Une histoire du droit international »¹.

Le public, plutôt jeune, était venu nombreux en cette soirée automnale du 5 octobre dernier à la salle Dupréel de l'ULB pour la présentation d'une BD originale à bien des égards, s'agissant d'« Une histoire du droit international » comme se sont plu à le préciser les deux auteurs du scénario, les professeurs Olivier Corten et Pierre Klein.

Ceux-ci devaient participer à une table ronde sur le thème « Du droit international par la bande (dessinée) », organisée conjointement par la maison d'édition Futuropolis (représentée par Sébastien Gnaedig) et le Centre de droit international dont la directrice, Anne Lagerwall avait la charge de diriger le débat, ce qu'elle fit avec compétence. Elle a en particulier permis à chacun des intervenants, dont l'auteur des dessins de l'ouvrage, Gérard Bédoret, mais également une spécialiste française, Anne-Charlotte Martineau (CNRS, Paris), de donner des explications sur la genèse et l'intérêt de cette aventure, avant que quelques curieux ne posent les dernières questions qui précédaient le verre de l'amitié.

On aura compris que le débat tournait autour de l'ouvrage que les auteurs avaient dédié à l'accueil, mais il n'en était pas moins intéressant car l'université n'a-t-elle pas pour mission d'être le temple du savoir et de se garder des vulgarisations nécessairement approximatives.

Qu'on se rassure, les auteurs ont réussi leur défi. Si la qualité de cette BD est incontestable en raison du thème traité, de sa présentation, de son graphisme, elle allie également la facilité de la lecture, grâce au média choisi, tout en restant scientifique dans l'enchaînement des périodes et l'exactitude des références, sans lasser le lecteur même si, convenons-en, ce n'est pas une BD que l'on lira

d'une traite. Elle sera sans doute également un support utile pour les étudiants du Centre qui pourront resituer la création de tel organisme supranational dans son contexte et qui auront présent à l'esprit qu'aussi impartiaux que les auteurs ont tenté d'être, ils sont les premiers à attirer l'attention du lecteur sur le fait que cette narration ne peut tenir compte de toutes les spécificités, les vérités et les sensibilités des acteurs cités — sans parler de tous ceux qui ne le sont pas.

Si l'on regrettait l'absence du signataire de la préface, Philippe Sands, célèbre auteur notamment de « Retour à Lemberg » qui a donné une visibilité à ce bâtisseur du droit international, la soirée fut incontestablement une grande réussite.

Faut-il en dire davantage au sujet du livre ? Cette histoire, qui ne prétend pas être l'Histoire, mais une vision de celle-ci, brosse six siècles d'avancées erratiques d'un droit aussi frustrant que passionnant. Le prologue nous rappelle que Guantánamo et ses satellites abrités dans des pays divers, pratiquent sans vergogne la torture physique et morale sur des personnes arrêtées pour des faits extrêmement graves, sans que quiconque ne décide dans le respect des droits de la défense s'il est avéré qu'elles en soient les auteurs. Le ton est donné : l'on ne peut cautionner cette réalpolitique qui au fil des siècles a toujours permis d'admettre la violation de droits élémentaires au nom d'exceptions justifiées par des intérêts supérieurs.

Après cette mise en bouche amère, l'ouvrage se poursuit de manière chronologique. Conquêtes, conversions et inquisition des XV^e et XVI^e siècles, découverte d'un droit naturel aux XVII^e et XVIII^e siècles, avènement d'un XIX^e siècle prétendant avoir mis au point les règles pouvant régenter le monde au nom de la civilisation — avec des velléités d'indépendance de colonies, d'esclaves et de femmes préten-

dant faire de leur égalité avec les hommes une réalité qui peine à se réaliser même sous nos cieux, sans qu'il ne soit nécessaire d'évoquer l'obscurantisme de certaines civilisations aux quatre coins du monde.

Le XX^e siècle n'est pas en reste avec ses promesses et l'avènement de merveilleuses institutions chargées de veiller sur la paix mondiale, telles la Cour internationale d'arbitrage, la SDN, l'ONU, etc., incapables d'éviter les horreurs de nouvelles guerres qui ont relégué le petit caporal devenu empereur des Français au rang d'amateur. Ces institutions n'ont pas davantage empêché des meurtres de masse voire des génocides d'être perpétrés par des dirigeants généralement dictatoriaux, mais privilégiant parfois les intérêts de leur pays sans considération pour les traités qu'ils ont signés. Comme dans la comptine « un pas en avant, un pas en arrière », le livre embrasse les heures de notre histoire, le récit étant rendu plus digeste grâce aux commentaires d'un couple qui déroule le fil de celle-ci, la découvrant, la commentant, la critiquant, l'homme qui croyait au droit et à sa vertu pacifique désespérant tandis que sa compagne, très remontée contre ces institutions manifestement impuissantes, finit par défendre celles-ci et retrouve un espoir dans l'avenir que les auteurs imaginent pouvoir exister.

Les auteurs avaient évoqué le problème du réchauffement climatique et d'autres questions de pollution aggravant les inégalités entre les nations, source de conflits. Mais alors que cet ouvrage — fruit d'une réflexion et d'une collaboration de plus de trois années — était sous presse, le 24 février 2022, comme pour illustrer les propos des auteurs, le président Poutine décidait d'envahir l'Ukraine. Il n'en fallut pas davantage au trio pour remettre l'ouvrage sur le métier et consacrer

cinq pages intéressantes à ce conflit qui bouscule aujourd'hui nos consciences et — faut-il le dire — notre confort.

Car si la flambée du prix du gaz et du pétrole au moment où les énergies renouvelables ne peuvent encore remplacer les énergies fossiles et encore moins l'énergie atomique, les dirigeants mis devant leurs contradictions notamment par les interventions de Zelensky rappelant que le rôle du Conseil de sécurité n'est pas de faire du droit, mais bien d'empêcher des massacres, savent également qu'en intervenant plus directement dans ce conflit surréaliste (avec toutes les sanctions que les États-Unis et les Européens ont prises contre la Russie tout en continuant à s'approvisionner auprès d'eux et en formant des soldats ukrainiens sur le sol polonais qui bénéficieraient d'armes performantes qu'on leur livre pour combattre l'envahisseur), nous risquons de connaître une troisième guerre mondiale avec ses atrocités et des alliances qui pourraient être à l'origine de l'avènement d'un nouvel ordre international dans lequel notre droit n'aurait plus droit de cité.

Le chemin est ardu et l'on comprend que ceux qui croient à l'avenir du droit international ne puissent que saluer les avancées de celui-ci dans tant de domaines. Les autres auront le sentiment que nous sommes condamnés, comme Sisyphe, à pousser notre rocher jusqu'au faite de la montagne, sans faillir, même si ce combat est sans fin.

Merci aux auteurs et autres intervenants qui ont eu le mérite de rappeler que le rocher peut retomber, mais que chacun peut apporter sa pierre et peut-être ainsi contribuer à permettre aux générations futures d'avoir un avenir que nous avons rêvé pour nos enfants.

François MOTULSKY



Journal
tribunaux



Rédacteur en chef : Georges-Albert DAL.

Secrétaire général de la rédaction : François TULKENS.

Secrétaires de la rédaction : Benoît DEJEMPEPE et Jean-François VAN DROOGHENBROECK.

Chronique judiciaire : Bernard VAN REEPINGHEN, Jean-Pol MASSON et François MOTULSKY.

Comité de rédaction : Marie-Aude BEERNAERT, Thierry BONTINCK, Annik BOUCHÉ, Jean CATTARUZZA, Damien CHEVALIER, François COLLON, Marc DAL, Jérôme DE BROUWER, Bertrand DE CONINCK, Fernand DE VISSCHER, Florence GEORGE, François GLANSDORFF, Michèle GRÉGOIRE, Bénédicte INGHELS, Rafaël JAFFERALI, Guy KEUTGEN, Dominique LAGASSE, Jean-Sébastien LENAERTS, Antoine LEROY, Christine MATRAY, Jules MESSINNE, Zoé PLETTINCKX, Florence REUSENS, Daniel STERCKX, Nicolas THIRION, Isabelle THOMAS et Cécile YURT.

Anciens rédacteurs en chef : Edmond PICARD (1881-1900), Léon HENNEBICQ (1901-1940), Charles VAN REEPINGHEN (1944-1966), Jean DAL (1966-1981), Roger O. DALCQ (1981-2004).

Éd. resp. : Paul-Étienne Pimont — Lefebvre Sarrut Belgium s.a. - Éditions Larcier
Éditeur : Lefebvre Sarrut Belgium s.a., Éditions Larcier, rue Haute, 139/6 - 1000 Bruxelles

(1) Olivier Corten, Pierre Klein et Gérard Bédoret : « De Salamanque à Guantánamo - Une histoire du droit

international », Editions Futuropolis, 2022, 256 pages.