

**05** | année 04  
Printemps 2023

Guerre

**RED**



**Revue Européenne du Droit**

Direction scientifique  
**Bernard Stirn**

CLUB DES JURISTES  
GROUPE D'ÉTUDES  
GÉOPOLITIQUES



# RED

## Revue Européenne du Droit

ISSN 2740-8701

Revue éditée par le Groupe d'études  
géopolitiques

45 rue d'Ulm 75005 Paris  
[geopolitique.eu/revue-europeenne-du-droit](http://geopolitique.eu/revue-europeenne-du-droit)  
[geg@ens.fr](mailto:geg@ens.fr)

### Comité scientifique

Alberto Alemanno, Luis Arroyo Zapatero,  
Frédéric Baab, Emmanuelle Barbara, Gilles  
Briatta, Guy Canivet, Laurent Cohen-Tanugi,  
Pavlos Eleftheriadis, Jean-Gabriel Flandrois,  
Emanuela Fronza, Aurélien Hamelle, Astrid  
Mignon Colombet, Nicolas Molfessis, Pierre-  
Louis Périn, Sébastien Pimont, Pierre Sellal,  
Pierre Servan-Schreiber et Jorge E. Viñuales.

### Rédacteurs en chef

Hugo Pascal et Vasile Rotaru

### Directeurs de la publication

Gilles Gressani et Mathéo Malik

### Comité de rédaction

Joachim-Nicolas Herrera (dir.), Anda Bologna,  
Dano Brossmann, Jean Chuilon-Croll et  
Francesco Pastro.

### Pour citer un article de la revue

[Nom de l'auteur / Titre],  
Revue européenne du droit, volume 4,  
numéro 1, printemps 2023



**Hugo Pascal** · Chercheur invité, Université de Cambridge

**Vasile Rotaru** · Chercheur, Université d'Oxford

## Le droit en temps de guerre

La guerre qui ravage l'Ukraine depuis plus de neuf ans, et en particulier depuis l'invasion brutale à grande échelle du 24 février 2022, est une tragédie dont les conséquences impacteront plusieurs générations à venir. C'est également une menace existentielle pour l'état de droit international : depuis la Seconde Guerre mondiale, la guerre d'agression n'a jamais été considéré un moyen légitime pour les États de faire valoir leurs revendications territoriales. Alors, que faire ?

Il n'y a pas de secret dans la manière dont les guerres sont menées et gagnées. La résistance ukrainienne a un coût élevé, et ce que l'on peut légitimement attendre du monde occidental - sans une implication directe dans le conflit - est avant tout son soutien militaire, technologique et économique continu et inébranlable. Mais le postulat de ce numéro de la *Revue européenne du droit*, comme toujours, est que le rôle du droit dans cette crise mérite aussi réflexion. Quelles sont les conséquences de la guerre en Ukraine pour l'État de droit européen et international ? Que peuvent faire les juristes face à des agressions aussi flagrantes ? Les articles rassemblés dans ce numéro explorent plusieurs domaines dans lesquels la réponse juridique est essentielle, à la fois alors que la guerre fait rage et une fois celle-ci terminée.

La guerre est un facteur perturbateur extérieur que les systèmes juridiques nationaux doivent apprivoiser sans pour autant renoncer à leurs propres principes d'État de droit. Prenons l'exemple des sanctions économiques. Il n'est pas surprenant que les États-Unis et l'Europe en fassent leur principal outil de guerre juridique : autrefois inconcevables pour les non-belligérants, les sanctions sont aujourd'hui devenues le principal moyen de faire respecter le *statu quo* international. Néanmoins, l'ampleur des dernières mesures restrictives imposées par l'UE et l'étendue de leur champ d'application - y compris leur extra-territorialité - sont sans précédent, même si ces mesures restent clairement limitées par les intérêts économiques stratégiques de l'UE [Bismuth, page 8]. En s'appuyant sur le pouvoir économique de la juridiction qui impose les sanctions, l'objectif premier des mesures restrictives est incontestable : créer des incitations fortes pour que des

individus influents fassent pression sur le gouvernement de l'État agresseur pour qu'il change de cap, ou au moins entraver financièrement l'effort de guerre illégal. La portée effective de la politique sous-jacente est encore plus large. D'innombrables entreprises européennes rompent volontairement leurs liens avec le marché russe, ce qui reflète souvent les attentes normatives auxquelles les grandes entreprises sont de plus en plus soumises [Cazeneuve & Mennucci, page 53] ; parfois, c'est aussi une réaction au risque croissant de faire l'objet de poursuites pénales à l'initiative de la société civile, comme c'est de plus en plus le cas en France [Belloubet, Rebut & Pascal, page 30]. Quoi qu'il en soit, l'efficacité des sanctions reste à prouver. Il est permis de penser que leur conception pourrait être améliorée de manière significative en prêtant une plus grande attention à l'organisation interne et aux incitations de la kleptocratie au pouvoir en Russie et des milices privées sur lesquelles elle s'appuie [Zapatero, page 15].

Si les mesures restrictives n'atteignent pas leurs objectifs traditionnels, la question est de savoir si elles peuvent légitimement se transformer en mesures compensatoires. Les avoirs russes gelés pourraient-ils être confisqués au profit des victimes de la guerre ou de la reconstruction de l'Ukraine ? La simple perspective d'une telle confiscation soulève des défis évidents pour les principes de l'État de droit. Pourtant, comme nos auteurs l'ont minutieusement démontré, ces défis peuvent être surmontés en ce qui concerne les avoirs publics [Moiseienko, page 35]. En effet, nous pourrions même assister à l'avènement d'une norme internationale en la matière [Bismuth, page 8]. L'idée se heurte à davantage de difficultés en ce qui concerne les avoirs des personnes privées faisant l'objet de sanctions : toute initiative à cet égard devrait compter avec les principes de procès équitable et les droits de l'homme [Burnard & Naseer, page 23].

Ceci nous amène au deuxième volet de la réflexion sur les implications juridiques de la guerre : la responsabilité pour les atrocités commises. Depuis les premiers jours de l'invasion, le gouvernement ukrainien a eu recours à toutes les voies de droit à sa disposition. À première vue, ces efforts peuvent sembler superflus : les guerres ne se gagnent pas devant les tribunaux internationaux et l'application de leurs décisions est pratiquement illusoire dans l'avenir prévisible. Mais les fonctions expressive et symbolique des normes internationales bien établies ont une grande valeur stratégique. En effet, même le gouvernement russe les a maintes fois invoquées, qu'il s'agisse du principe d'autodétermination supposé être à l'œuvre dans les régions orientales de l'Ukraine [Pustorino, page 74] ou des revendications de légitime défense (bien que préventive) [Sorel, page 112]. Il est compréhensible que le gouvernement ukrainien cherche à obtenir un consensus rapide au sein de la communauté internationale sur les faits relatifs à l'agression illégale, aux crimes de guerre et aux violations des droits de l'homme commis depuis lors, même s'il est peu probable que les dirigeants russes et les autres auteurs de ces actes soient traduits en justice dans un avenir proche. Cela soulève la question de

la création d'instances judiciaires appropriés, une question abordée par plusieurs de nos auteurs. De multiples mécanismes ont été mis en place pour documenter les crimes commis, mais les institutions existantes risquent de ne pas être à la hauteur lorsqu'il s'agira d'instruire les procès et de rendre la justice. L'institution d'un tribunal *ad hoc* pour la guerre en Ukraine pourrait s'appuyer sur une longue expérience internationale dans des situations similaires ; sans aucun doute, sa légitimité à long terme et l'efficacité de ses décisions dépendront de sa large représentativité, de sa compétence et de son caractère international [D'Alessandra, page 60]. En effet, un premier pas indispensable pour la justice transitionnelle sera de tenter d'établir la vérité sur les événements et les crimes commis (par toute partie impliquée dans le conflit) devant une juridiction dotée d'une forte légitimité [Calvet-Martínez, page 84]. Mais les précédents historiques montrent que le chemin vers des institutions sociales et étatiques viables, des identités collectives saines et une éventuelle réconciliation, en Ukraine comme en Russie - et dans certains de leurs voisins post-soviétiques meurtris - sera long et ardu [Baylis, page 78].

Reste à savoir ce que la guerre en Ukraine signifie pour le droit international. Dans un sens, les actions du gouvernement russe ne sont que les derniers d'une longue liste d'affronts au consensus apparent sur l'illégalité des guerres d'agression depuis 1945 (voire depuis le pacte Kellogg-Briand de 1928), dont un trop grand nombre furent commis par les puissances occidentales et leurs alliés. Mais tout n'est pas aussi sombre. Même s'il reste beaucoup à faire, la communauté internationale a

généralement réagi rapidement sur des questions telles que l'assistance aux civils déplacés et aux réfugiés [Mooney, page 43]. Dans d'autres domaines, la guerre a mis en évidence l'engagement de nombreux États en faveur des principes existants [Chachko & Linos, page 104] et pourrait donner l'impulsion nécessaire à la réforme de certaines de leurs caractéristiques les plus anachroniques [Pellet, page 92]. Les efforts actuellement déployés au sein de l'Assemblée générale des Nations unies pour limiter l'utilisation du droit de veto par les membres permanents du Conseil de sécurité ne constituent peut-être pas l'avancée majeure que beaucoup espèrent, mais c'est un bon exemple d'une réforme pragmatique et réaliste qui pourrait toutefois changer quelque peu la donne pour l'avenir [Peters, page 96].

Il va de soi que ces multiples ramifications juridiques ne sont qu'une partie de l'ensemble complexe de facteurs stratégiques et géopolitiques que les gouvernements occidentaux se doivent de prendre en compte dans leur réponse à la guerre en Ukraine, dont beaucoup sont analysés en profondeur par nos auteurs [Borell, page 116 ; Albares, page 121 ; Hollande, page 130]. L'un des aspects les plus importants - et pourtant facilement négligé - est peut-être l'impact de la guerre sur la transition énergétique en cours dans l'UE [Viñuales, page 123], un sujet sur lequel la *Revue européenne du droit* reviendra en détail dans son prochain numéro. D'ici là, nous espérons que les contributions de nos auteurs seront utiles pour comprendre les enjeux juridiques de l'une des grandes catastrophes humaines et géopolitiques de ce siècle, ainsi que pour en préparer les lendemains.

2 **Le droit en temps de guerre**  
Hugo Pascal et Vasile Rotaru

5 **Éditorial**  
Bernard Stirn

## **LE DROIT EN TEMPS DE GUERRE EN EUROPE**

### **LES OUTILS DE GUERRE JURIDIQUE**

8 **Les nouvelles frontières des sanctions européennes et les zones grises du droit international**  
Régis Bismuth

15 **Criminologie de la guerre et politique criminelle de l'Union européenne**  
Luis Arroyo Zapatero

23 **Sanctionner. Confisquer. Compenser. Comment l'argent russe peut être utilisé pour compenser les victimes ukrainiennes**  
Leanna Burnard et Mira Naseer

30 **Les entreprises face à la guerre**  
Nicole Belloubet, Didier Rebut et Hugo Pascal

### **L'ÉTAT DE DROIT PENDANT LA GUERRE**

35 **Sanctions, confiscation et État de droit**  
Anton Moiseienko

43 **La crise des réfugiés en Ukraine : questions juridiques clés**  
Erin Mooney

53 **Le devoir de vigilance européen : instrument de promotion d'un modèle de gouvernance vertueux**  
Bernard Cazeneuve et Alexandre Mennucci

## **LE DROIT APRÈS LA GUERRE EN EUROPE**

### **LA JUSTICE D'APRÈS-GUERRE**

60 **À la recherche d'une responsabilité pour le crime d'agression contre l'Ukraine**  
Federica D'Alessandra

74 **Autodétermination du peuple ukrainien et agression russe**  
Pietro Pustorino

78 **Réconciliation post-conflit en Ukraine**  
Elena Baylis

84 **La justice transitionnelle dans le contexte de la guerre en Ukraine**  
Elisenda Calvet-Martínez

### **L'ORDRE INTERNATIONAL D'APRÈS-GUERRE**

92 **Guerre en Ukraine - Mutation ou résilience des principes de la Charte des Nations unies?**  
Alain Pellet

96 **La guerre en Ukraine et la limitation du droit de veto au Conseil de sécurité**  
Anne Peters

104 **La guerre en Ukraine un an après : une lueur d'espoir**  
Elena Chachko et Katerina Linos

112 **Droit international et guerre à la lumière du conflit en Ukraine : une liaison consubstantielle biaisée depuis son origine**  
Jean-Marc Sorel

### **DES CICATRICES GÉOPOLITIQUES DURABLES**

116 **L'Europe dans l'interrègne : notre réveil géopolitique après l'Ukraine**  
Josep Borrell

121 **Un nouveau concept stratégique pour l'Alliance atlantique**  
José Manuel Albares

123 **La guerre en Ukraine et la transition énergétique**  
Jorge E. Viñuales

130 **La guerre d'Ukraine et les conditions de la paix mondiale**  
François Hollande



**Bernard Stirn** - Secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences morales et politiques

## Éditorial

Les dernières décennies du xx<sup>e</sup> siècle avaient pu laisser croire aux progrès constants de la démocratie libérale. Après la fin des dictatures en Europe méditerranéenne, en Grèce, en Espagne, au Portugal, le mur de Berlin tombait, le bloc soviétique éclatait, la perestroïka s'affirmait en Russie. Dans le même temps, l'espace de l'Europe communautaire et celui du Conseil de l'Europe s'élargissaient, la construction européenne se renforçait, dans un cadre qui se caractérisait par la croissance économique et le respect du droit. Le continent européen se dessinait comme un ensemble sans précédent de prospérité, de paix, de culture et de liberté. Ses valeurs paraissaient devoir l'emporter partout dans le monde. Le livre de Francis Fukuyama, publié en 1992, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, reflète cette période d'optimisme.

Mais l'histoire ne connaît pas de fin. Elle est plutôt marquée par des cycles successifs, qui font alterner les progrès et les reculs, les certitudes et les inquiétudes, les assurances et les dangers. Les attentats du 11 septembre 2001 sont comme un tournant qui a fait apparaître que les valeurs de la liberté ne sont pas unanimement reconnues, que les démocraties ont leurs fragilités, que le tragique n'a pas disparu. Depuis le début du xxi<sup>e</sup> siècle, les idéaux populistes se propagent, les extrêmes gagnent du terrain, des régimes autoritaires se développent. En quelques années sont arrivés au pouvoir Victor Orban en Hongrie, le parti Droit et justice en Pologne, Xi Jinping en Chine, Narendra Modi en Inde, Jaïr Bolsonaro au Brésil. L'année 2016 fut celle du référendum sur le Brexit, du coup d'État manqué qui conduisit en Turquie le président Erdogan à confisquer les libertés, de l'élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis. Traçant le bilan de ces évolutions, Yascha Mounk constate en 2018, dans son ouvrage *Le peuple contre la démocratie*, un divorce inquiétant entre la démocratie et la liberté. Il écrit : « la démocratie libérale est en train de se décomposer en ses différents éléments, donnant naissance à une démocratie antilibérale d'un côté, à un libéralisme antidémocratique de l'autre ».

En Russie, la dérive est plus marquée que partout ailleurs. Succédant à Boris Eltsine à la fin de 1999, Vladimir

Poutine accomplit deux mandats de quatre ans comme président puis, après un intermède comme premier ministre, il reprend la présidence pour des mandats cette fois de six ans. Une révision constitutionnelle adoptée en mars 2020 lui ouvre la perspective de demeurer au pouvoir jusqu'en 2032. Peu à peu, la presse est contrôlée, les opposants muselés, la justice asservie. La Russie, qui avait rejoint le Conseil de l'Europe en 1996, s'éloigne de ses valeurs et fait de moins en moins de cas des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, dont une révision constitutionnelle adoptée en 2015 a permis à sa cour constitutionnelle de décider de s'affranchir. L'annexion de la Crimée en 2014 témoigne d'une indifférence au droit international. La dissolution en décembre 2021 de l'association Memorial sonne comme un ultime avertissement.

L'invasion de l'Ukraine le 24 février 2022 n'en a pas moins été une surprise. Plus inattendue encore étaient la volonté et la capacité de résistance de l'Ukraine. Depuis lors, la guerre a de nouveau pris place au cœur de l'Europe. La Russie bafoue le droit international et ignore la justice internationale. L'agression qu'elle a commise méconnaît les principes de la Charte des Nations Unies, sans qu'elle puisse sérieusement se prévaloir du droit de légitime défense. Elle conduit les opérations au mépris du droit de la guerre. Crime d'agression, crimes de guerre, sans doute crimes contre l'humanité se succèdent sans qu'aucun tribunal ait pu jusqu'ici intervenir de manière effective. La Cour internationale de justice ne pouvait se faire d'illusion sur la portée de sa décision du 16 mars 2022 par laquelle elle a ordonné, à titre de mesures conservatoires, à la Russie de suspendre ses opérations militaires. Son exclusion du Conseil de l'Europe, mesure dont aucun État n'avait jamais fait l'objet, laisse la Russie indifférente. Le mandat d'arrêt émis en mars 2023 par la Cour pénale internationale à l'encontre de Vladimir Poutine risque de demeurer longtemps sans effet.

Avec le retour de la guerre en Europe, la force a pris le dessus sur le droit. Des illusions se dissipent quant à la solidité de l'ordre international, la valeur du droit, l'autorité des juges. Si un tel contexte appelle sans nul doute à davantage de réalisme, il ne saurait pour autant conduire à oublier que les relations internationales reposent aussi sur des règles, que les valeurs demeurent des références et les juridictions des arbitres. Les démocraties ont su réagir d'une même voix. Dans la recherche d'une justice internationale, un souffle qui rappelle celui du *J'accuse* d'Émile Zola inspire le livre écrit en 2023 par Robert Badinter avec Bruno Cotte et Alain Pellet, *Vladimir Poutine l'accusation*. Ébranlés, le droit et la justice ne s'effacent pas durant la guerre et ils retrouveront leur place après celle-ci. Un des principaux défis sera de reconstruire un consensus qui, au-delà des démocraties occidentales, réunisse le plus grand nombre de pays alors que nombre d'entre eux sont tentés par d'autres modèles. Comme le montre ce riche numéro de la *Revue européenne du droit*, le droit ne peut à lui seul assurer la paix mais la géostratégie du futur ne peut s'écrire sans lui.



# **Le droit en temps de guerre en Europe**

---

7



Régis Bismuth · Professeur à l'École de droit de Sciences Po

## Les nouvelles frontières des sanctions européennes et les zones grises du droit international

En l'espace d'un peu plus d'une année, entre février 2022 et avril 2023, l'Union européenne (UE) a adopté à la suite de l'invasion de l'Ukraine par la Russie une série de sanctions (aussi désignées « mesures restrictives ») sans précédent au regard de sa pratique antérieure. Chaque « paquet » de sanctions, dix à ce jour, lesquelles se sont greffées sur le cadre juridique de celles adoptées en 2014 à la suite de l'annexion de la Crimée, vient amplifier les précédentes mesures, non seulement en allongeant la liste des personnes et entités sanctionnées mais aussi en ciblant de nouvelles activités, en mettant en œuvre de nouveaux types de restrictions, et en étendant leur champ d'application. Les discussions actuelles entourant un possible onzième « paquet » de sanctions montrent que l'UE n'a pas encore épuisé cette ressource qu'elle s'est efforcée de déployer de manière graduelle, et ce, en espérant que la montée en puissance de ces mesures n'incite la Russie à se retirer d'Ukraine et n'affecte suffisamment son effort de guerre voire, moins explicitement, qu'elle ne produise les conditions d'un changement de régime.

Il est délicat d'évaluer l'efficacité des sanctions visant la Russie - et ce n'est d'ailleurs pas l'objet de cet article. Si elles n'ont ni mis fin au conflit ni provoqué un changement de régime, elles ne peuvent être appréhendées uniquement à cette aune. Elles s'intègrent dans un schéma multidimensionnel qui intègre non seulement tout un ensemble de contraintes mais aussi de nombreuses considérations connexes.

Les contraintes sont d'abord celles découlant des intérêts de l'Union elle-même. Sans doute leur protection, du moins à moyen terme, l'ont empêchée d'adopter les mesures - par exemple un embargo total sur l'importation du gaz russe - qui auraient pu porter un coup plus fatal aux ressources de la Fédération de Russie mais qui auraient certainement affecté dans une tout aussi large mesure l'économie européenne. Il ne faut également pas mésestimer le fait que la situation a aussi conduit l'UE à envisager les synergies potentielles entre sa réponse à l'invasion

de l'Ukraine et ses autres objectifs en matière d'indépendance énergétique ou de lutte contre les changements climatiques. C'est le cas par exemple du plan REPowerEU présenté par la Commission européenne en mai 2022 qui ambitionne de favoriser les économies d'énergie, la production d'une énergie propre et la diversification des sources d'approvisionnement<sup>1</sup>. Cette « écologie de guerre », pour reprendre l'expression de Pierre Charbonnier<sup>2</sup>, peut aussi être envisagée comme des mesures visant à affecter à plus long terme l'économie russe et à la réalisation des objectifs des sanctions économiques, sans pour autant qu'elles soient assignées du label de « mesures restrictives ». Il convient donc non seulement de ne pas être obnubilés par la question de l'efficacité des sanctions entendues *stricto sensu* de la même manière qu'il ne faudrait pas que celles-ci éclipsent les autres mesures avec lesquelles elles ont un lien étroit.

Les contraintes sont ensuite celles du droit, principalement du droit de l'UE et du droit international. La question de la légalité des éventuelles mesures de confiscation des avoirs gelés appartenant à la Fédération de Russie ou aux oligarques qui fait actuellement l'objet de nombreuses controverses en constitue un exemple pertinent - nous aurons l'occasion d'y revenir. Ces contraintes peuvent toutefois être envisagées dans une perspective inversée. Si le droit international restreint certainement le droit des États d'adopter des sanctions, on peut se demander si, dans certains cas, il ne les autorise pas à agir de la sorte, voir s'il ne leur impose pas une obligation d'adopter des mesures restrictives - nous aurons aussi l'occasion d'y revenir<sup>3</sup>. L'envisager montre que nous sommes potentiellement dans l'une de ces zones grises du droit international qui sert tout autant de limite que de justification à l'adoption des sanctions.

À de maints égards, plusieurs aspects des sanctions européennes adoptées dans le cadre de la crise ukrainienne se placent dans ces zones grises juridiques. Ces sanctions - et celles qui sont à ce stade sérieusement envisagées - se distinguent en effet de celles habituellement adoptées par l'Union que cela soit du fait de leur ampleur, de leur champ d'application potentiel ou des nouveaux instruments déployés ou sur le point de l'être. Ce sont ces zones grises que cet article propose d'étudier avec l'ambition générale de montrer qu'elles sont aussi substantielles à l'évolution du droit international. En d'autres termes, les sanctions constituent aussi un laboratoire juridique où sont testées les limites du droit international et où prennent forme certaines de ses mutations. Après quelques considérations générales sur ces nouvelles sanctions européennes et les cadres d'analyse dans lesquels elles s'intègrent (I), nous nous pencherons successivement

1. Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, Plan REPowerEU, COM(2022) 230 final, 18 mai 2022.
2. Pierre Charbonnier, « La naissance de l'écologie de guerre », *Le Grand Continent*, 18 mars 2022, <https://legrandcontinent.eu/fr/2022/03/18/la-naissance-de-lecologie-de-guerre/>.
3. V. nos remarques *infra* dans la première section.

sur deux aspects qui méritent d'être mis en relief quant à cette nouvelle donne des mesures restrictives, à savoir l'émergence d'une nouvelle extraterritorialité européenne en la matière (II) et la rupture que constituerait le développement d'un nouvel arsenal de confiscation des avoirs gelés (III).

### I. Les sanctions européennes et les catégories du droit international

C'est un truisme que de rappeler que les mesures restrictives adoptées par l'UE dans le cadre de la crise ukrainienne sont unilatérales. La présence de la Russie en tant que membre permanent du Conseil de sécurité dotée d'un droit de veto empêchait en effet que toute mesure multilatérale soit adoptée par l'organe onusien. La question de la légalité des sanctions unilatérales en droit international qui a donné lieu à une littérature abondante et diverses controverses<sup>4</sup> peut être laissée de côté à ce stade. Le terme « sanction » n'est pas lui-même une notion juridique à laquelle est attachée un régime spécifique et l'appréciation de la légalité de ces mesures dépend d'un ensemble de facteurs concernant la nature de la mesure (restriction d'activité économique, gel, confiscation, etc.), sa portée (extraterritoriale ou non) et les raisons ayant motivé son adoption (tensions entre États, conflit armé, non-respect de l'état de droit, violation des droits de l'homme, violation d'une norme impérative du droit international général). Il existe ainsi une différence significative de contexte entre, d'une part, les sanctions adoptées par plusieurs États et l'UE à la suite de l'invasion de l'Ukraine par la Russie en violation d'une norme impérative du droit international général et, d'autre part, celles extraterritoriales adoptées par les États-Unis à l'endroit de Cuba. Dans le cas de l'embargo américain de Cuba d'ailleurs, l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) adopte annuellement à une écrasante majorité une résolution « exhort[a]nt de nouveau tous les États à s'abstenir d'adopter ou d'appliquer [de telles sanctions extraterritoriales] comme leur en font obligation la Charte des Nations Unies et le droit international »<sup>5</sup>.

L'AGNU a également fermement condamné en mars 2022 l'agression de la Russie contre l'Ukraine en violation de la Charte des Nations unies<sup>6</sup>. Elle n'a toutefois pas recommandé l'adoption de sanctions de la part des États membres pour répondre à cette violation. Elle ne l'a pas fait également dans sa plus récente résolution

de février 2023<sup>7</sup>. Certains soutiennent que l'Assemblée générale aurait pu coordonner la mise en place de telles mesures en l'absence d'action du Conseil de sécurité<sup>8</sup>. Il n'en reste pas moins que les États ont la possibilité d'adopter des mesures de rétorsion qui ne violent aucune obligation internationale, et que se développe également depuis maintenant plusieurs années une pratique encore débattue de contre-mesures de tierces parties (*third-party countermeasures*) adoptées par les États autres que l'État lésé<sup>9</sup>.

Si ce que peuvent faire les États se situe dans une zone grise, un nouvel espace d'incertitude se dessine entre ce que les États peuvent faire ou doivent faire lorsque la violation d'une norme impérative est en jeu. Que l'on songe par exemple aux règles coutumières en matière de responsabilité des États qui imposent aux États de ne pas prêter aide ou assistance au maintien d'une situation créée par une violation grave d'une norme impérative du droit international général<sup>10</sup>. Cette obligation de non-assistance ne pourrait-elle pas être interprétée comme imposant aux États d'adopter des mesures restrictives destinées à ne pas soutenir, fût-ce indirectement, l'effort militaire à l'origine de cette violation ? Il ne s'agit en l'état actuel que d'une conjecture juridique mais, on le voit, les règles de droit international qui gouvernent ce que l'on désigne habituellement sous le label « sanctions » laissent place à de nombreuses options et interprétations. Il n'est pas surprenant de constater d'ailleurs que les États qui ont fermement condamné les actes de la Russie n'en tirent pas nécessairement les mêmes conséquences.

À cet égard, la réplique de l'Union européenne a été impressionnante compte tenu de l'ampleur des sanctions adoptées, et ce, malgré des procédures qui imposent au Conseil de statuer à l'unanimité pour ce qui concerne l'adoption de mesures restrictives, dont certaines ont été coordonnées au sein du G7. L'essentiel des mesures s'articulent autour de deux grands axes habituels des mesures restrictives européennes, à savoir la mise en place de restrictions économiques, d'une part, et des sanctions individuelles visant des personnes physiques et des entités, d'autre part. Elles présentent toutefois plusieurs nouveautés, tant pour ce qui concerne les instruments qui ont été utilisés que pour ce qui se rapporte à l'intensité des sanctions édictées.

4. Pour un panorama, v. Iryna Bogdanova, *Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights – The Impact of the Principle of Common Concern of Humankind*, Brill, 2022, p. 59 et s. V. aussi, Jean-Marc Thouvenin, « Articulating UN Sanctions with Unilateral Restrictive Measures », in Charlotte Beaucillon (ed.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar, 2021, p. 149 et s. ; Antonios Tzanakopoulos, « The Right to Be Free from Economic Coercion », *Cambridge International Law Journal*, vol. 4, 2015, p. 616, et s.

5. Pour la dernière version, v. AGNU, Résolution 77/7, Nécessité de lever le blocus économique, commercial et financier imposé à Cuba par les États-Unis d'Amérique, A/RES/77/7, 3 novembre 2022.

6. AGNU, Résolution ES-11/1, Aggression contre l'Ukraine, A/RES/ES-11/1, 2 mars 2022.

7. AGNU, Résolution ES-11/6, Principes de la Charte des Nations Unies soutenant une paix globale, juste et durable en Ukraine, A/RES/ES-11/6, 23 février 2023.

8. Rebecca Barber, « What can the UN General Assembly do about Russian Aggression in Ukraine? », *EJIL:Talk!*, 26 février 2022, <https://www.ejiltalk.org/what-can-the-un-general-assembly-do-about-russian-aggression-in-ukraine>. V. aussi, Rebecca Barber, « An Exploration of the General Assembly's Troubled Relationship with Unilateral Sanctions », *ICLQ*, vol. 70(2), 2021, p. 343 et s.

9. Martin Dawidowicz, « Third-Party Countermeasures: A Progressive Development of International Law? », *Questions of International Law*, vol. 29, 2016, p. 3 et s.

10. Commission du droit international, Articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, article 41(2).

L'agression de l'Ukraine par la Russie a été en effet l'occasion de mettre en œuvre de nouveaux types de restrictions qui n'avaient été jusqu'alors jamais déployées dans l'arsenal de l'UE. Que l'on songe par exemple à la mise en place de plafonds de prix pour les produits pétroliers russes, à l'interdiction d'émettre adressée à plusieurs médias russes (Sputnik, Russia Today, etc.) accusés de campagnes de désinformation et de déstabilisation, à l'interdiction de fournir des services de conseil juridique à des personnes russes ou bien encore à l'immobilisation des réserves de change de la banque centrale russe.

D'autres mesures surprennent par leur intensité ou leur caractère particulièrement englobant qui tendent à montrer qu'elles ne visent pas seulement à cibler les personnes responsables des violations du droit international ou à affecter l'économie russe et, par ricochet, sa capacité à maintenir son effort de guerre. L'interdiction faite aux banques européennes d'accepter des dépôts supérieurs à un certain seuil de ressortissants russes ou de personnes physiques résidant en Russie peut surprendre dans le sens où il impose des restrictions à des personnes sur le seul fondement de leur nationalité ou leur lieu de résidence tout en soulignant qu'elles « ne s'appliquent pas aux ressortissants d'un État membre, d'un pays membre de l'Espace économique européen ni de la Suisse<sup>11</sup> ».

Les mesures individuelles imposant un gel des avoirs et une interdiction de voyager dans l'UE ont également surpris par leur ampleur. Sont visées par ces sanctions non seulement les personnes responsables des actions ou politiques qui principalement « compromettent ou menacent l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, ou la stabilité ou la sécurité de l'Ukraine »<sup>12</sup>, celles qui apportent un soutien matériel ou financier à de telles activités<sup>13</sup> ou à ces personnes<sup>14</sup>, mais aussi « les femmes et hommes d'affaires influents, les personnes morales, les entités ou organismes ayant une activité dans des secteurs économiques qui fournissent une source substantielle de revenus au gouvernement de la Fédération de Russie »<sup>15</sup> ainsi que, pour toutes ces personnes, « les personnes physiques ou morales, entités ou organismes qui leur sont associés »<sup>16</sup>. Cette dernière catégorie ainsi que celle des « femmes et hommes d'affaires influents » qui permet de cibler ceux habituellement désignés comme les oligarques ont suscité certaines interrogations compte tenu du caractère très vague de la notion permettant à l'UE de cibler un très large nombre de personnes qui n'ont pas nécessairement de liens directs ou indirects avec

les actes répréhensibles<sup>17</sup>. On peut également se poser des questions pour ce qui concerne la proportionnalité de ces sanctions puisque ce sont exactement les mêmes mesures de gel intégral des avoirs et d'interdiction de voyager dans l'UE qui s'appliquent indistinctement d'une part aux décideurs russes de premier plan et d'autre part par exemple aux personnes associées à des femmes et hommes d'affaires influents.

Il n'est pas possible d'évaluer ici la légalité de l'ensemble de ces mesures au regard du droit international. Au demeurant, c'est bien davantage la question de la légalité au regard du droit de l'UE, en particulier des droits fondamentaux, qui est déjà posée, des recours ayant été engagés contre certaines mesures restrictives européennes. Les juridictions de l'UE ont déjà eu l'occasion d'annuler les mesures restrictives visant une personne au motif que l'existence de liens familiaux ne suffit pas à établir un lien d'association avec une autre personne sanctionnée<sup>18</sup>. Elles ont par ailleurs rejeté la demande d'annulation de RT France d'annuler les actes du Conseil interdisant la diffusion de certains médias russes<sup>19</sup> – un appel est actuellement pendant dans cette affaire devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>20</sup>. Un recours a également été introduit par l'Ordre des avocats à la cour de Paris pour ce qui concerne l'interdiction de fournir des services juridiques, l'Ordre estimant entre autres qu'elle entrave le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, lequel inclut au sens de la Charte des droits fondamentaux de l'UE le droit « de se faire conseiller, défendre et représenter<sup>21</sup> ». Il reviendra ainsi au cours des prochains mois à la CJUE de se positionner en tant qu'instance régulatrice de ces nouvelles formes de mesures restrictives qui ont été déployées dans l'arsenal de l'UE.

## II. L'extraterritorialité rampante des sanctions européennes

Si de nouvelles formes de mesures restrictives ont été mises en œuvre par l'Union à la suite de l'agression de la Russie, les sanctions européennes se manifestent aussi, de manière sans doute plus difficilement perceptible, par une forme d'extraterritorialité rampante ayant certainement vocation à être amplifiée dans les mois à venir dans le cadre de l'adoption de nouveaux « paquets » de sanctions. Le terme d'extraterritorialité est utilisé ici simplement pour désigner la volonté de réglementer une situation se déroulant à l'étranger et n'impliquant pas des personnes ayant un lien de nationalité avec l'État qui réglemente<sup>22</sup>. Dans le cadre des sanctions européennes, il s'agirait par

11. Article 5 *ter* du Règlement 833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine.

12. Article 3(1)(a) et (b) du Règlement 269/2014 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.

13. Règlement 269/2014, article 3(1)(b).

14. Règlement 269/2014, article 3(1)(d).

15. Règlement 269/2014, article 3(1)(g).

16. Règlement 269/2014, article 3(1) al. 2.

17. V. par ex., E. Muller, « Aspects sectoriels – Les avoirs », *Revue Française de Droit Administratif*, 2022, p. 629; Yulia Miadzvetskaya, Celia Challet, « Are EU Restrictive Measures Really Targeted, Temporary and Preventive? The Case of Belarus », *Europe and the World: A Law Review*, vol. 6(1), 2022, p. 10.

18. Trib. UE, T-212/22, *Violetta Prigozhina c/ Conseil*, arrêt du 8 mars 2023 (ECLI:EU:T:2023:104).

19. Trib. UE (Gr. Ch.), T-125/22, *RT France c/ Conseil*, arrêt du 27 juillet 2022 (ECLI:EU:T:2022:483).

20. Affaire n° C-620/22 P.

21. Charte des droits fondamentaux de l'UE, article 47 al. 2.

22. Sur la question de l'extraterritorialité, v. Régis Bismuth « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques

exemple pour l'Union de vouloir réglementer une transaction entre une entreprise russe et une entreprise chinoise.

Évoquer la possibilité d'une extraterritorialité des sanctions européennes peut surprendre tant l'Union s'est montrée parfois offensive lorsqu'il s'agissait de dénoncer l'extraterritorialité des sanctions américaines. Déjà, en 1982, la Communauté européenne avait réagi vigoureusement aux mesures interdisant l'exportation par les États-Unis de biens et de technologies destinés aux entreprises européennes impliquées dans le projet de gazoduc euro-sibérien avec l'URSS. Dans la mesure où ces sanctions visaient à réglementer le comportement de personnes non américaines à l'étranger, la Communauté avait déclaré que « goods and technology do not have any nationality and there are no known rules under international law for using goods or technology situated abroad as a basis of establishing jurisdiction over the persons controlling them »<sup>23</sup>. Une étape avait été franchie en 1996 lorsque la Communauté avait réagi aux sanctions économiques extraterritoriales américaines contre Cuba (loi Helms-Burton) ainsi que contre la Libye et la Syrie (loi d'Amato-Kennedy), qui s'appliquaient également aux personnes non américaines en ce qui concerne leurs relations avec ces pays. La Communauté avait adopté un règlement de blocage destiné à protéger et à contrecarrer les mesures américaines et dont le préambule soulignait que « par leur application extraterritoriale », ces sanctions « violent le droit international »<sup>24</sup>.

Les programmes de sanctions adoptés par l'Union ont traditionnellement rejeté toute forme d'extraterritorialité. Les lignes directrices du Conseil relatives aux sanctions soulignent d'ailleurs que « les mesures restrictives de l'UE ne devraient s'appliquer que dans des situations où il existe des liens avec l'UE<sup>25</sup> » et que l'UE « s'abstiendra d'adopter des instruments législatifs qui, par leur application extraterritoriale, violeraient le droit international »<sup>26</sup>. Les clauses générales définissant le champ d'application des sanctions visant la situation en Ukraine se placent dans la même perspective. Les règlements 269/2014 et 833/2014 soulignent tous deux qu'ils s'appliquent sur le territoire de l'UE, aux aéronefs et navires des États membres, aux ressortissants des États membres, aux sociétés ou d'autres entités établies ou constituées selon la législation des États membres, et à toute opération commerciale réalisée intégralement ou en partie dans l'UE<sup>27</sup>.

La portée géographique des sanctions européennes mérite toutefois d'être réévaluée au regard de plusieurs

éléments, en particulier ceux destinés à éviter un contournement des sanctions européennes<sup>28</sup>.

Les deux principaux règlements précisent que les opérateurs européens sont soumis à des prohibitions de réaliser certaines opérations « directement ou indirectement »<sup>29</sup>, suggérant ainsi que les transactions réalisées via des opérateurs économiques d'État tiers pourrait entrer dans le cadre des sanctions alors que ces opérateurs ne sont pas visés par leur champ d'application. La Commission a ainsi souligné dans ses FAQs à propos du règlement 833/2014 que s'il ne s'appliquait pas aux filiales russes d'entreprises européennes car il s'agit d'entreprises de droit russe hors du champ d'application des mesures, il est toutefois « *prohibited for EU parent companies to use their Russian subsidiaries to circumvent the obligations that apply to the EU parent, for instance by delegating to them decisions which run counter the sanctions, or by approving such decisions by the Russian subsidiary* »<sup>30</sup>.

Sur un autre plan, les critères utilisés pour l'adoption de sanctions individuelles sont également suffisamment larges pour cibler des personnes d'États tiers pour leurs activités conduites avec la Russie. Ainsi le Conseil a pu sanctionner en octobre 2022 plusieurs individus iraniens pour avoir fourni des équipements militaires (notamment des drones)<sup>31</sup> à la Russie au motif qu'ils « apportent un soutien matériel ou financier à des actions qui compromettent ou menacent l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine »<sup>32</sup>. De manière tout aussi intéressante, afin de contrecarrer le contournement des sanctions et cibler des situations se déroulant en dehors du territoire des États membres, le Conseil a adopté un nouveau critère permettant de placer sur la liste des sanctions individuelles « les personnes physiques ou morales, les entités ou les organismes qui facilitent les violations de l'interdiction de contournement [des mesures restrictives] »<sup>33</sup>. Même si la transaction en jeu devra certainement avoir un lien avec l'UE (par exemple en important des biens de l'UE pour les réexporter vers la Russie depuis un État tiers), la volonté affichée par l'UE de cibler par des sanctions individuelles des entités d'États tiers pour réaliser des transactions prohibées peut faire penser, dans leur logique, aux sanctions secondaires américaines.

Ces évolutions doivent aussi s'appréhender dans le cadre plus général d'une volonté de l'UE d'aligner la politique des États tiers sur la sienne en matière de sanctions. Il n'est pas exclu en effet que l'Union aille plus loin dans ses prochains paquets de sanctions en mettant en œuvre des restrictions économiques visant les opérateurs qui

réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, 2015, p. 785 et s.

23. European Communities, Comments on the US Regulations Concerning Trade with the USSR, *International Legal Materials*, vol. 21, 1982, p. 891.

24. Règlement n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant.

25. Conseil de l'Union européenne, Lignes directrices relatives aux sanctions, 5664/18, 4 mai 2018, n° 51.

26. *Ibid.*, n° 52.

27. Article 17 du Règlement 269/2014; Article 13 du Règlement 833/2014.

28. Sur ces aspects, v. Jan Dunin-Wasowicz, « The Long Arm of EU Sanctions », *Blog EU Law Live*, 25 octobre 2022.

29. Règlement 269/2014, article 2(2); Règlement 833/2014, articles 2(1), 2(2), 2bis, 2bis bis, 3, 3ter, 3quater, 3 septies, 3octies, etc.

30. Commission européenne, General Questions – Council Regulation 833/2014 : Council Regulation 269/2014, 26 juillet 2022, n° 14.

31. Règlement d'exécution 2022/1985 du Conseil du 20 octobre 2022 mettant en œuvre le règlement 269/2014.

32. Article 3(1)(b) du Règlement 269/2014.

33. Article 3(1)(h) du Règlement 269/2014.

font du commerce avec la Russie. La déclaration jointe de la Présidente de la Commission von der Leyen et du Président Biden est sur ce point très éloquent lorsque ceux-ci indiquent en mars 2023 : « *we are taking new steps together to target additional third-country actors across the globe to disrupt support for Russia's war from any corner of the world where it is identified* »<sup>34</sup>. L'idée serait donc d'utiliser le levier que constitue l'accès au marché de l'UE pour contraindre les opérateurs des pays tiers de se conformer aux mesures européennes. Il s'agirait en d'autres termes de transformer un privilège économique (la puissance du marché) comme privilège juridique (la capacité d'imposer extraterritorialement des règles de conduite)<sup>35</sup>. Il ne pourrait d'une certaine façon plus avoir de neutralité économique des États tiers.

Ces évolutions peuvent surprendre au regard de la position historique de l'UE concernant l'extraterritorialité des sanctions américaines, et cela soulève indéniablement une question de cohérence. Lorsqu'elle condamnait les velléités extraterritoriales américaines, l'UE mettait davantage l'accent sur la situation que la règle entendait gouverner (une transaction entre un pays sous sanction et un opérateur d'un État tiers) plus que le motif pour lequel les sanctions ont été prises. C'est sur ce dernier plan qu'il faut faire une distinction entre les sanctions américaines contre Cuba prises pour des motifs propres à la politique étrangère américaine et celles de l'UE contre la Russie adoptées en réponse à la violation d'une norme impérative du droit international général. Il serait en effet possible de considérer - du moins se place-t-on ici dans l'une de ces zones grises du droit international - qu'il puisse découler de l'obligation de non-assistance dans l'hypothèse d'une violation d'une règle de *jus cogens* une responsabilité pour les États de prendre des mesures restrictives visant les opérateurs d'États tiers contribuant même indirectement à la continuation de la situation découlant de cette violation.

Il est intéressant de constater lorsque l'on relit les lignes directrices du Conseil sur les mesures restrictives européennes qu'il y a une petite différence entre la version anglaise et française sur la question de l'extraterritorialité. Alors que la version française fait référence à des sanctions « qui, par leur application extraterritoriale, violeraient le droit international »<sup>36</sup> (en l'occurrence se concentrant sur la situation que la règle entend gouverner), la version anglaise fait quant à elle référence à des sanctions « having extra-territorial application in breach of international law »<sup>37</sup>, suggérant qu'il peut exister des sanctions extraterritoriales qui ne sont pas « *in breach of international law* ». L'obligation de non-assistance dans le cadre de la violation

d'une norme impérative du droit international général peut constituer un argument permettant de justifier cette extraterritorialité. Cela serait d'ailleurs en cohérence avec des formes d'extraterritorialité plus souples qui ont été développées par l'UE au cours des années précédentes non pas uniquement pour la protection du marché ou des citoyens de l'UE (en matière de concurrence ou de protection des données) mais davantage pour la protection de normes relatives à la protection du droit internationales des droits de l'homme ou à la protection de l'environnement qui sont opposables *erga omnes*<sup>38</sup>.

### III. L'hypothèse de la confiscation des biens gelés

L'hypothèse de la confiscation des biens gelés pour indemniser les victimes, financer la reconstruction de l'Ukraine ou les mesures prises pour aider les réfugiés a été soulevée dès les premières mesures de gel adoptées, en particulier celles visant les oligarques russes<sup>39</sup>. Elle a pris une autre dimension après l'immobilisation des réserves de change de la Banque centrale de Russie qui représentent une valeur bien supérieure à celle des autres avoirs gelés (300 milliards d'euros contre environ 20 milliards d'euros). La perspective de saisir les avoirs de la Banque centrale de Russie devient ainsi particulièrement attractive compte tenue des conséquences financières démesurées de ce conflit et qui sont déjà supérieures à la valeur de l'ensemble des avoirs gelés ou immobilisés (383 milliards d'euros pour la seule reconstruction de l'Ukraine selon la dernière évaluation de la Banque mondiale de mars 2023)<sup>40</sup>.

Il n'est pas question ici de discuter l'ensemble de ces différentes options et les problèmes juridiques qu'elles soulèvent ; cela est déjà fait dans le cadre de deux contributions à ce dossier spécial<sup>41</sup>. Il s'agit davantage d'évoquer dans quelle mesure les initiatives les plus récentes de ce nouvel horizon des sanctions européennes se placent dans une zone grise du droit international.

Pour ce qui concerne les avoirs gelés, notamment ceux des oligarques, l'hypothèse d'un dispositif européen de confiscation extrajudiciaire qui avait été un temps évoqué s'éloigne. Il aurait soulevé de trop nombreux risques

34. « Joint Statement by President Biden and President von der Leyen », 10 mars 2023, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/statement\\_23\\_1613](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/statement_23_1613)>.

35. Régis Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité, une compétence économique », in SFDI, *Extraterritorialités et droit international*, Pedone, 2020, p. 113 et s.

36. Conseil de l'Union européenne, Lignes directrices relatives aux sanctions, 5664/18, 4 mai 2018, n° 52.

37. Council of the European Union, Sanctions Guidelines, 5664/18, 4 mai 2018, n° 52.

38. Sur ces aspects, v. Régis Bismuth, « The European Union Experience of Extraterritoriality - When a (Willing) Victim Has Become a (Soft) Perpetrator », in Austeen Parrish, Cedric Ryngaert, *Extraterritoriality and International Law* (Edward Elgar, à paraître 2023). V. aussi, Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, Rapport sur l'extraterritorialité du droit de l'Union européenne, mai 2022.

39. Régis Bismuth, « Du gel à la confiscation des avoirs des personnes liées au régime russe? », *Blog Le Club des Juristes*, 3 mars 2022, <<https://www.leclubdesjuristes.com/ukraine/du-gel-a-la-confiscation-des-avoirs-des-personnes-liees-au-regime-russe-par-regis-bismuth-professeur-a-lecole-de-droit-de-sciences-po>>.

40. World Bank, Updated Ukraine Recovery and Reconstruction Needs Assessment de dollars, 23 mars 2023, <<https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2023/03/23/updated-ukraine-recovery-and-reconstruction-needs-assessment>>.

41. V. la contribution d'Anton Moiseienko (p. 35) et celle de Leanna Burnard et Mira Naseer (p.23). V. aussi, Andrew Dornbierer, *From Sanctions to Confiscation while Upholding the Rule of Law*, Basel Institute on Governance, Working Paper 42, <[baselgovernance.org/publications/wp-42](https://baselgovernance.org/publications/wp-42)>.

juridiques en matière de respect des droits fondamentaux<sup>42</sup> et aurait aussi certainement fragilisé les mesures de gel elles-mêmes. En effet, les juridictions européennes ont considéré que les mesures de gel des avoirs ne portent « pas atteinte au “contenu essentiel” du droit de propriété » parce qu’elles « présentent, par nature, un caractère temporaire et réversible »<sup>43</sup>. Adosser un système de confiscation automatique à celui du gel aurait transformé la nature des mesures de gel et les auraient rendues plus vulnérables aux yeux des juridictions de l’UE. Les mesures de confiscation envisagées sont donc celles qui pourraient être prises dans le cadre d’une procédure pénale. Afin de faciliter les confiscations des biens gelés, l’UE entreprend d’adopter une directive permettant d’ajouter la violation des sanctions à la liste des infractions pénales de l’UE<sup>44</sup>, nouvelle infraction qui entrerait dans le champ d’application d’une future directive relative au recouvrement et à la confiscation d’avoirs<sup>45</sup>.

L’éventuelle confiscation des avoirs de la Banque centrale russe a donné lieu à des débats nourris quant à leur légalité au regard du droit international<sup>46</sup>. De manière simplifiée, l’analyse repose principalement autour de deux questions, étant entendu que l’on évoque ici une confiscation qui viserait la propriété d’un État avec lequel l’État saisissant ne serait pas en conflit et pour laquelle l’État saisissant ne serait pas celui victime des dommages que la compensation viserait à indemniser. La première question est de savoir si une mesure de confiscation des avoirs d’une banque centrale entre dans le champ d’application des règles relatives à l’immunité d’exécution des États, et ce, alors que les règles relatives à cette immunité concernent à première vue les mesures de contrainte réalisées dans le cadre de procédures judiciaires et pas celles prises par l’autorité exécutive. Dans l’affirmative, la deuxième est de savoir si une atteinte à l’immunité d’exécution pourrait constituer une contre-mesure licite au sens du droit de la responsabilité internationale, ce qui soulève certaines difficultés car les contre-mesures sont censées être dans la mesure du possible réversibles afin de pousser l’État responsable à se mettre en conformité avec ses obligations internationales et que les mesures de confiscation sont par nature définitive.

Les réponses à chacune de ces questions sont loin d’être aisées et il ne faut pas aussi négliger les risques d’une mesure aussi invasive que celle d’une confiscation des avoirs russes immobilisés, à savoir s’exposer à des mesures équivalentes en Russie ou faire peser un risque sur l’attractivité des places européennes pour la gestion des avoirs des banques centrales étrangères. La France avait d’ailleurs établi une législation spécifique renforcant davantage l’immunité d’exécution des avoirs des banques centrales étrangères pour préserver la compétitivité de sa place financière<sup>47</sup>. Il n’est dès lors pas surprenant que l’UE avance de manière précautionneuse sur le sujet et un groupe de travail a été établi sous l’impulsion de la présidence suédoise du Conseil de l’UE.

Il semble délicat pour l’UE de s’engager à ce stade dans la voie d’une confiscation totale des avoirs de la Banque centrale de Russie, tant pour des considérations juridiques, politiques et économiques qu’une telle décision impliquerait. Le président du groupe de travail a d’ailleurs déclaré que celui-ci devra être « *a bit innovative in order to move forward* »<sup>48</sup> et qu’il n’est pas exclu que la confiscation ne porte pas directement sur l’ensemble des les avoirs mais seulement sur « *income or interest on the capital* »<sup>49</sup>, ce qui permettrait d’ailleurs de garantir la réversibilité de la mesure d’immobilisation.

Les futures initiatives de l’UE en la matière porteront sur des domaines où les cadres du droit international ne sont pas très clairs et laissent place à l’interprétation. Elles présenteront nécessairement des risques propres à toutes les initiatives encore inédites voire à première vue transgressives, mais celles-ci s’avèrent aussi nécessaires à l’évolution du droit, notamment lorsqu’est en jeu la violation d’une norme impérative du droit international général.

Cette dynamique de l’évolution du droit international été mise en évidence dans l’opinion dissidente du juge Yusuf dans l’affaire des *Immunités juridictionnelles de l’État* dans le cadre de laquelle la Cour que l’Italie a manqué à ses obligations internationales par le refus de ses juridictions de reconnaître une immunité souveraine à l’Allemagne dans un contentieux mettant en cause des violations des règles du *jus cogens*<sup>50</sup>. Alors que la pratique consistant à reconnaître la violation d’une règle de *jus cogens* comme nouvelle exception à l’immunité souveraine ne faisait à l’époque pas consensus, le juge Yusuf constata que l’évolution du droit international en la matière ne peut être linéaire et passe nécessairement par des initiatives nationales en premier lieu isolées. Celles-ci peuvent résulter

42. La Suisse y a également renoncé pour les mêmes raisons, v. Conseil fédéral, « Sort des avoirs russes gelés : le Conseil fédéral a clarifié des questions juridiques », 15 février 2023, <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-93089.html>>.

43. Trib. UE, T-215/15, *Mykola Yanovych Azarov c/ Conseil*, arrêt du 7 juillet 2017, § 102 (ECLI:EU:T:2017:479).

44. Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la définition des infractions pénales et des sanctions applicables en cas de violation des mesures restrictives de l’Union, COM(2022) 684, 2 décembre 2022.

45. Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au recouvrement et à la confiscation d’avoirs, COM(2022) 245, 25 mai 2022.

46. Outre la contribution d’Anton Moiseienko à ce numéro (p. 35), v. Ingrid (Wuerth) Brunk, « Does Foreign Sovereign Immunity Apply to Sanctions on Central Banks? » *Lawfare Blog*, 7 mars 2022, <[lawfareblog.com/does-foreign-sovereign-immunity-apply-sanctions-central-banks](http://lawfareblog.com/does-foreign-sovereign-immunity-apply-sanctions-central-banks)>; Daniel Franchini, « Seizure of Russian State Assets: State Immunity and Countermeasures », *Articles of War*, 8 mars 2023, <<https://lieber.westpoint.edu/seizure-russian-state-assets-state-immunity-countermeasure>>.

47. Régis Bismuth, « Expanding Immunity from Execution Through the Backdoor: The French Example », in Régis Bismuth et al. (eds.), *Sovereign Immunity Under Pressure - Norms, Values and Interests*, Springer, 2022, p. 449 et s.; Régis Bismuth, « L’immunité d’exécution après la loi Sapin 2 », *JDI*, 2018, p. 445 et s.

48. « « Not Easy » to Seize Russia Assets: EU Task Force Head », *Euractiv*, 25 mars 2023, <<https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/not-easy-to-seize-russia-assets-eu-task-force-head/>>.

49. *Ibid.*

50. CIJ, *Immunités juridictionnelles de l’État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*, arrêt du 3 février 2012, arrêt, *Rec. C.I.J.*, p. 99

des juridictions nationales, mais aussi de la pratique des organes législatifs ou exécutifs. Ainsi souligna-t-il que « certaines règles du droit international peuvent demeurer incertaines et voir leur existence faire l'objet de débats dans la doctrine, jusqu'à ce qu'une juridiction - nationale, dans le cas des immunités de l'État - clarifie leur statut »<sup>51</sup>. Il ajouta que les exceptions et dérogations au droit international des immunités ne se sont pas développées du fait « d'échanges diplomatiques ou par la conclusion de conventions » mais que « leur évolution a le plus souvent résulté d'un très petit nombre de décisions, voire de décisions isolées [...] qui ont peu à peu été généralement acceptées »<sup>52</sup>. Il n'est donc pas exclu que des initiatives isolées

puissent constituer un droit international en formation même lorsqu'elles « sont perçues, *prima facie*, comme n'étant pas conformes à ce qui était jusqu'alors considéré comme étant la pratique étatique »<sup>53</sup>.

Que cela soit sur la question de l'extraterritorialité de ses sanctions ou celle de la possible mise en œuvre de mesures de confiscation des avoirs russes, ce sont dans les interstices et sur les lignes de crête d'un droit en mouvement que l'UE s'essaie d'une certaine façon à écrire le droit international de demain.

51. Opinion dissidente du Juge Yusuf, § 47.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*, § 48.



**Luis Arroyo Zapatero** • Recteur  
honoraire de l'Université de Castilla-  
La Mancha, Président de la Société  
Internationale de Défense Sociale, membre  
correspondant de l'Académie de Sciences  
Morales et Politiques

## Criminologie de la guerre et politique criminelle de l'Union européenne

Depuis plus d'un an, nous assistons à une guerre télévisée en direct. Si, lors de la guerre des Balkans, nous avons eu pour la première fois des images en direct à la télévision, aujourd'hui nous disposons non seulement de la diffusion en direct et d'informations quotidiennes, mais aussi des images que des milliers de téléphones portables captent et diffusent. C'est une guerre de spectacle. C'est une guerre traditionnelle avec de nouveaux moyens technologiques et de destruction - notamment des drones et des missiles sophistiqués - mais aussi une guerre dite « hybride », parce qu'elle combine l'action militaire avec la cybernétique et l'économie, mais aussi avec la manipulation de la distribution de l'énergie et des matières premières. C'est une guerre hybride qui nous est proposée, une guerre que Louis Gautier a qualifiée de « bâtarde »<sup>1</sup>.

Ce que nous voyons tous clairement, ce sont les victimes civiles aveugles et la destruction consciente et systématique des infrastructures civiles de base telles que les hôpitaux et des milliers d'immeubles d'habitation, nous sommes témoins des immenses convois de femmes et d'enfants sans abri. Tout cela suscite en nous une immense émotion, de la solidarité et l'envie de coopérer efficacement pour défendre les victimes d'une agression criminelle. « Cette guerre est politiquement et émotionnellement insupportable », a déclaré Alexandra Sukhareva, une artiste russe qui devait exposer à la Biennale de Venise. Mais elle n'a pas pu s'y rendre, car la guerre a déclenché des émotions qui brisent la rationalité de la vie culturelle. Beaucoup d'activités et d'interventions ont été annulées et quelques-unes ont dû être abandonnées, concerts, littérature ? La russophobie est là : la Russie est coupable ! Tout cela est favorisé non seulement par la guerre (et la manière bestiale

dont elle a été menée), mais aussi par la personnalité de son responsable : un autocrate aux relents de psychopathe<sup>2</sup>.

Il est vrai que l'Europe est un champ de bataille permanent depuis 1808, date tellurique des invasions napoléoniennes. Depuis la guerre de « Crimée », avec pour belligérants la Russie d'une part, et la Turquie, la France et l'Angleterre d'autre part, suivie de la guerre franco-prussienne, puis de la Première Guerre mondiale, c'est rapidement cédé la place à la Seconde Guerre mondiale, c'est presque toujours la même chose : à gauche, l'envie d'envahir la France, la Ruhr, de s'emparer du charbon et de l'acier, et à droite, l'envie de s'emparer de l'Ukraine, le grenier à blé de l'Europe et la conquête de l'espace vital, le Lebensraum. En effet, au cours des cinq cents dernières années, tous les pays du continent ont vu leurs frontières modifiées par des guerres, de la Russie au Royaume-Uni. Seuls l'Espagne et le Portugal ont été épargnés - mais pas par les guerres civiles. Tous les autres ont changé de frontières à de nombreuses reprises, toujours à la suite d'une guerre ou par l'intermédiaire d'une guerre. La guerre actuelle est considérée avant tout comme un crime d'agression et la manière dont elle est menée est synonyme de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Quoi qu'il en soit, il s'agit de la première guerre interétatique en Europe depuis 1945 visant la conquête de territoires.

### 1. La longue approche de la guerre par la criminologie

La question des guerres a toujours fait l'objet d'une réflexion depuis les classiques, de ce que l'on peut appeler aujourd'hui la science politique, mais ce n'est qu'à la fin de la Première Guerre mondiale qu'une théorie générale a été formulée, que l'on a appelé la géopolitique. Mais dans le domaine du droit et des sciences sociales, les problèmes tels que celui que nous connaissons aujourd'hui doivent être abordés à partir de différents domaines scientifiques : le droit, les relations internationales, l'économie et la criminologie. Ce que nous voyons aujourd'hui, ce sont des crimes atroces, en raison des terribles pertes en vies humaines et des dommages qu'ils causent, ainsi que de la manière cruelle dont ils sont perpétrés. Il ne doit pas y avoir d'impunité, il doit y avoir des sanctions et de la prévention. Mais pour prévenir, il est nécessaire de connaître et de comprendre comment naissent et se développent ces processus de force, d'ambition et d'affrontement d'intérêts. Une criminologie de la guerre et de ses atrocités est nécessaire.

Ce sont ces crimes atroces qui accompagnent la guerre ou les crimes de l'État contre ses propres citoyens qui sont les plus graves de tous les crimes. Or, la criminologie, née avec fracas dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, ne s'est penchée sur ces crimes que très récemment, presque

1. L. Gautier, « La guerre bâtarde, Ukraine, guerre hybride, guerre ouverte et technologie », *Revue Défense Nationale*, 2022/6 (N° 851), pp 15-32 ; L. Gautier, *Mondes en Guerre, IV, Guerre sans frontières, Passés/Composés*, 2021.

2. Voir « Killings of civilians: summary executions and attacks on individual civilians in Kyiv, Chernihiv, and sumyregions in the context of the Russian federation's armed attack against Ukraine », HCHR, décembre 2022. Sur le personnage cité voire l'analyse de son discours par Guillaume Lancereau, « Discours de Poutine : la politique intérieure de l'agresseur », *Le Grand Continent*, 22 février 2023.

systématiquement depuis les années 1990, après la guerre des Balkans.

Seuls trois criminologues se sont penchés auparavant et pour la première fois sur les guerres et leurs crimes : Hermann Mannheim, Sheldon Glueck et Mariano Ruíz Funes, tous trois motivés par les génocides et les atrocités de la Seconde Guerre mondiale.

Ruth Jamieson commence l'introduction de son livre *Towards a Criminology of War* (1998) en déclarant qu'en dépit de récents débats importants sur le déclin de la barbarie dans l'Europe du xx<sup>e</sup> siècle, l'incidence et la férocité des guerres et des conflits ethniques ne montrent aucun signe d'affaiblissement et que la criminologie européenne contemporaine reste largement distante et impassible face à ces questions. Vingt-cinq ans avant la l'actuelle guerre en Ukraine, l'auteur conclut qu'en dépit de raisons historiques et substantielles convaincantes, la criminologie contemporaine n'avait pas prêté attention aux liens complexes qui structurent la relation entre la guerre et la criminalité. C'est en 2014 que l'*European Criminology Group on Atrocity Crimes and Transitional Justice* se réunit pour la première fois au sein de la Société européenne de criminologie, à l'initiative de la grande spécialiste Alette Smeulers et aujourd'hui présidé par Nandor Knust, présentement à l'Université arctique de Tromsø en Norvège et anciennement responsable de la criminalité internationale à l'Institut Max Planck de Freiburg<sup>3</sup>. Pour Alexia Pierre, les raisons de ce manque d'intérêt résident dans le fait que « les crimes de masse contemporains sont le plus souvent commis au cours de conflits armés, à la suite de ces conflits, ou pendant des périodes de crise et de déstabilisation prolongées. Les attaques contre les populations civiles apparaissent alors, aux yeux des observateurs extérieurs, comme des actes de guerre, des dommages collatéraux, ou des actes inéluctables résultant d'un contexte incontrôlable » et que la plupart de ces crimes de guerre et atrocités sont le résultat d'un projet, généralement l'appropriation d'un territoire purgé des éléments indésirables<sup>4</sup>.

En effet, le génocide a commencé à faire l'objet d'une criminologie après les crimes de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. Mais ce n'est qu'en 2009 que le prix de criminologie de Stockholm a été décerné à Raúl Zaffaroni pour ses travaux sur les crimes d'État de masse, qui ont été épidémiques en Amérique latine dans les années 1970 et 1980<sup>5</sup>.

3. N. Knust, « *Strafrecht und Gacaca. Die Aufarbeitung des ruandischen Völkermords mit einem pluralistischen Rechtsmodell* », MPI Fribourg i. Br. 2013; A. Smeulers et F. Grünfeld, *International crimes and other gross human rights violations : a multi- and interdisciplinary textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011; A. Smeulers, *Supranational criminology : towards a criminology of international crimes*, Roelof Haveman, Intersentia, 2008.
4. A. Pierre, « Le crime de masse en criminologie », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015/3, p. 627 - 637.
5. Raúl Zaffaroni, *El crimen de Estado como objeto de la Criminología*, publié dans la *Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas* et en 2009 : « Can Criminal Law Really Contribute to the Prevention of Crimes against Humanity? », *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2009, p. 2-25.

Les raisons de ce retard sont multiples : problèmes épistémologiques tendant à ne pas considérer les crimes odieux comme des crimes de personnes ordinaires et rationnelles, difficultés à appréhender la réalité d'événements d'une telle ampleur, difficultés à obtenir des données indispensables à une criminologie qui vise à ne fournir que des preuves sur lesquelles fonder la politique pénale, difficultés à trouver et à comprendre les victimes et leurs langues, etc. Cependant, l'approche criminologique, l'identification matérielle des comportements et des processus qui conduisent aux atrocités, les caractéristiques des relations de pouvoir et de commandement des groupes armés sont essentielles non seulement pour l'élaboration d'une politique pénale adéquate pour les crimes internationaux, mais aussi pour l'administration de la justice internationale. L'acquiescement dévastateur de la Cour pénale internationale dans l'affaire Bemba II découle, tant dans le procès que dans la sentence, de l'absence de prise en compte des propriétés matérielles des actes poursuivis.

Il n'est pas nécessaire ici de présenter les différents procès pour comprendre et traiter les nombreuses approches méthodologiques des différentes manifestations du génocide, du crime d'agression, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité qui ont été développées depuis en criminologie. Il s'agit plutôt d'évaluer ce qui est le plus significatif afin, d'une part, de fournir une base matérielle à l'action de la justice, qu'elle soit nationale ou internationale, et, d'autre part, d'identifier les processus qui ont conduit à cette guerre et à d'autres, dont la modélisation permettrait de mieux prévenir les guerres futures, ainsi que de concevoir ou d'améliorer les politiques juridiques correspondantes pour l'Union européenne<sup>6</sup>.

Les sanctions que les pays imposent à d'autres en conséquence de la guerre nécessitent une analyse juridique formelle, telle que celle présentée dans ce numéro<sup>7</sup>, mais aussi une analyse de leur pertinence pour atténuer le niveau de violence de l'agresseur ou pour parvenir à la suppression des hostilités. Il est nécessaire d'étudier l'opérationnalisation criminologique réelle des cibles, tant les États que les personnes et les entreprises à neutraliser, et d'établir des critères européens sur la base matérielle de la responsabilité des personnes physiques et morales.

Il est tout aussi nécessaire de prêter attention à la création systématique de situations d'opinion propices à la guerre, qui caractérisent l'incitation au génocide et à la guerre par les différents moyens utilisés pour le discours de haine, ainsi qu'à la répression des comportements qui favorisent matériellement l'action de la guerre. La littérature criminologique montre fréquemment que les génocides et les grandes atrocités ne sont pas les fruits aveugles de l'action humaine, mais qu'ils sont généralement le résultat

6. Voir *supra* notes 4 et 5.

7. Voir dans ce numéro les contributions de Régis Bismuth (p. 8), Anton Moiseienko (p. 35) et Leanna Burnard et Mira Naseer (p. 23).

d'un projet<sup>8</sup>, et d'un projet qui vise généralement à créer un état d'esprit qui dénigre et déshumanise l'ennemi, et qui est reproduit systématiquement jusqu'à ce qu'il s'empare du cœur et de l'esprit de personnes qui ne sont normalement soumises qu'à cette information. À leur tour, les milices et les forces qui ne sont pas tellement soumises à la discipline juridique militaire sont utilisées. C'est ce qui s'est passé de manière extraordinaire avec le phénomène de la « Radio télévision libre des Mille Collines » au Rwanda, et c'est ce qui se passe dans la Russie de Poutine, où il existe un monopole absolu de la communication et où l'on a recours à des milices privées présentant les caractéristiques du groupe Wagner, qui recrute massivement des criminels.

Dans ce qui suit, j'aborderai les aspects criminologiques des problèmes fondamentaux de la prévention et de l'évitement des atrocités d'un point de vue international et européen, tant en ce qui concerne ses politiques de sécurité et de défense que l'harmonisation des sanctions pénales et des incriminations, ainsi que leur application, le cas échéant par le Parquet européen.

Je limiterai ces formulations criminologiques à la politique contre les interventions de groupes et de sociétés mercenaires dans les actions militaires et de guerre et à la politique de sanctions et de poursuites pénales au niveau européen, qui est d'une importance capitale, surtout dans une guerre *bâtarde* qui utilise les ressources énergétiques et alimentaires comme armes de guerre. Je laisserai pour plus tard deux autres aspects importants de la prévention des génocides, des crimes de guerre et des atrocités : la politique contre la diffusion systématique de fausses informations par l'adversaire à partir de son territoire ou du sien, et la lutte contre le « discours de haine » qui soutient les politiques génocidaires, les guerres illégales et les crimes de guerre. En tout état de cause, il convient de dire que la politique la plus raisonnable face aux guerres atroces et aux génocides est celle de la prévention qui, lorsqu'elle est dépassée par les faits, peut se transformer en mesure de répression<sup>9</sup>.

## 2. Interdire les mercenaires et les sociétés militaires et de sécurité privées équivalentes

Depuis 1949, la Convention pour la protection des victimes des conflits armés internationaux a identifié le concept de « mercenaires » comme un facteur de risque. Depuis lors, mais surtout depuis la guerre d'Irak, à l'initiative de pays africains particulièrement touchés par le phénomène, les Nations unies s'efforcent de réglementer, d'interdire et d'incriminer non seulement les mercenaires en particulier, mais aussi leurs modes d'organisation, que l'on entend aujourd'hui par « sociétés militaires et de sécurité privées » (SMSP). Il n'existe qu'une seule convention des Nations unies sur l'interdiction et la répression « du recrutement, de l'utilisation, du financement et de

l'instruction de mercenaires », qui ne prévoit son application qu'en dehors des conflits armés. La Convention incrimine (a) le recrutement, l'utilisation, l'entraînement ou la formation de mercenaires, (b) la participation directe d'un mercenaire à des hostilités ou à un acte concerté de violence, et (c) l'intention de commettre l'une des infractions énoncées dans la Convention, et appelle les États à les incorporer dans leur droit interne avec des peines adaptées à leur gravité. Pour sa part, l'Union africaine dispose depuis 1977 d'une convention pour l'élimination de l'activité mercenaire en Afrique, qui a été élargie dans le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples et qui étend également l'initiative aux gouvernements qui rassemblent des mercenaires pour se maintenir au pouvoir.

Le facteur de risque supplémentaire pour la commission d'atrocités dans les guerres est clairement l'intervention d'unités militaires en dehors de l'armée ordinaire, qui n'ont pas l'ordre et la discipline des armées professionnelles et auxquelles les États ont parfois recours précisément en raison de cette spécificité. Dans la guerre d'Ukraine, la Russie utilise deux armées de miliciens, le groupe dit Wagner d'une part et les unités tchéchènes de Kadyrov d'autre part. On ne sait pas lesquelles sont les plus atroces. Les premières, comme on le sait, sont composées en grande partie de criminels qui se voient offrir leur liberté après avoir purgé leur peine au combat, et de soldats de fortune, purement mercenaires, qui agissent au nom de la politique russe en Ukraine et dans l'ensemble de l'Afrique. Quant aux hommes de Kadyrov, il suffit de voir leurs slogans lorsqu'ils se prêtent à l'attaque, persuadés qu'ils trouveront un grand destin dans la mort. La « guerre sainte » est leur concept.

Lors de la guerre en Irak, l'intervention de milliers de « contractors », en particulier la société appelée à l'époque *Blackwater*, a fait l'objet d'une large couverture médiatique. On sait les crimes qu'ils ont commis contre la population civile et que leurs principaux dirigeants ont été condamnés par les tribunaux américains après de longs procès et graciés par Donald Trump dans les derniers jours de sa présidence<sup>10</sup>.

La prévention des atrocités consisterait essentiellement à interdire leur utilisation par les États et à les considérer, en droit pénal international, comme des organisations criminelles et à les punir en tant que telles. Le 4 décembre 1989, après neuf ans de débats, l'Assemblée générale des Nations unies a approuvé - sans vote - la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires. Cependant, non

8. Voir A. Pierre, « Le crime de masse en criminologie », *op. cit.*  
9. H. Nyseth Brehm, « Re-examining risk factors of genocide », *Journal of Genocide Research*, 2017, p. 61-87.

10. ACNUDH, « US pardons for Blackwater guards an "affront to justice" - UN experts », 2020 (<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/12/us-pardons-blackwater-guards-affront-justice-un-experts>); J. Aparac, « Business and armed non-State Groups: challenging the landscape of corporate (un)accountability in armed conflicts », *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, n° 2 (2020); S. Walklate, R. McGarry, « Typologies: Policing in Conflict and Post-conflict Zones », in *The Palgrave Handbook of Criminology and War*, Palgrave Macmillan, 2016.

seulement aucun progrès n'a été réalisé dans ce domaine, mais il y a eu des reculs, surtout depuis la guerre en Irak, où ces « sociétés militaires et de sécurité privées » ont fait une apparition massive, ce qui a rendu difficile la distinction entre les activités licites et criminelles de ces organisations. Tout cela a fait l'objet d'une étude approfondie, le *Document de Montreux*, produit par la Croix-Rouge internationale. Pour les besoins du présent article, il suffit de souligner que ce document recommande que les États exigent la responsabilité pénale pour tous les crimes internationaux pour lesquels le droit international exige une incrimination. Toutefois, comme l'indique le groupe de travail de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, il faut non seulement des recommandations et des codes de bonnes pratiques, mais aussi des normes juridiques contraignantes du droit international.

L'Union européenne a appliqué des mesures restrictives aux dirigeants du groupe Wagner (Conseil européen, Affaires étrangères, Actualités, 13 déc. 2021), pour leurs actions non seulement en Ukraine, mais aussi en Syrie et dans plusieurs pays africains. Mais il semble que l'UE n'ait pas d'opinion tranchée sur cette question, si ce n'est de savoir si les sociétés de mercenaires sont russes. En 2017, un débat a eu lieu au Conseil des droits de l'homme des Nations unies sur une résolution condamnant l'utilisation de mercenaires, au cours duquel les représentants des États-Unis et de l'Union européenne ont voté contre<sup>11</sup>. La même année, un débat a eu lieu au sein de la commission des affaires étrangères du Parlement européen, qui a publié un projet de résolution proposant que la Commission européenne ne passe des contrats qu'avec des sociétés de sécurité privées basées dans les États membres de l'UE et qu'il y ait un contrôle de leurs performances ainsi que des règles plus strictes pour leur passation de contrats et un critère commun et contraignant au sein des pays de l'Union européenne<sup>12</sup>.

Compte tenu de ce qui précède, il semble évident que l'UE devrait promouvoir dans son propre domaine un instrument législatif sur les SMSP, leurs manifestations criminelles et les propositions d'harmonisation recommandées par les États membres. Il est clair que l'UE a beaucoup à faire dans ce domaine. Elle y est parvenue en adoptant ce que l'on appelle la loi Magnitsky européenne<sup>13</sup>, qui prévoit l'application de sanctions en cas de génocide, de crimes contre l'humanité et d'autres violations des droits de l'homme telles que la torture, l'esclavage, les exécutions extrajudiciaires, les disparitions forcées et la détention arbitraire. Des sanctions peuvent également être adoptées pour d'autres violations des droits de l'homme, à condition qu'elles aient un caractère systématique ou

généralisé, comme la traite des êtres humains, les violences sexuelles, la liberté de réunion et d'association, la liberté d'opinion et d'expression, et la liberté de religion.

### 3. Sanctions et mesures restrictives de l'UE à l'encontre des auteurs d'actes criminels et harmonisation pénale européenne des comportements de contournement

Comme noté plus haut, les sanctions que les pays imposent à d'autres en conséquence de la guerre nécessitent une analyse juridique formelle, mais aussi une analyse de leur pertinence pour atténuer le niveau de violence de l'agresseur ou pour parvenir à la suppression des hostilités. Il est nécessaire d'étudier l'opérationnalisation criminologique réelle des cibles, tant les États que les personnes et les entreprises à neutraliser, et d'établir des critères européens sur la base matérielle de la responsabilité des personnes physiques et morales. Il ne suffit pas d'identifier les agents officiels de l'État agresseur ; il faut également identifier et étayer par des preuves claires les individus qui contrôlent les entreprises impliquées dans ces crimes. Une criminologie des entreprises et des criminels en col blanc sera certainement la bienvenue.

Les sanctions entre États pour prévenir la guerre ou en être la conséquence ont une tradition, en particulier en tant que politique commerciale. Les guerres napoléoniennes ont été marquées par des sanctions commerciales et des embargos sur les exportations, mais les mesures restrictives et les sanctions financières modernes, ainsi que le gel des biens et des avoirs, sont un phénomène moderne, déterminé précisément par les niveaux de mondialisation qui ont été atteints. La première réflexion sur ces sanctions en tant qu'arme de paix et de guerre que je connaisse est citée par Hermann Mannheim dans son ouvrage *War and Crime* cité plus haut, qui réfléchit pour la première fois aux limites de la médiation dans les phases antérieures à la guerre défensive, y compris les limites de la resocialisation. La réflexion sur son efficacité dans la prévention des guerres d'agression et des atrocités n'a pas cessé depuis<sup>14</sup>.

Mais le pire dans les sanctions contre les pays agresseurs, c'est qu'elles ne sont pas appliquées. Ce fut le cas des sanctions imposées par la Société des Nations : l'Italie n'a pas été soumise à un embargo sur le pétrole et le Royaume-Uni n'a pas bloqué le canal de Suez pour couper les approvisionnements des envahisseurs. Il convient de rappeler le coût pour l'Europe et le monde de l'embargo sur les armes imposé à la République espagnole. Il est surprenant, par exemple, que l'excellent ouvrage de René Cassin, *Les hommes partis de rien*, ne mentionne pas l'effet décisif de la défaite de la Seconde République espagnole sur l'invasion de l'Autriche, de la Tchécoslovaquie, puis de la Pologne et de la France. Une étude complète et récente est

11. 22 septembre 2017, A/HRC/36/L.2

12. E. Krahnmann et C. Friesendorf, *The role of private security companies (PSCs) in CSDP missions and operations*, Directorate-General for external policies of the Union (Bruxelles, 2011).

13. Règlement (UE) 2020/1998 du 7 décembre 2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits ; décision (PESC) 2020/1999 du 7 décembre 2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits.

14. *International Sanctions. A Report by a Group of Members of the Royal Institute of International Affairs* (Oxford University Press, 1938), fruit d'un groupe de travail en réponse à l'invasion italienne de l'Abyssinie.

proposée par Nicholas Mulder dans un ouvrage analysant la politique de sanctions de 1945 à nos jours<sup>15</sup>.

### 3.1 Confiscation et appropriation compensatoire des actifs soumis aux mesures restrictives

Si l'on observe les efforts des autorités de l'UE et des États membres pour appliquer efficacement les sanctions européennes, on constate des problèmes de manque de capacité d'identification et aussi de contournement des mesures par les individus ou les entreprises. Il s'agit plutôt d'améliorer la réglementation européenne qui régit tout cela et d'harmoniser ce qui est actuellement faible au niveau national. Il est clair que le non-respect des mesures, leur non-application par certaines autorités nationales et les manœuvres d'évitement des personnes concernées doivent faire l'objet des mêmes sanctions dans tous les pays, sans que les sujets des mesures puissent « choisir le prince » au sein de l'UE, selon l'expression de Cesare Pedrazzi.

La question nécessite d'urgence une harmonisation des incriminations et des sanctions définissant une nouvelle euro-criminalité, qui est en préparation depuis plusieurs semaines, à une vitesse inconnue dans la pratique législative de l'Union. La question, qui a été étudiée de manière intensive depuis l'invasion de l'Ukraine par la Russie, a deux conséquences. D'une part, l'harmonisation des différentes formes de non-respect des sanctions en tant que crime par le biais d'une directive et, d'autre part, l'attribution des pouvoirs de recherche de ces crimes au procureur européen.

Le Conseil européen du 9 février 2023 a réaffirmé son intention de demander des comptes pour les crimes de guerre et autres crimes graves commis en Ukraine et à soutenir la mise en place d'un mécanisme approprié pour la poursuite du crime d'agression. Le Conseil appuie les enquêtes du procureur devant la Cour pénale internationale ainsi que la mise en place à La Haye d'un mécanisme approprié pour la poursuite du crime d'agression qui a été rattaché à l'équipe commune d'enquête existante auprès d'Eurojust<sup>16</sup>. Le même Conseil européen a appelé à une coopération accrue entre les organismes publics de contrôle douanier, les autorités fiscales, les services de renseignement, les instituts de recherche et les agences statistiques afin d'améliorer la mise en œuvre des mesures coercitives et des sanctions. Il a conclu en faisant référence à l'action législative de l'UE en matière de politique de sanctions et créant l'incrimination de contournement des

sanctions dans un règlement et l'instrument d'harmonisation de l'infraction dans une directive, dont la proposition a été publiée après avoir reçu un vote favorable de la part du Parlement en décembre dernier<sup>17</sup>.

Cette disposition se fonde sur l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, qui établit une liste fermée d'euro-infractions, laquelle ne peut être étendue que si cela est nécessaire à la mise en œuvre d'une politique de l'Union, comme dans le cas des infractions constituant des abus de marché. Toutefois, l'article 83, paragraphe 1, prévoit lui-même que le Parlement et le Conseil peuvent étendre la liste des euro-infractions lorsque, compte tenu de l'évolution de la criminalité et d'un autre groupe d'infractions, elles sont particulièrement graves et revêtent une dimension transfrontalière<sup>18</sup>. L'extension du catalogue des euro-crimes au contournement de l'application de sanctions et de mesures qui ne sont pas seulement liées à la sécurité extérieure de l'Union s'est posée lors de la présidence européenne de la France en 2020. Le Conseil a alors sollicité l'approbation du Parlement puis a pris la décision d'engager cette procédure, adoptée le 28 novembre 2022.

Les mesures restrictives visent ou devraient viser, outre la coercition psychologique nécessaire pour dissuader des entités ou des personnes de déclencher ou de poursuivre une guerre, mais aussi à obtenir les ressources nécessaires pour financer la solidarité avec l'Ukraine dans les domaines civil et militaire et, à l'avenir, pour assurer la reconstruction de l'Ukraine face aux destructions massives qu'elle subit. Ce serait évidemment le cas si le crime d'agression et les crimes de guerre et crimes contre l'humanité étaient jugés par un tribunal, mais il semble clair qu'une telle attente serait renvoyée à un avenir incertain. Il est vrai aussi que l'objet des sanctions et les fonds et biens retenus pourraient être qualifiés de fruits directs ou indirects de ces crimes et faire l'objet de confiscations. C'est une question qui a été résolue dans tous les pays de l'Union, mais elle serait discutable et il n'y aurait pas de facilités pour une gestion européenne des fonds, à moins que cela ne soit établi dans la législation européenne.

Il convient de rappeler que l'invasion de l'Ukraine par la Russie et le soutien de l'Union européenne et de ses États membres a entraîné des coûts financiers extrêmement élevés et que son redressement est un enjeu majeur pour les intérêts financiers de l'Union européenne, qui verra à nouveau ses intérêts et son budget compromis lors de l'inévitable reconstruction de l'Ukraine. Ce point n'est

15. N. Mulder, *The Economic Weapon: The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War* (Yale University Press, 2022) qui a été suivi de plusieurs critiques très intéressantes éditées par Christopher Schaefer dans *Tocqueville 21 Book Forum*, mars 2022, avec une réponse de l'auteur.

16. Sur la complexité de l'exercice de la compétence pénale sur l'agression et les atrocités russes, voir la contribution de Federica D'Alessandra dans ce numéro (p. 60), ainsi que W. Schabas, « La Justice pénale et la guerre en Ukraine », *Blog Club des Juristes*, 19 mars 2022, et D. Rebut, J.-F. Laval et A.-L. Chaumette dans divers articles du même blog, ainsi que les diverses contributions au *Journal of International Criminal Justice* de septembre 2022, avec une introduction de Julia Geneus et Florian Jessberger.

17. Proposition de directive relative à la définition des infractions pénales et des sanctions applicables en cas de violation des mesures restrictives de l'Union, 2 décembre 2022.

18. K. Tiedemann et A. Nieto, *Eurodelitos, con edición mexicana de INACIPE de 2006: el derecho penal económico en la Unión Europea*, UCLM, Cuenca 2005; M. Muñoz de Morales et L. Arroyo Zapatero « Le contrôle des choix de pénalisation : effets directs et indirects », in G. Giudicelli Delage et S. Manacorda (dir.), *Cour de Justice et Justice Pénale en Europe*, UMR de Droit Comparé de Paris, vol. 19 (Société de Législation Comparée, 2010), p. 23-55 et L. Arroyo Zapatero et M. Muñoz Morale, « L'harmonisation autonome », in G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne* (Société de Législation Comparée, 2012), p. 113-139.

pas explicite dans les documents relatifs à la directive comme le relève Andres Dornbierer dans une récente étude<sup>19</sup>. Cependant, le 30 novembre 2022, Ursula von der Leyen a déclaré que « la Russie doit également payer financièrement pour la dévastation qu'elle a causée. Le préjudice subi par l'Ukraine est estimé à 600 milliards d'euros. La Russie et ses oligarques doivent indemniser l'Ukraine pour les dommages subis et couvrir les coûts de reconstruction du pays. Et nous avons les moyens de faire payer la Russie. Nous avons bloqué 300 milliards d'euros de réserves de la Banque centrale russe et nous avons gelé 19 milliards d'euros d'avoirs des oligarques russes. À court terme, nous pourrions créer, avec nos partenaires, une structure pour gérer ces fonds et les investir. Nous utiliserions ensuite les recettes en faveur de l'Ukraine. Et une fois les sanctions levées, ces fonds devraient être utilisés pour que la Russie indemnise intégralement les dommages causés à l'Ukraine. Nous travaillerons à la conclusion d'un accord international avec nos partenaires pour rendre cela possible. Et ensemble, nous trouverons les moyens légaux pour y parvenir. Les crimes horribles commis par la Russie ne resteront pas impunis »<sup>20</sup>.

Mais jusqu'à présent, la question est à la fois simple et surprenante, car il semble que l'UE ait pris soin de prévoir législativement un système de mesures financières coercitives qui ne se transformerait pas en confiscation d'actifs en cas d'échec, ce qui revient à dire que si la guerre en Ukraine devait se terminer autrement que par une improbable reddition inconditionnelle de la Russie, tous les actifs et titres saisis devraient être restitués à la Russie. De son côté, l'UE devrait alors établir une taxe spéciale pour couvrir les coûts du soutien à l'Ukraine, tant en termes d'armements livrés dans le cadre de son action de guerre défensive que d'assistance fournie aux millions de personnes déplacées, ainsi que le futur plan de redressement. Le fait est que le programme actuel de la directive en question, ainsi qu'un autre programme en cours de préparation sur la confiscation, qui sera précisé prochainement, n'envisage que la création d'infractions pour le contournement et la violation des règlements et des dispositions qui imposent les mesures. L'UE a jusqu'à présent évité de décider de convertir les mesures restrictives provisoires en mesures définitives, c'est-à-dire de confisquer les biens et les actifs soumis à ces mesures lorsque l'objectif visé, en l'occurrence la cessation des hostilités et de l'occupation de l'Ukraine par la Russie, aura été atteint. Ce n'est pas seulement ce qui manque dans cette proposition de directive, mais aussi dans le règlement 2020/1998 sur les mesures restrictives et sa décision corrélative 2020/1999<sup>21</sup>.

La proposition de directive sur le recouvrement et la confiscation du 25 mai 2022, qui se limite à étendre la confiscation aux crimes de contournement des mesures, n'aborde pas non plus la question. Ainsi, au considérant 6, il est indiqué : « La présente directive ne régit pas le gel des fonds et des ressources économiques dans le cadre des mesures restrictives de l'Union », et au considérant 11, il est prévu que la saisie et la confiscation soient étendues au non-respect des mesures restrictives lorsque la proposition de décision (du 2 décembre 2022) aura été adoptée, de sorte que parmi les infractions auxquelles s'applique le nouveau règlement sur la confiscation, il est prévu à l'art. 1. 2 : « La présente directive établit également des règles visant à faciliter la mise en œuvre effective des mesures restrictives de l'Union et le recouvrement ultérieur des biens concernés lorsque cela est nécessaire pour prévenir ou détecter les infractions pénales liées à la violation des mesures restrictives de l'Union ou pour enquêter en la matière ».

Toute la question réside dans la crainte largement répandue que la confiscation de ces biens doit être effectuée dans le cadre d'une procédure complexe qui aboutirait à des litiges devant la CJUE à Luxembourg et, le cas échéant, à Strasbourg, instances qui pourraient ne pas reconnaître une procédure régulière ou une violation des droits de propriété. Ceux qui ont cette inquiétude ont de bonnes raisons, et il suffit de regarder la décision de la Cour de Luxembourg du 8 mars 2023 annulant l'application de mesures restrictives à l'encontre de la mère du fondateur de Wagner, qui dispose d'un patrimoine considérable, apparemment parce que, tout simplement, la Commission n'a pu obtenir du registre du commerce de Moscou ni l'accès ni les documents prouvant l'origine et le développement des actifs et des sociétés appartenant au criminel de guerre et au chef des mercenaires russes avant 2019<sup>22</sup>, un argument qui est tout à fait étranger à la doctrine de la Cour elle-même, qui appelle à l'interprétation des affaires « dans leur contexte », qui n'est autre qu'un état de guerre ouverte.

Une conclusion de ce qui précède est que l'UE ne devrait pas seulement se limiter à définir et harmoniser les comportements qui contournent les mesures restrictives, mais devrait également inclure dans le catalogue des infractions punissables susceptibles de confiscation les comportements proscrits par l'article 3 de la proposition de directive. La définition des comportements illicites peut et doit être faite dans le Règlement 2020/1998 concernant

19. A. Dornbierer, « From sanctions to confiscation while upholding the rule of law », Basel Institut on Governance, Working Paper 42, Febrero 2023  
 20. Déclaration de la présidente de la Commission européenne, Bruxelles, 30 novembre 2022 et B. de Miguel, « La UE promueve la confiscación de bienes rusos para pagar la reconstrucción de Ucrania », *El País*, 9 mai 2022; Russian Elites, Proxies, and Oligarchs Task Force Joint Statement, U.S. Department of the Treasury, 29 juin 2022, <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0839>.  
 21. Très critique à l'égard de la Commission : J. Nielsen, « Considering the EU Commission' proposal on its Directive for Criminal Penalties for Violations of

Restrictive Measures in the Context of a Comparative Analysis with United States Sanction Enforcement », 2022, <https://ssrn.com/abstract=4283807>; voir aussi M. Kilchling, « Beyond Freezing? The EU's Targeted Sanctions against Russia's Political and Economic Elites, and their Implementation and Further Tightening in Germany », *EUCRIM*, 2/2022 pp 136-146; sur leur criminologie : Réseau Eurojust/Genocide, *Prosecution of sanctions (restrictive measures) violations in national jurisdictions: a comparative analysis*, La Haye, décembre 2021; Eurojust, *Key factors for successful investigations and prosecutions of core international crimes*, Bruxelles, 2022.  
 22. A. Pinggen, « Annulment of Restrictive Measures Applied to Mother of Wagner Group Founder », *eucri*, 10 mars 2023 (<https://eucri.eu/news/annulment-of-restrictive-measures-applied-to-mother-of-wagner-group-founder/>) et la decisión du TJUE du 8 mars 2023.

les mesures restrictives à l'encontre des violations graves et des abus des droits de l'homme. Il est intéressant de noter qu'en énonçant les infractions pour lesquelles ce Règlement s'applique, il mentionne le génocide (a) et les crimes contre l'humanité (b) mais ne mentionne pas le crime d'agression ou les crimes de guerre.

Il serait donc nécessaire d'incorporer une disposition dans le règlement 2020/1998 qui, sans préjudice de son libellé définitif, établirait que « lorsque des actions constituant des abus ou des violations des droits de l'homme qui sont à la base de l'adoption de mesures se poursuivent malgré cela, les fonds et les ressources économiques obtenus sont confisqués et affectés à la réparation des dommages causés ou qui continuent d'être causés ou au recouvrement des dépenses encourues, notamment en raison d'une guerre illégalement déclarée contre un autre pays. Le Conseil de l'UE a tous les pouvoirs d'administration et d'affectation ».

**3.2 Pertinence, dans la directive d'harmonisation, de l'incrimination d'intention et de témérité : le problème de l'ignorance délibérée**

Mais la criminologie révèle que l'un des problèmes les plus graves auxquels se heurte une incrimination harmonisée des comportements qui contournent les mesures restrictives est celui de la responsabilité subjective. La proposition de directive mentionne à l'article 3, paragraphe 1 bis, que « les violations des mesures restrictives de l'Union (qui) constituent une infraction pénale lorsqu'elles sont commises intentionnellement » seront punies par les sanctions pertinentes prévues à l'article 5 et, précédemment, à l'article 3. L'article 3 paragraphe 3 prévoit que « les comportements visés au paragraphe 2, points a) à g), constituent également une infraction pénale s'ils ont été commis par négligence grave », sans qu'il y ait d'indication sur la sanction à harmoniser pour ces cas, ce qui mérite une première réflexion, étant donné que les sanctions pour les comportements imprudents sont habituellement minimales, excluant généralement l'emprisonnement et se réduisant à une amende, qui est souvent inférieure à la sanction administrative pécuniaire.

La criminologie souligne précisément qu'en pratique, ce qui se passe habituellement dans tous ces faits dont la substance principale consiste en un non-respect des règles et des règlements est résolu comme une imprudence, parce qu'il ne peut être prouvé que le comportement principal a été effectué en connaissance des circonstances et de l'interdiction du comportement. Or, dans la plupart des affaires pénales réalisées en violation de réglementations administratives ou commerciales telles que celles en question, les sujets agissent dans une ignorance délibérée qui les empêche d'avoir conscience des circonstances et des dispositions de l'immobilisation des biens ou de savoir que leur mobilisation enfreignent les réglementations générales ou spécifiques qui s'appliquent à eux. Il s'agit d'un comportement très conscient dans la pratique par lequel le sujet refuse de se rendre compte qu'il est soumis

à une mesure restrictive et exécute néanmoins l'acte de disposition. Le droit national ou européen ne peut ignorer cette réalité car elle facilite ce que certains systèmes juridiques appellent la fraude, bien que l'expression qui identifie le mieux le comportement subjectif du sujet et ses conséquences soit celle d'agir dans l'ignorance délibérée (« *wilful blindness* », « *Rechtsblindheit* »)<sup>23</sup>.

Ces comportements visant à échapper à la criminalité sont typiques des domaines d'activité des professionnels et des organisations commerciales, comme c'est généralement le cas, par exemple, dans le domaine de la criminalité économique des entreprises ou sur le marché des biens culturels protégés, qui a récemment fait l'objet de nombreuses études. À cet égard, les études criminologiques indiquent que les marchands d'art ignorent souvent qu'ils ont affaire à des biens culturels protégés parce qu'ils n'ont pas voulu vérifier leur véritable origine ou leur nature protégée, malgré le fait qu'il existe généralement des indices initiaux à cet égard, ce qui laisse toute la protection de ces biens culturels dans l'incertitude<sup>24</sup>.

Par conséquent, une disposition devrait être introduite dans l'harmonisation des infractions pénales de contournement des règles sur les mesures restrictives, afin d'éviter la requalification automatique du comportement criminel en responsabilité pour négligence et la sanction d'une amende uniquement pour les abus commis dans une attitude d'ignorance délibérée. Il s'agit d'une disposition qui garantirait que la directive soit appliquée de manière égale dans toute l'Union européenne, sans qu'aucun pays ne puisse devenir inconsidérément la « Principauté » des délits de négligence.

Il suffirait d'ajouter à l'article 5, après le paragraphe 4, une disposition 4 bis stipulant que « les mêmes sanctions que celles prévues aux deux paragraphes précédents s'appliquent aux comportements respectifs lorsqu'ils sont commis dans l'ignorance délibérée soit de la soumission des biens ou des fonds à des mesures restrictives, soit de la portée et de la signification de ces mesures restrictives ». La signification de cette disposition est bien connue en *common law* et dans certains pays de droit continental. Distinguer la malice de l'insouciance représente un problème théorique profond et d'une extrême complexité, mais tout est résolu si la loi le prévoit et il ne s'agit plus d'une simple question doctrinale ou théorique. La doctrine n'aura plus qu'à élaborer des critères permettant de discriminer certains comportements plus graves que d'autres. Le droit, dans ce cas, est d'abord fondamentalement un système de qualification des délits

23. Sur l'expérience allemande établie de ce problème, en particulier en matière de saisie, voir K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, (5<sup>e</sup> éd., Wahlen, 2018), en particulier p. 257 et s.

24. Voir S. Manacorda et D. Chapell, *Crime in the Art and Antiquities World, Illegal Trafficking in Cultural Property*, Springer, 2011; K. Polk et D. Chappell, « Fakers and Forgers, Deception and Dishonesty: An Exploration of the Murky World of Art Fraud », *Current Issues in Criminal Justice*, 2009, vol. 20 issue 3, p. 393-412; D. Chappell et K. Polk, *The Peculiar Problem of Art Theft, Contemporary Perspectives on the Detection, Investigation and Prosecution of Art Crime* (Routledge, 2014).

et d'attribution des peines. La disposition ne dit pas que l'ignorance délibérée est une faute intentionnelle, mais seulement qu'elle est punie de la même peine que la faute intentionnelle<sup>25</sup>.

### Conclusion

Pour le champ pénal, la réponse à la guerre et aux atrocités doit être principalement juridique, de dénonciation et de sanction pénale sanctionnant la réaction criminelle, mais pas aveuglément, mais de manière réflexive et contextuelle, ce qui nécessite une *vision criminologique* pour soutenir le juridique.

La criminologie nous apprend que *l'impunité* pour les atrocités est le facteur criminogène le plus fort, c'est pourquoi il est essentiel de soumettre les responsables de cette guerre et de sa conduite à la justice pénale, soit à la CPI, soit à un tribunal international *ad hoc*, soit à un tribunal ukrainien internationalisé avec la coopération de l'Union européenne.

La guerre ukrainienne a commencé avec une armée de mercenaires, le groupe Wagner, les « petits hommes verts » qui ont occupé la Crimée en 2014. Leur incrimination harmonisée pour la poursuite pénale précoce des mercenaires peut prévenir et éviter l'assaut ultérieur avec des armées ordinaires.

La politique de sanctions contre les pays agresseurs n'a pas d'alternative pour le reste des pays européens, ou plutôt leur seule alternative est la mobilisation et la guerre, car il n'est pas acceptable de se soumettre à une politique de guerre impérialiste dont on ne connaît pas les limites et qui serait source de nouveaux dangers. La seule véritable alternative à la guerre est de fournir des armements à un peuple qui a pris les armes et d'appliquer des sanctions économiques qui, si la guerre ne s'arrête pas, doivent devenir des sanctions définitives, avec des fonds et des biens confisqués destinés à indemniser le pays victime, à aider à sa reconstruction et son développement, ainsi qu'à financer les engagements financiers que l'UE a contractés en matière d'armement et de solidarité avec les personnes déplacées. Pour l'assurer juridiquement, il est nécessaire

*d'inclure la guerre d'agression et les crimes de guerre parmi les infractions justifiant l'adoption de mesures restrictives et de prévoir la confiscation des biens et des valeurs dans le règlement 2020/1998, ainsi que dans la proposition de directive sur la saisie et la confiscation, et d'inclure dans la proposition de directive sur l'harmonisation des délits de contournement des mesures les comportements effectués dans l'ignorance délibérée.*

En définitive, l'UE doit relever le défi de concevoir la qualification juridique des violations du droit international qu'elle souhaite traiter, et elle doit donc compléter le concept de mesures par la définition de la violation internationale qui fonde, d'abord, l'application de mesures restrictives et, ensuite, la confiscation, dans des conditions qui ne soient pas répréhensibles par nos organes de tutelle des droits de l'homme. La criminologie des comportements de ceux qui contribuent à la guerre et font l'objet de mesures et de leurs modes de fonctionnement financier appelle à *la criminalisation des comportements de contournement des mesures* par des peines d'emprisonnement sévères et à *l'harmonisation des délits et des peines* dans l'ensemble de l'Union européenne.

La criminologie des entreprises et de leurs dirigeants invite à sanctionner les comportements dans ce contexte d'affaires pour punir non seulement les comportements de contournement sciemment et volontairement, comme le propose la directive, *mais aussi les comportements d'ignorance délibérée*, avec des peines équivalentes à la faute intentionnelle, à la différence des peines pour la négligence elle-même, qui est assortie de peines très légères.

Par ailleurs, l'expérience positive de l'efficacité du Parquet européen dans la poursuite pénale des délits contre les intérêts financiers de l'UE a incité les ministres français et allemand de la justice à proposer d'étendre ses compétences aux infractions aux sanctions<sup>26</sup>. Sans harmonisation de la recherche pénale par le biais du procureur européen, il n'y aura pas d'harmonisation réelle des infractions. Nous sommes véritablement dans un droit pénal global et, comme le souligne Adam Nieto, dans une ère de justice pénale postnationale<sup>27</sup>.

25. Voir par exemple F. Rossi, « Un'introduzione al problema dell' » ignoranza deliberata » nella teoria dell'elemento soggettivo del reato », in *La legislazione penale*, 27 septembre 2022 <https://www.la legislazione penale. eu/>; R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona 2008; J.-L. Marcus, « Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness », *The Yale Law Journal*, 1993, 102, 8; F. Curi, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, (Guiffre 2003); A. Sarch, *Criminally Ignorant : Why the Law Pretends We Know What We Don't* (Oxford University Press, 2019).

26. E. Dupond-Moretti et M. Buschmann, « L'appel des ministres français et allemand de la justice : « Nous souhaitons l'extension de la compétence du parquet européen aux violations des sanctions prises par l'UE », *Le Monde*, 29 novembre 2022 ([https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/11/29/l-appel-des-ministres-francais-et-allemand-de-la-justice-nous-souhaitons-l-extension-de-la-competence-du-parquet-europeen-aux-violations-des-sanctions-prises-par-l-ue\\_6152070\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/11/29/l-appel-des-ministres-francais-et-allemand-de-la-justice-nous-souhaitons-l-extension-de-la-competence-du-parquet-europeen-aux-violations-des-sanctions-prises-par-l-ue_6152070_3232.html)).

27. A. Nieto Martín, *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the Twenty-First Century* (Palgrave, Cham, 2022).



Leanna Burnard • Legal Advisor, REDRESS

Mira Naseer • Legal Fellow, REDRESS

## Sanctionner. Confisquer. Compenser. Comment l'argent russe peut être utilisé pour compenser les victimes ukrainiennes

Depuis l'invasion de l'Ukraine par la Russie, 18 milliards de livres sterling d'actifs appartenant à des particuliers russes ont été gelés dans le cadre du régime de sanctions contre la Russie au Royaume-Uni<sup>1</sup>, et 19 milliards d'euros ont été gelés par l'Union européenne<sup>2</sup>. Un an après le début de l'invasion, les gouvernements se demandent ce qu'il faut faire des vastes quantités de richesses ainsi gelées dans leurs juridictions<sup>3</sup>. Cet article explore les voies légales qui pourraient permettre la confiscation et la réaffectation des avoirs gelés au profit des victimes et des survivants de l'invasion<sup>4</sup>. Il examine les possibilités de réaffectation dans le contexte du droit aux réparations, qui comprend une compensation financière, inscrit dans le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire<sup>5</sup>.

1. Chiffres au 20 octobre 2022 issus du rapport annuel OFSI, page 7 : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1116689/OFSI\\_Annual\\_Review\\_2021-22\\_10.11.22.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1116689/OFSI_Annual_Review_2021-22_10.11.22.pdf).
2. Chiffres au 30 novembre 2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_7311](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7311).
3. Voir par exemple, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/6930/text>; <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2022/12/canada-starts-first-process-to-seize-and-pursue-the-forfeiture-of-assets-of-sanctioned-russian-oligarch.html>. Voir aussi, <https://news.un.org/en/story/2022/11/1130587>.
4. Cet article porte spécifiquement sur l'argent appartenant à des particuliers, provenant de violations des droits de l'homme ou de la corruption, et non sur l'argent ou les biens de l'État. Sur cette dernière question, voir les contributions dans ce numéro de Régis Bismuth (page 8) et Anton Moiseienko (page 35).
5. Article 8 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (« DUDH »); Article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; Article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; Article 24 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées; Article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; Article 75 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale; Article 3 de la Convention (IV) de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre; et la Règle 150 du droit international humanitaire coutumier du CICR.

Pendant des décennies, l'Europe a été un refuge pour le blanchiment d'argent à l'échelle mondiale<sup>6</sup>. Les richesses amassées par les oligarques et les kleptocrates russes ont été acheminées, par le biais de structures fiscales complexes, d'intermédiaires et de facilitateurs, vers des propriétés de luxe, des yachts, des jets privés et des comptes bancaires offshore<sup>7</sup>. Le conflit en cours en Ukraine et son impact dévastateur sur le peuple ukrainien ont mis cette problématique au premier plan du débat public et politique. Le peuple ukrainien a été victime d'une série de crimes internationaux, notamment d'exécutions sommaires, de bombardements aveugles, de violences sexuelles et de pillages de biens civils<sup>8</sup>. Le monde entier s'interroge sur la manière d'arrêter la guerre, de faire en sorte que les responsables des crimes commis répondent de leurs actes et d'accorder des réparations aux victimes<sup>9</sup>.

En vertu du droit international, les victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire ont droit à des réparations<sup>10</sup>. Pourtant, des lacunes considérables subsistent dans le dédommagement effectif des victimes. Souvent, les décisions de justice ne prévoient pas de réparations ou de dommages-intérêts adéquats pour les préjudices causés par les violations du droit international, et la mise en œuvre des décisions est inégale lorsque de telles réparations sont accordées. Dès lors, et les victimes sont largement tributaires de la générosité des donateurs et des fonds publics spéciaux, qui sont souvent sous-financés<sup>11</sup>.

Des sanctions ciblées, imposées à des individus et à des entités, plutôt qu'à des États ou à des secteurs économiques entiers, ont été imposées par des gouvernements

6. A.B. Guardia, « The world's dirty money by the numbers », *Politico*, 19 mai 2020 (<https://www.politico.eu/article/the-world-dirty-money-by-the-numbers/>)
7. « Why is London so attractive to tainted foreign money? », *The Economist*, 7 mai 2022 (<https://www.economist.com/britain/why-is-london-so-attractive-to-tainted-foreign-money/21809124>); « Western nations face a challenge seizing property from Russian oligarchs », *France 24*, 7 mars 2022 (<https://www.france24.com/en/europe/20220307-western-nations-face-a-challenge-seizing-property-from-russian-oligarchs>); « UK is "top destination" for Russians looking to hide dirty money in property », *OpenDemocracy*, 25 février 2022 (<https://www.opendemocracy.net/en/dark-money-investigations/uk-top-destination-for-russians-to-hide-dirty-money-in-property/>).
8. « Ukraine: Apparent War Crimes in Russia-Controlled Areas », *Human Rights Watch*, 3 avril 2022 (<https://www.hrw.org/news/2022/04/03/ukraine-apparent-war-crimes-russia-controlled-areas>).
9. Résolution AG NU A/RES/ES-11/5.
10. Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, Article VII (<https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>).
11. Par exemple, des sentences d'environ 300 millions de dollars ont été prononcées en faveur de victimes de tortures et d'autres abus perpétrés par le régime d'Hissène Habré au Tchad. Pourtant, à ce jour, ces victimes n'ont reçu aucune de ces sommes. De même, une sentence de plus de 2 milliards de dollars en faveur de 10 000 victimes du régime de l'ancien président philippin Ferdinand Marcos n'a pas encore été honorée par la succession de Marcos. Voir *REDRESS Framework for Financial Accountability*, page 5 (available at: <https://redress.org/wp-content/uploads/2021/03/Financial-Accountability-for-Torture.pdf>).

du monde entier en réponse à l'invasion de l'Ukraine<sup>12</sup>. Elles visent à geler les actifs de la personne ou de l'entité sanctionnée dans la juridiction à l'origine de la sanction, et à empêcher la personne sanctionnée de se rendre dans cette dernière. Il est également interdit à tout ressortissant de l'État à l'origine de la sanction de d'entretenir des relations économiques ou financières avec la personne sanctionnée. L'objectif de ces mesures restrictives est de dissuader leurs cibles de continuer à commettre des violations et à les obliger à rendre des comptes pour les violations passées. Même dans les cas où un individu n'a pas d'actifs dans la juridiction qui prononce la sanction et n'a pas l'intention de s'y rendre, la condamnation de ses actions par la communauté internationale peut induire un changement de comportement.

Si les régimes de sanctions constituent une première étape importante dans l'établissement des responsabilités pour l'agression russe, ils sont loin de fournir une réparation effective aux victimes. Les avoirs gelés dans le cadre des sanctions ne peuvent actuellement pas être réaffectés à des fins de réparation. Simplement, leur utilisation par la personne sanctionnée est interdite, jusqu'à ce qu'une décision soit prise pour les débloquer ou que des droits d'usage temporaires soient accordés. En pratique, cela signifie que les avoirs peuvent rester gelés indéfiniment. La législation existante est largement inadaptée pour transférer la propriété des actifs gelés au gouvernement à l'origine de la sanction, ce qui lui permettrait de liquider ces actifs et d'en réaffecter le produit à titre de réparation. De nouvelles lois sont nécessaires pour passer du gel à la confiscation afin de résoudre le double problème d'avoirs illicites et de l'octroi de réparations effectives aux victimes et aux survivants des conflits.

## 1. Mécanismes actuels visant les avoirs illicites

### A. Des sanctions ciblées

De nombreuses juridictions, dont l'UE et le Royaume-Uni, ont adopté des régimes de sanctions ciblées afin d'atteindre des objectifs spécifiques de politique étrangère ou de sécurité nationale<sup>13</sup>. Les régimes de sanctions sont soit

thématiques, comme les régimes de sanctions Magnitsky qui sont conçues pour lutter contre les violations du droit international des droits de l'homme et la corruption, soit géographiques, comme les règlements européens sur la Russie<sup>14</sup>, qui ont été utilisés pour sanctionner les oligarques et d'autres personnes soutenant le régime de Poutine et la guerre.

Les sanctions ciblées sont un outil de politique étrangère plutôt qu'un mécanisme de responsabilité légale. Leur objectif principal est d'encourager un changement de comportement chez les personnes sanctionnées, plutôt que de punir les responsables. Les règlements actuels en matière de sanctions ne permettent pas la confiscation des avoirs gelés et, par conséquent, ces avoirs peuvent rester intacts dans la juridiction sanctionnée pendant des années, ce qui entraîne un gaspillage et la perte de tout bénéfice potentiel pour les victimes. Un exemple est le manoir de 9 millions de livres sterling à Londres du fils de l'ancien dictateur libyen Mouammar Kadhafi, qui a été saisi après qu'il ait été sanctionné par le Royaume-Uni en 2012<sup>15</sup>. Dix ans plus tard, la propriété tombe en ruine et les efforts déployés pour la liquider et en restituer le produit de cession au peuple libyen ont été semés d'embûches<sup>16</sup>. De même, en Europe continentale, les gouvernements ont du mal à faire face à l'entretien coûteux des super-yachts russes gelés<sup>17</sup>. Il est permis de s'interroger sur l'avenir de l'ensemble des biens de luxe russes actuellement gelés si la législation n'est pas modifiée<sup>18</sup>. Des mécanismes de confiscation et de réaffectation sont nécessaires pour garantir que les opportunités d'utiliser les avoirs gelés à titre de réparation pour les victimes ne soient pas gaspillées.

### B. Mesures de confiscation des avoirs

En dehors du contexte des sanctions, certains mécanismes existants au sein de l'UE et du droit britannique permettent la confiscation des avoirs. Toutefois, leur application est limitée, ce qui les rend inopérants dans le contexte actuel.

12. <https://www.gov.uk/government/collections/uk-sanctions-on-russia>; <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/>; <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/ukraine-russia-related-sanctions>; [https://www.international.gc.ca/world-monde/issues\\_development-enjeux\\_developpement/reesponse\\_conflict-reponse\\_conflicts/crisis-crisis/ukraine-sanctions.aspx?lang=eng#:~:text=Canada%20is%20imposing%20sanctions%20against%206%20entities%20involved%20in%20gross,Ukraine%20and%20anti%20democratic%20policies.](https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/reesponse_conflict-reponse_conflicts/crisis-crisis/ukraine-sanctions.aspx?lang=eng#:~:text=Canada%20is%20imposing%20sanctions%20against%206%20entities%20involved%20in%20gross,Ukraine%20and%20anti%20democratic%20policies.;); <https://www.dfat.gov.au/international-relations/security/sanctions/sanctions-regimes/russia-sanctions-regime#:~:text=Australia%20imposes%20autonomous%20sanctions%20in,extended%20in%202015%20and%202022.>

13. Par exemple, l'objectif du régime de sanctions ciblées de l'UE liées à l'indépendance et à l'intégrité territoriale de l'Ukraine est « d'imposer à la Russie de lourdes conséquences pour ses actions et de contrer efficacement les capacités de la Russie à poursuivre l'agression ». Voir <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/>. L'objectif du régime anglais dit *Global Human Rights Sanctions Regime* est de « dissuader

et de responsabiliser » les auteurs de certaines violations des droits de l'homme. Voir GHRs Regulations (2020), Section 4(1), <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2020/680/regulation/4>.

14. *The UK Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019*, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2019/855/contents>.

15. « £10m house in expensive London suburb recovered by Libya », *Global Witness* (<https://www.globalwitness.org/en/archive/10m-house-expensive-london-suburb-recovered-libya/>).

16. Paul Peachey, « Libya's rotting London mansion and the mystery of the missing Qaddafi billions », *The National News*, 1<sup>er</sup> février 2022 (<https://www.thenationalnews.com/world/uk-news/2022/02/01/libyas-rotting-mansion-and-the-mystery-of-the-60bn-qaddafi-fortune/>).

17. Stephen Beard, « Floating liabilities: Western authorities grapple with the cost of seizing oligarchs' superyachts », *Marketplace*, 19 mai 2022 (<https://www.marketplace.org/2022/05/19/floating-liabilities-western-authorities-grapple-with-the-cost-of-seizing-oligarchs-superyachts/>).

18. Jack Sidders, « Top London Properties Owned By Russian Oligarchs Are Frozen in Time », *Bloomberg*, 30 novembre 2022, (<https://www.bloomberg.com/graphics/2022-sanctioned-properties-in-london/>).

### Confiscations fondées sur des condamnations

Les confiscations fondées sur des condamnations permettent de confisquer les produits du crime à la suite d'un procès ou d'une reconnaissance de culpabilité. Lorsqu'un individu est reconnu coupable de violations des droits de l'homme, telles que la torture, les crimes contre l'humanité, le génocide et les crimes de guerre, les tribunaux peuvent ordonner des dommages-intérêts ou des confiscations qui permettent aux victimes de compenser financièrement leur préjudice, les pertes ou les dommages subis du fait de l'infraction commise. Dans ces hypothèses, les dommages-intérêts ne visent pas spécifiquement les biens ayant un lien avec l'infraction, mais l'auteur de l'infraction<sup>19</sup>.

Pour les condamnations pour corruption impliquant un détournement de fonds publics, le produit des actes de corruption est rapatrié dans le pays d'origine plutôt que d'être versé à titre de dédommagement aux victimes individuelles<sup>20</sup>. Ces affaires peuvent être compliquées, comme l'illustre le cas du vice-président de la Guinée équatoriale, Nguema Obiang. Des biens lui appartenant, d'une valeur de plus de 200 millions de dollars, ont été confisqués dans le cadre de procédures pénales en Suisse<sup>21</sup>, aux États-Unis<sup>22</sup> et en France<sup>23</sup>. Ces gouvernements s'interrogent sur la manière de restituer ces actifs au peuple de Guinée équatoriale, où le régime notoirement corrompu à l'origine du détournement de ces actifs est toujours au pouvoir. Dans une situation similaire, à la suite de la condamnation de l'oncle du président syrien Bashar Al Assad pour blanchiment d'argent, les autorités françaises cherchent à liquider ses propriétés de luxe et à restituer le produit de cession aux victimes de la guerre civile en Syrie<sup>24</sup>.

Si ces mécanismes de confiscation peuvent être efficaces dans certaines hypothèses, ils soulèvent d'épineux problèmes s'agissant de l'objectif de dédommagement des victimes. Notamment, toute condamnation doit être fondée sur des preuves satisfaisant les règles applicables en droit pénal. Or, l'application des standards élevés du droit pénal est particulièrement compliquée dans des dossiers de corruption, qui nécessitent des enquêtes approfondies et compliquées, qui peuvent être chronophages et exigeantes. En outre, en cas de condamnation, tous les produits tirés de la corruption sont rapatriés, plutôt que réaffectés en tant que réparations pour les victimes<sup>25</sup>. Le résultat d'une telle procédure pourrait être la restitution des actifs confisqués au peuple russe, plutôt qu'aux victimes en Ukraine.

### Confiscations en l'absence de condamnation

Les confiscations sans condamnation sont une voie plus efficace, puisque les exigences en matière de preuve sont moins élevées. Toutefois, dans le contexte des violations du droit international et des droits de l'homme, ces mécanismes restent limités.

Ces mesures de confiscation permettent généralement aux autorités publiques de confisquer des biens lorsque la preuve est apportée qu'ils ont été obtenus par un comportement illégal<sup>26</sup>. Or, cette preuve peut être difficile, notamment lorsque les faits remontent loin dans l'histoire, ou sont cachés derrière des structures financières complexes. Le Royaume-Uni a tenté de remédier à cette situation par le biais du mécanisme des injonctions pour fortune inexplicite (« *Unexplained Wealth Orders* » ou UWO)<sup>27</sup>. Lorsque certaines conditions sont remplies, une UWO peut viser n'importe quel bien immobilier au Royaume-Uni, renversant la charge de la preuve pour exiger que le propriétaire apporte la preuve que le bien a été acquis de manière légitime. Si l'injonction reste lettre morte, le bien est présumé avoir été acquis de manière illégale, ce qui permet sa confiscation<sup>28</sup>. Cette législation ambitieuse s'est toutefois révélée largement inefficace dans la lutte contre la grande corruption. En partie, y a joué le fait que les tribunaux britanniques aient accepté d'évaluer l'origine licite ou illicite des avoirs à l'aune de la loi du pays où les actes de corruption ont eu lieu<sup>29</sup>. Cela signifie que

19. Par exemple, au Royaume-Uni, les décisions d'indemnisation sont autorisées en vertu de la section 130 du *Powers of Criminal Courts (Sentencing Act) 2000*/ chapitre 2 du *Sentencing Act*, et les décisions de confiscation sont autorisées en vertu de la section 6 du *Proceeds of Crime Act 2002* (loi sur les produits du crime).
20. Conformément à l'article 57 de la Convention des Nations Unies contre la corruption.
21. Agence France Presse, « Swiss to auction 25 supercars seized from son of Equatorial Guinea dictator » *The Guardian*, 29 septembre 2019 (<https://www.theguardian.com/world/2019/sep/29/swiss-to-auction-25-supercars-seized-from-son-of-equatorial-guinea-dictator>); « Geneva closes graft case against Obiang's son, confiscates 25 luxury cars », *Reuters*, 7 février 2019 (<https://www.reuters.com/article/us-equatorial-swiss-court-idUSKCN1PW2K2>).
22. US Department of Justice, « \$26.6 Million In Allegedly Illicit Proceeds to Be Used To Fight COVID-19 and Address Medical Needs in Equatorial Guinea », 20 septembre 2021 (<https://www.justice.gov/opa/pr/266-million-allegedly-illicit-proceeds-be-used-fight-covid-19-and-address-medical-needs>).
23. « France: Equatorial Guinea Vice President's Conviction Upheld », *Human Rights Watch*, 28 juillet 2021 (<https://www.hrw.org/news/2021/07/28/france-equatorial-guinea-vice-presidents-conviction-upheld>); « France Adopts New Provision for Returning Stolen Assets and Proceeds of Crime: A Step Forward With Room for Improvement », *Transparence International*, 3 mars 2021 (<https://www.transparency.org/en/press/france-adopts-new-provision-for-returning-stolen-assets-and-proceeds-of-crime-a-step-forward-with-room-for-improvement>); Sara Brimbeuf, « The ill-gotten gains of corruption: a possible French model for restitution », *Medium*, 27 avril 2021 (<https://medium.com/u4-anti-corruption-resource-centre/ill-gotten-gains-of-corruption-french-model-restitution-932a7452baaa>).
24. Paul Peachey et Sunniva Rose, « Frozen, the disputed European property empire of Rifaat Al Assad », *The National News*, 23 novembre 2021 (<https://www.thenationalnews.com/world/uk-news/2021/11/23/frozen-the-disputed-european-property-empire-of-rifaat-al-assad/>).

25. Pour plus d'informations sur les réparations en droit international, voir par exemple, UN CAT General Comment No 3, [https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/gc/cat-c-gc-3\\_en.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/gc/cat-c-gc-3_en.pdf).
26. Voir, par exemple, la partie 5 de la loi britannique de 2002 sur les produits de la criminalité (*Proceeds of Crimes Act 2002*). Les articles 73 et suivants du code pénal allemand autorisent la confiscation d'actifs dans certains cas, même si le propriétaire n'a pas été condamné pour une infraction sous-jacente, s'il existe des preuves suffisantes pour démontrer que les actifs sont liés à une activité criminelle. Voir également le titre 18 U.S.C. chapitre 46 sur les procédures de confiscation civile aux États-Unis.
27. Criminal Finances Act (Loi sur le financement de la criminalité) 2017.
28. Criminal Finances Act 2017, <https://ace.globalintegrity.org/wp-content/uploads/2022/03/CriminalityNotwithstanding.pdf>.
29. Criminal Finances Act 2017. La section 362B.6(c) précise qu'un revenu est « obtenu légalement » s'il est obtenu légalement en vertu des lois du pays d'où provient le revenu.

les personnes qui conservent un pouvoir ou une influence dans leur pays d'origine peuvent simplement faire appel aux services de police nationaux pour confirmer que leurs revenus et avoirs ont des origines licites<sup>30</sup>. En outre, lorsqu'une personne ciblée fournit une explication qui est à première vue légitime, les autorités doivent réfuter l'explication dans des procédures de recouvrement civiles, où la norme de preuve est plus élevée - revenant ainsi aux problèmes que les UWO visaient à résoudre<sup>31</sup>. Les procédures UWO peuvent également s'avérer extrêmement coûteuses pour les autorités publiques, dont les ressources sont très limitées<sup>32</sup>. Compte tenu de ces difficultés, à moins que le cadre juridique des UWO ne soit profondément réformé au Royaume-Uni, ces mécanismes resteront un outil peu efficace pour lutter contre la kleptocratie.

L'Italie a adopté une approche légèrement plus souple, par le biais du code anti-mafia qui, contrairement au régime britannique, vise des personnes plutôt que des biens<sup>33</sup>. La législation italienne permet aux procureurs d'engager des procédures administratives de saisie et de confiscation à l'encontre de personnes impliquées dans des associations criminelles et n'exige pas que les actifs ainsi saisis soient le produit d'un comportement criminel. Les fonds confisqués peuvent ensuite être utilisés pour indemniser les victimes de crimes mafieux<sup>34</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que ces mesures étaient conformes au droit de propriété<sup>35</sup> et au droit à un procès équitable<sup>36</sup> garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »)<sup>37</sup>.

La Suisse a adopté une approche différente pour lutter contre la kleptocratie. La loi de 2016 sur les avoirs illicites étrangers permet de geler, de confisquer et de rapatrier dans leur pays d'origine les avoirs de fonctionnaires étrangers corrompus ou de leurs associés par le biais de procédures administratives<sup>38</sup>. Toutefois, cette loi ne trouve

à s'appliquer que dans des circonstances très précises, dans le cadre d'un changement de régime. Elle ne peut être appliquée qu'à la suite d'une demande d'entraide judiciaire émanant du pays d'origine. Ainsi, lorsque l'auteur de l'infraction ou ses alliés restent au pouvoir, la loi suisse est essentiellement inopérante. En outre, la loi ne permet que le rapatriement des avoirs dans le pays d'origine, plutôt que la réaffectation des avoirs au profit des victimes, quel que soit le pays où elles se trouvent, ce qui limite sa capacité à fournir une réparation significative dans les situations qui ont entraîné des déplacements de population.

Si les mécanismes de confiscation existants ont pu rencontrer un certain succès dans le passé, plusieurs difficultés limitent leur efficacité dans le cas des avoirs russes gelés. Les avoirs russes acquis par corruption ont souvent été amassés au fil des décennies et injectés dans des entreprises apparemment licites, de sorte qu'il est plus facile pour les personnes sanctionnées de fournir des explications crédibles de l'origine de leur richesse, que les autorités publiques doivent ensuite réfuter pour obtenir gain de cause dans le cadre d'une action civile en recouvrement<sup>39</sup>. Souvent, les actifs sont bien cachés derrière des structures complexes, ce qui rend difficile d'identifier si une personne sanctionnée est en fait le véritable propriétaire à des fins de confiscation<sup>40</sup>.

En outre, lorsque les mécanismes nationaux exigent que les avoirs confisqués aient une origine illicite, les violations des droits de l'homme ou du droit international humanitaire ne sont pas toujours incluses dans le champ des comportements visés<sup>41</sup>. Plus généralement, il est extrêmement difficile pour les autorités de prouver que les avoirs sont issus directement de violations des droits de l'homme, car ces richesses illicites sont souvent acquises dans un contexte plus large de corruption et d'abus.

## 2. Du gel à la confiscation

Pour répondre aux limites du régime actuel, plusieurs propositions sont en cours d'élaboration afin de garantir le droit à réparation des victimes.

30. *NCA v. Baker* (Voir les commentaires de Justice Lang dans le jugement, para 77, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/04/Approved-Judgment-NCA-vBaker-Ors.pdf>. Voir page 45 et note 215 s'agissant de l'absence d'indépendance des procureurs du Kazakhstan); <https://ace.globalintegrity.org/wp-content/uploads/2022/03/CriminalityNotwithstanding.pdf>, 19.
31. Tom Mayne et John Heathershaw, « Criminality Notwithstanding. The Use of Unexplained Wealth Orders in Anti-corruption Cases », *ACE Power Briefs*, mars 2022 (ava<https://ace.globalintegrity.org/wp-content/uploads/2022/03/CriminalityNotwithstanding.pdf>), 20-21.
32. *Idem* 23; Sean O'Neill, « £1.5m legal bill forces rethink over McMafia wealth orders », 13 juillet 2020 (<https://www.thetimes.co.uk/article/1-5m-legal-bill-forces-rethink-over-mcmafia-wealth-orders-xo2gc8s23>).
33. Loi 159/2011 (Code anti-mafia).
34. REDRESS, « Briefing: Comparative Laws for Confiscating and Repurposing Russian Oligarch Assets » (<https://redress.org/wp-content/uploads/2022/09/Briefing-on-Comparative-Laws.pdf>).
35. Article 1, Protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.
36. Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.
37. La Cour a spécifiquement noté que l'ingérence dans le droit de propriété est proportionnée aux buts légitimes poursuivis, que les États disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils traitent des problèmes qui affectent l'intérêt public, et que les procédures prévues par la loi respectent le droit de la défense d'être entendue et de faire appel. Raimondo c. Italie, CEDH (12954/87), 22 février 1994, Arcuri et autres c. Italie, CEDH (52024/99), 5 juillet 2001. Voir aussi, REDRESS, « Briefing: Comparative Laws for Confiscating and Repurposing Russian Oligarch Assets ».
38. Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, « Foreign Illicit Assets Act (FIAA) of 18 December 2015 », 16 August 2016

(<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2016-August-25-26/V1605154e.pdf>).

39. Tom Mayne et John Heathershaw, *op. cit.*, pages 20-21; Maria Nizzero, « From Freeze to Seize: Dealing with Oligarchs' Assets in the UK », *Rusi*, 13 avril 2022 (<https://rusi.org/explore-our-research/publications/commentary/freeze-seize-dealing-oligarchs-assets-uk>).
40. Robert Smith *et al.*, « « Not my yacht » - how murky structures cloud ownership of oligarch toys », *Financial Times*, 5 avril 2022 (<https://www.ft.com/content/2a5abdec-1bd1-4a5c-99a6-5aa1fc722d1b>).
41. Voir par exemple la partie 5 de la loi de 2002 sur les produits du crime (*Proceeds of Crimes Act 2002*), section 241A « abus ou violation flagrante des droits de l'homme », qui prévoit que les dispositions relatives à la confiscation ne sont applicables que dans des circonstances très étroites d'abus des droits de l'homme.

### A. Extension du domaine de la législation sur les produits du crime

Le champ d'application de la législation sur les produits du crime pourrait être élargi pour permettre la confiscation des biens obtenus par des violations flagrantes des droits de l'homme, y compris le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Certaines lois existantes sont également limitées dans les types d'acteurs qu'elles visent. Par exemple, les biens des « membres de la famille » des « personnes politiquement exposées » peuvent être saisis dans le cadre de la loi britannique *Proceed of Crimes Act 2022*<sup>42</sup>, mais celle-ci se limite aux « parents, conjoints (et équivalents des conjoints), enfants et leurs conjoints ». Cette définition est trop étroite et ne reflète pas la réalité de la façon dont les personnes politiquement exposées distribuent et dissimulent leurs richesses<sup>43</sup>.

### B. Extension du domaine de la législation sur l'évasion des sanctions

L'extension du domaine de la législation sur l'évasion des sanctions peut également fournir un fondement pour la confiscation des biens et les réparations subséquentes des victimes. L'UE a érigé en infraction pénale les violations des mesures restrictives émises à l'égard de la Russie, ce qui permet de confisquer les produits de ces violations<sup>44</sup>. Sur la base de cette directive, certains membres de la société civile proposent d'introduire une nouvelle obligation pour les personnes désignées de divulguer tous les actifs détenus dans la juridiction sanctionnée, et de criminaliser le défaut de divulgation en tant que forme d'évasion des sanctions. Cette obligation élargirait la portée de la conduite qui constitue une évasion des sanctions, de sorte que les avoirs gelés non divulgués pourraient être récupérés en tant que produits de cette évasion<sup>45</sup>.

42. Section 362B(7)-(8)(b) de la loi de 2002 sur les produits du crime, par référence à l'article 3 de la directive 2015/849/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2014.

43. Par exemple, le Royaume-Uni a sanctionné la « belle-fille » du ministre russe des affaires étrangères, Sergey Lavrov, qui possède un appartement de luxe à Londres d'une valeur de 4 millions de livres sterling. Toutefois, en vertu des dispositions actuelles de la loi, ces biens ne seraient pas soumis aux mesures de confiscation prévues par la loi. Will Taylor, « Lavrov's stepdaughter Polina Kovaleva among new Russian sanctions », *Leading Britain's Conversation*, 24 mars 2022 (available at: <https://www.lbc.co.uk/news/lavrov-stepdaughter-sanctioned-london/>).

44. Commission européenne, « Confiscation and asset recovery » ([https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/internal-security/organised-crime-and-human-trafficking/confiscation-and-asset-recovery\\_en](https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/internal-security/organised-crime-and-human-trafficking/confiscation-and-asset-recovery_en)); Anna Pinggen, « Commission Proposes Directive on Asset Recovery and Confiscation », *Eucrim*, 27 juillet 2022 (<https://eucrim.eu/news/commission-proposes-directive-on-asset-recovery-and-confiscation/#:~:text=With%20the%20proposed%20directive%20on,crime%20groups%20can%20be%20covered>).

45. Tom Keatinge et Maria Nizzero, « From Freeze to Seize: Creativity and Nuance is Needed », *Rusi*, 7 juin 2022 (<https://rusi.org/explore-our-research/publications/commentary/freeze-seize-creativity-and-nuance-needed>); Maria Nizzero, « From Freeze to Seize: How the UK Can Break the Deadlock on Asset Recovery », *Rusi*, 10 octobre 2022 (<https://rusi.org/explore-our-research/publications/commentary/freeze-seize-how-uk-can-break-deadlock-asset-recovery>); Maria Nizzero, « Sanctioned oligarchs should have to list their UK assets », *The Times*, 23 février 2023 (<https://www.thetimes.co.uk/article/sanctioned-oligarchs-should-have-to-list-their-uk-assets-lqprkw3fs>).

En outre, il existe également des propositions visant à s'assurer que les produits des sanctions pécuniaires prononcées à la suite de violations des droits de l'homme et au droit humanitaire international seraient versés dans un fonds spécifiquement dédié à l'octroi de réparations aux victimes (par opposition au régime actuel, qui consiste à verser ces produits dans un fonds consolidé utilisé à des fins générales par le gouvernement à l'origine de la sanction)<sup>46</sup>.

Ces propositions peuvent constituer des solutions efficaces à court terme pour combler les lacunes entre le gel et la confiscation des avoirs. Bien qu'il existe une dynamique au sein de l'UE pour étendre le champ d'application de la législation sur l'évasion des sanctions, ces mesures sont également limitées car elles nécessitent une violation qualifiée des sanctions et ne ciblent donc qu'un sous-ensemble limité d'individus et d'actifs actuellement soumis à des sanctions.

### C. Nouvelle législation : du gel à la confiscation

#### L'approche canadienne

En juin 2022, le Canada est devenu le premier pays à adopter un cadre législatif permettant la confiscation et la réaffectation directe des biens gelés dans le cadre de sanctions<sup>47</sup>. En vertu de cette loi, le produit de la liquidation des biens confisqués peut être utilisé pour indemniser les victimes, aider à la reconstruction d'un État étranger touché par une grave atteinte à la sécurité internationale ou rétablir la paix ou la sécurité internationale.

La législation canadienne est le modèle le plus ambitieux adopté à ce jour pour la réutilisation des actifs gelés. Toutefois, il n'est pas certain qu'elle réponde aux exigences de certaines juridictions en matière d'état de droit et de respect du droit de propriété. La loi prévoit certaines protections pour les personnes ciblées, notamment des recours administratifs et judiciaires. Cependant, le niveau de preuves exigés avant confiscation est bas, ce qui peut soulever des difficultés en matière de respect des droits de la défense<sup>48</sup>.

La conformité de la législation canadienne par rapport aux droits fondamentaux sera probablement bientôt mise à l'épreuve. En décembre 2022, le gouvernement canadien a annoncé qu'il allait saisir et poursuivre la confiscation de

46. Hogan Lovells, « Finance for Restorative Justice. Using sanctions and terrorist financing legislation to fund reparations for victims of sexual violence in conflict », janvier 2020 ([https://www.hoganlovells.com/-/media/hogan-lovells/pdf/2020-pdfs/2020\\_01\\_29\\_rethinking-reparations-report.pdf](https://www.hoganlovells.com/-/media/hogan-lovells/pdf/2020-pdfs/2020_01_29_rethinking-reparations-report.pdf)).

47. Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 7 avril 2022 et mettant en œuvre d'autres mesures. Cette loi modifie la loi de 1992 sur les mesures économiques spéciales (SEMA) et la loi de 2017 sur la justice pour les victimes de la corruption d'agents étrangers (loi Magnitsky) en créant de nouveaux pouvoirs pour confisquer et vendre des biens appartenant à des personnes et des entités figurant sur la liste des sanctions imposées par le Canada. Voir <https://www.parl.ca/legisinfo/en/bill/44-1/c-19>.

48. REDRESS, *op. cit.*

26 millions de dollars auprès d'une société appartenant à l'oligarchie russe sanctionnée Roman Abramovitch. C'est la première fois que le Canada utilise ce cadre législatif pour poursuivre la confiscation et, en cas de succès, les recettes seront affectées à un fonds dédié à la reconstruction de l'Ukraine et à l'indemnisation des victimes de l'invasion<sup>49</sup>.

*Une nouvelle approche de la confiscation des avoirs conforme aux droits de l'homme*

Une nouvelle approche de la confiscation et de la réaffectation des avoirs gelés doit trouver un équilibre entre les aspirations à une réaffectation rapide et les exigences de la CEDH, y compris le droit à la propriété en vertu du premier article de son premier Protocole. Le droit de propriété est un droit fondamental mais il n'est pas absolu, ce qui signifie qu'il peut être mis en balance avec d'autres intérêts<sup>50</sup>. Dans le paysage législatif et politique actuel, la balance penche trop en faveur du droit de propriété au détriment du droit à réparation des victimes. La nouvelle approche vise à remédier à cette situation.

Traditionnellement, les législations sur les confiscations en l'absence de condamnation exigent l'établissement d'un lien entre les avoirs à confisquer et les violations alléguées, ce qui, comme nous l'avons expliqué plus haut, peut être difficile à prouver. La nouvelle approche vise à faire pencher la balance du côté des victimes en exigeant plutôt que la preuve soit apportée d'un lien entre la personne sanctionnée, les violations et les victimes qui ont droit à des réparations en vertu du droit international. Pour que ce fondement juridique puisse être invoqué sans violer la CEDH, de nombreuses garanties sont nécessaires, notamment la preuve que la personne ciblée a pris part dans les violations<sup>51</sup>, la possibilité de contester la procédure à chaque étape, et l'obligation pour les tribunaux d'évaluer si la confiscation est proportionnée, conformément aux normes de la CEDH<sup>52</sup>.

49. Gouvernement du Canada, « Le Canada entame le premier processus pour bloquer et confisquer les biens d'un oligarque russe sanctionné » (<https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2022/12/le-canada-entame-le-premier-processus-pour-bloquer-et-confisquer-les-biens-dun-oligarchie-russe-sanctionne.html>).

50. L'article 1 du protocole 1(2) précise : « Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. » Ainsi, le texte de l'article 1 du protocole 1 lui-même permet aux États de limiter ce droit fondamental lorsque cette restriction est nécessaire à la réalisation d'un intérêt public légitime.

51. La notion de « participation » devrait être définie de manière plus étroite que dans la plupart des législations relatives aux sanctions, afin d'inclure, par exemple, les personnes qui sont responsables des violations ou qui y participent, qui facilitent les violations, qui fournissent sciemment des services financiers, des fonds, des ressources économiques, des biens ou des technologies qui contribueront ou pourraient contribuer aux violations, qui profitent ou bénéficient sciemment des violations ou qui ont intentionnellement manqué à leur responsabilité d'enquêter sur les violations ou de les poursuivre en justice.

52. Par exemple, à la suite des attentats terroristes du 11 septembre aux États-Unis, de nombreuses personnes ont été désignées dans le cadre de régimes de sanctions liés au terrorisme sur la base de preuves extrêmement limitées. Dans ce contexte, les experts ont mis en garde contre le fait de « sacrifier les libertés individuelles et les droits de l'homme à un sentiment de sécurité ». Voir « Leiden professor petitions UN to release Guantanamo prisoner »,

Une fois les biens confisqués, un administrateur nommé par le gouvernement aurait le pouvoir d'administrer les fonds et de veiller à ce qu'ils soient remis aux victimes des violations à titre de réparations.

Cette nouvelle approche vise à obtenir des réparations pour les victimes des violations les plus graves du droit international d'une manière qui respecte également les droits de la personne ciblée, tout en visant à la dissuader et à la responsabiliser.

### 3. Des mécanismes visant à garantir une réaffectation efficace des biens confisqués

L'établissement d'un fondement juridique pour la confiscation des avoirs gelés est la première étape de ce domaine juridique en plein essor. Une fois que les avoirs gelés ont été saisis, les juridictions doivent s'attaquer à la question de savoir comment distribuer efficacement les fonds aux victimes et aux survivants.

L'un des premiers défis de la conception des programmes de réparation est de déterminer qui est éligible au programme, c'est-à-dire de définir le groupe de victimes. Les programmes de réparation risquent d'exclure des groupes du bénéfice des prestations si les critères d'éligibilité, qui reposent souvent sur les catégories de violations donnant lieu au « statut de victime », sont définis de manière étroite<sup>53</sup>. Ainsi, la participation des victimes dès le départ est essentielle pour garantir qu'un programme de réparation soit inclusif et efficace<sup>54</sup>.

La jurisprudence des tribunaux internationaux et régionaux peut fournir des indications sur les mécanismes appropriés pour la mise en œuvre des réparations. En effet, il existe une jurisprudence en matière de définition du préjudice pris en compte, d'établissement du lien de causalité entre l'infraction et le préjudice causé, et de calcul des dommages-intérêts dus aux victimes. Il est essentiel que les victimes elles-mêmes puissent participer à la définition de ces éléments dans toutes les procédures<sup>55</sup>.

23 août 2021 (<https://www.universiteitleiden.nl/en/news/2021/08/leiden-professor-petitions-un-to-release-guantanamo-prisoner>); voir aussi Helen Duffy, *Dignity Denied: The Abu Zubaydah Case Study*, Human Dignity and Human Security in Times of Terrorism, avril 2020 ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3562402](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3562402)). Pour que les modèles de réaffectation des actifs soient efficaces et conformes aux droits de l'homme, ils doivent être conformes à la CEDH, quel que soit le contexte politique dans lequel ils sont déployés.

53. Office of the UN High Commissioner for Human Rights, « Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States. Reparations programmes », 2008 (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/ReparationsProgrammes.pdf>), 15-16; voir aussi International Center for Transitional Justice, « From Principles to Practice. Challenges of Implementing Reparations for Massive Violations in Colombia », octobre 2015 ([https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ\\_Report\\_ColombiaReparationsChallenges\\_2015.pdf](https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Report_ColombiaReparationsChallenges_2015.pdf)), 3-4.

54. Les formulaires de demande de réparations et les registres de victimes constituent une partie importante du processus d'identification, de vérification et d'enregistrement des personnes ayant droit à des réparations. Pour plus de détails, voir : [https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ\\_Guide\\_ReparationsForms\\_2017\\_Full.pdf](https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Guide_ReparationsForms_2017_Full.pdf).

55. Amicus Curiae Brief (intervention volontaire), *The Prosecutor v. Dominic Ongwen* ([https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022\\_00811.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_00811.PDF)).

Lorsque les fonds disponibles sont insuffisants pour fournir des réparations à toutes les victimes, les États peuvent envisager des dons volontaires pour combler le manque de réparations.

Une autre considération essentielle est de savoir si les réparations seront accordées sur une base individuelle ou collective. Alors que les réparations individuelles répondent aux préjudices subis par des victimes individuelles, les réparations collectives se concentrent sur l'octroi de bénéfices à des groupes de victimes partageant une certaine identité ou expérience commune, ou ont fait l'objet d'infractions semblables<sup>56</sup>. Les réparations collectives peuvent concerner, par exemple, l'aspect sexiste de violations individuelles, ou des violations affectant l'ensemble de la population d'une région. Les réparations collectives sont préférables dans les situations où il est difficile d'établir une distinction nette entre les victimes et les non-victimes, ou lorsque la capacité à mettre en œuvre des réparations individuelles est limitée. En même temps, cependant, les victimes individuelles peuvent y résister parce qu'elles ne répondent pas à la nature souvent intime et individuelle des violations des droits de l'homme et des souffrances qui leur sont propres. Il est également possible que les réparations collectives soient utilisées à des fins politiques et que les programmes de réparation soient confondus avec les politiques de développement auxquelles les communautés bénéficiaires ont déjà droit.

Ceci étant dit, dans le contexte de l'invasion russe de l'Ukraine, les mécanismes de réparation existants, en particulier les fonds dédiés, peuvent servir de modèles pour la remise des biens confisqués aux victimes du conflit. Le Fonds au profit des victimes de la CPI collecte actuellement des fonds par le biais de contributions volontaires des États

parties et est conçu pour bénéficier aux victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour<sup>57</sup>. Les contributions peuvent être affectées à des situations spécifiques. Le *Global Survivor's Fund*, une organisation issue de la société civile qui vise à améliorer l'accès aux réparations pour les survivants de violences sexuelles liées aux conflits, a actuellement un accord avec le gouvernement ukrainien pour mettre en œuvre un programme de réparations pour les survivants ukrainiens de violences sexuelles pendant le conflit<sup>58</sup>. Les juridictions ayant procédé à des confiscations pourraient déposer les fonds provenant des actifs liquidés dans des fonds dédiés de bonne réputation afin de garantir que les réparations soient effectuées par les personnes disposant de l'expertise nécessaire.

### Conclusion

À l'heure actuelle, l'Europe a une opportunité unique de mobiliser les vastes quantités de richesses russes illicites qui sont gelées dans les rues de Londres, dans les baies de l'Europe du Sud et dans les institutions financières du continent, afin de réparer les préjudices subis par les victimes de l'invasion russe en Ukraine. Les États devraient utiliser tous les outils juridiques disponibles pour y parvenir. L'élaboration d'une nouvelle législation pour encadrer les confiscations permettrait une réparation effective des victimes de l'invasion. Toutefois, pour que ces nouvelles approches soient couronnées de succès, elles doivent être conformes aux droits de l'homme et les États doivent veiller à ce que le régime des réparations soit effectivement axé sur les besoins des victimes.

56. Lisa Magarrell, *Reparations in Theory and Practice* (International Center for Transitional Justice 2007) 5-6.

57. Cour pénale internationale, « Le Fonds au profit des victimes », août 2008 ([https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/E582AE21-D718-4798-97ED-C6C9FoD9B42D/O/TFV\\_Background\\_Summary\\_Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/E582AE21-D718-4798-97ED-C6C9FoD9B42D/O/TFV_Background_Summary_Eng.pdf)).

58. Global Survivors Fund, « Ukraine Sets a World Precedent: Moving forward on holistic care and urgent interim reparation for survivors of CRSV », 28 octobre 2022 (<https://www.globalsurvivorsfund.org/media/ukraine-sets-a-world-precedent-moving-forward-on-holistic-care-and-urgent-interim-reparation-for-survivors-of-crsv>).



**Nicole Belloubet** · Ancienne ministre de la Justice, Présidente du Club des Juristes

**Didier Rebut** · Professeur, Université Paris Panthéon Assas, Directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris

**Hugo Pascal** · Chercheur invité, Université de Cambridge

## Les entreprises face à la guerre

« Face aux crimes internationaux, il s'agit moins de restaurer un ordre mondial qui n'existe pas, que de contribuer à l'instauration d'un ordre futur qui se cherche encore. Les juridictions pénales internationales nouvellement créées n'y suffiront pas et il restera nécessaire, pendant longtemps encore, que les crimes internationaux puissent être poursuivis devant des juridictions nationales, invitées à étendre leur compétence pénale au-delà des critères traditionnels »<sup>1</sup>. C'est par ces mots qu'Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty introduisaient *Juridictions nationales et crimes internationaux* en constatant que le caractère encore récent des organisations internationales, leur manque de moyens, de reconnaissance ou parfois simplement le champ de leur compétence les empêchaient de répondre pleinement aux problèmes posés à la communauté internationale. La mondialisation du droit devait donc reposer largement encore sur une certaine mondialisation des juges nationaux, les premiers en contact avec ces nouvelles attentes tendant à mieux « organiser le monde »<sup>2</sup>.

Un an après l'invasion russe de l'Ukraine, il demeure difficile de remettre en cause le constat formulé vingt ans plus tôt par les deux éminents pénalistes : les voix appelant à la création d'un tribunal spécial pour la répression du crime d'agression à l'encontre de l'Ukraine<sup>3</sup> tout comme les multiples procédures introduites devant des juges nationaux tendant notamment à rechercher la responsabilité pénale de personnes morales en raison de leurs liens avec la Russie expriment sans doute, parmi d'autres exemples, la difficulté pour la justice pénale internationale - et plus particulièrement pour la Cour pénale internationale - de se saisir de défis qui sont aujourd'hui perçus comme globaux.

1. A. Cassese et M. Delmas-Marty (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux* (Presses Universitaires de France, 2002).  
2. S. Kott, *Organiser le monde* (Seuil, 2021).  
3. Voir en particulier l'appel de Gordon Brown et Philippe Sands pour la création d'un tribunal spécial pour la répression du crime d'agression à l'encontre de l'Ukraine : <<https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>>.

Pour les entreprises, ces défis naissent en partie de l'inscription de la société dans de nouvelles « formes de gouvernamentalité »<sup>4</sup>, fruit de nouveaux décalages créés par la mondialisation. Parmi ces décalages, difficile de ne pas mentionner celui créé entre un marché déterritorialisé et des États régulateurs qui ne sont plus aujourd'hui des formes homogènes et superposées. Évoluant dans un monde sans frontière<sup>5</sup>, les entreprises tendent à déployer une stratégie globale, conçue à une échelle supranationale, à construire des dispositifs de gouvernance et de régulation indépendants de l'intervention et des frontières étatiques afin de satisfaire des attentes qui dépassent ce qui est traditionnellement attendu d'elles, c'est-à-dire de générer de la valeur pour leurs actionnaires<sup>6</sup>. Au-delà de leur pouvoir économique, on reconnaît de plus en plus volontiers aux entreprises un pouvoir structurant faisant d'elles des *objets* et parfois même des *sujets* politiques voire géopolitiques.

À ce titre, les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme<sup>7</sup> recommandent aux États d'établir un cadre juridique pour garantir le respect et la protection de certains droits de l'homme tout au long de la chaîne d'approvisionnement internationale, notamment « en offrant un recours aux victimes présumées de la criminalité des entreprises » en insistant sur leur rôle central dans l'économie mondiale, en particulier lorsque les États partagent de plus en plus les responsabilités d'ordre gouvernemental avec des acteurs privés (c'est-à-dire la fourniture de biens et services publics), et dans des contextes particuliers où l'autorité des États est fragilisée, à l'image des zones de guerre. Dans ce contexte, de nouvelles attentes sont projetées sur les entreprises, sources de responsabilité qui prennent parfois la forme d'une responsabilité juridique, y compris pénale.

### Une multiplication des poursuites visant les entreprises pour leurs activités dans le cadre de conflits armés

En décembre 2018, deux anciens dirigeants d'une usine locale Ford Motor étaient condamnés pénalement suite à l'enlèvement et à la torture de vingt-quatre employés de l'entreprise pendant la dictature argentine de 1976 à 1983, « de manière coordonnée avec l'armée »<sup>8</sup>. Le 6 décembre 2021, des réfugiés rohingyas aux États-Unis introduisaient une action de groupe contre Facebook, accusant le réseau social d'avoir « contribué de manière significative au développement et à la diffusion généralisée des discours de haine anti-Rohingya, de la désinformation et de l'incitation à la violence »<sup>9</sup>. Ils soutenaient en particulier que Facebook

4. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France* (Gallimard-Seuil, 1978-1979).  
5. A. Supiot (dir), *L'entreprise dans un monde sans frontières* (Daloz, 2015).  
6. H. Pascal, « La nouvelle place des entreprises dans la définition et la réalisation des choix collectifs », *Mélanges ouverts en l'honneur de Mireille Delmas-Marty*, Mare & martin, janvier 2023.  
7. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf)  
8. « Argentina: two ex-Ford executives convicted in torture case », *The Guardian*, 11 décembre 2018.  
9. J. Doe v. Meta Platforms Inc., class action complaint, 6 décembre 2021. Voir en particulier sur ces questions : S.R. Singh, « Move fast and break societies:

avait conçu son système et les algorithmes sous-jacents de manière à « les encourager et les former à publier des discours de haine, de la désinformation et des théories du complot de plus en plus extrêmes et scandaleux attaquant des groupes particuliers »<sup>10</sup>. En septembre prochain, les deux principaux dirigeants de la société suédoise Lundin Petroleum comparaitront pour avoir aidé et encouragé des crimes de guerre qui auraient été commis au Soudan entre 1997 et 2003, nourrissant les guerres du pétrole au sud du pays<sup>11</sup>.

Ces exemples, choisis parmi de nombreux autres, témoignent à eux seuls d'un mouvement global visant à responsabiliser les entreprises quant aux effets potentiels de leurs activités, spécialement dans le cadre de conflits armés. L'actualité récente nous en a donné des illustrations marquantes. D'une part, les sanctions économiques qui se sont imposées comme l'instrument privilégié de la politique étrangère européenne<sup>12</sup> impactent directement la vie des entreprises occidentales, et ce jusqu'au retrait de certaines d'entre elles de certains pays, comme en ont témoigné les contextes iranien, russe ou myanmarais par exemple. D'autre part, au-delà des régimes de sanctions, les activités d'une entreprise, et parfois même sa seule présence dans un pays donné, ont pu faire l'objet de discussions nourries sur la possibilité juridique - et au-delà éthique ou morale - de conserver une activité économique dans un pays en guerre, sans d'ailleurs que le respect d'un cadre strictement juridique ou réglementaire soit aujourd'hui perçu par tous comme suffisant pour fixer les bornes de l'autorisé et de l'interdit.

#### La France comme laboratoire ?

Ce contentieux semble connaître deux particularités en France : les procédures visent particulièrement les entreprises elles-mêmes et pas seulement leurs dirigeants et elles ont largement investi le champ pénal.

Bien entendu, les poursuites pénales visant des personnes morales dans le cadre de conflits armés ne sont pas l'apanage des tribunaux français. Le conflit syrien nous en a donné des exemples récents. Le 7 février 2019, le tribunal d'Anvers condamnait trois entreprises flamandes (AAE Chemie Trading, Anex Customs et Danmar logistics) pour avoir expédié 168 tonnes d'isopropanol - servant notamment à synthétiser le gaz sarin - vers la Syrie entre 2014 et 2016 sans avoir obtenu les licences d'exportation rendues nécessaires par un règlement européen

de 2012<sup>13</sup>. Dans une affaire aux éléments de faits assez proches, le 14 décembre 2021, un tribunal danois condamnait la société de transport maritime Dan Bunkering et sa société mère, Bunker Holdings, à près de 4 millions de dollars d'amende. La société a été reconnue coupable d'avoir vendu entre 2015 et 2017 172 000 tonnes de kérosène destinés à être utilisés en Syrie par l'intermédiaire de sociétés russes, en violation des sanctions édictées par l'Union européenne<sup>14</sup>.

Il reste qu'un contexte historique, sociologique et juridique a fait ces dernières années de la France un laboratoire dans le cadre des poursuites pénales visant des entreprises en raison de leurs activités dans un contexte de conflit armé. À ce jour, treize procédures pénales (trois enquêtes préliminaires et dix informations judiciaires) ont ainsi été ouvertes en France contre des entreprises pour complicité de crimes contre l'humanité, complicité de génocide, complicité de crimes de guerre, ou encore complicité d'assassinats ou de tentatives d'assassinats, complicité d'actes de torture ou autres peines ou traitement inhumains ou dégradants, complicité de disparition forcée, commis sous forme de financement de groupes ou régimes criminels, d'acheminement d'armes, ou d'exportation de biens à double usage ayant servi à la commission d'exactions contre des populations civiles et visant des personnes morales ou dirigeants de personnes morales. Ces plaintes sont aujourd'hui centralisées auprès d'un nouveau Parquet national antiterroriste (PNAT), créé par la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice<sup>15</sup> exerçant notamment le ministère public dans des affaires impliquant de potentiels crimes internationaux.

#### Un contexte historique : le rôle particulier de la société civile en France

Philippe Aghion a pu décrire les constitutions comme des « contrats incomplets » : le rôle de la société civile est de donner corps aux contrepouvoirs traditionnels, de faire passer le contrôle de l'exécutif du notionnel à l'effectif et ainsi de s'assurer que ces instruments vont être effectivement mis en place ou activés quels que soient les nouveaux contextes<sup>16</sup>. Parallèlement, Bowles et Carlin<sup>17</sup> ont pu montrer que la société civile a souvent constitué le nécessaire complément au couple « États-marchés », par exemple pour endiguer l'épidémie de Covid-19. Parmi les acteurs de la société civile, les associations occupent tout particulièrement une place croissante au niveau national comme international. Elles contribuent à la recherche d'une cohérence entre commerce mondial, environnement et droits de l'homme, et revendiquent, au nom de la défense

the weaponization of social media and options for accountability under international criminal law », *Cambridge International Law Journal*, Vol. 8 No. 2 (2019), p. 331 - 342.

10. *Ibid.*

11. H.A. Meyer, « Swedish Prosecution of Corporate Complicity in Sudanese War Crimes », *N.Y.U. Journal of International Law & Politics*, 7 avril 2022.

12. Voir l'étude réalisée par R. Bloj, « Les sanctions, instrument privilégié de la politique étrangère européenne », Policy Paper, *Question d'Europe*, 31 mai 2021, n° 598. Pour une approche historique, voir l'ouvrage de N. Mulder, *The Economic Weapon. The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War* (Yale University Press, 2022). Voir aussi dans ce numéro : Régis Bismuth (page 8), Leanna Burnard & Mira Naseer (page 22) et Anton Moiseienko (page 33).

13. « Belgian exporters found guilty of sending chemicals to Syria », *Politico*, 7 février 2019.

14. « Danish fuel trader convicted over exports to war-torn Syria », *Reuters*, 14 décembre 2021

15. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

16. P. Aghion, C. Antonin et S. Buel, *Le pouvoir de la destruction créatrice* (Odile Jacob, 2020).

17. S. Bowles et W. Carlin, « The coming battle for the COVID-19 narrative », *Voxeu*, 10 avril 2020.

d'un intérêt général mondial, une stratégie d'« auto-légitimation » ou d'« auto-institution » qui se substituerait à celle d'« auto-limitation »<sup>18</sup>.

Cette place s'entend d'une manière particulière en France : l'adoption de la loi de 1901 a connu un accouchement difficile, elle est le fruit de débats ayant duré plusieurs dizaines d'années et ayant abouti à pas moins de 33 projets, propositions et rapports. Surtout, elle marque l'aboutissement de la grande œuvre législative libérale de la Troisième République, dans le prolongement de l'abrogation de la loi Le Chapelier, et consacre une liberté que Tocqueville considérait comme la première des libertés : « Dans les pays démocratiques, la science de l'association est la science-mère ; le progrès de toutes les autres dépend des progrès de celle-là ». La place qu'accorde la procédure pénale française aux associations est elle aussi le fruit d'un long contexte historique : la protection de la petite enfance, sujet technique et mal connu du parquet qui va s'orienter peut-être plus naturellement vers d'autres thèmes, va faire naître le souhait d'un « ministère public de substitution ».

Des habilitations légales sont ainsi données à des associations dans domaines spécifiquement désignés (lutte contre le racisme ou les discriminations, lutte contre les violences sexuelles et le harcèlement sexuel, défense et protection des animaux, lutte contre l'exclusion et la pauvreté par exemple) à raison d'infractions déterminées (ex. « discrimination » pour les associations de lutte contre le racisme ou « pollution » pour les associations de lutte contre l'environnement, etc.) et sous réserve d'une condition générale d'ancienneté (l'association doit être déclarée depuis au moins 5 ans à la date des faits pour lesquels elle se constitue partie civile).

En matière de lutte contre les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre<sup>19</sup>, de lutte contre les actes de terrorisme<sup>20</sup>, ou encore, depuis une loi du 5 août 2013, de lutte contre la traite des êtres humains, l'esclavage, le proxénétisme<sup>21</sup>, une habilitation permet aux associations de se voir investies d'un véritable droit de mise en mouvement de l'action publique, parallèle à celui du ministère public. Pour ces associations, contrairement aux conditions habituelles de l'action civile, la loi n'impose pas de démontrer un préjudice direct ou indirect causé par l'infraction poursuivie à l'intérêt dont l'association a la charge. Rappelons que cette possibilité de se porter partie civile n'existe pas en Angleterre ou aux États-Unis : la victime elle-même ne peut pas être considérée comme une partie au procès et reste cantonnée au statut de témoin au cours de la procédure pénale. En Allemagne, la constitution de partie civile ne se conçoit que par voie accessoire ou d'intervention : la victime vient appuyer ou soutenir

l'action publique déclenchée par le ministère public mais ne peut déclencher elle-même l'action.

En matière de protection des droits humains, les associations assument d'abord un rôle politique (plaidoyer, dénonciation, alerte) - leurs actions médiatiques ou de lobbying, sont d'une influence grandissante sur des choix politiques internes, européens ou internationaux - mais leur rôle juridique est croissant : elles « s'invitent » dans les procès<sup>22</sup>. Elles semblent aujourd'hui avoir réussi leur « nécessaire *aggiornamento* »<sup>23</sup> en matière de compétences et de moyens ce qui participe de leur visibilité comme de leur impact. La période récente en témoigne si l'on songe au fait que les récentes procédures pénales introduites à l'encontre d'entreprises pour des crimes de droit international l'ont été à l'initiative d'acteurs de la société civile. On pense ici par exemple aux investigations dont fait l'objet BNP Paribas concernant le génocide rwandais : la banque française est accusée de complicité de génocide et de crime contre l'humanité par Sherpa, le Collectif des parties civiles pour le Rwanda et Ibuka France pour avoir financé en 1994 l'achat de quatre-vingts tonnes d'armes au profit de la milice hutu. De source ouverte, les enquêtes sont toujours en cours alors que le parquet de Paris aurait requis un non-lieu en avril 2021<sup>24</sup>. Plusieurs plaintes ont aussi été déposées suite à l'invasion russe en Ukraine à l'image de celle déposée le 13 octobre dernier par Darwin Climax Coalition et Razom We Stand pour « complicité de crimes de guerre » visant le groupe TotalEnergies, depuis classée sans suite par le parquet de Paris pour qui l'infraction était insuffisamment caractérisée<sup>25</sup>.

Les associations s'imposent désormais comme des acteurs incontournables pour le déclenchement de l'exercice de l'action publique en matière de lutte contre les violations de droits humains à l'étranger, et la société civile française se tourne de plus en plus naturellement vers le droit afin de venir rechercher la responsabilité pénale des personnes morales, le plus souvent parallèlement à celles de leurs dirigeants.

#### **Un contexte juridique : l'évolution des conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales pour crimes internationaux**

De nombreux États ont aujourd'hui rejeté le principe traditionnel *societas delinquere non potest*. Le concept de responsabilité pénale des entreprises est accepté depuis longtemps dans les juridictions de *common law* et s'est étendu plus récemment à plusieurs autres systèmes nationaux de droit pénal dont la France - depuis le Code Pénal de 1992 - sans pour autant s'être universellement répandu. Parmi nos plus proches voisins, l'Allemagne continue à limiter la responsabilité pénale aux personnes physiques

18. G. Haarer, « La société civile et le concept d'autolimitation », in B. Frydman (dir.), *La Société civile et ses droits* (Bruylant, 2003), p. 147-160.

19. art. 2-4 du Code de procédure pénale (CPP).

20. art. 2-9 du CPP.

21. art. 2-22 CPP.

22. I. Soumy, « L'accès des ONG aux juridictions internationales », thèse, Université de Limoges, 30 sept. 2005.

23. W. Bourdon, *Face aux crimes du marché* (La Découverte, 2010).

24. « Génocide au Rwanda : en France, des enquêtes tardives et sous tension », *AFP*, 7 mai 2022.

25. « La plainte contre TotalEnergies pour "complicité de crimes de guerre" en Ukraine classée sans suite », *Le Monde*, 16 janvier 2023.

tandis qu'en Italie, la responsabilité pénale des personnes morales ne peut pas être recherchée pour l'ensemble des infractions pénales mais seulement pour un nombre défini d'infractions, parmi lesquels on ne retrouve pas, par exemple, les crimes internationaux. Rappelons aussi qu'au niveau international, la Cour pénale internationale n'a aucune juridiction sur les personnes morales<sup>26</sup> : la proposition française de les criminaliser n'avait reçu aucun soutien à la Conférence de Rome de 1998. Le principe de complémentarité du Statut de Rome<sup>27</sup>, qui dépend de la compatibilité du droit pénal dans les juridictions des États parties, se serait trouvé paralysé par le trop faible nombre de juridictions nationales qui tenaient à l'époque les entreprises pour responsables en vertu du droit pénal, par opposition à la responsabilité civile délictuelle, plus universelle.

Comme le rappelle Juliette Lelieur<sup>28</sup>, au moins « à première vue, le droit pénal français semble favorable à la poursuite des entreprises pour des violations internationales des droits de l'homme », notamment en raison de l'étendue de la compétence (et de la pluralité possible des compétences pénales) reconnue aux juridictions pénales françaises en matière de crimes internationaux<sup>29</sup>. La compétence pénale des juridictions pénales françaises pour connaître de la violation des droits fondamentaux commise à l'étranger par les entreprises multinationales françaises est, par hypothèse, susceptible d'être fondée sur la compétence personnelle active de la loi pénale française<sup>30</sup>, qui résulte de la nationalité française de l'auteur ou de la victime de l'infraction. Elle peut aussi dans certains cas être fondée sur sa compétence territoriale qui s'exerce sur le territoire français, défini comme « tout territoire sur lequel s'exerce la souveraineté de la France et régis par ses lois »<sup>31</sup>, y compris « les espaces maritimes et aériens qui lui sont liés »<sup>32</sup> mais aussi par exception quand il s'agit de faits commis à l'étranger mais rattachables à des faits commis sur le territoire national. Enfin, une compétence universelle s'applique pour toute personne coupable d'avoir commis hors du territoire de la République l'une des infractions spécialement énumérées par le Code de procédure pénale et qui se trouve en France<sup>33</sup>. On vise ici la torture et la disparition forcée et, si elle réside habituellement sur le territoire de la République, le crime de génocide. Les autres crimes contre l'humanité et les crimes

et délits de guerre définis dans le code pénal sont aussi visés si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la convention de Rome de 1998.

Sur le fond du droit, les contours de l'engagement de la responsabilité pénale continuent d'être précisés par la jurisprudence, et particulièrement par la chambre criminelle de la Cour de cassation comme l'illustre aujourd'hui l'affaire Lafarge en Syrie. Dans cette affaire singulièrement grave, le cimentier, qui avait fait construire une cimenterie dans le nord de la Syrie, était accusé par deux ONG (Sherpa et l'ECCHR) d'avoir, via sa filiale locale, versé plusieurs millions de dollars à l'organisation de l'état islamique pour faciliter le franchissement de *checkpoints* par ses employés, mais aussi d'avoir acheté des matières premières provenant de carrières contrôlées par le groupe terroriste et enfin d'avoir vendu du ciment à des distributeurs en lien avec les djihadistes<sup>34</sup>. Le 28 juin 2018, Lafarge devenait la première entreprise mise en examen des chefs, notamment, de complicité de crimes contre l'humanité, financement d'entreprise terroriste, mise en danger de la vie d'autrui, sur réquisitions conformes du ministère public.

Par quatre arrêts du 7 septembre 2021<sup>35</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation était revenue sur l'annulation par les juges de la Cour d'appel de Paris de la mise en examen de Lafarge. Inscrivant son analyse dans la continuité de l'approche qui avait été la sienne en matière de complicité de crimes contre l'humanité lors de l'affaire Papon<sup>36</sup>, la chambre criminelle énonce qu'aux termes de l'article 121-7 du Code pénal, il n'est ni exigé « que le complice de crime contre l'humanité appartienne à l'organisation, le cas échéant, coupable de ce crime, ni qu'il adhère à la conception ou à l'exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, ni encore qu'il approuve la commission des crimes de droit commun constitutifs du crime contre l'humanité »<sup>37</sup>. Elle poursuit en indiquant qu'il suffit pour être reconnu comme complice que la personne « ait connaissance de ce que les auteurs principaux commettent ou vont commettre un tel crime contre l'humanité et que par son aide ou assistance, il en facilite la préparation ou la consommation »<sup>38</sup> pour enfin affirmer que « le versement en connaissance de cause d'une somme de plusieurs millions de dollars à une organisation dont l'objet n'est que criminel suffit à caractériser la complicité par aide et assistance »<sup>39</sup>. Cette dernière affirmation est particulièrement importante : sont suffisants le caractère volontaire de l'acte de participation et la conscience du complice de concourir à l'infraction principale, sans qu'il soit requis que le complice partage

26. D. Scheffer, *All the Missing Souls: A Personal History of the War Crimes Tribunals* 203 (2012).

27. W. Schabas, *International Criminal Court 190-199* (4th ed. 2011).

28. J. Lelieur, « French Report on Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law » in S. Gless et S. Broniszewska-Emdin (dir.), *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues* (International Colloquium Section 4, Basel, 21-23 juin 2018).

29. Voir D. Rebut, *Droit pénal international*, 4<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2022.

30. art. 113-6 du Code pénal.

31. Cass. Crim. 23 févr. 1884, *Bull. crim.*, n° 52.

32. art. 113-1 du Code pénal.

33. Comme le relève Juliette Lelieur, cette exigence que la personne se trouve en France rend difficile l'application de la compétence universelle aux personnes morales, en l'absence de précision sur la manière de savoir comment caractériser la présence d'une personne morale étrangère sur le territoire français. Elle relève qu'à ce jour, « il n'y a pas eu d'exemple de poursuite d'une société en vertu du principe de compétence universelle » : voir J. Lelieur, « French Report on Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law », *op. cit.*

34. Voir par exemple, Lafarge en Syrie : la Cour de cassation invalide l'annulation des poursuites pour « complicité de crimes contre l'humanité », *Le Monde*, 7 septembre 2021.

35. Cass. Crim. 7 septembre 2021, n° 19-87.367, 19-87.376 et 19-87.662

36. Cass. Crim. 23 janv. 1997, n° 96-84.822

37. Cass. Crim. 7 septembre 2021, n° 19-87.367, § 66.

38. *Ibid.*, § 67.

39. *Ibid.*, § 81.

l'intention de l'auteur principal sans d'ailleurs que la poursuite commerciale d'une activité ne soit exonératoire de responsabilité pénale.

Pour beaucoup d'observateurs, le rôle particulier de la société civile en France conjugué à ce contexte juridique favorable transforme Paris en une place qui se veut en pointe dans la défense des libertés fondamentales et dans laquelle les contentieux de ce type, alimentés par une situation internationale instable, pourront à l'avenir se développer - même si pour l'heure, cette conclusion reste partiellement en suspens, aucune des affaires citées plus haut n'ayant fait l'objet d'une décision définitive.

#### Remarques conclusives

La responsabilité pénale des personnes morales pour crimes internationaux demeure aujourd'hui un terrain en friche à propos duquel des contentieux en nombre croissant tentent de délimiter les bornes d'un domaine lui-même confronté à des problématiques nouvelles ou du moins longtemps restées inexplorées. On peut néanmoins dégager au moins deux tendances de fond.

La première réside certainement dans le nouveau rôle que les magistrats doivent assumer. Confrontés à des contentieux nouveaux, en nombre croissant, ils doivent faire face à un problème de moyens pour traiter matériellement et techniquement les problématiques qui leur sont soumises. Plus fondamentalement, leur légitimité est parfois contestée par l'opinion publique dans des affaires caractérisées par leur haute portée politique ou médiatique et sujettes à des

risques d'instrumentalisation. Dans un univers qui est devenu celui de la complexité, le rôle du juge se complexifie en égale proportion : assurer la légitimité de l'institution judiciaire et la confiance dans les décisions rendues commande de prendre en compte des considérations plus larges dans leur processus d'élaboration, y compris d'un point de vue technique. L'apparition de formations spécialisées, à l'image du Parquet national antiterroriste, et la diversification des voies de recrutement, notamment via l'emploi d'assistants spécialisés, témoigne de la prise en compte réelle de ces enjeux.

La seconde réside dans la nouvelle relation qu'entretiennent droit pénal et droits de l'homme à l'aune de ces contentieux. Comme le pressentaient un groupe d'éminents universitaires belges il y a quelques années, les droits de l'homme sont entrés dans une relation dialectique avec le droit pénal<sup>40</sup>. Si les droits de l'homme ont historiquement principalement servi de « bouclier contre les excès potentiels du droit pénal »<sup>41</sup>, on peut se demander à la suite de ces auteurs si la fonction inverse n'est pas apparue, qui transforme « les droits de l'homme en "épée" du droit pénal » pour conduire à une inévitable « pénalisation des droits fondamentaux »<sup>42</sup>. L'ampleur des contentieux récents semble en chercher la voie.

40. Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. van Drooghenbroeck, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* (Bruylant, 2007).

41. R. Roth, « Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal », in *Aux confins du droit. Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, éd. par A. Auer, J.D. Delley, M. Hottelier et G. Malinverni (Helbing et Lichtenhahn, 2001), p. 437.

42. Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. van Drooghenbroeck, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, op. cit.



Anton Moiseienko • Lecturer in Law  
à l'Australian National University

## Sanctions, confiscations et État de droit

L'un des nombreux aspects affligeants de la guerre que mène actuellement la Russie contre l'Ukraine est le manque de mécanismes de responsabilité immédiatement mobilisables. Les discussions vont bon train s'agissant de créer un tribunal chargé de juger les crimes commis contre le droit international, mais il est indéniable que son efficacité sera l'otage des réalités politiques, c'est-à-dire militaires dans ce contexte<sup>1</sup>. Le verdict jusqu'ici symbolique d'un tribunal néerlandais dans le procès MH 17 témoigne du rôle limité que la justice pénale peut jouer jusqu'à une défaite militaire massive et un changement de régime en Russie<sup>2</sup>.

Une exception majeure à ce sombre constat d'ensemble est la (potentielle) disponibilité d'actifs russes gelés comme source de compensation pour l'Ukraine. Dans les jours qui ont suivi l'invasion de grande envergure de la Russie, les économies du G7 ont gelé environ 350 milliards de dollars de réserves de change de la banque centrale russe<sup>3</sup>. En outre, suite aux sanctions imposées à des centaines d'individus et d'entreprises affiliés au régime, des dizaines de milliards additionnels de patrimoine privé ont été gelés (58 milliards de dollars selon les dernières estimations)<sup>4</sup>.

Le lien entre la destruction en cours en Ukraine, qui se mesure en centaines voire en milliers de milliards de dollars, et ces ensembles d'actifs gelés est plutôt évident. Il n'est donc pas surprenant que des propositions aient rapidement émergé pour confisquer ces biens - par opposition à leur gel temporaire - et les transférer à l'Ukraine. Jusqu'à présent, cependant, peu de choses ont évolué sur ce front. Les États-Unis seraient préoccupés par les implications

1. Parlement européen, « Ukraine : les députés demandent un tribunal spécial pour punir les crimes russes », 19 janvier 2023, <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20230113IPR66653/ukraine-les-deputes-demandent-un-tribunal-special-pour-punir-les-crimes-russes>.
2. « Transcript of the MH17 judgment hearing », 17 novembre 2022, <https://www.court.mh17.com/en/news/2022/transcript-of-the-mh17-judgment-hearing.html>.
3. « Joint Statement by the G7 Announcing Further Economic Costs on Russia », The White House, 11 mars 2022, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/03/11/joint-statement-by-the-g7-announcing-further-economic-costs-on-russia/>.
4. « Joint Statement from the REPO Task Force », US Department of the Treasury, 9 mars 2023, <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy1329>.

économiques de la mise en péril de leur statut de réfugié pour les richesses souveraines étrangères<sup>5</sup>, l'UE étudie la question<sup>6</sup>, et le Royaume-Uni pourrait adopter une loi qui l'obligerait à étudier la question<sup>7</sup>. Le trait commun est un certain malaise quant à la légalité d'une confiscation permanente en droit international.

Parallèlement, un chœur de commentateurs juridiques et politiques conseille la prudence face à toute tentation de confisquer les actifs russes gelés<sup>8</sup>. Les problématiques juridiques en cause sont diverses et varient de l'application des immunités souveraines, en ce qui concerne la propriété de l'État, à des préoccupations en matière de droits de l'homme en ce qui concerne les actifs privés. Cependant, une objection plus fondamentale à la confiscation potentielle des avoirs russes sous-tend une grande partie de ces commentaires, à savoir que cela serait contraire à l'État de droit<sup>9</sup>.

Cet article vise à répondre à cette préoccupation d'ordre supérieur, qui questionne la légitimité de toute mesure de confiscation proposée<sup>10</sup>. Ce faisant, cet article examine en premier lieu les difficultés soulevées par les sanctions unilatérales non mandatées par l'ONU au regard de l'État de droit. Dans un second temps, l'article présente une confiscation potentielle des avoirs russes gelés.

### Les sanctions et l'État de droit

La notion d'État de droit (« *rule of law* » en anglais) échappe à une définition claire et nette, mais il est relativement bien accepté qu'elle renvoie aux attributs fondamentaux d'un système juridique qui le rendent digne de

5. Alan Rappeport et David E Sanger, « Seizing Russian Assets to Help Ukraine Sets Off White House Debate », *New York Times*, 31 mai 2022, <https://www.nytimes.com/2022/05/31/us/politics/russia-sanctions-central-bank-assets.html>.
6. Sam Fleming et Henry Foy, « EU to Examine Seizing Confiscated Russian Assets for Reconstruction », *Financial Times*, 23 janvier 2023, <https://www.ft.com/content/dabofe80-dae0-4973-88ea-de2d95cd9a4a>.
7. Seizure of Russian State Assets and Support for Ukraine Bill, Bill 245 (UK), § 1, <https://bills.parliament.uk/bills/3415>.
8. Voir par exemple, Paul Stephan, « Giving Russian Assets to Ukraine – Freezing Is Not Seizing », *Lawfare*, 26 avril 2022, <https://www.lawfareblog.com/giving-russian-assets-ukraine-freezing-not-seizing>; Paul Stephan, « Seizing Russian Assets », 17(3) *Capital Markets LJ* 276, 2022; « Russian asset seizures must follow the law », *Financial Times*, 5 janvier 2022, <https://on.ft.com/3GPzQtY>; Andrew Dornbier, « From Sanctions to Confiscation While Upholding the Rule of Law », *Basel Institute on Governance* (2023) 1; Julianne Kokott, « Confiscation of Russian Assets to Rebuild Ukraine? », *Legal Tribune Online*, 27 février 2023, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/confiscation-freezing-russian-assets-rebuilding-ukraine-war-russia/>; Doug Bandow, « Seizing Russian Assets Is a Bad Idea », Cato Institute, 12 mai 2022, <https://www.cato.org/commentary/seizing-russian-assets-bad-idea>.
9. Stephan, « Giving Russian Assets to Ukraine » (note 8) (« Since the end of the Cold War, U.S. foreign policy has presented the international rule of law as one of the linchpins of the global society that the U.S. wants to build. [...] [A] transparent violation of a category of rules that the U.S. normally supports, simply because compliance would frustrate an immediate sense of justice, undermines the ability to use international law to shape a more peaceful and prosperous world. »); Kokott (note 8); Bandow (note 8) (« [Confiscating Russia's assets] is an extremely bad idea, one which would undermine America's rule of law while impeding peace between Russia and Ukraine »).
10. Pour une vue d'ensemble plus vaste des questions soulevées, voir Anton Moiseienko et al., « Frozen Russian Assets and the Reconstruction of Ukraine: Legal Options », 22 juillet 2022, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4149158](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4149158).

respect et d'adhésion. Dans son ouvrage de référence, Lord Bingham la décrit ainsi : « que toutes les personnes et autorités au sein de l'État, qu'elles soient publiques ou privées, soient contraintes et aient droit au bénéfice des lois faites en public, prenant effet (généralement) dans le futur et publiquement appliquées par les tribunaux »<sup>11</sup>. Comme l'a souligné Lord Bingham, il existe des exceptions à cette définition, et elle ne doit pas être appliquée de manière dogmatique<sup>12</sup>. L'État de droit comporte également d'autres caractéristiques, telles que le respect des droits de l'homme<sup>13</sup>.

La question de savoir si l'État de droit existe sur le plan international fait polémique, en grande partie en raison de la différence entre les systèmes juridiques nationaux et le droit international. Il manque à ce dernier un mécanisme d'application centralisé<sup>14</sup>; l'inégalité fait partie inhérente de sa composition en raison des droits de veto au Conseil de sécurité<sup>15</sup>; et certaines de ses règles, comme celles (pertinentes pour cet article) relatives aux immunités souveraines, sont notoirement floues car coutumières plutôt que fondées sur un traité<sup>16</sup>. Dans l'ensemble, cependant, il semble raisonnable d'accepter qu'une certaine version de l'État de droit, au moins dans un sens de cohérence du comportement des États reposant sur des règles communément acceptées, devrait également prévaloir dans les relations internationales.

Avant de passer à la question particulière de la confiscation, considérons un instant les implications des sanctions sur l'État de droit au sens large. Certains commentateurs critiquent toutes les sanctions unilatérales<sup>17</sup>. Cette attitude ne tient pas compte de la diversité des sanctions, qui vont des plus sévères aux (relativement) triviales. Par exemple, les sanctions britanniques contre la Russie incluent l'interdiction de fournir des services de comptabilité et de conseil en gestion aux entreprises russes<sup>18</sup>. Rares sont ceux qui considéreraient cela comme un affront à l'État de droit. D'autre part, les détracteurs des sanctions unilatérales surestiment curieusement l'importance (du point de vue de l'État de droit plutôt que du point de vue juridique formel) de l'*imprimatur* du Conseil de sécurité : les sanctions de l'ONU souffrent depuis longtemps de lacunes dans la régularité de leur procédure, dont la résolution reste en cours<sup>19</sup>.

Si l'on devait proposer une classification des sanctions du point de vue de l'État de droit, plus nuancée qu'une grossière division unilatérale/multilatérale, quatre catégories émergeraient.

Premièrement, il y a les sanctions qui enfreignent les règles applicables en droit national ou international. Certes, qu'une chose enfreigne ou non le droit peut être contesté, mais laissons cela de côté. À titre d'exemple, les observations que l'Iran a déposées auprès de la Cour internationale de justice (CIJ) allèguent que les sanctions américaines sont incompatibles avec un traité d'amitié entre les deux pays<sup>20</sup>.

Deuxièmement, certaines sanctions soulèvent des problématiques d'État de droit si l'on raisonne à partir des principes premiers, mais sont largement acceptées dans la pratique. Le gel des actifs individuels en est l'exemple paradigmatique. Qu'il s'agisse de terroristes présumés ou d'oligarques russes, il est légitime de se demander si les gels d'actifs imposés par les gouvernements, en particulier les gels qui peuvent durer de nombreuses années, sont conformes aux droits humains. Or, il se trouve que les gouvernements et les tribunaux du monde entier ont répondu à cette question, à maintes reprises, par un « oui » retentissant<sup>21</sup> ! Certains peuvent remettre en question cette prémisse, mais étant donné que le droit de propriété n'est pas absolu, la façon la plus productive d'aborder le problème sous-jacent est de se pencher sur les garanties procédurales applicables (en particulier la norme de preuve et la norme de contrôle judiciaire) plutôt que d'attaquer la légitimité de la pratique en tant que telle.

Troisièmement, il existe des sanctions qui ne semblent soulever aucun problème juridique notable, à l'exception peut-être d'une interférence potentielle avec des arrangements contractuels privés. Celles-ci peuvent être généralement qualifiées de « restrictions d'accès » aux marchés ou à l'infrastructure de l'État qui sanctionne<sup>22</sup>. La déconnexion partielle des banques russes du réseau de paiement SWIFT en est un exemple. Bien qu'il s'agisse sans aucun doute d'un handicap pour les banques concernées, nul ne peut revendiquer un droit à faire partie du réseau SWIFT. Les contrôles à l'exportation sont un autre exemple de ces sanctions, puisqu'il appartient aux États de décider des partenaires et des objets de leur commerce, sous réserve bien sûr des règles applicables de l'OMC, etc.

Quatrièmement et finalement, la catégorie de sanctions la plus difficile est celle qui est essentiellement la même que la précédente mais poussée à l'extrême en termes d'intensité. Ces sanctions impliquent également une action arbitraire de l'État, comme le retrait du commerce avec

11. Tom Bingham, *The Rule of Law* (Penguin Books 2011) 8.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*, chapitre 7.

14. Jeremy Waldron, « The Rule of International Law » (2006) 30 *Harv JL & Pub Pol'y* 15, 24.

15. James Crawford, « International Law and the Rule of Law » (2003) 24 *Adelaide LR* 3, 10-11.

16. Voir Monica Hakimi, « Making Sense of Customary International Law » (2020) 118(8) *Michigan LR* 1487, 1501.

17. Voir Daniel H. Joyner, « International Legal Limits on the Ability of States to Lawfully Impose International Economic/Financial Sanctions » in Ali Z Marossi et Marisa R Bassett (dir.), *Economic Sanctions under International Law* (Springer 2015) 83.

18. UK Government, « Russia cut off from UK services » (4 mai 2022) <https://www.gov.uk/government/news/russia-cut-off-from-uk-services>.

19. Voir Devika Hovell, *The Power of Process: The Value of Due Process in Security Council Sanctions Decision-Making* (OUP 2016).

20. *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v US)*, Provisional Measures, 2018 ICJ Rep 623 (3 octobre).

21. Voir Anton Moiseienko, *Corruption and Targeted Sanctions: Law and Policy of Anti-Corruption Entry Bans* (Brill 2019).

22. Tom Ruys et Cedric Ryngaert, « Secondary Sanctions: A Weapon Out of Control? The International Legality of, and European Responses To, US Secondary Sanctions » (2021) 0(0) *BYIL* 1, 11 - 16.

un autre État, mais qui produit des effets graves et de grande envergure. L'embargo commercial américain sur Haïti dans les années 1980 serait un exemple de telles sanctions, souvent cité comme l'un des facteurs à l'origine de l'évolution ultérieure vers des sanctions plus adaptées et « ciblées »<sup>23</sup>.

Les distinctions entre ces quatre catégories sont floues, surtout entre la troisième et la quatrième catégories. Bien que déconnecter du réseau SWIFT une poignée de banques russes provoque une perturbation, les déconnecter toutes - ou, de manière plus extrême, interdire toute relation de correspondance avec ces banques<sup>24</sup> - pourrait entraîner une crise significative de l'économie russe<sup>25</sup>. Il en irait de même pour un embargo total sur le commerce énergétique russe ou d'autres mesures similaires à la « campagne de pression maximale » utilisée contre l'Iran<sup>26</sup>.

L'un des paradoxes de cette dernière catégorie de sanctions est que, aussi significatifs les effets de ces mesures soient-ils, ni le droit international ni aucune notion d'État de droit ne les contraignent. Une grande partie de la critique des sanctions unilatérales peut être considérée sous cet angle : en termes simples, elle exprime un malaise face à cet exercice sans entrave du pouvoir économique sur la scène internationale. Certaines solutions qui ont été proposées comprennent l'incorporation des principes de proportionnalité et de distinction par rapport aux lois de la guerre<sup>27</sup> ; l'extension des principes de non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États<sup>28</sup> ; et l'octroi du pouvoir d'utiliser ces leviers économiques au Conseil de sécurité de l'ONU<sup>29</sup>.

Chacune de ces options effacerait ce domaine des sanctions qui n'est effectivement pas touché par le droit international et le soumettrait à une interdiction des sanctions économiques de grande envergure, sous réserve peut-être de quelques exceptions. Cela transformerait en un domaine régi par le droit international ce qui est actuellement une question politique, à savoir la souffrance que l'on peut infliger à la population d'un État délinquant dans le but de le ramener au respect du droit international.

Une faiblesse persistante du discours critique des sanctions est son oubli des objectifs des sanctions et de leur contexte. Il est bon et bien de parler de coercition économique d'un État contre un autre, mais si une telle coercition économique vise à empêcher le développement d'armes nucléaires par l'Iran ou à forcer la Russie à quitter l'Ukraine, la question prend une tournure différente. Non moins important est le fait que, comme mentionné ci-dessus, il se déroule dans un contexte où fait défaut un mécanisme d'exécution central. L'application « décentralisée » du droit international par des États puissants n'est pas une situation idéale, mais s'en écarter ne servirait pas l'État de droit au niveau international : au contraire, cela ferait des conflits entre États une affaire strictement bilatérale, du moins dans la mesure où les intérêts des « P5 » sont concernés, ce qui ne servirait que les intérêts de régimes voyous.

### Sanctions et confiscations

Dans ce contexte, il est assez clair qu'aucune allégation générale d'illégalité ne peut être formulée en ce qui concerne les sanctions unilatérales contre la Russie. Il est donc possible de discuter spécifiquement du gel (et de la potentielle confiscation) des actifs liés à la Russie. Différentes problématiques se présentent selon qu'il s'agit de propriété privée ou étatique.

#### Propriété Privée

Considérons la propriété privée. Des centaines de responsables russes, d'hommes d'affaires et d'autres personnes (prétendument) affiliées au régime de Poutine figurent désormais sur des listes de sanctions aux États-Unis, au Royaume-Uni, au sein de l'UE et d'autres économies du G7<sup>30</sup>. On sait que des dizaines de milliards de dollars ont été gelés. Comme indiqué plus haut, la légalité de cette pratique est largement acceptée, sous réserve de garanties appropriées en matière de preuve et de procédure. Sans surprise, nous voyons certaines des personnes ciblées avoir recours à ces garanties, et de riches hommes d'affaires russes contestent actuellement les sanctions au Royaume-Uni, dans l'UE, aux États-Unis et en Australie<sup>31</sup>.

23. Daniel Drezner, « Sanctions sometimes smart: Targeted sanctions in theory and practice » (2011) 13 *International Studies Review* 96. Voir également W Michael Reisman, « Assessing the Lawfulness of Non-military Enforcement: The Case of Economic Sanctions » [1995] *ASIL Proceedings* 350, 350 - 351.

24. SWIFT est un réseau qui permet de fournir (plus facilement) des services de correspondance bancaire, qui sont également possibles, bien que moins pratiques, sans SWIFT.

25. Ian Zhou, « Russia's exclusion from SWIFT: an explainer », *Australian Parliament*, 9 mars 2022, [https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_departments/Parliamentary\\_Library/FlagPost/2022/March/Exclusion\\_of\\_Russia\\_from\\_SWIFT](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_departments/Parliamentary_Library/FlagPost/2022/March/Exclusion_of_Russia_from_SWIFT).

26. Sur l'Iran, voir Richard Nephew, *The Art Of Sanctions: A View From the Field* (Columbia University Press 2017), mais à noter que cet ouvrage est antérieur à la campagne de pression maximale de l'administration Trump.

27. W Michael Reisman, « Sanctions and International Law » (2008) 4 *Int'l Hum Rights LR* 9.

28. Antonios Tzanakopoulos, « The Right to Be Free from Economic Coercion » (2015) 4 *Cambridge J Int'l Comp L* 616.

29. Alexander Orakhelashvili, « The Impact of Unilateral EU Economic Sanctions on the UN Collective Security Framework: The Cases of Iran and Syria » in Ali Z Marossi et Marisa R Bassett (dir.), *Economic Sanctions under International Law* (Springer 2015) 83.

30. Un résumé utile des sanctions individuelles est disponible ici : <https://nowheretorun.org/>.

31. Pour le R-U, voir Rob Davies, « Oligarch's lawyers say UK caused serious hardship by freezing assets », *The Guardian* (London, 3 mars 2023) <https://www.theguardian.com/business/2023/mar/03/oligarchs-lawyers-uk-caused-serious-hardship-freezing-assets-eugene-shvidler>. Pour l'Australie, voir le recours juridique d'Alexander Abramov devant la Federal Court à : <https://www.comcourts.gov.au/file/Federal/P/VID335/2022/actions>. Pour les E-U, voir Jacqueline Thomsen, « Russian Oligarch Deripaska Loses U.S. Court Battle to Lift Sanctions » (*Reuters*, 30 mars 2022) <https://www.reuters.com/legal/government/russian-oligarch-deripaska-loses-us-court-battle-lift-sanctions-2022-03-29/>; followed by US Department of Justice, « Russian Oligarch Oleg Vladimirovich Deripaska and Associates Indicted for Sanctions Evasion and Obstruction of Justice », 29 September 2022, <https://www.justice.gov/opa/pr/russian-oligarch-oleg-vladimirovich-deripaska-and-associates-indicted-sanctions-evasion-and>.

C'est une scène habituelle, commune à la plupart des autres programmes de sanctions<sup>32</sup>.

Ce qui est (presque) nouveau, c'est la discussion concernant l'éventuelle confiscation de ces biens. L'approche traditionnelle des sanctions financières consiste à maintenir les actifs gelés jusqu'à ce que les sanctions soient levées. Cela en soi ne va pas sans problème car ceux dont les biens ont fait l'objet de sanctions pendant de nombreuses années peuvent faire valoir que de telles mesures équivalent à une confiscation. Jusqu'à présent, cependant, aucun tribunal n'a approuvé cet argument<sup>33</sup>.

Si la question n'est que « presque » nouvelle, c'est qu'il y a eu quelques écarts occasionnels de cette approche traditionnelle. En 2011-2014, l'UE a adopté des sanctions anti « détournement de fonds » pour geler les biens d'anciens agents publics d'Égypte, de Tunisie et d'Ukraine jusqu'à ce que les enquêtes sur leurs activités de corruption présumées prennent fin dans leur pays d'origine<sup>34</sup>. Ces enquêtes se sont enlisées, ont été retardées, et la plupart de ces sanctions pour détournement de fonds n'ont pas porté leurs fruits. Ces sanctions ont été critiquées comme un raccourci permettant à des pays tiers de contourner les processus d'entraide judiciaire entre les États membres de l'UE, mais en tout cas, elles démontrent que sanctions et confiscation ne sont pas toujours mutuellement exclusives<sup>35</sup>.

Mais surtout, ces sanctions pour détournement de fonds concernent les produits présumés de la corruption. Cela est cohérent avec le principe reconnu selon lequel les produits ou les instruments d'un crime peuvent être confisqués. Cela est assez différent du cas qui nous intéresse. Ici, le point de départ est de savoir si, dans le contexte de destructions massives en Ukraine, les biens des proches du régime de Poutine peuvent être confisqués pour couvrir les frais de réparation des dégâts, produits du crime ou non.

Il existe toute une gamme d'approches possibles. L'une d'entre elles, qui a été adoptée par le Canada, permet essentiellement la confiscation des biens gelés sans autre précondition<sup>36</sup>. La première tentative d'utilisation de ces dispositions est en cours et implique le politicien et homme d'affaires Roman Abramovich<sup>37</sup>. Une autre option (très similaire) consiste à autoriser la confiscation de biens sur la base

d'une affiliation à une organisation indésirable, telle que le gouvernement russe, établie selon un niveau de preuve plus élevé, tel que la prépondérance des probabilités. Une autre technique, utilisée aux États-Unis et proposée par la Commission européenne, consiste à confisquer le « produit » du contournement des sanctions<sup>38</sup>. C'est-à-dire que si quelqu'un tente de dissimuler ou de s'enfuir avec des biens sanctionnés, par exemple un yacht soumis à des sanctions, ces biens deviennent sujets à confiscation pour cette raison même. Enfin, il est possible de faciliter la confiscation des produits présumés d'un crime, par exemple en exigeant des propriétaires de certains biens qu'ils prouvent qu'ils ont été obtenus légalement<sup>39</sup>.

Les deux premières options et, dans une moindre mesure, la dernière, impliquent certains compromis en matière d'État de droit. Le droit de propriété n'est certes pas absolu, mais ces options le rendent encore moins absolu. Il est possible que, dans le contexte russe, ces mesures survivent à une analyse en termes de violation des droits de l'homme, comme celle de la Cour européenne des droits de l'homme, compte tenu de l'intérêt public qui les sous-tend<sup>40</sup>. Mais une question de principe fondamentale est en jeu, et il est souhaitable que le débat public se fasse l'écho d'une nécessaire prudence.

#### Propriété étatique

La situation de la propriété étatique est très différente. En vertu du droit international, la Russie doit à l'Ukraine des réparations pour les dommages causés par sa guerre d'agression<sup>41</sup>. À moins de changements spectaculaires dans la politique nationale de la Russie, il n'y a aucune chance qu'elle se conforme à cette obligation. Dans le même temps, des centaines de milliards de dollars d'actifs russes gelés sont à la portée des partenaires internationaux de l'Ukraine, le principal obstacle à leur confiscation étant les règles d'immunité souveraine.

Il est courant de rencontrer l'opinion selon laquelle, indépendamment du contexte, la confiscation des actifs de la banque centrale russe constituerait une violation

first-process-to-seize-and-pursue-the-forfeiture-of-assets-of-sanctioned-russian-oligarch.html.

32. Voir Anton Moiseienko, « Due Process and Unilateral Targeted Sanctions » in Charlotte Beaucillon (dir.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions* (Edward Elgar Publishing, 2021).

33. *Kadi v Commission and Council*, CJEU, arrêt du 30 septembre 2010, T-85/09, [150].

34. Décision du Conseil 2011/72/CFSP du 31 janvier 2011; Décision du Conseil 2011/172/CFSP du 21 mars 2011; Décision du Conseil 2014/119/CFSP du 5 mars 2014.

35. Pour une critique, voir Scott Crosby, « The Ezz Case: Some Critical Observations: Case T-256/11 and on Appeal Case C-220/14 P » (2015) 6 *New J Eur Crim L* 316.

36. Loi n°1 d'exécution du budget de 2022 (L.C. 2022, ch. 10) (Can), ss 440-441, modifiant la Loi sur les mesures économiques spéciales (L.C. 1992, ch. 17) (Can), s 4(1)(b).

37. Gouvernement du Canada, « Canada Starts First Process to Seize and Pursue the Forfeiture of Assets of Sanctioned Russian Oligarch » (19 décembre 2022) <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2022/12/canada-starts->

38. Pour les États-Unis, voir la mise en accusation de Deripaska (note 31). Pour l'Union Européenne, voir Commission Européenne, Questions et réponses : la Commission propose d'ériger en infraction pénale le contournement des sanctions de l'UE, 2 décembre 2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda\\_22\\_7373](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda_22_7373).

39. Sur le recours aux « unexplained wealth orders », voir Anton Moiseienko, « The Limitations of Unexplained Wealth Orders » [2022] 3 *Crim LR* 230. Pour d'autres moyens de faciliter la confiscation des produits d'un crime actuellement considérés aux États-Unis, voir The White House, « Fact Sheet: President Biden's Comprehensive Proposal to Hold Russian Oligarchs and Elites Accountable », 28 avril 2022, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/04/28/fact-sheet-president-bidens-comprehensive-proposal-to-hold-russian-oligarchs-accountable/>.

40. Par exemple, la Cour européenne des Droits de l'Homme a généralement accepté la légalité d'un renversement du fardeau de la preuve dans des cas de confiscation civile tant qu'une justification était présente. Cf. Johan Boucht, *The Limits of Asset Confiscation* (Hart Publishing 2017) 227-230.

41. Article 31 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui sont généralement acceptés comme codifiant le droit international coutumier.

flagrante du droit international, s'apparentant presque à la saisie des biens d'une mission diplomatique<sup>42</sup>. Si tel était le cas, une telle action irait également à l'encontre des notions de cohérence et de prévisibilité qui, comme nous l'avons vu plus haut, caractérisent l'État de droit.

Cette argumentation n'est, sauf votre respect, pas convaincante. Tout d'abord, les limites des immunités souveraines sont incertaines et n'ont pas été testées. Le droit des immunités souveraines a évolué pour interdire aux tribunaux d'un État d'exercer leur autorité sur un autre État<sup>43</sup>. Il n'est pas certain qu'il s'étende à l'action purement exécutive. Si tel est le cas, le simple gel de biens souverains constitue une violation du droit international, mais peu d'États ont jamais invoqué cet argument<sup>44</sup>.

Bien entendu, la notion de confiscation exécutive (ou, de manière plus inquiétante, extrajudiciaire) n'est pas facile à concilier avec les conceptions ordinaires de l'État de droit, y compris au niveau national. Il est paradoxal de suggérer qu'elle échappe aux immunités souveraines, alors que les mesures judiciaires sont exclues de ces immunités. C'était précisément l'argument du Timor-Leste dans le litige qui l'opposait à l'Australie devant la Cour internationale de justice et qui est aujourd'hui abandonné, concernant la saisie (exécutive) par l'Australie de certains documents qui appartenaient au gouvernement du Timor-Leste<sup>45</sup>. L'Australie a répliqué que le Timor-Oriental assimilait à tort l'immunité (contre les mesures judiciaires de contrainte) à l'inviolabilité, qui est réservée à la propriété diplomatique<sup>46</sup>. Le poids de l'opinion scientifique semble être en faveur de la position australienne à cet égard, comme le démontrent les écrits de Tom Ruys, Ingrid (Wuerth) Brunk et Philippa Webb<sup>47</sup>.

Un examen attentif de la pratique des États conduit à nuancer l'idée intuitive selon laquelle la confiscation des actifs de la banque centrale par l'exécutif est sans

précédent. Par exemple, en 2003, le gouvernement américain a confisqué 1,7 milliard de dollars d'actifs de la banque centrale irakienne<sup>48</sup>. Cette mesure a été prise sur la base des dispositions de l'International Emergency Economic Powers Act (IEEPA), la loi autorisant la plupart des programmes de sanctions américains, qui permet la confiscation de biens étrangers « lorsque les États-Unis sont engagés dans des hostilités armées ou ont été attaqués par un pays étranger ou des ressortissants étrangers ». Il est remarquable que cet incident ne semble pas avoir suscité de discussion sur les implications de ces actions en termes d'immunité souveraine. On peut supposer que c'est parce que la légalité de la confiscation des biens publics d'un État ennemi est bien acceptée dans la pratique internationale<sup>49</sup>.

Les raisons pour lesquelles la confiscation en temps de guerre n'est pas soumise aux règles de l'immunité souveraine n'ont jamais été exposées. Cela est d'autant plus intéressant que les débats publics qui ont eu lieu pendant les deux guerres mondiales se sont déroulés sur un terrain similaire à celui des débats actuels sur le gel et la saisie : ainsi, en s'écartant du plan initial des États-Unis visant à geler les biens ennemis, les pouvoirs du dépositaire des biens étrangers ont été étendus en 1918 pour permettre leur confiscation<sup>50</sup>. De même, alors que le Royaume-Uni avait initialement proclamé sa détermination à ne geler que les biens ennemis, des dérogations (mineures) à cette pratique ont impliqué la confiscation des biens de l'État allemand au début de la guerre<sup>51</sup>. On aurait pu s'attendre à ce que le droit international humanitaire contienne des règles spécifiques autorisant la confiscation des biens publics de l'ennemi, mais cela ne semble pas être le cas, du moins en dehors du contexte de l'occupation<sup>52</sup>.

Il est donc plausible que la pratique des États soutienne la notion de confiscation exécutive (légale) en vertu du droit international. Le fait que son utilisation ait été largement limitée au temps de guerre peut refléter un aspect pratique, et non un principe juridique : pour être en mesure de confisquer des quantités significatives de biens publics d'un État étranger, un État doit être, presque par définition, une plaque tournante financière ou commerciale internationale. Inévitablement, il serait réticent à mettre ce statut à l'épreuve en confisquant des biens étrangers, à moins que ses propres intérêts vitaux ne soient en jeu, ce qui explique pourquoi ces confiscations sont normalement limitées au temps de guerre.

Imaginons qu'il soit tout à fait clair qu'aucun obstacle juridique n'empêche les États-Unis de saisir des biens

42. Voir *supra* n° 8.

43. Article 5 de la convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens; Commission du droit international, « Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries », *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, Part Two, 3; Hazel Fox et Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (3<sup>e</sup> edn, OUP 2015) 27.

44. Pour l'argument selon lequel les immunités souveraines s'appliquent à l'action exécutive, voir Jean-Marc Thouvenin, « Gel des fonds des banques centrales et immunité d'exécution » in Anne Peters, Evelyne Lagrange, Stefan Oeter et Christian Tomuschat (dir.) *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (Brill 2014). Voir également Geneviève Bastid-Burdeau, « Le gel d'avoirs étrangers » (1997) 124 *J Droit Int'l* 5, 39.

45. *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v Australia)*, Memorial (28 avril 2014) para 5.18, discuté dans Tom Ruys, « Immunity, Inviolability and Countermeasures – A Closer Look at Non-UN Targeted Sanctions » in Tom Ruys, Nicolas Angelet et Luca Ferro (dir.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (CUP 2019).

46. *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v Australia)*, Counter-Memorial (28 juillet 2014) para 5.59 – 5.64.

47. Ruys (n 46); Ingrid (Wuerth) Brunk, « Central Bank Immunity, Sanctions, and Sovereign Wealth Funds » (à paraître) *George Washington Law Review* 1, 14-23; Philippa Webb, « Building Momentum: Next Steps Towards Justice for Ukraine », (Articles of War, 2 mai 2022) <https://lieber.westpoint.edu/building-momentum-next-steps-justice-ukraine/>.

48. Executive Order 13,290 3 CFR § 13290 (2003).

49. Voir Anton Moiseienko, « Trading with a Friend's Enemy » (2022) 116(4) *AJIL* 720.

50. Benjamin A Coates, « The Secret Life of Statutes: A Century of the Trading with the Enemy Act » (2018) 1 *Modern American History* 151, 157-158.

51. Foreign and Commonwealth Office, « British Policy Towards Enemy Property During and After the Second World War », History Notes, Issue 13, April 1998, 1, 10-30.

52. International Committee of the Red Cross, *Customary IHL: Rule 51. Public and Private Property in Occupied Territory*, [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule51](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule51).

appartenant à l'État russe et de les redistribuer à l'Ukraine. En soi, cela n'atténuerait guère les préoccupations pragmatiques concernant l'impact sur l'attrait économique des États-Unis en tant que lieu de stockage de la richesse souveraine ou sur les représailles potentielles de la Russie. Il ne fait aucun doute que ces préoccupations pèsent lourdement sur l'esprit des décideurs politiques, même en dépit du soutien militaire que les États-Unis et d'autres pays apportent à l'Ukraine, des violations flagrantes commises par la Russie qui, à l'instar des atrocités nazies, « choquent la conscience de l'humanité », et des engagements pris par les États-Unis et l'Union européenne de financer la reconstruction de l'Ukraine, qui crée une incitation monétaire directe à confisquer les biens propres de la Russie. Même dans ce contexte tout à fait extraordinaire, la confiscation n'est pas une mesure susceptible d'être prise à la légère. Le fait de souligner la rareté des précédents en temps de paix au cours des 80 dernières années et de l'interpréter comme un reflet de la *loi* ne peut que susciter des interrogations.

Si la confiscation par l'exécutif des biens de l'État russe était effectivement possible, elle serait soumise à d'autres règles applicables du droit international, telles que l'interdiction de l'expropriation dans le droit international coutumier et les traités d'investissement bilatéraux. Toutefois, ces règles tendent à prévoir des exceptions pour les actions de l'État fondées sur l'intérêt public, telles que la confiscation des produits du crime<sup>53</sup>. Dans le cas présent, bien qu'il ne s'agisse pas du produit d'un crime, l'intérêt public existe néanmoins pour assurer la responsabilité de la guerre d'agression de la Russie et obtenir une compensation pour les dommages qu'elle a causés, rendant ainsi potentiellement légale la confiscation (exécutive) des avoirs de la banque centrale russe et leur transfert à l'Ukraine.

La nécessité de contrecarrer les violations du droit international commises par la Russie permet également de confisquer les biens de l'État en tant que contre-mesure légale. Par essence, les contre-mesures constituent une dérogation temporaire aux obligations internationales d'un État vis-à-vis d'un autre État, en réponse à la violation du droit international par cet autre État. La confiscation des avoirs de la banque centrale russe soulève trois questions : a) les États autres que l'Ukraine ont-ils le droit de prendre de telles contre-mesures ? b) la confiscation de biens est-elle intrinsèquement incompatible avec le caractère temporaire et réversible des contre-mesures ? c) les contre-mesures peuvent-elles justifier une dérogation aux règles relatives à l'immunité souveraine ?

La première de ces questions est relativement simple. Historiquement, on s'est montré réticent à approuver les contre-mesures prises par des tiers, de peur de « décentraliser » davantage l'application du droit international

en la laissant entre les mains d'États puissants<sup>54</sup>. Mais si l'on accepte la notion d'obligations *erga omnes*, y compris celles qui découlent de l'interdiction de l'agression, la disponibilité de telles contre-mesures est un corollaire<sup>55</sup>. (En fait, l'expression « contre-mesures à l'égard des tiers » est mal choisie, car tous les États sont lésés, d'un point de vue conceptuel, par la violation d'une telle obligation). En ce qui concerne l'argument politique de l'application décentralisée, la situation de l'Ukraine démontre que, malgré tous ses défauts, une telle application décentralisée est préférable à l'état de ce que je décrirais comme un bilatéralisme « chacun pour soi ».

La deuxième question, à savoir celle de la temporalité et de la réversibilité, a fait l'objet de nombreux commentaires d'experts, soulignant principalement l'incompatibilité (supposée) de la confiscation avec ces exigences<sup>56</sup>. Ce point de vue dominant pose deux problèmes. Premièrement, elle part du principe que la *seule* fonction des contre-mesures est d'inciter un État agissant en violation du droit international à se conformer à la loi, plutôt que de servir de moyen d'auto-assistance<sup>57</sup>. Cela contredit directement le commentaire de la Commission du droit international (CDI) sur les articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (ARSIWA), qui stipule ce qui suit :

« Dans certaines circonstances, la commission par un État d'un fait internationalement illicite peut justifier qu'un autre État lésé par ce fait prenne des contre-mesures non forcées afin d'obtenir la cessation de ce fait et la réparation du préjudice »<sup>58</sup>.

La CDI poursuit en expliquant que, dans la littérature plus ancienne, les contre-mesures sont souvent appelées « représailles légitimes » ou, plus généralement, mesures d'« autoprotection » ou d'« auto-assistance »<sup>59</sup>. Il ne semble pas y avoir de base pour une distinction entre l'incitation (supposée licite) à agir et les mesures (supposées illicites) d'auto-assistance. La CDI établit plutôt une distinction entre les contre-mesures qui permettent à l'État lésé d'être indemnisé et celles qui vont au-delà en imposant une sanction (illégale) à l'État qui ne respecte pas ses obligations<sup>60</sup>. C'est dans ce contexte qu'il faut lire l'exigence de la CDI selon laquelle les contre-mesures doivent être réversibles « dans la mesure du possible » : une fois qu'un État a recommencé à se conformer au droit international, il ne doit pas continuer à subir les effets néfastes des contre-mesures. Dans le cas de la Russie, un tel retour au

53. Robert Jennings et Arthur Watts, *Oppenheim's International Law* (9<sup>ème</sup> éd., OUP 1992) 917.

54. Martin Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (OUP 2017) 72 – 110.

55. Voir *Barcelona Traction (Belgium v Spain)*, Judgment, 1970 ICJ Rep 3 (24 juillet) para 34.

56. Voir *supra* n 8. Voir Daniel Franchini, « Seizure of Russian State Assets: State Immunity and Countermeasures » (*Articles of War*, 8 March 2023) <https://lieber.westpoint.edu/seizure-russian-state-assets-state-immunity-countermeasures/>.

57. Voir par exemple, Stephan (n 8), 10.

58. ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, UN Doc A/56/10 (24 octobre 2001) 75.

59. *Ibid.*

60. *Ibid.*, 130.

respect du droit international impliquerait d'indemniser l'Ukraine pour les dommages qu'elle a causés.

Cela nous amène au deuxième problème que pose le point de vue majoritaire (actuel), à savoir l'application de l'exigence de temporalité et de réversibilité aux circonstances en question. Elles doivent être appliquées en tenant compte du contexte et en gardant à l'esprit les objectifs généraux des contre-mesures. Supposons que l'État A confisque illégalement les biens de l'État B. L'État B confisque ensuite les mêmes biens. L'État B confisque alors la même quantité de biens de l'État A à titre de contre-mesure. Une adhésion rigide aux principes de temporalité et de réversibilité signifierait que cette mesure est illégale, mais ce résultat va à l'encontre des objectifs des contre-mesures et de la pratique des États<sup>61</sup>. L'ARSIWA ne l'exige pas non plus, d'où la condition « dans la mesure du possible ». En outre, même si l'on tenait à respecter l'exigence de réversibilité à tout prix, on peut se demander si la confiscation est vraiment incompatible avec cette exigence. Une grande partie du discours public entourant le problème du « gel pour saisir » consiste à expliquer la différence entre le gel (temporaire) et la confiscation (permanente). Cette juxtaposition semble avoir contaminé la discussion sur les contre-mesures. La confiscation des titres ou des réserves monétaires de la banque centrale russe n'est pas « permanente » ou « irréversible » dans le sens où elle ne peut être annulée. Il est possible de prendre 350 milliards de dollars à la Russie aujourd'hui et de les lui rendre une fois qu'elle se sera acquittée de ses obligations de réparation envers l'Ukraine. Le résultat net est, bien entendu, le même que si l'on prenait simplement les fonds de la Russie - en tant que contre-mesure légale - et qu'on les transférait à l'Ukraine.

Enfin, en ce qui concerne les contre-mesures et l'immunité, la question de savoir si les contre-mesures peuvent affecter les immunités *juridictionnelles* des États a fait l'objet de nombreuses discussions<sup>62</sup>. Certaines difficultés découlent du fait qu'une fois que les immunités juridictionnelles d'un État sont levées à titre de contre-mesure, les procès intentés contre lui peuvent donner lieu à des jugements dont le montant peut être disproportionné par rapport à l'infraction initiale. D'autres problèmes peuvent également résulter de l'implication des tribunaux et des parties privées. Aucune de ces préoccupations ne s'applique à la confiscation potentielle par l'exécutif des actifs de la banque centrale russe, qui (à supposer qu'elle s'applique) met en jeu l'immunité d'exécution, et

non l'immunité de jugement. Bien entendu, la banque centrale russe peut souhaiter contester la confiscation de ses biens et être ainsi impliquée dans un litige devant les tribunaux nationaux d'un autre État, mais il est bien admis que l'immunité de juridiction ne s'applique pas aux États ou aux organismes d'État qui engagent eux-mêmes une procédure devant un tribunal étranger<sup>63</sup>.

### Conclusion

La réponse internationale à l'invasion de l'Ukraine par la Russie doit s'efforcer de défendre l'État de droit plutôt que de le saper. Il est parfois suggéré que cette proposition non controversée devrait avoir pour effet de priver la communauté internationale de l'un des rares moyens efficaces dont elle dispose pour faire face à la mauvaise conduite de la Russie, à savoir la confiscation (potentielle) des avoirs gelés de la banque centrale russe. Comme cet article s'est efforcé de le démontrer, il s'agit au mieux d'une exagération. Les questions en jeu sont complexes, et les considérations économiques et politiques figurent à juste titre dans le débat au même titre que les normes juridiques<sup>64</sup>, mais il est probable que la confiscation des avoirs de la banque centrale russe serait légale en vertu du droit international. En effet, la confiscation exécutive (non judiciaire) est potentiellement compatible avec le droit des immunités souveraines et n'est pas nécessairement exclue par d'autres règles applicables du droit international, telles que l'interdiction de l'expropriation.

Même si cette confiscation était illégale après tout (ce qui est douteux mais plausible), elle est néanmoins presque certainement justifiable en tant que contre-mesure légale aux violations du droit international commises par la Russie. Effectuer une telle confiscation ne servirait donc pas seulement à sauvegarder l'état de droit international face à une agression armée, mais serait également compatible avec la *lex lata*, telle qu'elle est comprise.

Sur le plan national, une réforme juridique serait nécessaire pour permettre de telles mesures de confiscation. Dans des circonstances ordinaires, on se méfierait à juste titre des changements juridiques permettant au gouvernement de s'emparer des biens d'une personne, en particulier sans contrôle judiciaire. Toutefois, il s'agit ici de biens d'État et il est donc impossible d'isoler la question nationale du contexte plus large du droit international, y compris la nécessité de soutenir l'Ukraine dans sa résistance à l'agression armée et dans sa reconstruction. Apporter un tel soutien aux dépens de la Russie reviendrait à renforcer, et non à mettre en péril, l'État de droit international et national.

61. Voir l'affirmation par l'Italie de son droit de « confisquer des biens américains de valeur équivalente » en réponse aux saisies américaines de ses navires marchands en 1941, mentionnée dans le document intitulé « Le droit à l'autodétermination ». Enzo Canizzaro, « The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures » (2001) 12(5) *EJIL* 889, 907. Voir également les efforts du Royaume-Uni pour saisir l'or monétaire albanais afin d'exécuter l'arrêt *Corfu Channel*, discuté in Oscar Schachter, « The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions » (1960) 54 *AJIL* 1, 7 - 12, aussi mentionné dans Franchini (n 57).

62. Voir par exemple Daniel Franchini, « State Immunity as a Tool of Foreign Policy » (2020) 60 *Virginia J Int'l L* 433; Marco Longobardo, « State Immunity and Judicial Countermeasures » (2021) 32 *EJIL* 457.

63. Article 8 de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

64. Anton Moiseienko, « Politics, Not Law, Is Key to Confiscating Russian Central Bank Assets », *Just Security*, 17 août 2022 <https://www.justsecurity.org/82712/politics-not-law-is-key-to-confiscating-russian-central-bank-assets/>.

La prudence à laquelle appelle une grande partie des commentaires d'experts actuels est justifiée, mais elle s'applique mieux à la question épineuse des avoirs privés gelés. Il existe ici un véritable dilemme entre, d'une part, le respect de la propriété privée et, d'autre part, l'extension

de la confiscation à la richesse d'une personne impliquée non pas dans la criminalité mais dans d'autres activités pernicieuses, telles que le soutien d'un régime répressif. Il est probable que les développements futurs dans ce domaine, s'il y en a, continueront à susciter la controverse.



**Erin Mooney** · Consultante indépendante auprès de l'ONU et d'autres organisations en matière de migration forcée, droits de l'homme et questions humanitaires.

## La crise des réfugiés en Ukraine : questions juridiques clés

L'une des conséquences humaines les plus immédiates et les plus dramatiques de l'invasion de l'Ukraine par la Russie le 24 février 2022 a été la fuite de millions de personnes pour sauver leur vie. Dans ce qui est devenu la crise de déplacement la plus rapide au monde depuis la Seconde Guerre mondiale, près de 13 millions de personnes, soit plus d'un quart de la population ukrainienne, ont fui leurs maisons et leurs communautés au cours des deux premiers mois de la guerre<sup>1</sup>. Parmi elles, plus de 5,2 millions, principalement des femmes et des enfants<sup>2</sup>, ont fui vers d'autres pays, tandis que 7,7 millions sont restées en Ukraine, en tant que « personnes déplacées à l'intérieur du pays » (PDI)<sup>3</sup>. Cette crise massive de déplacement a en fait exacerbé une crise préexistante, qui avait commencé avec l'annexion de la Crimée par la Russie en mars 2014 et le déclenchement du conflit armé dans l'est de l'Ukraine en avril 2014. En mars 2015, près de 2 millions de personnes de ces régions avaient fui leurs foyers : près de 1,2 million sont devenues des personnes déplacées en Ukraine, tandis que les autres ont quitté le pays, pour la plupart vers la Russie<sup>4</sup>. À la fin de l'année 2021,

l'Ukraine comptait encore 854 000 personnes déplacées<sup>5</sup>. En 2022, après l'escalade dramatique de huit années de conflit dans les régions ukrainiennes du Donbas et de la Crimée en une guerre à grande échelle engloutissant tout le pays, beaucoup de ces personnes déplacées de 2014 et 2015 ont été forcées de fuir à nouveau.

Début 2023, près d'un an après l'invasion russe, près de 19 millions de personnes, soit près de la moitié de la population ukrainienne, avaient été déracinées par la guerre. Parmi elles, plus de 5,3 millions de personnes étaient déplacées à l'intérieur de l'Ukraine, tandis que l'Europe comptait à elle seule plus de 8,1 millions de réfugiés ukrainiens<sup>6</sup>. En outre, on estime que 5 562 000 personnes qui avaient été déplacées soit en Ukraine, soit dans d'autres pays, sont retournées à leur lieu de résidence habituel en Ukraine au cours des derniers mois ; cependant, en raison du conflit en cours, leur retour est précaire et pas nécessairement permanent<sup>7</sup>. En effet, la guerre continue de forcer un grand nombre de personnes à fuir : plus de 640 000 personnes ont été déplacées au cours des deux mois allant de la fin novembre 2022 à la fin janvier 2023<sup>8</sup>.

Alors que l'attention internationale sur la crise du déplacement causée par la guerre s'est largement concentrée sur les millions de personnes qui ont fui l'Ukraine vers d'autres pays, cet article traite de la situation des millions de personnes déplacées par le conflit qui se trouvent en Ukraine. Il se focalise plus particulièrement sur trois groupes de personnes. Premièrement, il se concentre sur les personnes qui ont fui leurs maisons et sont déplacées à l'intérieur de l'Ukraine. Deuxièmement, il englobe également la situation des personnes déplacées qui sont revenues dans leur région de résidence habituelle au cours des derniers mois, ainsi que celle des réfugiés qui sont rentrés en Ukraine et ont fait de même<sup>9</sup>. Troisièmement, la situation des civils qui n'ont pas encore été déplacés par le conflit mais qui risquent de l'être est également préoccupante. En effet, plus de deux millions de personnes en Ukraine qui n'avaient pas encore été déplacées au cours de la première année de la guerre envisageraient aujourd'hui activement de fuir leur domicile en raison du conflit<sup>10</sup>. Chacun de ces groupes de personnes a des besoins et des vulnérabilités distincts qui requièrent une

1. Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), *Ukraine Regional Refugee Response Plan and Flash Appeal* (HCR, avril 2022) 2.  
2. Alors que les femmes et les enfants constituent généralement la grande majorité des personnes déplacées dans le monde, les hommes restent souvent pour combattre dans le conflit ou, en cas de catastrophe naturelle, pour protéger la maison et s'occuper du bétail, le gouvernement ukrainien a publié le 24 février 2022 un règlement temporaire interdisant à tout citoyen masculin âgé de 18 à 60 ans de quitter le pays pendant la loi martiale. En juillet 2022, une proclamation de l'armée a étendu cette interdiction aux hommes de cet âge afin qu'ils ne puissent pas quitter leur district d'origine. Charli Carpenter, « Civilian Men Are Trapped in Ukraine: Human Rights and Humanitarian NGOs Should Pay Attention to Kyiv's Sex-selective Martial Law » (*Foreign Policy*, 15 juillet 2022).  
3. Organisation internationale pour les migrations (OIM), « One in Six People Internally Displaced in Ukraine » (OIM, 21 avril 2022). Au début du mois de mai 2022, le nombre de personnes déplacées en Ukraine a dépassé les 8 millions. OIM, « Needs Growing for Over 8 Millions Internally Displaced in Ukraine » (OIM, 10 mai 2022).  
4. Bureau de la coordination des affaires humanitaires des Nations unies (OCHA), « Ukraine : Overview of population displacement (as of 23 March 2015) », (UNOCHA, 27 mars 2015).

5. Internal Displacement Monitoring Centre IDMC, « Country Profile : Ukraine » (IDMC, 2022) <[www.internal-displacement.org/countries/ukraine](http://www.internal-displacement.org/countries/ukraine)> consulté le 14 mars 2023.  
6. HCR, « Ukraine Situation Flash Update #41 » (HCR, 24 février 2023). Si les statistiques du HCR mettent l'accent sur le nombre de réfugiés du conflit ukrainien qui se trouvent actuellement en Europe, où se trouve l'écrasante majorité d'entre eux, on en trouve également un grand nombre dans d'autres pays, par exemple au Canada et aux États-Unis.  
7. OIM, *Ukraine Returns Report* (OIM, 23 janvier 2023).  
8. OIM, *Ukraine Internal Displacement Report: General Population Survey, Round 12* (IOM, 23 janvier 2023), 1.  
9. À la fin du mois de septembre 2022, le nombre de rapatriés rapporté par l'OIM était le plus élevé depuis le début du conflit, avec un total estimé à 6036000. Quatre mois plus tard, à la fin janvier 2023, le nombre de rapatriés avait chuté de près d'un demi-million, à 5562000. OIM, *Ukraine Returns Report*, (n 7), 2.  
10. Nations Unies OIM, *Ukraine Internal Displacement Report*, (n 8), 2.

attention et des réponses conformes aux normes juridiques internationales.

Le présent article expose les principales questions juridiques liées à la protection des civils contre les déplacements arbitraires, à la garantie de leur protection et de leur assistance une fois qu'ils sont déplacés, et à l'aide à leur apporter pour trouver une solution durable à leur déplacement. Les normes pertinentes sont fixées par le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme et, le cas échéant, le droit international des réfugiés. *Les principes directeurs des Nations unies relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*<sup>11</sup> constituent également une référence essentielle. Ils définissent les « personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays »<sup>12</sup> et précisent les droits des personnes déplacées et les responsabilités des États et des autres autorités à leur égard dans toutes les phases du déplacement. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un document juridiquement contraignant en soi, les principes directeurs s'appuient expressément sur les sources contraignantes et s'y conforment<sup>13</sup>.

Les principes directeurs ont acquis une large reconnaissance internationale. En 2005, les chefs d'État de tous les États membres des Nations unies, y compris la Russie et l'Ukraine, ont reconnu que les principes constituaient « un cadre international important pour la protection des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays »<sup>14</sup>. Réaffirmant cela au niveau régional, tous les États participants de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) reconnaissent les principes directeurs de l'ONU « comme un cadre utile » pour traiter la question des déplacements internes<sup>15</sup>. Le Comité des ministres du

Conseil de l'Europe, notant que les principes directeurs des Nations unies « ont acquis une reconnaissance et une autorité internationales », a déclaré son « engagement envers l'esprit et les dispositions » des principes directeurs, affirmant que ces principes – ainsi que d'autres instruments internationaux pertinents en matière de droits de l'homme ou de droit humanitaire – s'appliquent à toutes les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, et a recommandé aux États membres de s'inspirer de ces principes lorsqu'ils sont confrontés à des déplacements internes, y compris lors de la formulation de leur législation nationale<sup>16</sup>. En effet, le gouvernement ukrainien, en réponse au conflit et à la crise de déplacement qui a débuté en 2014, a adopté cette année-là *une loi sur la garantie des droits et libertés des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays*<sup>17</sup> qui était largement basée sur les principes directeurs des Nations unies et, après certains amendements à la loi, est maintenant considérée par les Nations unies comme étant conforme à ces principes.

### 1. Protection contre les déplacements

« Tout être humain a le droit d'être protégé contre le déplacement arbitraire de son domicile ou de son lieu de résidence habituel », affirme le principe 6(1) des Principes directeurs des Nations unies relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays. Réaffirmant ce droit, tous les États membres du Conseil de l'Europe ont déclaré qu'« il est interdit de déplacer arbitrairement une personne de son foyer ou de son lieu de résidence habituel et que cette interdiction découle de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui est partie intégrante du droit interne des États membres »<sup>18</sup>.

Dans les situations de conflit armé, les principes directeurs des Nations unies relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays précisent que le déplacement est interdit « à moins que la sécurité des civils concernés ou des raisons militaires impératives ne l'exigent »<sup>19</sup>. Ce principe est bien établi dans le droit international humanitaire. Dans les situations de conflit armé international, le droit international humanitaire coutumier prévoit que les parties au conflit « ne peuvent déporter ou transférer de force la population civile d'un territoire occupé, en totalité ou en partie, à moins que la sécurité des civils concernés ou d'impérieuses raisons

11. Nations Unies, *Guiding Principles on Internal Displacement*, UN doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998) [ci-après: *UN Guiding Principles on Internal Displacement*].

12. « Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays sont des personnes ou des groupes de personnes qui ont été forcés ou obligés de fuir ou de quitter leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, notamment en raison d'un conflit armé, de situations de violence généralisée, de violations des droits de l'homme ou de catastrophes naturelles ou provoquées par l'homme, ou pour en éviter les effets, et qui n'ont pas franchi de frontière internationalement reconnue ». *UN Guiding Principles on Internal Displacement*, Introduction : Champ et objet, para. 2. Il est important de comprendre que la définition des « personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays » n'est pas une définition juridique, mais une définition descriptive. Elle ne confère ni ne confère un statut juridique spécial en vertu du droit international, de la même manière que la reconnaissance du statut de « réfugié ». Alors que les réfugiés se trouvent, par définition, en dehors de leur pays et doivent donc bénéficier d'un statut spécial de protection en vertu du droit international, les personnes déplacées à l'intérieur de leur pays restent dans le pays dont elles sont citoyennes ou dans lequel elles ont leur résidence habituelle et bénéficient de tous les droits et garanties qui en découlent. La définition des PDI décrit simplement la situation factuelle d'une personne déplacée dans son pays de résidence habituelle. Voir Walter Kälin, *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations*, Rev. Ed., Studies in Transnational Legal Policy, No. 38 (American Society of International Law et Brookings-Bern Project on Internal Displacement, 2008), 3-4.

13. Voir Kälin (n 12).

14. Nations unies, Assemblée générale, résultats du sommet mondial, résolution de l'AGNU, Doc. A/60/L.1 (28 septembre 2005), para. 132.

15. Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), Conseil ministériel, Décision No. 3/03 : Plan d'action sur l'amélioration de la situation des Roms et des Sintis dans l'espace de l'OSCE, MC.DC/3/03, Annexe,

Chapitre VII ; et Décision 4/03 sur la tolérance et la non-discrimination, paragraphe 13, adoptée lors de la réunion du Conseil ministériel de l'OSCE à Maastricht, les 1<sup>er</sup> et 2 décembre 2003. 13, adoptée lors de la réunion du Conseil ministériel de l'OSCE à Maastricht, les 1<sup>er</sup> et 2 décembre 2003.

16. Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Recommandation (2006)6 du Comité des Ministres aux États membres sur les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, adoptée par le Comité des Ministres le 5 avril 2006 lors de la 961<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres, Préambule et para. 1.

17. Gouvernement ukrainien, loi n° 1706-VII sur la garantie des droits et libertés des personnes déplacées à l'intérieur du pays [ci-après : Loi ukrainienne sur la garantie des droits et libertés des personnes déplacées à l'intérieur du pays].

18. Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays.

19. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 6(2)(b).

militaires ne l'exigent »<sup>20</sup>. En dehors de ces circonstances, le fait d'ordonner un déplacement constitue une violation grave de la quatrième convention de Genève et de son protocole additionnel I<sup>21</sup>, ainsi qu'un crime de guerre<sup>22</sup>. Une règle similaire s'applique dans les conflits armés non internationaux<sup>23</sup>, notamment en vertu du droit international humanitaire coutumier<sup>24</sup> et du droit pénal international<sup>25</sup>. Dans les situations de conflit armé international, le droit international humanitaire stipule en outre que « les États ne peuvent procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de leur propre population civile dans un territoire qu'ils occupent »<sup>26</sup>.

L'interdiction générale d'ordonner le déplacement de civils dans les conflits armés prévoit une exception, comme le suggère le libellé ci-dessus, si la sécurité des civils concernés ou des raisons militaires impératives, telles que le nettoyage d'une zone de combat, exigent l'évacuation des civils<sup>27</sup>. L'exigence de « raisons militaires impératives » ne peut en aucun cas couvrir les cas d'évacuation de la population civile dans le but de la persécuter<sup>28</sup>. Le déplacement en dehors des limites du territoire occupé n'est pas non plus autorisé « sauf si, pour des raisons matérielles, il est impossible d'éviter un tel déplacement »<sup>29</sup>, tandis que dans les conflits armés non internationaux, les évacuations ne peuvent jamais impliquer un déplacement en dehors du territoire national<sup>30</sup>. En outre, lorsque les parties à un conflit ordonnent le déplacement de civils pour des raisons de sécurité de la population civile ou pour des raisons militaires impératives, elles ont le devoir corollaire, en vertu du droit international humanitaire coutumier et conventionnel, de prendre toutes les mesures possibles pour assurer des conditions satisfaisantes d'hébergement, d'hygiène, de santé, de sécurité et de nutrition, et pour éviter la séparation des membres d'une même famille<sup>31</sup>. En effet, dans tous les cas, y compris dans les situations

ne relevant pas d'un conflit armé, le déplacement ne doit jamais être effectué « d'une manière qui porte atteinte aux droits à la vie, à la dignité, à la liberté et à la sécurité des personnes concernées »<sup>32</sup>.

Outre l'interdiction générale d'ordonner directement le déplacement de civils, les parties à un conflit ont le devoir de prévenir les déplacements indirectement causés par leurs actes, du moins ceux qui sont interdits par le droit international humanitaire, comme terroriser la population civile ou mener des attaques aveugles. Selon les termes d'un conseiller juridique principal du Comité international de la Croix Rouge : « lors d'un conflit armé, la population civile a droit à une immunité destinée à la protéger autant que possible des effets de la guerre. Même en temps de guerre, les civils doivent pouvoir mener une vie aussi normale que possible. En particulier, ils doivent pouvoir rester chez eux ; il s'agit là d'un objectif fondamental du droit international humanitaire »<sup>33</sup>.

En effet, qu'il s'agisse ou non d'une situation de conflit, « toutes les autorités et tous les acteurs internationaux doivent respecter et faire respecter les obligations qui leur incombent en vertu du droit international, y compris les droits de l'homme et le droit humanitaire, en toutes circonstances, afin de prévenir et d'éviter les conditions qui pourraient conduire au déplacement de personnes »<sup>34</sup>. En outre, l'interdiction des déplacements arbitraires affirmée dans les principes directeurs des Nations unies relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays inclut explicitement les déplacements « lorsqu'ils sont fondés sur des politiques d'apartheid, de nettoyage ethnique ou des pratiques analogues visant à modifier la composition ethnique, religieuse ou raciale de la population touchée ou ayant pour résultat de le faire »<sup>35</sup>. La déportation ou le transfert forcé de population, défini comme « le déplacement forcé des personnes concernées par l'expulsion ou d'autres mesures coercitives de la zone dans laquelle elles se trouvent légalement, sans motifs autorisés par le droit international », constitue un crime contre l'humanité lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile<sup>36</sup>. Le transfert forcé d'enfants d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux à un autre groupe, lorsque cet acte est commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe auquel appartiennent les enfants, constitue le crime de génocide<sup>37</sup>. Un groupe d'experts juridiques internationaux indépendants a estimé que les transferts forcés à grande échelle d'enfants ukrainiens des territoires occupés par la Russie vers la Fédération

20. Règle 129A. Voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Law, Volume I : Rules* (Comité international de la Croix-Rouge et Cambridge University Press, 2005), 457-459.

21. Convention IV de Genève relative à la protection des civils en temps de guerre (1949), article 49 ; Protocole I de Genève additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, article 85, paragraphe 2.

22. Statut de Rome, article 8(2)(b)(VIII).

23. Protocole II de Genève additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, art. 17(1).

24. Règle 129B. Voir Henckaerts et Doswald-Beck (n 20), 459-460.

25. « Le fait d'ordonner le déplacement de populations civiles pour des raisons liées au conflit, à moins que la sécurité des civils concernés ou des raisons militaires impérieuses ne l'exigent » constitue un crime de guerre dans les conflits armés non internationaux, conformément à l'article 8, paragraphe 2, point e), sous viii, du statut de Rome.

26. Règle 130. Voir Henckaerts et Doswald-Beck (n 20), 462-463 ; Statut de Rome, article 8(2)(b)(VIII).

27. Quatrième Convention de Genève, article 49(2) ; Protocole additionnel II, article 17(1) ; et *UN Guiding Principles on Internal Displacement*, principe 6(2)(b). Voir également Henckaerts et Doswald-Beck, (n 20), 460-461.

28. Quatrième Convention de Genève, article 45(4). Voir également Henckaerts et Doswald-Beck, (n 20), 461.

29. Quatrième convention de Genève, article 49.

30. Quatrième convention de Genève, protocole additionnel II, article 17, paragraphe 2.

31. Règle 131 ; quatrième convention de Genève, article 49, paragraphe 3 ; quatrième convention de Genève, protocole additionnel II, article 17, paragraphe 1. 3 ; Quatrième Convention de Genève, Protocole additionnel II, article 17(1). Voir également Henckaerts et Doswald-Beck, (n 20), 461.

32. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 8. Voir aussi Kälin (n 12), 41-42.

33. Jean-Philippe Lavoyer, « Refugees and Internally Displaced Persons: International Humanitarian Role and the Role of the ICRC », (1995), 35 *International Review of the Red Cross*, 162, 170.

34. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 5.

35. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 6(2)(a).

36. Statut de Rome, article 6.

37. Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948), adoptée par la résolution 260A(III) de l'Assemblée générale des Nations unies, le 9 décembre 1948, article II(e). Voir également le statut de Rome, article 6.

de Russie constituait « un acte génocidaire » au sens de l'article II(e) de la Convention sur le génocide et peut également être qualifié de nettoyage ethnique<sup>38</sup>.

Le 17 mars 2023, la Cour pénale internationale a émis des mandats d'arrêt à l'encontre du président russe Vladimir Poutine et de Maria Alekseyevna Lvova-Belova, commissaire aux droits de l'enfant au cabinet du président Poutine, pour le crime de guerre de déportation illégale de population, en particulier d'enfants, et pour le transfert illégal de population (enfants) des zones occupées de l'Ukraine vers la Russie. La Cour a précisé que ces crimes auraient été commis dans le territoire occupé de l'Ukraine depuis au moins le 24 février 2022. Elle a noté qu'il existe des « motifs raisonnables de croire » que les deux personnes citées portent une responsabilité pénale individuelle pour les crimes susmentionnés, pour avoir commis les actes directement, conjointement avec d'autres et/ou par l'intermédiaire d'autres personnes, et, dans le cas du président Poutine, également « pour n'avoir pas exercé un contrôle approprié sur les subordonnés civils et militaires qui ont commis les actes, ou permis qu'ils soient commis, et qui étaient sous son autorité et son contrôle effectifs ». En outre, notant que ce comportement est censé se poursuivre, la Cour a exprimé l'espoir que « la sensibilisation du public aux mandats d'arrêt puisse contribuer à prévenir la perpétration de nouveaux crimes »<sup>39</sup>. La Commission internationale indépendante d'enquête sur l'Ukraine, créée par les Nations unies, a identifié trois scénarios selon lesquels les autorités russes ont transféré des enfants d'une zone qu'elles contrôlaient en Ukraine à une autre en Russie et a déclaré que « dans aucune des situations que la Commission a examinées, les transferts d'enfants ne semblent avoir satisfait aux exigences énoncées par le droit international humanitaire »<sup>40</sup>.

## 2. Protection et assistance pendant le déplacement

Les personnes déplacées ont le droit de jouir, en toute égalité, des mêmes droits et libertés en vertu du droit international et national que les autres personnes dans leur pays et « ne doivent faire l'objet d'aucune discrimination dans la jouissance de leurs droits et libertés au motif qu'elles sont déplacées à l'intérieur de leur propre pays »<sup>41</sup>. Dans le même temps, le fait que les personnes déplacées aient, comme le reconnaît le Conseil de l'Europe, « des besoins spécifiques du fait de leur déplacement », peut nécessiter l'adoption de mesures ou de considérations spécifiques pour répondre à leurs besoins<sup>42</sup>. En effet, le

déplacement crée des besoins distincts et une exposition accrue à une série de risques et de vulnérabilités. Forcées de quitter leur foyer et ayant un besoin urgent d'un abri, obligées d'abandonner la plupart de leurs biens, coupées de leurs moyens de subsistance habituels et détachées de leur terre et de leur communauté, les personnes déplacées se retrouvent soudainement dépouillées de leurs sources normales de sécurité et de leurs moyens habituels de survie. Les familles sont souvent séparées, ce qui a des conséquences particulièrement graves pour les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées. Souvent, les personnes déplacées restent piégées dans les zones de conflit. Elles peuvent se retrouver dans des zones inaccessibles ou difficiles d'accès pour les acteurs humanitaires, par exemple en raison de l'insécurité ou d'obstacles politiques et administratifs. Les risques de violence sexuelle, d'exploitation sexuelle et de traite, y compris la traite des enfants, s'intensifient. La détresse psychologique est fréquente. Exacerbant leur situation, les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays risquent souvent d'être déplacées à nouveau, de façon secondaire, et parfois même à plusieurs reprises.

L'attention portée aux vulnérabilités et aux risques spécifiques auxquels les personnes déplacées sont confrontées se retrouve dans les dispositions des principes directeurs des Nations unies relatives à la protection et à l'assistance pendant leur déplacement. En règle générale, chaque principe réaffirme, en tant que principe général, le droit de tout être humain à un besoin particulier, par exemple, la sécurité, la liberté de mouvement, les documents officiels, l'éducation. Le texte détaille ensuite, dans les paragraphes suivants, les mesures spécifiques qui peuvent être nécessaires pour donner effet à ce droit pour les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays.

Par exemple, le déplacement entraîne souvent la séparation des familles, dont la réunification est particulièrement importante pour les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées. Après avoir affirmé que toute personne a droit à une vie de famille, le principe 17 précise que pour les personnes déplacées, le respect de ce droit signifie que les membres de la famille qui souhaitent rester ensemble pendant le déplacement doivent être autorisés à le faire, que les familles séparées par le déplacement doivent être réunies aussi rapidement que possible et que les familles de personnes déplacées confinées dans des camps ont le droit de rester ensemble<sup>43</sup>. Un autre principe entier est consacré à l'établissement du sort des membres de la famille des personnes déplacées qui sont portés disparus et à la fourniture d'informations à leurs proches<sup>44</sup>. Le Conseil de l'Europe précise que la responsabilité des États à l'égard des personnes déplacées comprend « la localisation des membres de la famille disparus, notamment ceux qui ont été pris en otage » et la transmission aux proches de toute information sur le

38. Yonah Diamond et al, *An Independent Legal Analysis of the Russian Federation's Breaches of the Genocide Convention in Ukraine and the Duty to Prevent* (New Lines Institute for Strategy and Policy and the Raoul Wallenberg Centre for Human Rights, May 2022), 3, 34-35. Plus de 33 juristes internationaux ont contribué au rapport et l'ont cosigné.

39. Cour pénale internationale, « Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova » (17 mars 2023).

40. Nations Unies, Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, UN doc. A/HRC/52/62 (15 mars 2023), 98.

41. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 1(1).

42. Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, para. 2.

Voir aussi (n 12), 13.

43. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 17.

44. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 16.

lieu où se trouvent les personnes disparues<sup>45</sup>. Dans les contextes où le contrôle effectif du territoire est divisé, les Nations unies prévoient que « les autorités nationales et de *facto* devraient coopérer de manière pragmatique (par exemple par le biais d'acteurs humanitaires ou d'autres intermédiaires impartiaux) pour permettre la réunification des familles en dépit d'obstacles tels que des lignes de démarcation fermées »<sup>46</sup>.

Dans le chaos du déplacement, les personnes déplacées et les réfugiés perdent souvent leurs documents personnels officiels, tels que les certificats de naissance et de mariage, les passeports, les cartes d'identité, cartes d'électeur, les titres de propriété et les cartes de sécurité sociale. Il se peut que ces documents soient détruits à la suite des hostilités ou même confisqués, par exemple, aux postes de contrôle. Les personnes déplacées ont le droit de se faire délivrer à nouveau ces documents, ou de se les faire délivrer s'ils n'en ont jamais eu, et les autorités compétentes ont la responsabilité de faciliter cette démarche sans imposer de conditions déraisonnables, telles que l'obligation de retourner dans sa région de résidence habituelle<sup>47</sup>. Le Conseil de l'Europe souligne que les personnes déplacées « doivent recevoir tous les documents nécessaires à l'exercice effectif de leurs droits *dès que possible après leur déplacement* et sans que des conditions déraisonnables soient imposées »<sup>48</sup>. Dans les situations où un État ne dispose pas d'un contrôle effectif sur certaines parties de son territoire, des solutions pratiques provisoires seront nécessaires. Les Nations unies recommandent que « les autorités nationales reconnaissent les documents fournis par les autorités de *facto* comme une preuve factuelle *prima facie* du statut personnel, sans que cela implique une reconnaissance juridique des entités qui fournissent ces documents »<sup>49</sup>.

Les personnes déplacées se trouvant toujours dans leur pays, la responsabilité première de leur protection et de leur assistance incombe à leur propre gouvernement<sup>50</sup>. Lorsqu'un État n'a pas la volonté ou la capacité de s'acquitter efficacement de sa responsabilité de protéger et d'aider les personnes déplacées, il est censé demander ou accepter, et faciliter, les offres d'assistance humanitaire, notamment en fournissant aux acteurs humanitaires internationaux un accès sûr et sans entrave aux personnes déplacées et aux autres civils dans le besoin<sup>51</sup>. En effet,

comme l'ont souligné conjointement les États membres du Conseil de l'Europe, le principe de la responsabilité de l'État à l'égard des personnes déplacées « implique de demander l'aide d'autres États ou organisations internationales si l'État concerné n'est pas en mesure de fournir protection et assistance à ses personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays » et « de ne pas refuser arbitrairement les offres d'autres États ou organisations internationales de fournir une telle aide »<sup>52</sup>.

Depuis le début du conflit et de la crise du déplacement en Ukraine en 2014, le gouvernement a exprimé son engagement à assurer la sécurité et le bien-être des personnes déplacées, et à le faire en conformité avec les normes internationales. Le gouvernement ukrainien a pris de nombreuses mesures juridiques, politiques et institutionnelles pour répondre aux besoins et protéger les droits des personnes déplacées, notamment en adoptant une législation spécifique sur les personnes déplacées, en créant un ministère chargé de diriger la réponse nationale aux personnes déplacées et en mettant en œuvre de nombreux programmes pour les personnes déplacées<sup>53</sup>. La loi de 2014 sur la garantie des droits et de la liberté des personnes déplacées à l'intérieur du pays est la référence principale, mais de nombreux autres textes législatifs nationaux sont également pertinents. Une compilation et une analyse de la législation nationale ukrainienne relative au déplacement interne ont permis d'évaluer la conformité de la législation nationale ukrainienne avec les normes internationales et régionales pertinentes, en particulier les Principes directeurs des Nations Unies relatifs au déplacement interne et la Convention européenne des droits de l'homme<sup>54</sup>. Les conclusions et les recommandations de cette étude ont été accueillies favorablement par le gouvernement ukrainien ainsi que par la société civile et ont été utilisées par la commission des droits de l'homme de la *Verkhovna Rada* (Parlement) pour informer le gouvernement ukrainien d'une série d'amendements législatifs visant à renforcer la protection des droits des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays<sup>55</sup>. Pour soutenir la mise en œuvre de la législation nationale, une formation spécialisée est dispensée aux juges sur la protection judiciaire des personnes déplacées et des autres personnes touchées par la guerre<sup>56</sup>.

D'une manière générale, l'Ukraine s'est également montrée réceptive aux recommandations des institutions internationales et régionales visant à améliorer, le cas

45. Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, para. 6 avec une référence explicite à l'article 8 de la CEDH.

46. Nations Unies, *Inter-Agency Standing Committee (IASC) Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons* (UN IASC and Brookings Institution-University of Bern Project on Internal Displacement, 2010), 40.

47. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 20.

48. Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, para. 7.

49. *IASC Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons*, 39.

50. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 3(1). Voir aussi la recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, préambule.

51. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principes 25 et 26. Pour les normes de droit international dont découlent ces principes, voir Kälin (n 12), 114-121.

52. Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, para. 4.

53. Erin Mooney, Yevgen Gerasymenko, Olga Morkova et Sergiy Zayets, *Enhancing the National Legal Framework in Ukraine for Protecting the Human Rights of Internally Displaced Persons* (Conseil de l'Europe, 2016).

54. Mooney et al. (n 53).

55. Voir, par exemple, « Le Forum régional "Droits de l'homme des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays: National and Regional Responses" hosted by the Dnipropetrovsk Regional State Administration was successfully held in Dnipro on 14 and 15 July 2016 », (20 juillet 2016) <www.coe.int/en/kyiv/web/news-event> consulté le 15 mars 2023.

56. Conseil de l'Europe, « A new specialised course and a series of workshops on the judicial protection of IDPs and war-affected people for judges in Ukraine », (2 juin 2022) <www.coe.int> consulté le 15 mars 2023.

échéant, sa réponse aux déplacements internes<sup>57</sup>. En effet, la loi nationale ukrainienne sur les personnes déplacées contient un engagement explicite du gouvernement à coopérer avec d'autres États et organisations internationales pour prévenir les déplacements, protéger les droits des personnes déplacées et soutenir des solutions pour les personnes déplacées. La loi énonce ensuite plusieurs moyens par lesquels le gouvernement facilitera le travail de l'aide internationale humanitaire, caritative, technique ou autre en faveur des personnes déplacées, par exemple en l'exemptant de taxes et de droits de douane<sup>58</sup>. Dans le même temps, l'ampleur de la crise des personnes déplacées, encore plus depuis 2022, a conduit le gouvernement à demander une assistance et des capacités supplémentaires<sup>59</sup>.

Cependant, les zones de conflit qui ne sont actuellement pas sous le contrôle territorial du gouvernement ukrainien constituent un obstacle pratique considérable à la capacité de ce dernier à s'acquitter de ses responsabilités à l'égard des personnes déplacées à l'intérieur du pays<sup>60</sup>. Par conséquent, la situation des personnes déplacées et des autres civils non déplacés dans ces zones est particulièrement préoccupante. Depuis le début du conflit en 2014, l'ONU signale que les restrictions imposées à la circulation du personnel humanitaire et des fournitures de secours à travers les lignes de front ont « imposé d'énormes défis et limité l'aide humanitaire dans ces parties du pays »<sup>61</sup>. Depuis l'escalade de la guerre le 24 février 2022, les

Nations Unies rapportent qu'aucun convoi humanitaire inter-agences n'a pu passer de l'Ukraine aux zones sous contrôle militaire russe « malgré des tentatives répétées et des notifications à la Fédération de Russie »<sup>62</sup>. Les organisations humanitaires non gouvernementales internationales et locales sont confrontées au même problème, signalant qu'il reste « pratiquement impossible pour les travailleurs humanitaires d'atteindre les communautés les plus nécessiteuses » et que « certaines zones n'ont reçu aucune assistance de la part des organisations humanitaires » depuis plus d'un an<sup>63</sup>. Ces graves problèmes d'accès humanitaire ont été signalés à plusieurs reprises au Conseil de sécurité des Nations unies, le coordinateur des secours d'urgence des Nations unies rappelant aux parties au conflit que, parmi les « règles fondamentales de la guerre [...], elles doivent permettre et faciliter le passage rapide et sans entrave des secours humanitaires pour les civils dans le besoin, où qu'ils se trouvent »<sup>64</sup>. Il s'agit d'une norme du droit international coutumier<sup>65</sup>. En outre, il convient simplement de noter qu'en vertu du statut de la Cour pénale internationale, l'extermination, définie comme « le fait d'imposer intentionnellement des conditions d'existence, notamment la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population », constitue un crime contre l'humanité lorsqu'elle est commise dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, et en connaissance de cette attaque<sup>66</sup>.

En plus d'empêcher les civils dans le besoin d'accéder à l'aide humanitaire vitale, le manque d'accès humanitaire a également mis un terme à la surveillance indépendante sur place des conditions dans ces zones, y compris en ce qui concerne la situation des droits de l'homme, par l'ONU et l'OSCE, qui est d'une importance cruciale. La mission civile non armée de surveillance spéciale de l'OSCE en Ukraine, qui opérait depuis le 21 mars 2014 sur la base d'une demande du gouvernement ukrainien et d'une décision consensuelle de tous les États de l'OSCE, y compris la Russie, a été contrainte de fermer définitivement ses portes le 31 mars 2022<sup>67</sup>. La Mission de surveillance des droits de l'homme des Nations Unies en Ukraine n'a pas d'accès physique aux régions de l'Ukraine occupées par la Russie, et ne peut donc surveiller qu'à distance la situation des droits de l'homme dans ces régions, ce qui entraîne d'importantes lacunes en matière d'information et une sous-représentation. Par exemple, l'ONU prévient que le nombre de victimes civiles qu'elle rapporte (21 293, dont 8 006 tués et 13 287 blessés, au cours de la première année

57. Voir, par exemple, Nations Unies, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons, Mr. Chaloka Beyani: Mission to Ukraine*, UN Doc. ONU A/HRC/29/34/Add.3 (2 avril 2015); Erin Mooney, *Enhancing the National Response to Internal Displacement: A Guide to Good Practices by Council of Europe Member States*, Manuel élaboré pour le gouvernement ukrainien dans le cadre du Plan d'action du Conseil de l'Europe pour l'Ukraine 2015-2017 (Conseil de l'Europe, 2017).

58. *Ukraine Law on Ensuring Rights and Freedoms of Internally Displaced Persons*, Article 18, paras 2-4. La loi générale sur l'aide humanitaire est également pertinente. Voir Mooney et. al. (n 53), 190-193.

59. Pour 2023, le gouvernement ukrainien et les Nations Unies ont conjointement lancé un appel de 3,9 milliards de dollars pour permettre à 652 organisations humanitaires (locales et internationales) de fournir une assistance humanitaire et des services de protection à 11,1 millions de personnes qui ont le plus besoin d'aide humanitaire. Parmi elles, 3,8 millions sont des personnes déplacées et 2,5 millions sont des personnes déplacées qui sont récemment retournées dans leur région d'origine. Nations unies, *2023 Humanitarian Response Plan: Ukraine* (ONU, février 2023).

60. Une situation analogue se présente en Géorgie, où le gouvernement n'a pas eu le contrôle effectif des territoires d'Abkhazie et d'Ossétie du Sud/Tskhinvali depuis l'éclatement de la guerre dans ces régions au début des années 1990. Voir Erin Mooney, « From Solidarity to Solutions: The Government Response to Internal Displacement in Georgia », in Elizabeth Ferris, Erin Mooney et Chareen Stark, *From Responsibility to Response: Assessing National Approaches to Internal Displacement* (Brookings Institution - London School of Economics Project on Internal Displacement, novembre 2011), 228-229. En 2021, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a établi que la Fédération de Russie avait exercé un « contrôle effectif » sur l'Ossétie du Sud, l'Abkhazie et la « zone tampon » du 12 août au 10 octobre 2008, date du retrait officiel des troupes russes, et que « même après cette période, la forte présence russe et la situation en Ossétie du Sud sont restées inchangées », la forte présence russe et la dépendance des autorités sud-ossètes et abkhazes à l'égard de la Fédération de Russie, dont dépend leur survie, comme le montrent notamment les accords de coopération et d'assistance signés avec cette dernière, indiquent que le « contrôle effectif » de l'Ossétie du Sud et de l'Abkhazie s'est poursuivi. *Géorgie c. Russie* (II), (CEDH, 29 janvier 2021).

61. Nations Unies, Bureau de la coordination des affaires humanitaires, *Situation Report: Ukraine* (UNOCHA, 10 février 2023), 7.

62. *Ibid.*

63. « Ukraine One Year On: NGOs Call for the Protection of Civilians, Humanitarian Access, Localisation and Durable Solutions » (23 février 2023) 1, consulté le 21 mars 2023 <[www.nrc.no/globalassets/pdf/ukraine-one-year-on-awg-statement-22.02.pdf](http://www.nrc.no/globalassets/pdf/ukraine-one-year-on-awg-statement-22.02.pdf)>.

64. Nations Unies, Conseil de sécurité, 9254<sup>ème</sup> réunion, 6 février 2023, *Provisional Verbatim Record* (6 février 2023) 5.

65. Règle 55. Voir Henckaerts et Doswald-Beck, (n 20), 193-200.

66. *Statut de Rome*, Article 7. Voir aussi *ibid.*, 195.

67. OSCE, « OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (closed) », consulté le 15 mars 2023 <[www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine-closed](http://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine-closed)>.

de la guerre) « ne représente qu'une fraction du bilan réel, car le processus de vérification s'est heurté à d'immenses difficultés, notamment l'impossibilité d'accéder aux zones sous le contrôle militaire de la Fédération de Russie »<sup>68</sup>.

### 3. Le droit à une solution sûre, volontaire et durable au déplacement

Être contraint de fuir son domicile est une expérience qui change la vie, souvent traumatisante, et qui est censée être temporaire. Les principes directeurs des Nations unies relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays stipulent que « le déplacement ne doit pas durer plus longtemps que ne l'exigent les circonstances »<sup>69</sup>. Dans une situation de conflit armé, qu'il soit international ou non, une règle de droit international coutumier stipule que « les personnes déplacées ont le droit de retourner volontairement et en toute sécurité dans leurs foyers ou lieux de résidence habituels dès que les raisons de leur déplacement cessent d'exister »<sup>70</sup>. Le retour volontaire des personnes déplacées et des réfugiés est un principe réaffirmé dans de nombreux accords de paix et dans d'innombrables résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies<sup>71</sup>. En effet, lorsqu'il est question de solutions au déplacement, il existe une tendance générale, tant dans le langage courant que dans les accords de paix, à mettre l'accent, souvent de manière exclusive, sur la solution du « retour volontaire ».

Bien que le qualificatif « volontaire » indique que le retour doit être un choix, une insistance excessive sur le principe du « retour volontaire » peut être problématique dans la pratique en rendant plus difficile l'exercice par les personnes déplacées de leur droit à choisir d'autres solutions possibles, auxquelles elles ont également droit. Illustrant ce risque, l'accord de paix de Dayton, qui a mis fin au conflit en Bosnie-Herzégovine en 1995, a mis l'accent sur le droit au retour des réfugiés et des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays. Cet accent était motivé par de forts impératifs moraux et politiques pour le gouvernement et la communauté internationale, et partagé par de nombreuses personnes déplacées elles-mêmes, afin d'inverser la campagne brutale de « nettoyage ethnique » de la guerre et les changements démographiques dramatiques qui en ont résulté dans les territoires contestés. L'accord a souligné à plusieurs reprises non seulement le droit des réfugiés et des personnes déplacées à rentrer chez eux, mais aussi l'urgence de le faire, soulignant même que « le retour rapide des réfugiés et des personnes déplacées est un objectif important du règlement du conflit<sup>72</sup> ». Cependant, pendant de nombreuses années, il est resté

très difficile pour les personnes déplacées de rechercher une solution autre que le retour à leur lieu de résidence d'avant-guerre : en vertu de la législation nationale, même leur reconnaissance en tant que personnes déplacées, leur accès à l'aide à la réintégration et leur capacité à reprendre possession de leur maison et de leurs biens dépendaient de leur intention d'y retourner<sup>73</sup>. Ce n'est que quinze ans après la fin de la guerre, et seulement après d'intenses activités de plaidoyer et de soutien international, que le gouvernement a adopté une stratégie révisée pour la mise en œuvre de l'annexe VII de l'accord de paix de Dayton, qui reconnaissait explicitement pour la première fois le droit des personnes déplacées non seulement de rentrer chez elles, mais aussi, si elles le souhaitent, de s'intégrer localement sur le lieu de leur déplacement ou de se réinstaller dans un autre endroit du pays<sup>74</sup>.

Le droit international prescrit que les solutions au déplacement peuvent prendre l'une des trois formes suivantes : le retour au lieu d'origine, l'intégration locale dans le lieu de séjour pendant le déplacement ou la réinstallation ailleurs, dans une autre partie du pays dans le cas des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays<sup>75</sup>. Les personnes déplacées ont le droit de choisir parmi ces solutions, tandis que « les autorités compétentes ont le devoir primordial d'établir les conditions et de fournir les moyens permettant aux personnes déplacées de retourner volontairement, en toute sécurité et dans la dignité, dans leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, ou de se réinstaller volontairement dans une autre partie du pays »<sup>76</sup>. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe reconnaît explicitement le droit des personnes déplacées « de retourner volontairement, en toute sécurité et dans la dignité, dans leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, ou de se réinstaller dans une autre partie du pays, conformément à la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>77</sup>.

Un principe corollaire extrêmement important du retour volontaire est le droit des personnes déplacées et des réfugiés « d'être protégés contre tout retour ou toute réinstallation forcés dans un lieu où leur vie, leur sécurité, leur liberté et/ou leur santé seraient menacées »<sup>78</sup>. Il s'agit du principe de *non-refoulement* qui, en plus d'être énoncé dans le droit international des réfugiés<sup>79</sup> et d'avoir des racines profondes dans le droit international des droits de l'homme<sup>80</sup>, en particulier dans les protec-

68. Nations Unies, *Situation Report: Ukraine*, op. cit., 3.

69. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 6(3).

70. Règle 132. Voir Henckaerts and Doswald-Beck, (n 20), 468-472.

71. Kälén (n 12), 127-129. Voir aussi Christine Bell, *Negotiating Justice? Human Rights and Peace Agreements* (International Council on Human Rights Policy, 2006), 65-68; et Patricia Weiss Fagan, « Peace Processes and IDP Solutions » (2009) 28 *Refugee Survey Quarterly* 1, 31-58.

72. *The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, initiée à Dayton le 21 novembre 1995 et signé à Paris le 14 décembre 1995, Annex 7: Agreement on Refugees and Displaced Persons*, Article 1.1.

73. Erin Mooney et Naveed Hussain, « Unfinished business: UNHCR and IDPs in Bosnia and Herzegovina » (2009) 33 *Forced Migration Review*, 22-24.

74. *Ibid.*

75. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 28(1). Voir aussi Kälén (n 12), 125-130. Pour les réfugiés, la réinstallation consiste à s'installer dans un pays tiers. Les solutions pour les réfugiés autres que le retour, c'est-à-dire les solutions dans les pays d'asile ou la réinstallation, dépassent le champ de cette contribution.

76. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 28(1).

77. Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, para. 12.

78. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 15(d).

79. *Convention sur le Statut des réfugiés (1951)*, Art. 33.

80. Nations Unies, Haut Commissariat aux droits de l'homme, *Technical Note: The Principle of Non-Refoulement in International Human Rights Law* (5 juillet 2018).

tions relatives à la torture, constitue un principe de droit international coutumier<sup>81</sup>. Ce principe est explicitement réaffirmé par le Conseil de l'Europe, en référence à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>82</sup>. En Ukraine, la loi nationale sur les personnes déplacées protège explicitement les personnes déplacées contre le retour involontaire<sup>83</sup>.

Un autre élément clé du caractère volontaire des solutions au déplacement est l'accès des personnes déplacées et des réfugiés à des informations objectives et actualisées sur les conditions prévalant dans les zones de retour ou de réinstallation potentielles<sup>84</sup>. Ces informations devraient porter sur des questions telles que la sécurité et les conditions économiques, ainsi que sur la disponibilité des services publics et des infrastructures, y compris les services d'éducation et de santé. Une source précieuse d'informations de première main est souvent constituée par de brèves visites préliminaires, appelées « *go and see visits* », effectuées par des membres de la famille des personnes déplacées ou des réfugiés, ou par des représentants de confiance de la communauté, dans ces zones. Le Conseil de l'Europe souligne que les personnes déplacées « doivent être correctement informées, mais aussi consultées dans la mesure du possible, pour toute décision affectant leur situation avant, pendant ou après leur déplacement »<sup>85</sup>.

Quelle que soit la solution choisie par les personnes déplacées, qu'il s'agisse de retourner dans leur lieu d'origine, de s'intégrer localement dans le lieu de déplacement ou de se réinstaller dans une autre partie du pays, elle doit être durable pour être considérée comme une solution. Comme indiqué plus haut, les autorités compétentes ont le « devoir primordial d'établir les conditions et de fournir les moyens » permettant aux personnes déplacées d'exercer leur choix de solution dans le pays. En outre, « ces autorités s'efforcent de faciliter la réintégration » des personnes déplacées, quelle que soit la solution qu'elles choisissent<sup>86</sup>. Réaffirmant ce principe, les États membres du Conseil de l'Europe doivent assurer « les conditions d'une intégration adéquate et durable » des personnes déplacées<sup>87</sup>.

Les orientations et les critères internationaux définissent ce qui constitue une solution durable au déplacement interne<sup>88</sup>. En résumé, les personnes déplacées qui ont trouvé une solution durable jouissent sans discrimination : (1) d'une sûreté, d'une sécurité et d'une liberté de mouvement à long terme ; (2) d'un niveau de vie adéquat comprenant, au minimum, l'accès à une nourriture, une eau, un logement, des soins de santé et une éducation de base adéquats ; (3) d'un accès à l'emploi et à des moyens de subsistance ; et (4) d'un accès à des mécanismes efficaces qui leur restituent leur logement, leurs terres et leurs biens ou leur accordent une indemnisation. En plus de ces quatre critères essentiels, et en fonction du contexte et de la question de savoir s'il s'agit de défis auxquels les personnes déplacées sont confrontées, les quatre critères supplémentaires suivants peuvent également être pertinents : (5) accès aux documents personnels et autres documents officiels et remplacement de ces documents ; (6) réunification volontaire avec les membres de la famille séparés pendant le déplacement ; (7) participation aux affaires publiques à tous les niveaux sur un pied d'égalité avec la population résidente<sup>89</sup> ; et (8) recours efficaces en cas de violations liées au déplacement, y compris l'accès à la justice, aux réparations et à l'information sur les causes de ces violations.

Il est souligné que la mise en place de solutions durables au déplacement par le respect de ces critères sera inévitablement « un processus graduel, souvent à long terme, de réduction des besoins spécifiques au déplacement et de garantie de la jouissance des droits de l'homme sans discrimination » et sera « un processus complexe qui répond aux défis en matière de droits de l'homme, d'aide humanitaire, de développement, de reconstruction et de consolidation de la paix ». En d'autres termes, l'acte physique de retour des personnes déplacées, leur réinstallation dans une autre partie du pays ou leur choix de s'installer de manière permanente dans le lieu où elles ont vécu pendant leur déplacement n'est littéralement que la première étape vers une solution au déplacement. Outre l'aide à la reconstruction et à la réintégration, il sera essentiel d'assurer un suivi objectif et soutenu des conditions de sécurité et autres dans les zones de retour, d'intégration locale et de réinstallation.

Dans le cas de l'Ukraine, en février 2023, la plupart des personnes déplacées par la guerre - environ 77 % de celles qui sont devenues des réfugiés en dehors du pays et 79 % des personnes déplacées à l'intérieur de

81. Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, « The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion », in *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson (dir.) (Cambridge University Press, 2003), 87-177. Le fait que le non-refoulement constitue un principe de droit international coutumier a été confirmé par consensus par une table ronde d'experts en droit international, convoquée en juillet 2001. Voir *ibid.* 178-179.

82. Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, para. 5.

83. *Ukraine Law on ensuring rights and freedoms of internally displaced persons*, Art. 3.

84. *UN IASC Framework for Durable Solutions for Internally Displaced Persons*, 15-17.

85. Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, para. 11.

86. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 28(1).

87. Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, para. 12.

88. *IASC Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons*.

89. Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ont également ce droit pendant leur déplacement. Principes généraux des Nations unies, principe 22(1)(d). Cependant, des obstacles juridiques et pratiques empêchent souvent les personnes déplacées de participer aux élections, ce qui nécessite des mesures ciblées. Voir Jeremy Grace et Erin Mooney, « Political Participation Rights in Particular the Right to Vote », in Walter Kälin, Rhodri C. Williams, Khalid Koser et Andrew Solomon (dir.), *Incorporating the Guiding Principles on Internal Displacement into Domestic Law: Issues and Challenges*, *Studies in Transnational Legal Policy* 41 (ASIL : 201), 507-550. En ce qui concerne spécifiquement l'Ukraine, voir Mooney et al. (n 53), 131-138, et L. D. Rudenko et O. O. Androsova, « Ensuring the Voting Rights of Internally Displaced Persons in Local Elections » (2017), 2 *Legal Horizons* 15.

l'Ukraine - déclarent vouloir rentrer chez elles un jour<sup>90</sup>. Cependant, ce n'est pas un projet immédiat : seuls 12 % d'entre eux prévoient de le faire dans les trois prochains mois. Compte tenu du conflit en cours, il n'est pas surprenant que les préoccupations en matière de sûreté et de sécurité constituent le principal obstacle au retour. Même lorsque les hostilités auront cessé, les mines terrestres et les munitions non explosées continueront à représenter un risque important pour la sécurité des personnes et un obstacle au retour, en particulier pour les personnes originaires de régions ayant connu des hostilités actives<sup>91</sup>. L'accès aux logements, dont la plupart ont été considérablement endommagés ou détruits par le conflit, constitue un autre obstacle majeur. Parmi les autres préoccupations citées figurent la disponibilité des services de base, notamment l'électricité, l'eau et les soins de santé, ainsi que l'accès aux possibilités d'emploi. Par ailleurs, 7 % des personnes déplacées indiquent d'ores et déjà qu'elles n'espèrent pas ou ne prévoient pas de retourner dans leur lieu d'origine<sup>92</sup>. Elles prévoient plutôt de s'intégrer localement dans le lieu où elles séjournent pendant leur déplacement ou de se réinstaller et de s'intégrer dans une autre partie du pays. Comme indiqué ci-dessus, ils ont le droit de le faire et de bénéficier d'un soutien pour des solutions alternatives au retour.

Quelle que soit la solution choisie, les personnes déplacées et les réfugiés ont le droit de reprendre possession de leur logement, de leurs terres et de leurs biens, laissés derrière eux pendant leur déplacement<sup>93</sup>. Le fait que les droits de propriété des personnes déplacées doivent être respectés constitue une norme du droit international coutumier applicable dans les conflits armés internationaux et non internationaux<sup>94</sup>. En Ukraine, certaines personnes déplacées et certains réfugiés qui ont déjà regagné leur lieu de résidence habituel découvrent à leur arrivée que leurs maisons sont illégalement occupées par d'autres personnes<sup>95</sup>. Cette situation, comme le souligne l'expérience dans le monde entier, peut devenir une source supplémentaire de conflit et de violence si elle n'est pas gérée de manière judicieuse. Un mécanisme efficace de règlement des litiges relatifs à la propriété devra être mis en place et fonctionner conformément aux principes et orientations internationaux en la matière<sup>96</sup>. Un principe clé est que la restitution doit être le premier recours, à moins qu'elle ne soit pratiquement impossible ou que le

réfugié ou la personne déplacée ait exprimé le souhait de recevoir une compensation au lieu d'une restitution. Tout accord de paix éventuel concernant le conflit en Ukraine devrait mentionner le droit des personnes déplacées et des réfugiés à la restitution de leur logement, de leurs terres et de leurs biens, préciser que ce droit s'applique quelle que soit la solution au déplacement qu'ils choisissent, et prévoir la mise en place d'un mécanisme crédible pour statuer sur les revendications de propriété litigieuses.

L'accord de paix de Dayton et l'expérience de la Bosnie-Herzégovine d'après-guerre en matière de restitution des biens sont particulièrement instructifs et, bien qu'ils n'aient pas été exempts de difficultés, ils ont été couronnés de succès et sont largement considérés comme un modèle. Quatre ans après l'adoption du plan de mise en œuvre de la loi sur la propriété en 1999, 92 % des plus de 200 000 demandes de restitution de propriété reçues avaient été examinées et les décisions mises en œuvre, ce qui a permis aux personnes déplacées et aux réfugiés de reprendre possession de leurs maisons et de leurs terres<sup>97</sup>. Malgré cela, de nombreuses maisons (60 % du parc immobilier du pays) ont été gravement endommagées ou complètement détruites (18 %)<sup>98</sup>. Il est à noter que ces destructions ont eu lieu non seulement pendant le conflit, mais aussi après l'accord de paix, par ceux qui cherchaient à empêcher les retours<sup>99</sup>. En effet, de nombreuses maisons de personnes déplacées et de réfugiés ont été illégalement occupées par d'autres personnes, souvent des personnes déplacées elles-mêmes. La restitution légale des droits de propriété est donc une première étape ; dans la pratique, une aide à la reconstruction pour aider les personnes déplacées, les réfugiés et les autres civils touchés par la guerre à réparer et à reconstruire leurs maisons, ainsi qu'une approche humaine fondée sur les droits de l'homme pour déloger tout occupant secondaire, seront également nécessaires.

Un éventuel accord de paix pour le conflit en Ukraine devrait avoir pour objectif spécifique de résoudre les problèmes posés par les déplacements et devrait jeter les bases permettant aux personnes déplacées et aux réfugiés rentrant chez eux de trouver une solution volontaire et durable à leur situation<sup>100</sup>.

### Conclusion

Pour les millions de personnes déplacées par la guerre qui se trouvent encore en Ukraine, il est essentiel de mettre fin au conflit pour qu'elles puissent trouver une solution sûre et durable à leur déplacement et entamer la

90. HCR, *Lives on Hold: Intentions and Perspectives of Internally Displaced Persons in Ukraine* (février 2023), 4; *Lives on Hold: Intentions and Perspectives of Refugees from Ukraine* (février 2023), 4.

91. OIM, *Ukraine Returns Report*, 6.

92. HCR, *Lives on Hold: Intentions and Perspectives of Internally Displaced Persons in Ukraine*, 4.

93. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 29(2). Voir aussi Kälin (n 12), 131-140; et Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, para. 8.

94. Règle 133. Voir Henckaerts et Doswald-Beck (n 20), 472-474.

95. OIM, *Ukraine Returns Report*, 6.

96. *United Nations Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (the Pinheiro Principles)*, UN doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17 28 juin 2005; and *Handbook on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons: Implementing the 'Pinheiro Principles'* (Nations Unies, mars 2007).

97. Bosnie-Herzégovine, *Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees (CRPC) End of Mandate Report (1996-2003)*, cité dans Immaculada Serrano, « Property rights and reconstruction in the Bosnian return process », *Forced Migration Review*, 50 (septembre 2015), 19.

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*

100. Erin Mooney, « Internally Displaced Persons and Refugees », Options Paper (septembre 2022), Ukraine Peace Settlement Project, University of Cambridge, Lauterpacht Research Centre for International Law <www.lcil.cam.ac.uk/researchcollaborative-projects-housed-lcilukraine-peace-settlement-project/settlement-options> accessed 15 mars 2023.

tâche difficile de reconstruire leur vie. Dans l'intervalle, les parties au conflit doivent être tenues responsables du respect de leurs obligations bien établies en vertu du droit international de protéger les civils, de les préserver des déplacements arbitraires et de veiller à ce que toutes les personnes déjà déplacées en Ukraine reçoivent la protection et l'assistance dont elles ont désespérément besoin. Les autres pays, quant à eux, doivent continuer à assumer leurs propres responsabilités en vertu du droit

international, à savoir respecter le droit fondamental des individus, y compris des personnes déplacées<sup>101</sup>, à demander l'asile dans un autre pays, ainsi que le principe de non-refoulement protégeant toute personne contre le renvoi dans un pays où sa vie, sa sûreté ou sa sécurité seraient menacées. Alors que le conflit en Ukraine s'éternise, ces principes fondamentaux continueront d'être mis à l'épreuve.

101. *Guiding Principles on Internal Displacement*, Principe 15(c).



**Bernard Cazeneuve** · Ancien Premier ministre et avocat associé (August Debouzy)

**Alexandre Mennucci** · Docteur en droit et avocat (August Debouzy)

## Le devoir de vigilance européen : instrument de promotion d'un modèle de gouvernance vertueux

Il existe aujourd'hui un contexte nouveau, où domine la sensibilité de plus en plus affirmée de la société civile et des organisations non-gouvernementales (« ONG ») aux effets de l'activité économique et de la production sur les droits humains, l'environnement, la biodiversité et le changement climatique, les entreprises, soucieuses de leur réputation et de leur attractivité, s'interrogent plus volontiers sur leur raison d'être. Certaines n'hésitent plus à communiquer sur les efforts qu'elles déploient afin de répondre à ces nouvelles attentes. La vision développée par Milton Friedman dans son fameux article publié dans le *New York Times* en 1970 « The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits »<sup>1</sup> semble avoir vécu. Si au sortir des Trente Glorieuses, les entreprises prenaient peu de risques pour leur compétitivité, leur image ou leur réputation, en ignorant les incidences potentiellement négatives de leurs activités sur leurs salariés et les populations locales, une telle indifférence ne serait aujourd'hui plus concevable. En effet, sous la pression conjointe des citoyens, des ONG, des médias et des réseaux sociaux, les États ont été conduits - avec la volonté aussi d'assurer la protection de leurs entreprises contre les sanctions extra-territoriales venant réprimer de graves manquements aux principes de probité - à adopter des législations visant à réprimer la corruption et rappeler aux entreprises leur devoir de vigilance. C'est ainsi qu'au sein des pays de l'Union européenne, il a été imposé aux établissements

bancaires et financiers notamment, de mettre en place des programmes contraignants de compliance, les protégeant du risque d'exposition à des opérations de blanchiment ou de financement du terrorisme. La corruption étant elle aussi un phénomène de nature à porter gravement atteinte au développement moral, intellectuel, économique et social des sociétés politiques, le législateur français a adopté la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Ce texte impose aux grandes entreprises françaises de prendre toutes les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence.

De la même manière, après la tragédie qu'a constitué l'effondrement du Rana Plaza en 2013, de nombreuses ONG ont milité pour qu'on impose par la loi, aux multinationales, de mieux maîtriser l'impact de leurs activités, en France comme à l'étranger, sur l'environnement, la santé, la sécurité des personnes ou les droits humains. Pour ce qui relève de leurs compétences, les juges ont également joué un rôle majeur en contribuant, par leur jurisprudence, à mieux définir le champ des responsabilités qui incombent désormais aux entreprises. À titre d'exemple, depuis 2011, un nombre significatif d'instructions judiciaires ont été ouvertes au pôle « Crime contre l'humanité » du Tribunal judiciaire de Paris, à la demande du procureur de la République, à l'encontre d'entreprises mises en cause pour complicité de crimes contre l'humanité ou complicité de génocide. Ainsi, des banques sont poursuivies pour avoir prétendument financé des régimes dictatoriaux ou pour avoir vendu, à des sociétés de cyber intelligence, des systèmes de surveillance, etc. Bien qu'aucune condamnation n'ait encore été prononcée à leur encontre - en raison de la difficulté d'établir un lien de causalité entre la fourniture du bien ou du service par l'entreprise et les crimes commis par les régimes politiques incriminés - les procédures engagées sont ponctuées d'actes d'enquête médiatisés (mises en examen, perquisitions, gardes à vue, etc.), qui peuvent porter gravement atteinte à la réputation de ces entreprises et les conduire à s'interroger sur la meilleure manière d'éviter de se trouver ainsi mises en cause. Ce mouvement de pression sur les acteurs économiques est également suivi par le marché. Ainsi, les organismes financiers, eux aussi interpellés par certaines ONG et les citoyens, exigent de plus en plus des entreprises, qui sollicitent leurs financements, qu'elles intègrent les principes de la RSE dans leurs objectifs stratégiques. Par ailleurs, certains fonds activistes, se sont fixés pour objectif d'assurer la défense offensive des droits sociaux et environnementaux, face à des actionnaires pour lesquels la rentabilité financière demeure la seule préoccupation. Ainsi, le 26 mai 2021, le fonds *Engine n°1*, dont les positions en faveur de la transition énergétique sont bien connues et qui ne détient que 0,02 % du capital d'*Exxon-Mobil* a fait élire, contre l'avis de la direction de la firme pétrolière, deux de ses représentants au sein du conseil de surveillance de cette dernière. Dans cette opération, *Engine n°1* a pu bénéficier du concours des fonds *BlackRock*, *Vanguard* et *State Street* qui, pour leur part, détenaient 20 %

1. M. Friedman, « The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits », *New York Times*, 13 septembre 1970: « [i]n a free-enterprise, private-property system, a corporate executive is an employee of the owners of the business. He has direct responsibility to his employers. That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to the basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical custom. [...] [T]here is one and only one social responsibility of business—to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud ».

du capital de la société américaine. Cet événement traduit bien la volonté de certains fonds d'investissement, très engagés dans le financement de l'économie mondiale, d'influencer la stratégie des grands groupes qui ne promeuvent pas suffisamment les principes éthiques, en permanence évoqués dans les conventions ou les lignes directrices des grandes organisations internationales (OCDE, ONU, Banque mondiale, *etc.*) ou de certaines ONG.

**Le droit français a répondu en partie à ces préoccupations nouvelles par l'adoption de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre**

Dans un contexte où la réputation des entreprises est devenue un facteur constitutif de leur compétitivité, les efforts qu'elles déploient, en vue d'anticiper les risques auxquels elles peuvent se trouver confrontées, sont des éléments déterminants de leur stratégie de développement et de leur organisation. Ainsi, la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (la « loi relative au devoir de vigilance »), est venue préciser les obligations qui désormais leur incombent pour ce qui relève des conséquences de leurs activités sur les droits humains, la santé et l'environnement. Cette législation nouvelle, élaborée avec le concours actif des ONG, a imposé aux grands groupes<sup>2</sup> d'adopter un plan qui « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement » résultant de leurs activités, de celles de leurs filiales ou de leurs partenaires (sous-traitants et fournisseurs). La loi française relative au devoir de vigilance prévoit que le non-respect, par l'entreprise, de ses obligations de vigilance, pourrait la conduire à être mise en cause, par toute personne, notamment les ONG, justifiant d'un intérêt à agir devant le juge français. Ce dernier peut non seulement lui enjoindre, sous astreinte, de se mettre en conformité avec le texte (création ou renforcement du plan de vigilance), mais également l'obliger à réparer les dommages causés par ses activités aux personnes, ou à l'environnement, notamment lorsque ses obligations de vigilance n'ont pas fait l'objet d'un suivi suffisamment attentif.

Ce texte a incontestablement permis d'enregistrer de significatifs progrès dans la prise en compte, par les pouvoirs publics, de la nécessité de favoriser l'émergence d'un nouveau modèle de gouvernance. Cependant, six ans après son entrée en vigueur, la loi relative au devoir de vigilance accuse quelques faiblesses, dont témoignent les difficultés constatées dans le cadre de son application, par

2. C. com., art. L. 225-102-4-1 : « Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. »

ailleurs mises en évidence par le rapport parlementaire, tendant à son évaluation<sup>3</sup>. L'absence d'autorité publique qui aurait pu, par son contrôle et l'édictation de lignes directrices claires, faciliter la compréhension et la bonne application du texte de loi, n'a pas contribué à aider les entreprises à sortir du climat d'insécurité juridique, dont elles ne cessent de pointer les risques qu'il représente pour l'avenir de leurs activités. Certes, le juge pourra à terme, par sa jurisprudence, contribuer à lever les incertitudes et ambiguïtés juridiques qui demeurent, et tout laisse à penser qu'il tiendra compte, pour ce faire, des évolutions possibles du droit européen en la matière.

**La proposition de directive européenne relative au devoir de vigilance vise à promouvoir un modèle d'entreprise plus vertueux en Europe**

**La proposition de directive de la Commission européenne a résulté de l'impulsion donnée par le Parlement européen**

La Commission européenne actuelle, sous l'impulsion d'une grande partie de l'opinion européenne, qui exprime de plus en plus ouvertement une forte aspiration en matière de protection de l'environnement et de respect des droits humains, a entrepris d'imposer aux entreprises des règles bien plus contraignantes en matière de gouvernance. Ainsi, en 2021, la Commission a proposé l'adoption d'une nouvelle directive européenne, la *Corporate Sustainability Reporting Directive*. Ce texte, entré en vigueur le 5 janvier 2023, réforme la *Non-Financial Reporting Directive* de 2014 et vient renforcer les obligations des entreprises, s'agissant de la publication d'informations en matière de durabilité. Son application s'étend désormais à un nombre d'entreprises bien plus important, notamment les petites et moyennes entreprises cotées en bourse. Le but de ce texte est de permettre aux investisseurs et aux autres parties prenantes d'avoir accès aux informations dont ils ont besoin pour évaluer les risques d'investissement liés au changement climatique et aux autres domaines touchant à la durabilité. Il a également vocation à créer, au sein des entreprises européennes, une culture de la transparence pour tous les sujets touchant aux droits humains et à l'environnement. Le 23 février 2023, la Commission européenne a proposé de compléter cette initiative en présentant au Conseil de l'Union européenne, organe de représentation des États membres, une proposition de directive européenne relative au devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. Ce texte résulte d'une résolution du 10 mars 2021 du Parlement européen, incitant la Commission à proposer, dans les meilleurs délais, un texte relatif aux obligations de vigilance dans la chaîne d'approvisionnement. La proposition de directive, largement inspirée des lois françaises, allemandes et néerlandaises en la matière, et du *Guide sur le devoir de diligence pour la conduite responsable des entreprises* de l'OCDE, a vocation à imposer aux entreprises

3. C. Dubost et D. Potier, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Assemblée nationale, 24 février 2022.

(i) d'intégrer le devoir de vigilance dans leurs politiques notamment par l'adoption d'un code de conduite, (ii) de recenser les incidences négatives réelles ou potentielles découlant de leurs propres activités ou de celles de leurs filiales et, lorsqu'elles sont liées à leurs chaînes d'activités, de celles de leurs partenaires commerciaux (la cartographie des risques), (iii) de prévenir et d'atténuer les incidences négatives potentielles et de mettre un terme aux incidences négatives réelles, (iv) de permettre l'expression de plaintes relatives à ces incidences, (v) d'instaurer un contrôle interne du dispositif de vigilance et (vi) de communiquer publiquement sur leurs actions en la matière (art. 5).

***Le compromis politique atteint par les gouvernements autour de la position commune du Conseil de l'Union européenne, a reposé sur la volonté des États-membres de trouver un équilibre entre l'ambition portée par la proposition de la Commission et la nécessité d'offrir aux entreprises un cadre offrant un niveau suffisant de sécurité juridique***

De nombreux pays, notamment nordiques, ont en effet considéré que la proposition de la Commission européenne était bien trop tranchée et parfois même déconnectée des réalités économiques. Ils ont notamment insisté sur le fait que les entités économiques européennes subissaient la concurrence d'acteurs n'étant pas soumis, dans leur pays, à des législations aussi contraignantes. Le texte du Conseil de l'Union européenne, tel qu'il a été établi à l'issue de la réunion du Comité des représentants permanents du 30 décembre 2022, est donc le fruit d'un compromis politique. Sans remettre en cause les objectifs du projet initial, il tient compte des réticences de nombre d'États membres suscitées par la proposition de la Commission.

*Le champ d'application de la directive*

Le projet de la Commission prévoyait que les entreprises soumises à ces obligations seraient les sociétés à responsabilité limitée de l'Union européenne, employant plus de 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros à l'échelle mondiale (groupe 1) et les sociétés à responsabilité limitée de l'Union européenne qui emploient plus de 250 personnes et qui réalisent un chiffre d'affaires net de plus de 40 millions d'euros à l'échelle mondiale, dont la moitié au moins a été réalisée dans un secteur à risque tel que le textile, les matières premières agricoles et l'extraction de minerais (groupe 2) (art. 2). Par ailleurs les entreprises des pays tiers, actives sur le marché européen, seraient également assujetties au devoir de vigilance européen si elles dépassaient les seuils indiqués ci-dessus, étant précisé que le chiffre d'affaires pris en compte doit être réalisé sur le seul territoire de l'Union européenne. La Commission estimait que ces seuils, plus larges que ceux de la loi française, devraient conduire à ce que plus de 13 000 entreprises soient tenues d'appliquer les dispositions de la directive.

Le Conseil est venu apporter deux aménagements à ces dispositions, d'abord en précisant que le dépassement

des seuils devait être constaté sur deux exercices consécutifs, à l'image de ce que prévoit la loi française relative au devoir de vigilance, ensuite en proposant de n'étendre que progressivement le champ des entreprises soumises à la directive. Ainsi, celle-ci s'appliquerait pour une durée de trois ans, à compter de son entrée en vigueur, aux entreprises européennes et étrangères, employant plus de 1 000 salariés et réalisant un chiffre d'affaires net mondial de plus de 300 millions d'euros. Après quatre ans, les seuils seraient alors abaissés aux entreprises européennes et étrangères employant plus de 500 personnes et réalisant un chiffre d'affaires net mondial d'au moins 150 millions d'euros, puis, au terme de cinq ans, aux entreprises de plus de 250 salariés, ayant réalisé un chiffre d'affaires net mondial d'au moins 40 millions d'euros, provenant à 50 % de secteurs identifiés à haut risque (art. 30).

Le secteur financier n'était pas entièrement couvert par la proposition de la Commission européenne, puisqu'il était déjà prévu que le recensement des incidences négatives ne devait être effectué qu'avant la fourniture du service au prestataire commercial. La majorité des membres du Conseil, préoccupés par le risque que cette mesure ne dissuade les banques de financer des régions en voie de développement, a choisi de laisser à chaque État le soin de décider, lors de la transposition de la directive, d'inclure ou non, dans le champ de cette dernière, la fourniture de services financiers, par des entreprises réglementées du secteur. Par dérogation au régime général, il a également précisé que ces entreprises, si elles étaient incluses dans le champ d'application lors de la transposition, ne seraient en aucune manière tenues de suspendre temporairement la relation commerciale ou d'y mettre un terme, y compris lorsqu'aucune autre mesure n'avait permis de corriger l'incidence négative (art. 7 et art. 8).

*L'étendue de l'obligation de recensement des incidences négatives*

Le cœur du dispositif envisagé par la proposition de directive consiste donc, pour les entreprises, à établir une cartographie des « incidences négatives réelles ou potentielles » sur les droits humains et l'environnement<sup>4</sup> résultant de leurs activités, de celles de leurs filiales ou de leurs « relations commerciales » (art. 6). La Commission semblait donc adopter une position qui conduisait les entreprises à devoir évaluer l'ensemble de leurs partenaires

4. La notion d'« incidences négatives » – équivalent européen de la notion française de « atteintes graves » – a été définie par référence à une annexe qui liste la nature des violations à appréhender, ainsi que les normes de référence en matière de droits de l'homme et d'environnement, devant être prises en considération (annexe 1 de la proposition de directive). Si la constitution d'une telle liste doit être saluée, son caractère particulièrement vaste ne permet pas de cerner avec précision le périmètre des incidences négatives à identifier. Le Conseil de l'Union européenne a décidé de réduire la liste de l'annexe 1 pour ne couvrir « que les instruments internationaux qui ont été ratifiés par tous les États membres » (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail). Il a conservé la clause « attrape-tout » prévue par la Commission (cons. 25) et complété la liste des atteintes possibles à l'environnement, sans toutefois intégrer le risque climatique.

commerciaux, y compris ceux figurant dans la chaîne aval. Ceci répondait à une forte attente des ONG, pour lesquelles les atteintes aux droits humains et à l'environnement ne se produisent pas toujours chez les fournisseurs ou les sous-traitants, mais également chez les clients. Par souci de renforcer la sécurité juridique des assujettis aux obligations de la directive, le Conseil a fait le choix de remplacer le terme « chaîne de valeur », utilisé par la Commission, par celui de « chaîne d'activités », « en excluant totalement la phase d'utilisation des produits de l'entreprise ou de la fourniture de services ». Cette précision du Conseil pourrait conduire à exclure les clients des entreprises du périmètre d'évaluation du devoir de vigilance. Elle limite le périmètre de l'obligation de vigilance aux partenaires commerciaux en amont (conception, extraction, fabrication, transport, entreposage, fournitures de matières premières ou de produits, développement du produit) et aux partenaires en aval pour ce qui concerne exclusivement la distribution, le transport, le stockage et l'élimination du produit (démantèlement, recyclage, compostage ou mise en décharge)<sup>5</sup> (art. 3.g).

*L'obligation des entreprises d'atténuer et de supprimer les incidences négatives*

À partir de la cartographie des risques, les entreprises devront donc mettre en place un plan d'action pour prévenir ou atténuer les incidences négatives potentielles (art. 7) et pour supprimer les incidences négatives réelles (art. 8) (paiement de dommages et intérêts aux personnes touchées, actions planifiées évaluées par des indicateurs, garanties contractuelles à l'égard des partenaires, investissements en vue de cette prévention, suspension temporaire des relations commerciales, voire arrêt définitif si nécessaire). Le Conseil a significativement redéfini les obligations qui pèsent sur les entreprises dans le recensement, la prévention et la suppression des incidences négatives en insérant deux nouvelles dispositions. La première prévoit que l'entreprise qui ne pourrait pas remédier simultanément à l'ensemble des incidences négatives recensées, serait simplement tenue de les hiérarchiser et de ne traiter que celles qui sont les plus graves et dont la survenance est la plus probable (art. 6 bis). La seconde vise à ne pas imposer aux entreprises de mettre un terme à une relation qui leur permettrait de se fournir en matières premières, biens ou services indispensables à la poursuite de leurs activités, s'il en résultait un préjudice important pour elles (art. 7.7).

*L'instauration d'autorités de contrôle nationales, compétentes pour infliger des sanctions*

Afin de garantir la bonne application du texte, la proposition de directive impose aux États membres, dans la transposition dans leur droit national, de prévoir des « sanctions effectives, proportionnées et dissuasives »

5. Le Conseil a précisé que ces obligations d'évaluation en aval ne s'appliquaient pas aux produits soumis au contrôle des exportations (biens à double usage et armement).

(art. 20) prononcées par des autorités administratives nationales de contrôle, qui disposeraient de pouvoirs d'enquête importants (art. 17 et art. 18). La création de telles autorités permettra à certains pays qui n'en disposent pas, comme la France, de sortir du climat d'insécurité juridique actuel, certaines notions juridiques étant en effet insuffisamment définies (les atteintes graves, la relation commerciale établie, etc.). Dans le même esprit, la proposition de directive prévoit la publication par la Commission européenne de lignes directrices, qui seront importantes pour permettre une application harmonisée par les entreprises, des dispositions relatives au devoir de vigilance. Ces dispositions n'ont pas fait l'objet de substantielles modifications de la part du Conseil de l'Union européenne. Toutefois, on rappellera qu'en France, le Conseil constitutionnel avait censuré le principe de l'amende civile prévue par la loi relative au devoir de vigilance, en considérant que les termes employés tels que « droits humains » et « libertés fondamentales » étaient insuffisamment clairs et précis pour qu'une sanction puisse être infligée en cas de manquement. Lors de la transposition de la directive dans le droit national, la possibilité de sanctions administratives comme cela est prévu par la proposition de directive pourrait faire l'objet de contestations, et il est donc très souhaitable que des efforts de rédaction supplémentaires permettent de mieux définir ces notions clés.

*La portée de la responsabilité civile des entreprises*

Le texte de la Commission, s'inspirant du dispositif français, prévoit que les entreprises pourraient voir leur responsabilité civile engagée, en cas de manquement à leurs obligations de prévention des incidences négatives de leurs activités, ayant engendré des dommages (art. 22). Une telle disposition est sans doute de nature à inciter les entreprises à appliquer rigoureusement le texte. Le Conseil, s'il n'a pas remis en cause le principe d'engagement de la responsabilité, en a précisé la portée. Il a notamment exclu la possibilité, pour les législations nationales, de prévoir des dommages et intérêts punitifs et écarté la réparation du préjudice écologique admise en droit français depuis 2016, en ne prévoyant que la réparation des préjudices causés aux personnes physiques ou morales. Il a également supprimé la cause d'exonération, liée à l'insertion de garanties contractuelles et a précisé, en contrepartie, qu'une entreprise « ne saurait être tenue pour responsable si le dommage n'a été causé que par ses partenaires commerciaux dans sa chaîne d'activités » sans que celle-ci n'intervienne (art. 22).

*Pour ce qui relève de l'obligation des administrateurs de veiller à l'établissement du plan de vigilance*

La proposition de directive de la Commission prévoyait que les administrateurs avaient l'obligation de mettre en place et de superviser les mesures de vigilance et d'adapter la stratégie de l'entreprise, afin de tenir compte des incidences négatives recensées et des mesures de vigilance adoptées, au risque d'engager leur responsabilité fondée sur l'obligation d'agir dans les meilleurs intérêts

de l'entreprise (*directors' duty of care*). Cette disposition soulevait des difficultés de transposition, dans la mesure où le droit français ne consacre pas l'obligation générale de l'administrateur d'agir dans les meilleurs intérêts de l'entreprise, contrairement au droit britannique. La grande majorité des États membres a considéré que cette proposition de directive ne pouvait préempter leurs compétences nationales en matière de droit des sociétés. Le Conseil a dès lors supprimé ce dispositif (art. 25 et 26).

La position commune du Conseil a donc précisé le périmètre du devoir de vigilance européen, en vertu d'une approche pragmatique, dictée par un ensemble de considérations : peu nombreux sont les États membres à disposer à ce stade de règles nationales ; l'expérience dans leur application est encore limitée et les enjeux économiques comme les attentes politiques demeurent considérables. Il semble, dès lors, peu probable que le Conseil, dans les négociations à venir avec le Parlement européen, ne consente à revenir sur les équilibres souhaités par lui, qu'il s'agisse de l'étendue de la chaîne de valeurs, du plan de lutte contre le changement climatique ou de l'obligation des administrateurs. En toute hypothèse, la directive ne devrait être adoptée qu'à la fin de l'année 2023 ou au début de l'année 2024 et les États membres disposeront alors de deux années pour en transposer les dispositions dans leur droit national.

#### **Le débat autour de l'application extraterritoriale de la directive européenne relative au devoir de vigilance**

Les pays, inquiets de la distorsion de concurrence entre les entreprises européennes et les autres, ont poussé pour une application extraterritoriale des obligations européennes de vigilance afin de créer, de fait, un *level playing field*. Ainsi, la proposition de directive prévoit que les entreprises établies dans des pays tiers et qui ont réalisé au moins 150 millions d'euros de chiffres d'affaires dans l'Union européenne, seront soumises aux dispositions de la directive<sup>6</sup> (art. 2). De très nombreuses entreprises étrangères devront ainsi appliquer le droit européen, y compris pour leurs activités en dehors de l'Union. De plus, les entreprises étrangères intégrées dans la chaîne d'activités d'entreprises soumises aux dispositions de la directive (sous-traitants, fournisseurs, etc.) devront, au moins indirectement, se soumettre à la législation européenne. Enfin, les sociétés mères étrangères pourraient avoir à supporter les coûts d'une sanction administrative ou des dommages et intérêts prononcés contre une de leurs filiales européennes, soumises à la directive. De la même manière, si la société mère est incluse dans la chaîne d'activités de la filiale européenne, celle-ci devra subir la même évaluation que n'importe quel autre partenaire<sup>7</sup>.

6. Il en va de même pour les entreprises ayant réalisé un chiffre d'affaires net de plus de 40 millions d'euros, mais n'excédant pas 150 millions d'euros, dans l'Union à condition qu'au moins 20 millions d'euros aient été générés dans un ou plusieurs des secteurs à risque (textiles, matières premières agricoles et extraction de minerais).

7. *Ibid.*

L'Union européenne, à l'instar de ce qu'ont pu faire les États-Unis en matière de lutte contre la corruption, assume désormais pleinement d'utiliser le levier que constitue l'attractivité de son marché pour exporter ses normes y compris à des entités étrangères et ainsi promouvoir un modèle de gouvernance vertueux, respectueux des droits humains et de l'environnement, pour tous ceux qui souhaitent accéder à son marché. Certains, considérant que les entreprises étrangères pourraient choisir de quitter le marché européen plutôt que d'appliquer ces règles, s'inquiètent du risque d'une perte de compétitivité de l'économie européenne dans un contexte de forte concurrence internationale<sup>8</sup>. Cependant, l'un des atouts de l'Union européenne est de constituer un marché économique important pour les entreprises étrangères. Les niveaux de vie y sont parmi les plus élevés du monde et les pouvoirs d'achat des consommateurs parmi les plus importants. Il est donc peu probable qu'une entreprise, même américaine ou chinoise, ait intérêt à se priver de l'accès au marché européen pour éviter la mise en place de dispositifs de vigilance. Dès lors, l'Union européenne, dans sa volonté de favoriser un modèle économique, où la protection des droits humains et de l'environnement est garantie, a tout intérêt à jouer pleinement de l'attractivité de son marché pour imposer à des acteurs étrangers, qui opèrent sur son territoire, de se conformer aux valeurs qu'elle promeut.

#### **Conclusion**

Dans les sociétés occidentales contemporaines, la vision de l'entreprise, exclusivement tournée vers la préoccupation du profit s'estompe. Il est désormais légitimement attendu des acteurs économiques qu'ils prennent en compte, dans l'exercice de leurs activités et à l'égard de leurs partenaires commerciaux, le devoir éthique de protéger les droits humains fondamentaux et l'environnement. Ne pas le faire les exposerait à des risques majeurs pour la pérennité de leurs activités. Ces risques peuvent se traduire par la mise en cause de leur responsabilité pénale, par la perte de financements sur les marchés et par le lancement de campagnes citoyennes, à leur encontre. La loi française, relative au devoir de vigilance, a d'ores et déjà imposé aux entreprises de mettre en place des mécanismes destinés à prévenir les atteintes graves aux droits humains, aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes, ainsi qu'à l'environnement, résultant de leurs activités. La principale faiblesse de ce texte tient à l'absence d'autorité de contrôle capable d'orienter les entreprises dans la mise en place de leur plan de vigilance. De même, le fait que la France soit, avec l'Allemagne et les Pays-Bas, les seuls pays à imposer ce type de dispositif pourrait créer, au détriment de leurs entreprises, des distorsions de concurrence. L'adoption d'une directive européenne est donc nécessaire afin de créer un *level playing field*. Bien que les termes de la proposition de directive soient encore en discussion au sein du trilogue, les principes de base tenant

8. Par exemple, P.-H. Conac, « La gouvernance durable des entreprises selon l'UE : un modèle européen avec des ambitions mondiales réalistes? », *RED* 2022/1 (n° 4), p. 129 et s.

à l'obligation, pour les entreprises, de prévoir une cartographie des risques, ainsi que des mesures de prévention et de suppression des incidences négatives, le tout sous le contrôle d'une autorité capable d'infliger des sanctions, sont désormais fixés, de façon fort opportune. Outre que l'évolution du droit européen apportera aux entreprises un

cadre protecteur, les conduisant à exercer leurs activités, en vertu de principes éthiques contraignants, elle répond également à la demande clairement revendiquée par les citoyens, de voir droits humains et environnement mieux pris en compte par les grands groupes économiques et leurs principaux partenaires.

# Le droit après la guerre en Europe

---

59



**Federica D'Alessandra** - Directrice adjointe de l'Oxford Institute for Ethics, Law, and Armed Conflict (ELAC), directrice exécutive de l'Oxford Program on International Peace and Security, Blavatnik School of Government, Université d'Oxford\*

## À la recherche d'une responsabilité pour le crime d'agression contre l'Ukraine

60

Il y a un peu plus d'un an, le multilatéralisme paraissait être « sur son lit de mort »<sup>2</sup> alors que la deuxième puissance nucléaire mondiale, la Russie, envahissait l'Ukraine voisine au moment même où le Conseil de sécurité des Nations Unies se réunissait à New York dans un effort de dernière minute pour « donner une chance à la paix »<sup>3</sup>. Depuis des mois, le renforcement militaire massif des forces russes à la frontière avec l'Ukraine faisait craindre une invasion imminente et non provoquée, accusations que le Kremlin avait catégoriquement démenties. Cependant, environ une heure après le début de la réunion, depuis Moscou, Vladimir Poutine a annoncé le début de son « opération militaire spéciale »<sup>4</sup>, ce que le reste du monde verra comme une agression pure et simple contre l'Ukraine. Pendant des semaines, le monde a assisté, horrifié et consterné, à la pluie de missiles russes sur les villes ukrainiennes, ciblant sans distinction les civils et les infrastructures civiles dans tout le pays, jusqu'à Lviv, à la frontière avec la Pologne, membre de l'OTAN, tandis que l'infanterie et

les divisions blindées russes arrivaient du Belarus voisin et de la région emblématique du Donbass en direction de la capitale ukrainienne, dans le but de renverser le gouvernement élu du président Volodymyr Zelensky.

Le choc pour le système multilatéral a été tel que, bien au-delà de l'Europe, l'invasion a suscité une condamnation immédiate et généralisée, à quelques exceptions notables près<sup>5</sup>. Dans les jours qui ont suivi l'invasion, 141 pays aux Nations Unies ont voté en faveur d'une résolution de l'Assemblée générale condamnant l'agression de la Russie contre l'Ukraine, suspendant la Russie du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies et exigeant son retrait inconditionnel, mais en vain<sup>6</sup>. Alors qu'un convoi militaire russe de 60 km de long atteignait les faubourgs de Kiev, beaucoup s'attendaient à ce que la capitale tombe en quelques jours. Les États-Unis ont même proposé au président Zelensky de l'évacuer, mais celui-ci a refusé « le taxi », demandant plutôt des « munitions »<sup>7</sup>. Au cours de la bataille de Kiev, qui a duré un mois, les forces armées ukrainiennes sont parvenues, à la surprise générale, à stopper l'offensive russe et à lui imposer la première de ses nombreuses retraites. Alors que les Ukrainiens prenaient les armes et rejoignaient la résistance, les partenaires de l'Ukraine se sont ralliés à la nation envahie - un féroce « David sur le Dniepr »<sup>8</sup> - payant le prix ultime pour défendre sa souveraineté, son intégrité territoriale et son droit à l'autodétermination.

Un an plus tard, les forces russes ont perdu 54 % de leurs gains territoriaux initiaux, mais restent retranchées dans les parties méridionale et orientale de l'Ukraine<sup>9</sup>. Qu'il s'agisse des bombardements aveugles dans tout

1. L'auteur est redevable à Gwendolyn Whidden pour son aide inestimable dans ses recherches, à ses collègues d'Oxford, notamment Dapo Akande, Talita de Souza Dias, Kirsty Sutherland, Hannes Jöbstl et l'ambassadeur Stephen Rapp, pour la nourriture intellectuelle inépuisable qu'ils lui ont apportée sur cette question, et à Vasile Rotaru pour l'invitation à participer à ce numéro spécial et Jean Chuilon-Croll pour son aide avec la version française de cet article. Plus important encore, l'auteur est - en fait, nous le sommes tous - redevable au regretté Benjamin Berrell Ferencz, jusqu'à récemment dernier procureur vivant des procès de Nuremberg et infatigable défenseur de la criminalisation de l'agression. Sans lui, nous n'aurions pas cette conversation aujourd'hui. Cet article est dédié à son héritage intellectuel durable et rend hommage à sa mémoire.

2. Rapport du Conseil de sécurité des Nations Unies, « In Hindsight : Ukraine and the Tools of the UN » (28 février 2022), <<https://www.securitycouncilreport.org/monthly-forecast/2022-03/in-hindsight-ukraine-and-the-tools-of-the-un.php>> consulté le 7 mars 2023.

3. UN Press, « Give Peace a Chance, Secretary-General Urges Russian Federation at Security Council Meeting on Ukraine, Saying too Many People Have Died » (23 février 2022) <<https://press.un.org/en/2022/sgsm21155.doc.htm>> consulté le 7 mars 2023.

4. Le Kremlin, « Discours du président de la Fédération de Russie » (Moscou, 24 février 2022) <<http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>> consulté le 7 mars 2023.

5. AGNU Res ES-11/1 (18 mars 2022) UN Doc A/RES/ES-11/1; Comité des ministres du Conseil de l'Europe, « Décision 2.3 Situation en Ukraine » (Strasbourg, 24 février 2022) CM/Del/Dec(2022)1426bis/2.3; Service européen pour l'action extérieure, « L'agression de la Russie contre l'Ukraine : Déclaration à la presse du haut représentant/vice-président Josep Borrel » (24 février 2022); OSCE, « Déclaration conjointe du président en exercice de l'OSCE, M. Rau, et du secrétaire général, M. Schmid, sur le lancement par la Russie d'une opération militaire en Ukraine » (Vienne, 24 février 2022); OTAN, « Déclaration des chefs d'État et de gouvernement de l'OTAN sur l'attaque de la Russie contre l'Ukraine » (Bruxelles, 25 février 2022); Union africaine, « Déclaration du président de l'Union africaine, S.E. le président Macky Sall, et du président du Conseil de l'Union africaine, S.E. le ministre des Affaires étrangères Moussa Faki Mahamat, sur la situation en Ukraine » (Addis-Abeba, 24 février 2022); Commission de la CEDEAO, « Communiqué sur la guerre en Ukraine » (Abuja, 27 février 2022) Communiqué de presse; Forum des îles du Pacifique, « Remarques : Puna-Statement on Ukraine » (Suva, 28 février 2022); Organisation des États américains, « Statement from the OAS General Secretariat on the Russian Attack on Ukraine » (Washington, D.C., 24 février 2022), communiqué de presse, Doc E-008/22; CARICOM, « Déclaration du CARICOM sur la situation en Ukraine » (Georgetown, 24 février 2022); CARICOM, « Déclaration de la Conférence des chefs de gouvernement du CARICOM sur la guerre et la crise humanitaire en Ukraine » (Georgetown, 3 mars 2022); Conseil nordique, « Le président du Conseil nordique condamne l'attaque de la Russie contre l'Ukraine » (Copenhague, 24 février 2022).

6. AGNU Res ES-11/1.

7. Sharon Braithwaite, « Zelensky Refuses US Offer to Evacuate, Saying "I Need Ammunition, Not a Ride" » CNN (26 février 2022), CNN <<https://edition.cnn.com/2022/02/26/europe/ukraine-zelensky-evacuation-intl/index.html>> consulté le 7 mars 2023.

8. Conférence de Munich sur la sécurité, « David sur le Dniepr : Ukraine's Fight for Freedom » (17 février 2023) <<https://securityconference.org/msc-2023/agenda/>> consulté le 7 mars 2023.

9. New York Times, « Maps : Tracking the Russian Invasion of Ukraine » 25 janvier 2023 <<https://www.nytimes.com/interactive/2022/world/europe/ukraine-maps.html>> consulté le 8 mars 2023.

le pays, du déploiement des impitoyables mercenaires Wagner, des sièges de Marioupol et de Bakhmout, des innombrables actes de violence sexuelle, du trafic d'enfants ou des horribles massacres perpétrés dans des villes comme Bucha<sup>10</sup>, la brutalité de leurs tactiques se révèle chaque jour dans la traînée systématique de mort et de destruction qu'elles laissent derrière elles partout où elles battent en retraite. Alors que les preuves choquantes des atrocités innommables qu'ils ont commises ne cessent de s'accumuler, aggravant le sentiment d'indignation déjà prégnant face à cette invasion illégale, l'Ukraine et ses partenaires au sein de la communauté internationale exigent que les responsables rendent des comptes, en plaçant le droit international au centre de tous les débats.

#### Le rôle central du droit international dans la réaction de l'Ukraine à l'invasion

Le fait que l'Ukraine, tout en continuant à se défendre militairement, ait choisi d'exploiter simultanément toutes les possibilités de recours juridiques dont elle dispose contre la Russie et ses dirigeants est une remarquable démonstration de la valeur du droit international pour ceux qu'il est censé protéger. Le recours de l'Ukraine à divers mécanismes de droit international dans le cadre de sa réponse à l'invasion russe peut être décrit dans plusieurs dimensions. Dans le contexte d'une guerre menée pour empêcher l'alignement de l'Ukraine sur les valeurs et les institutions européennes et transatlantiques, le choix de mobiliser l'État de droit international en réponse à l'invasion est extrêmement puissant sur le plan symbolique, car il oppose l'Ukraine en tant que nation respectueuse des lois à l'« anarchie » de l'envahisseur. De même, en s'en remettant aux procédures et aux institutions judiciaires internationales lorsqu'elles sont disponibles, l'Ukraine peut démontrer avec succès qu'elle utilise tous les moyens à sa disposition pour résoudre son différend avec la Russie par des moyens pacifiques. Cela est d'autant plus important que, en tant que victime d'une agression, l'Ukraine n'est pas tenue de le faire en vertu du droit international, car elle a le droit incontesté de se défendre militairement; toutefois, en choisissant de le faire, l'Ukraine démontre indirectement que la Russie aurait pu, en fait, le faire elle-même et que le recours à la guerre pour régler son différend avec l'Ukraine n'était en aucun cas le dernier recours, ce qui renforce l'argument en faveur de la responsabilité de la Russie pour des actes internationalement répréhensibles.

Ce choix est également significatif sur le plan stratégique : en faisant appel au droit international et aux institutions mondiales dans le cadre de sa quête d'une résolution juste de la guerre, l'Ukraine contribue à démontrer au niveau international que la guerre n'est pas seulement une affaire européenne, mais qu'elle concerne l'ensemble de la planète. Mais surtout, le recours aux lois et institutions

internationales est un instrument essentiel de protection et de réparation immédiates, pendant et après la guerre : alors que la guerre continue de faire rage, l'Ukraine se tourne vers les organes judiciaires internationaux pour établir la vérité empirique sur ce qui se passe, à la fois pour contrer les tentatives de Moscou d'avancer de faux récits pour justifier l'invasion et pour jeter les bases d'une évaluation factuelle de la culpabilité pour la myriade de violations affectant à la fois les citoyens ukrainiens et l'État ukrainien. Espérons que ces considérations seront essentielles pour soutenir les processus de responsabilité judiciaire à venir, ainsi que les réparations et un règlement équitable une fois la guerre terminée.

Quelques jours seulement après le début de l'invasion, par exemple, l'Ukraine a poursuivi l'État russe pour violation de la Convention des Nations Unies sur le génocide et d'autres traités clés en matière de droits de l'homme devant la Cour internationale de justice des Nations Unies, dans le but d'amener l'organe judiciaire international à réfuter enfin et officiellement (une part de) ce *casus belli* de la Russie, qu'elle avait déjà déployé en Crimée : il s'agit d'une affirmation sans fondement selon laquelle l'Ukraine commettait un « génocide » contre les Russes ethniques dans ses oblasts orientaux, « forçant » la Russie à procéder à une « intervention humanitaire »<sup>11</sup>. En utilisant la résolution « S'unir pour la Paix » pour contourner le veto de la Russie au Conseil de sécurité, l'Ukraine a demandé à l'Assemblée générale de constater que le comportement de la Russie équivalait à une agression internationale<sup>12</sup>, et que l'Ukraine avait droit à des réparations de guerre<sup>13</sup> et à la justice pour toutes les victimes de la guerre<sup>14</sup>. Conformément à ce même objectif, le Conseil de l'Europe (CdE) a créé en mai 2023 un Registre des dommages pour l'Ukraine, première étape vers un mécanisme international d'indemnisation des victimes de l'agression russe.

À la demande de l'Ukraine, les Nations Unies, l'Union européenne et l'OSCE ont dépêché des équipes d'enquêteurs chargées d'établir la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale pour les violations des lois de la guerre commises par toutes les parties<sup>15</sup>. Les autorités ukrainiennes enquêtent également sur plus de 70 000 incidents de ce type et se préparent à engager des poursuites au niveau

10. Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, « La Commission des Nations Unies a constaté qu'une série de crimes de guerre, de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire ont été commis en Ukraine » <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/10/un-commission-has-found-array-war-crimes-violations-human-rights-and-accessed>> 8 mars 2023.

11. *Allégations de génocide en vertu de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)* [2022] CIJ; *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)* [2017] CIJ; Sergiy Sydorenko, « European Human Rights Court Rules on Russian Responsibility in Eastern Ukraine » *Euractiv* (Bruxelles, 3 février 2023) <<https://www.euractiv.com/section/europe-s-east/news/eu-human-rights-court-rules-on-russian-responsibility-in-eastern-ukraine/>> consulté le 7 mars 2023.  
12. AGNU Res ES11/1.  
13. AGNU Res ES-11/L.6.  
14. AGNU Res ES-11/L.7.  
15. AGNU Res 40/1 (7 mars 2022) UN Doc A/HRC/RES/94/1; Elana Sánchez Nicolás, « EU Will Support Investigation into War Crimes in Ukraine » *EUObserver* (Bruxelles, 13 avril 2022) <<https://euobserver.com/ukraine/154729>> consulté le 7 mars 2023; OSCE, « OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (Closed) » <<https://www.osce.org/special-monitoring-mission-to-ukraine-closed>> consulté le 7 mars 2023.

national<sup>16</sup>. Bénéficiant des protections et des recours prévus par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) - à laquelle ni la Russie ni l'Ukraine ne sont parties, mais dont la compétence a été acceptée par l'Ukraine en 2013 - l'Ukraine a demandé à la CPI d'intervenir, une démarche soutenue ensuite par 43 États membres de la CPI, qui ont également renvoyé la situation à la Cour pour enquête<sup>17</sup>. Comme résultat, la CPI a rapidement déployé des enquêteurs et ouvert un bureau local en Ukraine<sup>18</sup>. Dans une démarche sans précédent, la CPI a émis en mars 2023 des mandats d'arrêt à l'encontre de Poutine lui-même et de sa commissaire aux droits de l'enfant, Maria Lvova-Belova, pour crimes de guerre liés à la déportation illégale et à l'adoption forcée d'enfants des territoires occupés par la Russie dans l'Est de l'Ukraine<sup>19</sup>. Ce mandat d'arrêt extraordinaire est le premier jamais délivré à l'encontre du chef d'État en fonction d'un membre permanent du Conseil de Sécurité - qui n'est pas membre de la CPI.

### Une lacune dans l'architecture de la justice internationale

L'accent mis par l'Ukraine sur les voies juridiques a redonné de l'énergie à de nombreux membres de la communauté internationale, en particulier à ceux qui considèrent que l'application des règles fondamentales du droit international - telles que les protections inscrites dans les conventions de Genève et l'interdiction des agressions - est essentielle au rétablissement de la sécurité mondiale. Les partenaires américains et européens de l'Ukraine, en particulier, considèrent qu'il s'agit d'un tournant historique, potentiellement d'un « second moment Nuremberg » - en référence aux procès organisés par les Alliés à la fin de la Seconde Guerre mondiale, qui sont devenus les fondements de l'ordre mondial de l'après-guerre<sup>20</sup>. Il existe cependant un trou béant dans le paysage actuel de la responsabilité judiciaire : si divers tribunaux nationaux et internationaux jugeront les crimes internationaux commis pendant la guerre, aucun tribunal ne peut aujourd'hui exercer sa compétence sur la guerre elle-même, ou sur le « crime d'agression », tel qu'il est connu en droit international.

C'est sur cette base que le gouvernement ukrainien a proposé la création d'un tribunal spécial sur le crime d'agression<sup>21</sup>. Différents modèles sont actuellement à l'étude, mais de nombreuses questions de droit, de principes et

de politique doivent encore être abordées. Les défis sont particulièrement aigus à la lumière des caractéristiques uniques du crime d'agression dans le droit international. Dans ce contexte, cet essai peut constituer une introduction à certaines des questions clés soulevées dans ce débat. Il commencera par replacer dans son contexte la nature du crime d'agression (c'est-à-dire les raisons pour lesquelles il est si controversé, et les difficultés juridiques auxquelles il donne lieu) et examinera ensuite les principales questions juridiques et politiques qui ont le plus d'incidence sur le tribunal proposé, ainsi que les modèles à l'étude. Il conclura par les opinions et les recommandations de l'auteur sur la voie à suivre en matière de responsabilité pour le crime d'agression, tant en Ukraine qu'hors du pays.

### Qu'est-ce que le crime d'agression ?

En droit international, le recours massif à la force par un État contre l'intégrité territoriale et l'indépendance politique d'un autre État est connu sous le nom d'« agression internationale ». Aujourd'hui, son interdiction est inscrite dans la Charte des Nations Unies et considérée comme une norme impérative du droit international liant tous les États à tout moment, car elle est considérée à juste titre comme la base et le fondement de la paix et de la sécurité internationales. Dans le monde d'aujourd'hui, la force ne peut être légalement utilisée par les États qu'en cas de légitime défense et conformément à l'autorisation du Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par le chapitre VII pour « maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales »<sup>22</sup>. En droit international, toute violation de l'interdiction du recours illicite à la force peut engager la *responsabilité de l'État* pour un fait internationalement illicite ; les violations flagrantes de cette interdiction peuvent constituer une agression internationale ; et, au moins depuis Nuremberg, l'agression internationale engage également la *responsabilité pénale* des dirigeants militaires et politiques de l'État agresseur pour la « planification, la préparation, le déclenchement ou la conduite » de la guerre d'agression<sup>23</sup>. À la fin de la Seconde Guerre mondiale, les accusés nazis et japonais ont été inculpés, condamnés et exécutés pour « crimes contre la paix », comme on appelait alors l'agression, car celle-ci était considérée comme « l'offense "suprême" contre la communauté internationale »<sup>24</sup>. Après le jugement, le caractère criminel de l'agression a également été inscrit dans les « Principes de Nuremberg »<sup>25</sup>, et aujourd'hui, le crime d'agression est défini à la fois dans le droit coutumier international et dans le droit conventionnel, plus précisément dans les dispositions contenues dans le statut de

16. EuroNews, « Zelenskyy Says 70,000 War Crimes Committed in Ukraine as Kyiv moves to Open ICC Office » (4 mars 2023) <<https://www.euronews.com/2023/03/04/zelenskyy-says-70000-war-crimes-committed-in-ukraine-as-kyiv-moves-to-open-icc-office>> consulté le 7 mars 2023.

17. CPI, « Ukraine - Situation en Ukraine » <<https://www.icc-cpi.int/ukraine?>> consulté le 7 mars 2023.

18. <https://twitter.com/andriykostinua/status/1638861171867648000?s=46&t=feNYa9AC8vUFy2LVx9XVMQ>.

19. <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>

20. Silvia Ellena, « Ukraine War Crimes "Another Nuremberg Moment," US Says » *Euractiv* (24 mai 2022) <<https://www.euractiv.com/section/europe-s-east/news/ukraine-war-crimes-another-nuremberg-moment-us-says/>> consulté le 7 mars 2023.

21. Bureau du président de l'Ukraine, « Nous devons créer un tribunal spécial sur le crime d'agression contre l'Ukraine » <<https://www.president.gov.ua/en/news/mayemo-stvoriti-spezialnij-tribunal-shodo-zlochynu-agresiyi-78285>> consulté le 7 mars 2023.

22. Charte des Nations Unies, articles 2 et 39, et chapitre VII.

23. Yoram Dinstein, « The Crime of Aggression under Customary International Law » in Leila Sadat (ed), *Seeking Accountability for the Unlawful Use of Force* (Cambridge University Press 2018), p. 124-162.

24. *Jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg 1946* (1947) 41 AJIL 172.

25. Ils ont été élaborés par la Commission du droit international des Nations Unies (CDI) à la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies, dans le but d'extrapoler les principes généraux du droit international découlant du tribunal et de son jugement. Voir *Principes de droit international reconnus dans la Charte du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement du Tribunal* (1950) <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/7\\_1\\_1950.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf)> consulté le 7 mars 2023.

Rome de la CPI, qui s'inspirent de la définition du crime en droit coutumier mais ne la recourent pas entièrement<sup>26</sup>.

Le crime d'agression fait depuis longtemps l'objet de controverses entre les États, car l'agression est par nature un *acte étatique* et un *crime de leadership*, puisqu'il ne peut être commis que par ceux qui sont en mesure de diriger l'action d'un État en vue de faire la guerre à un autre État<sup>27</sup>. Au fil des ans, une grande partie de la controverse a porté sur la question de savoir qui répondait exactement à cette exigence de leadership, et si des itérations spécifiques du recours à la force par les États devaient, en fait, être incluses dans la définition du *crime d'agression*, soit parce qu'elles n'atteignaient pas un seuil de gravité comparable au déclenchement d'une guerre à grande échelle, soit parce que certains États soutenaient qu'elles devaient être considérées comme relevant de l'une des « exceptions » existantes à l'interdiction de l'usage de la force ; par exemple, les opérations militaires menées en légitime défense contre des groupes armés non étatiques opérant à partir du territoire d'un autre État sans son consentement, ou les « véritables » interventions humanitaires menées pour protéger les civils d'atrocités de masse, même si elles ne sont pas approuvées par le Conseil de sécurité des Nations Unies<sup>28</sup>. Cependant, et bien qu'il ait fallu vingt ans de négociations pour y parvenir, la disposition du Statut de Rome définissant le crime d'agression a finalement été approuvée à l'unanimité par tous les États parties à la Cour ; et des États non parties tels que la Russie, qui avaient également participé aux négociations, ont approuvé la définition du crime aux fins du Statut<sup>29</sup>.

La définition de la CPI indique clairement que la responsabilité du crime d'agression n'incombe qu'à ceux qui sont « effectivement *en mesure de contrôler ou de diriger* l'action politique ou militaire d'un État »<sup>30</sup>. Cela contraste avec la norme du droit coutumier, telle que formulée par le tribunal militaire de Nuremberg dans le procès dit du *Haut commandement*, qui fait référence non pas au « rang ou statut d'une personne, mais [à] son pouvoir de façonner ou d'influencer la politique de son État »<sup>31</sup>. Selon ce dernier standard, par exemple, les acteurs privés et industriels pourraient également être tenus responsables du crime d'agression, comme ce fut le cas lors des procès de Nuremberg<sup>32</sup>. En outre, le statut de Rome introduit un « seuil de gravité » qui différencie l'*acte d'agression* (n'engageant que la responsabilité de l'État) du *crime d'agression* (mettant en cause la responsabilité pénale de certains

dirigeants) lorsque l'acte d'agression sous-jacent, par ses « caractéristiques, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste » de la Charte des Nations Unies. L'objectif était d'aligner autant que possible les dispositions du statut de Rome sur l'essence même de la définition du crime selon le droit coutumier, à savoir que le recours illicite à la force doit être suffisamment important pour constituer une guerre et être considéré comme criminel<sup>33</sup>. La définition de la CPI énumère également une série d'actes d'agression qui, s'ils atteignent le seuil de gravité requis et s'ils sont perpétrés contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, constituent un crime d'agression. Nombre de ces actes ont été commis par la Russie contre l'Ukraine, notamment : une attaque armée, une invasion, une occupation militaire ou une annexion par le recours à la force, ainsi que des bombardements, des blocus ou l'envoi de mercenaires et de bandes armées irrégulières sur le territoire d'un autre État<sup>34</sup>. Il est important de noter que la liste des actes d'agression figurant dans la définition de la CPI couvre également « l'action d'un État qui permet que son territoire [...] soit utilisé par [...] [un] autre État pour perpétrer un acte d'agression contre un État tiers », ce qui présente un intérêt pour le Belarus.

#### La Cour pénale internationale est-elle compétente pour juger l'agression en Ukraine ?

La réponse courte est, malheureusement, non. En raison de la nature du crime d'agression (à la fois un acte étatique et un crime de leadership, avec des implications politiques évidentes), les États ont insisté sur un régime juridictionnel distinct pour ce délit particulier, qui serait beaucoup plus strict que la compétence de la CPI sur les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les génocides. Au cours des vingt années qu'elles ont duré, les négociations sur les conditions d'exercice de la compétence de la CPI en matière de crime d'agression ont été extrêmement difficiles et ont abouti à un régime si étroit que l'on peut douter que la Cour soit un jour en mesure de poursuivre qui que ce soit pour cette infraction<sup>35</sup>. En théorie, la CPI ne peut exercer sa compétence sur le crime d'agression à l'encontre d'États non parties à la Cour ou de leurs ressortissants<sup>36</sup>. Dans les faits, même si une agression est commise à l'encontre d'un État partie, l'exercice de la compétence de la CPI en matière d'agression nécessiterait le consentement de l'État agresseur<sup>37</sup>. Pour l'heure, le seul moyen pour la CPI d'exercer sa compétence en matière d'agression à l'égard d'un État non partie est de saisir le

26. Carrie McDougall, *The Crime of Aggression as Custom and the Mechanisms for Determining Acts of Aggression* (Cambridge University Press 2017).

27. *Ibid.* Voir également : Statut de Rome, article 8bis.

28. Christian Wenaweser et Stefan Barriga, « 18 Forks in the Road : Personal Reflection on the Kampala Amendments on the Crime of Aggression » in Suzannah Linton, Gerry Simpson and William A Schabas (eds) *For the Sake of Present and Future Generations* (Brill 2015), p. 281-297.

29. CPI, crime d'agression <<https://asp.icc-cpi.int/crime-of-aggression>> « Ententes » dans l'annexe III de la résolution 6 de la conférence de révision de Kampala.

30. Statut de Rome, article 8bis. C'est nous qui soulignons.

31. C'est nous qui soulignons. *États-Unis contre von Leeb et autres*, Tribunal militaire XII, 11 *procès de criminels de guerre devant les tribunaux militaires de Nuremberg en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle* (1950), 489.

32. Affaire IG Farben, p. 1124.

33. La définition coutumière du crime d'agression est donc plus étroite que celle de la CPI ; et bien que ses contours précis soient débattus, diverses définitions possibles en vertu du droit international coutumier ont été répertoriées par des spécialistes, notamment Claus Kress et Stefan Barriga, *The Crime of Aggression : A Commentary* (Cambridge University Press 2016).

34. Statut de Rome, article 8bis.

35. Claus Kress, *The Crime of Aggression* (Cambridge University Press 2017) ; voir également Kevin Jon Heller, « Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is a Bad Idea » *Opinion Juris* (7 mars 2022) <<http://opiniojuris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-a-bad-idea/>> consulté le 7 mars 2023.

36. Statut de Rome, article 15bis (5).

37. Statut de Rome, article 15 (bis), paragraphes 4-5.

Conseil de sécurité des Nations Unies<sup>38</sup>, ce qui est toutefois hors de question dans cette situation.

#### Pourquoi ne pouvons-nous pas simplement donner compétence à la Cour pénale internationale ?

Compte tenu des limites actuelles de la compétence de la CPI en ce qui concerne le crime d'agression, certains ont proposé que le Statut de Rome soit modifié, soit pour supprimer la clause qui lui interdit d'exercer sa compétence à l'égard des États non parties<sup>39</sup> - qui s'applique explicitement au crime d'agression<sup>40</sup> - soit pour permettre des renvois par l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>41</sup>. Après tout, comme l'a déclaré le procureur de la CPI lors de la dernière assemblée des États parties en décembre 2022 : « lorsque nous reconnaissons qu'il y a une lacune dans cette architecture [juridique], [...] nous devrions essayer de la combler par le biais du Statut de Rome [...]. Nous ne voulons pas de dilution, nous voulons de la consolidation »<sup>42</sup>. Notons également qu'en délivrant ses tout premiers mandats d'arrêt à l'encontre du président Vladimir Poutine lui-même, la Cour envoie un signal fort indiquant qu'elle est à la fois désireuse et capable d'aller jusqu'au sommet de l'appareil d'État russe afin de remplir son mandat consistant à faire en sorte que les auteurs les plus hauts placés et les plus responsables de crimes internationaux relevant de sa compétence soient tenus de rendre des comptes. Il ne fait donc aucun doute que la modification du Statut de Rome est un objectif que tous les États soutenant la proposition ukrainienne de création d'un tribunal spécial devraient s'efforcer d'atteindre, afin de garantir que la Cour sera en mesure d'exercer sa compétence si et lorsqu'une situation similaire se présentera à l'avenir - ou encore mieux, la dissuader. En fait, un examen obligatoire des amendements au Statut de Rome concernant le crime d'agression aura lieu dès 2024<sup>43</sup>, et il incombe aux États de tenir compte des enseignements tirés de l'Ukraine lors de ces négociations.

Il n'en reste pas moins qu'à cette heure, la Cour n'a pas compétence sur le crime d'agression lui-même et que - du moins au stade actuel - la modification du Statut de Rome semble irréalisable, puisqu'elle nécessiterait la ratification de tels amendements par les deux tiers des États parties à la CPI, suivie d'un vote par 7/8 (ou consensus) de son Assemblée<sup>44</sup> - une barre très haute qui entraînerait probablement des négociations prolongées - et, si l'on se fie à l'histoire, nécessiterait peut-être des années, voire des décennies, avant que les amendements ne deviennent opérationnels. Et ce, à un moment où l'urgence est cruciale. Peut-être plus important encore,

il n'est pas clair - et, en fait, très improbable - que la position politique de longue date des États qui ont affaibli au départ le régime de l'agression de la CPI ait effectivement changé depuis que le Statut de Rome a été amendé pour intégrer l'infraction en 2010, et encore plus depuis que sa compétence sur le crime a été activée en 2017 grâce à la ratification des amendements par 30 États membres de la CPI. Ce nombre est depuis passé à 44<sup>45</sup>, mais reste inférieur aux 82 qui seraient actuellement requis par le Statut pour être encore amendé. En effet, comme l'indiquait récemment le professeur Reisinger Coracini, « si l'amendement du Statut de Rome était une option disponible, beaucoup de ceux [...] qui plaident pour la création d'un Tribunal spécial [...] auraient tôt fait de l'adopter », mais « si de nombreux partisans d'un [Tribunal spécial] plaident pour une approche par les deux tiers [...] c'est parce qu'ils savent bien qu'une solution rapide du régime juridictionnel de la Cour n'est pas réaliste »<sup>46</sup>.

#### Qui est compétent en matière d'agression en Ukraine ?

La Russie et le Bélarus sont tous deux compétents pour juger leurs ressortissants, et leurs codes pénaux nationaux respectifs criminalisent également l'agression<sup>47</sup>. Toutefois, à moins d'un changement significatif de dirigeants, il est irréaliste de s'attendre à ce que l'un ou l'autre exerce sa juridiction sur la situation actuelle, étant donné que leurs responsables politiques et militaires les plus importants sont accusés du crime d'agression. L'agression est, par nature, un acte transfrontalier et, en tant qu'État victime, l'Ukraine a la plus forte revendication juridictionnelle, car le crime est commis sur son territoire<sup>48</sup>. L'agression est explicitement érigée en infraction dans le Code pénal ukrainien<sup>49</sup> et la définition nationale du crime ne se limite pas aux dirigeants. En fait, l'Ukraine a déjà identifié au moins 623 Russes susceptibles d'être poursuivis en vertu de sa définition nationale du crime<sup>50</sup>, et son système judiciaire national a déjà poursuivi et condamné des ressortissants russes et ukrainiens sur cette base<sup>51</sup>, mais les procédures passées ont suscité certaines inquiétudes parmi les observateurs internationaux<sup>52</sup>. D'autres États pourraient également être en mesure de revendiquer leur compétence à l'égard de suspects spécifiques, par

38. Statut de Rome, article 15 ter.

39. Luis Moreno Ocampo, « Ending Selective Justice for the International Crime of Aggression » *Just Security* (31 janvier 2023).

40. Statut de Rome, article 15bis (5).

41. Jennifer Trahan, « The Need to Reexamine the Crime of Aggression's Jurisdictional Regime », *Just Security* (4 avril 2022).

42. CPI, « Déclaration du Procureur de la CPI, M. Karim A.A. Khan KC, à l'Assemblée lors de la première réunion plénière » (5 décembre 2022) <<https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/2022-12/ASP21-STMT-PROS-ENG.pdf>> consulté le 8 mars 2023.

43. [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf)

44. Statut de Rome, article 121.

45. [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&clang=_en)

46. <https://www.justsecurity.org/85593/is-amending-the-rome-statute-the-panacea-against-perceived-selectivity-and-impunity-for-the-crime-of-aggression-committed-against-ukraine/>

47. Code pénal russe, article 343 ; code pénal biélorusse, article 122.

48. Cedric Ryngaert, « Public International Law Approaches to Jurisdiction » dans *Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press 2008), p. 21-41.

49. Code pénal ukrainien, article 437.

50. Sergey Vasiliev, « The Reckoning for War Crimes in Ukraine Has Begun », *Foreign Policy* (17 juin 2022).

51. Plus précisément, deux soldats russes de rang inférieur ont été reconnus coupables d'avoir violé l'article 437(2) en entrant en Ukraine et en participant aux hostilités dans la région de Luhansk, ainsi que l'ancien président de l'Ukraine, Viktor Yanukovich, pour complicité dans la conduite d'une guerre agressive sur la base de la même disposition pour avoir demandé à Poutine d'envoyer des troupes russes en Ukraine après avoir été démis de ses fonctions.

52. Sergey Sayapin, « A Curious Aggression Trial in Ukraine: Some Reflections on the Alexandrov and Yerofeyev Case », *Journal of International Criminal Justice* 16 (2018), p. 1094 ; Sergey Sayapin, « The Yanukovich Trial in Ukraine: A Revival of the Crime of Aggression? », *Israel Yearbook on Human Rights* 50 (2020), p. 65.

exemple s'ils ont la double nationalité, et si leur Code pénal national étend également la responsabilité de l'agression aux simples soldats<sup>53</sup>. Les États qui ont érigé l'agression en infraction pénale au niveau national se demandent s'ils peuvent invoquer les principes de la compétence universelle ou de la compétence protectrice dans cette affaire.

En effet, le droit international reconnaît que certains crimes sont si graves que l'obligation de les poursuivre transcende toutes les frontières, et c'est sur cette base qu'un certain nombre de lois de compétence universelle ont été mises en œuvre par divers États pour leur permettre de poursuivre des crimes internationaux au niveau national, quel que soit l'endroit où ils ont été commis. La Lituanie, par exemple, a annoncé qu'elle enquêtait sur le crime d'agression commis par la Russie sur cette base<sup>54</sup>. Toutefois, on peut se demander si la compétence universelle existe réellement en matière d'agression<sup>55</sup>. La Pologne a également annoncé qu'elle enquêtait sur le crime d'agression commis par la Russie, mais sur la base du principe de compétence protectrice, une règle de droit international qui permet à un État souverain d'affirmer sa compétence à l'égard d'une personne dont le comportement en dehors de ses frontières menace la sécurité de l'État ou interfère avec le fonctionnement de ses fonctions gouvernementales. Toutefois, les observateurs ne s'accordent pas sur la question de savoir si la compétence de protection peut être exercée par des États indirectement affectés par le comportement en question<sup>56</sup>. En fait, sur la base de ce principe, c'est l'Ukraine qui serait la mieux placée pour prétendre exercer cette forme de juridiction en tant qu'État directement affecté. Cependant, toute affirmation juridictionnelle de ce type se heurterait à un obstacle de taille en ce qui concerne certains dirigeants russes et biélorusses de haut niveau, qui sont protégés par des immunités souveraines.

#### Quel est le problème posé par les immunités ?

Le droit international est fondamentalement, mais pas exclusivement, une affaire interétatique, dont la conduite est ancrée dans le principe de l'égalité souveraine. Ce principe a pour corollaire que *par inter parem no habet imperium* – un État souverain ne peut exercer sa juridiction sur un autre État souverain. Sur cette base, diverses formes d'immunités sont accordées aux représentants de l'État pour leur permettre d'exercer leurs fonctions souveraines. Dans le contexte de notre discussion, il existe au moins deux niveaux d'immunité : l'immunité *personnelle*, ou immunité *ratione personae*, immunité fondée sur le statut qui s'applique à un petit nombre de hauts représentants de l'État en raison de leur fonction, en particulier le Chef d'État, le Chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères ; et l'immunité *fonctionnelle*, ou immunité *ratione*

*materiae*, immunité fondée sur le comportement et qui s'applique aux actes accomplis dans le cadre d'une fonction officielle. Les immunités personnelles s'appliquent tant que la personne est en fonction, tant pour les actes privés que pour les actes officiels, tandis que les immunités fonctionnelles protègent un représentant de l'État, tant pendant qu'après son mandat, mais uniquement pour les actes officiels qu'il a accomplis pendant qu'il était en fonction<sup>57</sup>. Sur cette base, les présidents Poutine et Loukachenko, ainsi que le Premier Ministre Russe Mikhaïl Michouline et le ministre des affaires étrangères Lavrov ont droit à l'immunité personnelle tant qu'ils sont en fonction, et tous les actes officiels qu'ils ont accomplis pendant leur mandat devraient également être couverts par l'immunité fonctionnelle devant les juridictions nationales d'un autre État<sup>58</sup>. Toutefois, en droit international, il existe deux motifs d'exception concernant l'application de ces immunités qui méritent d'être examinés.

Selon le premier, les immunités *ratione materiae* ne peuvent être invoquées lorsque l'acte en question constitue un crime international. De nombreux juristes faisant autorité défendent ce point de vue<sup>59</sup>, et la question est étudiée par la Commission du droit international (CDI) des Nations Unies depuis 2008. Toutefois, cette exception n'est pas fermement établie en droit international, du moins en ce qui concerne l'agression elle-même : en effet, dans son étude, la CDI a constaté une « tendance perceptible » – et non une tendance claire – dans la pratique des États « à limiter l'applicabilité de l'immunité de juridiction *ratione materiae* », mais seulement « en ce qui concerne certains types de comportement qui constituent des crimes en vertu du droit international »<sup>60</sup>. Cependant, de nombreux experts (y compris des membres de la CDI eux-mêmes<sup>61</sup>, ainsi que des observateurs juridiques externes<sup>62</sup>) ne sont pas d'accord sur l'existence de cette exception ; et si elle existe, ils ne sont pas d'accord sur le fait qu'elle s'applique à l'agression, qui n'est généralement pas listée parmi les types d'actes auxquels cette exception s'appliquerait<sup>63</sup>, probablement parce que l'agression est par nature un acte de l'État. Même à considérer que l'exception existe et qu'elle s'applique à l'agression, cette exception ne couvre que les immunités fonctionnelles et ne s'applique pas aux immunités personnelles, du moins selon l'opinion la plus répandue<sup>64</sup>.

53. Par exemple, le code pénal ukrainien.

54. Carrie McDougall, « Pourquoi la création d'un Tribunal spécial pour l'agression contre l'Ukraine est la meilleure option disponible : A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics » *Opinio Juris* (15 mars 2022).

55. Kevin Jon Heller, « Options for Prosecuting Russian Aggression Against Ukraine: A Critical Analysis » *Journal of Genocide Research* (2022).

56. Pour des opinions divergentes, voir McDougall (n 54), pour le « non », et Heller (n 55) pour le « peut-être ».

57. Malcolm N. Shaw, « Immunities from Jurisdiction » dans *Immunities in International Law* (Cambridge University Press 2003), p. 621-693.

58. Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique [2002] ICJ Rep, paragraphe 61.

59. Institut de droit international, *Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et des personnes qui agissent au nom de l'État en cas de crimes internationaux*, Session de Naples, 2009, art III, § 1-2.

60. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 69<sup>e</sup> session » (21 mai-2 juin et 3 juillet-4 août), UN Doc A/72/10, p. 178-179, commentaire de l'art. 7, § 5.

61. *Ibid.*

62. Comité consultatif de droit international public, *No. 40 Challenges in Prosecuting the Crime of Aggression : Compétence et immunités* (2022).

63. CDI, « Immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère - Textes et titres des projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction en première lecture » (31 mai 2022) UN Doc A/CN.4/L.969, p. 2.

64. Oliver Corden et Vaïos Koutroulis, « Tribunal for the Crime of Aggression Against Ukraine - A Legal Assessment » (Parlement européen 2022). Enfin, même si l'opinion selon laquelle l'exception à l'immunité pour les crimes internationaux graves dont le crime d'agression reflète le droit international

Le deuxième motif potentiel d'exception, applicable à la fois aux immunités *ratione personae* et *ratione materiae*, concerne l'argument selon lequel ces immunités (qui seraient disponibles conjointement, ou du moins en ce qui concerne les immunités personnelles devant une juridiction nationale) ne peuvent être invoquées si la personne doit être jugée par un tribunal *international*. Cette exception est plus largement, mais pas universellement<sup>65</sup>, acceptée comme étant fondée sur le droit international établi, et a été confirmée dans la jurisprudence de divers tribunaux internationaux, y compris la CPI<sup>66</sup>. En effet, l'article 27 du Statut de Rome stipule clairement que « les immunités ou les règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne »<sup>67</sup>. En même temps, l'article 98 du Statut précise que : « La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers », et qu'elle ne peut « poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État » – c'est-à-dire, à moins qu'elle ne puisse d'abord obtenir le consentement de l'État concerné pour lever l'immunité ou pour procéder à la remise du suspect<sup>68</sup>.

C'est sur la base de ces dispositions apparemment contradictoires que certains États membres ont refusé par le passé de livrer des représentants de l'État recherchés par la Cour – plus précisément des chefs d'État en exercice tels que le président soudanais de l'époque, Omar al Bashir (inculpé notamment de génocide), qu'ils soutenaient être protégés par une immunité personnelle – alors même que l'intervention de la CPI avait été mandatée par le Conseil de sécurité des Nations Unies<sup>69</sup>. Cette question est susceptible d'être rediscutée au vu des mandats d'arrêts récents émis à l'encontre de Vladimir Poutine, mais pour l'instant les juges de la CPI ont toujours rejeté cette demande et réaffirmé que la CPI ne reconnaît pas les immunités applicables aux suspects recherchés par la Cour<sup>70</sup>. J'anticipe que le même argument l'emportera également s'agissant

existant bénéficiant d'un certain soutien, il convient de noter qu'elle ne semble pas être partagée par tous les États membres de l'UE.

65. Heller, « Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is a Bad Idea » (La création d'un tribunal spécial pour l'agression contre l'Ukraine est une mauvaise idée).
66. *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir* (arrêt) ICC-02/05-01/09 OA2 (6 mai 2019), paras. 113-117; Arrêt dans le cadre du Renvoi relatif à la Jordanie, paras. 113-117; *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor* (Décision sur l'immunité de juridiction) SCLS-2003-01-1, para. 52-53; *Procureur c. Milošević* (Décision sur le réexamen de l'acte d'accusation et demande d'ordonnances consécutives) ICTY-99-37-PT (24 mai 1999).
67. Statut de Rome, article 27.
68. Statut de Rome, article 98.
69. *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, arrêt dans le cadre du renvoi en Jordanie, paras. 113-117.
70. *Ibid.*

du mandat d'arrêt contre Poutine. En tout état de cause, comme indiqué ci-dessus, l'article 15bis(5) du Statut interdit explicitement à la Cour d'exercer sa compétence en matière d'agression lorsqu'elle est commise par les ressortissants d'un État qui n'est pas partie au Statut (comme la Russie)<sup>71</sup>. Ainsi, en ce qui concerne l'agression, les immunités ne sont plus un véritable obstacle<sup>72</sup>.

Il est important de noter que de nombreuses personnes continuent à critiquer la position selon laquelle les immunités ne s'appliquent pas – en général – aux tribunaux internationaux, en soutenant qu'il ne s'agit pas d'une déclaration générale et que la mesure dans laquelle cette exception s'applique dépendra des caractéristiques du tribunal international – c'est-à-dire comment il a été formé, dans quelle juridiction il est fondé, etc. Cela s'explique principalement par le fait qu'un tribunal international ne peut se voir déléguer par ses membres qu'une compétence qu'ils possèdent eux-mêmes. Cela signifie qu'à moins que les États membres ne possèdent déjà une compétence au niveau national, certains considèrent de manière plus restrictive qu'un tribunal – même s'il est créé au niveau international – ne peut exercer sa compétence qu'avec le consentement de l'État concerné ou par l'intermédiaire du Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par le chapitre VII<sup>73</sup>. Dans le cas de l'agression russe, comme nous l'avons mentionné, la revendication juridictionnelle la plus forte en dehors de la Russie et du Belarus repose sur le fait que l'Ukraine s'appuie sur les principes de territorialité et de protection, et le tribunal international proposé serait ancré dans la juridiction de l'Ukraine.

Ce point est extrêmement important car il a été avancé que, en tant qu'État victime d'une agression, l'Ukraine pourrait être autorisée à passer outre les immunités en s'appuyant sur d'autres règles cardinales du droit international, telles que les droits à la légitime défense et à l'auto-assistance, ainsi que d'autres principes relevant du droit de la guerre<sup>74</sup>. Si l'Ukraine peut utiliser la force létale pour se défendre, y compris en ciblant le commandant en chef de l'adversaire, elle devrait également pouvoir recourir à des mesures non létales pour repousser l'agression, par

71. Statut de Rome, article 15 bis5.

72. Jusqu'à présent, les seuls États membres de la CPI qui ont critiqué le mandat d'arrêt contre Vladimir Poutine, au motif qu'il est le chef d'État en exercice d'un pays qui n'est pas partie à la Cour, sont la Hongrie et l'Afrique du Sud. Notamment, l'Afrique du Sud, qui accueillera le G20 dans quelques mois, est l'un des pays qui a refusé de livrer le Président Omar al Bashir, dont le transfert à la Cour est toujours en cours. Pour une liste actualisée des pays qui se sont prononcés contre le mandat d'arrêt Poutine de la CPI, voir : [https://twitter.com/Alonso\\_GD/status/1638996767873159186](https://twitter.com/Alonso_GD/status/1638996767873159186).

73. Dapo Akande et Talita de Souza Dias « Does the ICC Statute Remove Immunities of State Officials in National Proceedings? Some Observations from the Drafting History of Article 27(2) of the Rome Statute » (14 novembre 2018) <<https://iow.eu.eu/2018/11/14/icc-statute-remove-immunities-state-officials-national-proceedings-observations-drafting-history-article-27-2-rome-statute/>> consulté le 8 mars 2023; Max Du Plessis et Dire Tladi « The ICC's immunity debate - the need for finality » *EJIL:Talk!* (11 août 2017) <<https://www.ejiltalk.org/the-iccs-immunity-debate-the-need-for-finality/>> consulté le 8 mars 2023.

74. Tom Dannenbaum, « Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia's Aggression Against Ukraine » *Just Security* (10 mars 2022); Dapo Akande, « A Criminal Tribunal For Aggression in Ukraine » (at 41:20) *Chatham House* <[https://www.youtube.com/watch?v=XdHGf5ofCCK&ab\\_channel=ChathamHouse](https://www.youtube.com/watch?v=XdHGf5ofCCK&ab_channel=ChathamHouse)> consulté le 7 mars 2023.

exemple en arrêtant et en détenant le commandement de l'ennemi, ce qui est autorisé par le droit de la guerre. En vertu du droit de l'Ukraine à l'auto-assistance, ce qui serait autrement tenu pour un exercice illégal de la juridiction sur les fonctionnaires russes devrait être considéré comme une contre-mesure légale en réponse à la violation du droit international par l'État agresseur lui-même<sup>75</sup>. À mon avis, cet argument a du mérite. Il n'a cependant pas été testé, son utilisation sera donc beaucoup plus sûre en combinaison avec d'autres arguments juridiques, tels que le deuxième motif d'exception identifié ci-dessus concernant la non-applicabilité des immunités devant un tribunal à « caractère international », en particulier un tribunal fondé sur la juridiction de l'Ukraine en tant qu'État victime directement affecté.

#### Pourquoi l'Ukraine n'exercerait-elle pas elle-même sa compétence?

Étant donné qu'elle est compétente en matière d'agression et qu'elle *peut* passer outre les immunités fondées sur l'auto-assistance et la légitime défense, l'Ukraine ne devrait-elle pas elle-même poursuivre les dirigeants russes et biélorusses pour agression? La réponse est variée mais, a minima, le statut de l'Ukraine en tant qu'État victime pourrait susciter des inquiétudes quant à la légitimité et surtout à l'impartialité de toute procédure qu'elle administrerait seule contre les dirigeants de haut niveau de son adversaire pour ce qui est, en fin de compte, un crime ayant des implications politiques - quels que soient le talent et l'intégrité des magistrats qu'elle désigne. De même, si la juridiction de l'Ukraine peut être la porte d'entrée pour débloquer la question des immunités, un acte d'accusation émis par son système judiciaire national aurait certainement beaucoup moins de répercussions (et, éventuellement, une revendication juridictionnelle plus faible) que si l'acte d'accusation était émis par une autorité judiciaire internationale. En outre, si le tribunal n'était pas seulement international, mais qu'il s'appuyait également sur une large composition d'États au-delà de l'Ukraine, cela serait extrêmement bénéfique pour le tribunal lui-même, puisqu'une obligation légale de coopérer, d'exécuter et de se conformer à ses décisions – qui serait vraisemblablement inscrite dans son statut – s'imposerait à chacun de ses États membres, et non plus seulement à l'Ukraine.

Il pourrait en résulter non seulement une plus grande expertise, des ressources et des capacités accrues pour le tribunal, mais aussi, d'un point de vue pratique – en fonction de l'étendue de sa composition – la relégation de tout dirigeant recherché par la Cour à une vie de fugitif dans de nombreux pays, de paria ne pouvant voyager qu'en Russie et peut-être dans une poignée d'autres États, et à tout le moins sous la menace d'une arrestation ailleurs. C'est précisément l'un des effets les plus immédiats – espérons-le – du

mandat d'arrêt délivré par la CPI à l'encontre du président Poutine, qui concerne l'ensemble des 123 États parties à la CPI. Comme indiqué ci-dessus, cependant, l'argument le plus important pour demander à une instance judiciaire internationale – plutôt qu'aux autorités nationales de l'Ukraine – de poursuivre le crime d'agression est qu'il est risqué de s'appuyer exclusivement sur l'argument de la légitime défense pour invoquer les immunités, car cet argument n'a pas encore été testé; il serait plus sage de l'utiliser en combinaison avec l'argument concernant l'inapplicabilité des immunités devant un tribunal à caractère « international », qui est examiné plus en détail ci-dessous.

#### Les voies vers la création d'un tribunal spécial pour l'agression

Pour qu'un tribunal soit considéré comme « international » en ce qui concerne l'inapplicabilité des immunités souveraines, deux conditions doivent être remplies<sup>76</sup>. Premièrement, le tribunal doit être établi en vertu du droit international, soit par sa création sur la base d'une *source* de droit international, telle qu'un traité, soit sur la base d'une *autorité* dérivée d'une source de droit international, telle que la décision d'un organe d'une organisation internationale, qui peut être l'ONU ou une organisation régionale telle que l'UE ou le CdE, agissant dans le cadre des compétences conférées à cet organe en vertu du traité établissant l'organisation. Deuxièmement, la « nature d'une cour ou d'un tribunal pénal international doit être telle que, par sa création et sa conception institutionnelle, elle soit suffisamment détachée des juridictions nationales »<sup>77</sup>, et qu'elle reflète suffisamment la volonté de la communauté internationale dans son ensemble d'exécuter les crimes relevant du droit international coutumier. Comme nous l'avons vu plus haut, le statut de droit international coutumier du crime d'agression est incontesté, même si beaucoup (moi y compris) sont d'avis que pour le développement cohérent du droit international, il serait impératif que le tribunal adopte effectivement la définition du crime figurant dans le Statut de Rome<sup>78</sup>. En fait, on peut soutenir que l'Ukraine peut déjà poursuivre tous les suspects qu'elle a identifiés et qui ne remplissent pas les conditions de leadership du Statut de Rome; et c'est en grande partie pour ces derniers suspects que la question des immunités pourrait se poser. Pour cette raison, l'analyse de cette section sera principalement consacrée à la nature et aux modalités potentielles de la création du tribunal lui-même, qui, comme nous l'avons mentionné, serait ancré dans la juridiction de l'Ukraine en tant qu'État victime de l'agression. Comment un tel tribunal pourrait-il donc être créé?

75. <https://www.ejiltalk.org/ejilthe-podcast-episode-18-be-careful-what-you-ask-for/>. Voir aussi, Anton Moiseienko, « Russian Assets, Accountability for Ukraine, and a Plea for Short-Term Thinking » *EJIL:Talk!* (5 mars 2022) <<https://www.ejiltalk.org/russian-assets-accountability-for-ukraine-and-a-plea-for-short-term-thinking/>> consulté le 8 mars 2023.

76. Claus Kress, 'Commentary on Article 98 RS', para. 123 et seq.

77. Astrid Reisinger Coracini et Jennifer Trahan, « The Case for Creating a Special Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Committed Against Ukraine (Part VI) : On the Non-Applicability of Personal Immunities' *Just Security* (8 novembre 2022).

78. *Ibid.* Voir également, par exemple, McDougall (n 54).

### I. Une création par traité à la demande de l'AGNU

En ce qui concerne la première condition, l'un des moyens de créer un tribunal consisterait à conclure un traité ou un accord bilatéral, notamment entre l'Ukraine et une organisation internationale telle que l'ONU, l'UE ou le Conseil de l'Europe, par exemple. Dans le cas de l'ONU, l'Assemblée générale a des « responsabilités résiduelles » en matière de paix et de sécurité internationales en vertu de la Charte<sup>79</sup>, qui, selon les observateurs, pourraient être déclenchées à la suite d'un vote par le biais du mécanisme « S'unir pour la Paix » visant à charger le Secrétaire général de l'ONU de conclure un accord entre l'ONU et l'Ukraine à cet effet. Il existe déjà des précédents de création d'un tribunal par le biais d'un traité entre l'ONU et l'État concerné, par exemple la création des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC) ou du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), entre autres<sup>80</sup>. Il est cependant important de souligner que ces deux précédents étaient, en réalité, des tribunaux « internationalisés » ou hybrides (qui sont abordés ci-après), et reposaient sur le consentement des États intéressés à poursuivre des individus sur lesquels ils étaient déjà compétents, principalement parce que ces derniers en étaient ressortissants, et qu'aucun d'entre eux n'était encore en fonction au moment où les poursuites ont eu lieu. L'exception notable est l'ancien président libérien Charles Taylor, qui a été inculpé par le TSSL en tant que chef d'État en exercice, mais poursuivi après avoir quitté ses fonctions (ce qui signifie qu'il ne bénéficiait plus de l'immunité personnelle au moment où les poursuites ont eu lieu)<sup>81</sup>, pour des crimes (crimes de guerre et crimes contre l'humanité) auxquels l'immunité fonctionnelle ne s'applique pas, et en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies demandant son arrestation<sup>82</sup>. Ce point est important car, comme nous venons de le mentionner, les poursuites engagées contre des chefs d'État en exercice ont toujours suscité de vives controverses dans le droit international<sup>83</sup>. Ainsi, si rien n'empêche l'AGNU de recommander la création d'un tribunal par voie de traité, un tel tribunal devrait toujours compter sur la coopération des États, qui n'a pas toujours été au rendez-vous dans le passé. Précisons qu'il ne s'agit pas d'un argument contre la création du tribunal, que pour ma part je crois nécessaire.

De même, l'AGNU pourrait recommander ou approuver la création d'un tel tribunal par une organisation régionale, telle que l'UE ou le CdE<sup>84</sup>. Ici aussi, il existe déjà un précédent pour un tribunal régional ayant compétence sur le crime d'agression, en vertu de l'article 28A(1)(14) du protocole de Malabo qui étend la compétence de la Cour

africaine de justice et des droits de l'homme proposée à ce même délit<sup>85</sup>. Dans ce dernier cas, toutefois, le traité d'établissement devrait être conclu directement entre l'Ukraine et cette organisation, qu'il s'agisse de l'UE ou du Conseil de l'Europe. Nous pourrions qualifier cette option de « modèle de l'Assemblée générale »<sup>86</sup> car, dans les deux cas, l'Assemblée générale des Nations Unies soutiendrait et, de fait, recommanderait l'établissement d'un tribunal par un traité international avant sa création. Ce modèle serait préférable si l'on garde à l'esprit le respect simultané de la deuxième condition mentionnée ci-dessus, étant donné qu'une résolution de l'AGNU pourrait être considérée comme « reflétant la volonté de la communauté internationale dans son ensemble ». Certains États pourraient toutefois se méfier du précédent que cela pourrait créer, sur la base des mêmes considérations politiques qui ont limité la capacité de la CPI d'exercer sa compétence sur le crime d'agression. Mais la question clé de cette proposition est différente : y a-t-il, en fait, suffisamment d'appétit, même au sein de l'AGNU, pour adopter une telle résolution<sup>87</sup> ; sans les votes potentiels, la présentation d'une résolution pourrait, en fait, saper les perspectives d'un tribunal spécial, et peut-être même les arguments en faveur de la responsabilité pour le crime d'agression de manière plus générale, car elle enverrait le signal qu'une grande partie de la communauté internationale s'oppose à la défense de la justice face à l'un des plus grands exemples de crime d'agression depuis la naissance de l'ONU. Cela pourrait impliquer que, si elle ne l'est pas dans cette affaire, l'agression ne sera jamais poursuivie.

### II. La création par traité via une organisation régionale européenne

Une deuxième option consisterait à créer le tribunal de manière indépendante et régionale en Europe, en vertu d'une autorité dérivée non pas en vertu de la Charte des Nations Unies, mais de l'un des instruments fondateurs des organisations régionales. Cela signifie que l'UE et le Conseil de l'Europe pourraient également créer eux-mêmes un tel tribunal. Plus précisément, l'UE pourrait le faire dans le cadre de sa politique étrangère et de sécurité, « lorsque les compétences de l'Union sont suffisamment larges et souples pour être adaptées aux circonstances d'une situation

79. Charte des Nations Unies, article 11.

80. David Scheffer, « Prosecuting the Crime of Aggression in Ukraine » *USIP* (à 47:43) 7 décembre 2022.

81. *Procureur c. Charles Ghankay Taylor* (Décision sur l'immunité de juridiction) SCLS-2003-01-1, para. 52-53.

82. Helmut Kreicker, « Immunités », dans Kress et Barriga (n 33), p. 683.

83. *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir* (arrêt) ICC-02/05-01/09 OA2 (6 mai 2019), paras. 113-117 ; arrêt dans le cadre du renvoi relatif à la Jordanie, paras. 113-117.

84. James Goldstone et Anna Khalfaoui « In Evaluating Immunities before a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine, the Type of Tribunal Matters » *Just Security* (1 February 2023).

85. Sergey Sayapin, « The Crime of Aggression in the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights » in *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context* (CUP, 2019).

86. Goldstone et Khalfaoui (n 84). Pour plus de détails, voir Heller (n 55). Ci-après, j'adopte leur terminologie en référence aux quatre modèles examinés.

87. Par exemple, Kevin Jon Heller souligne que « l'Union africaine, qui représente plus de 50 États, rejette catégoriquement l'idée que l'immunité personnelle est inapplicable devant les tribunaux internationaux. Il est donc presque inconcevable que plus d'un petit nombre d'États africains votent en faveur d'une telle résolution - même limitée à l'agression russe » ; ajoutant qu'« un nombre important d'États du Moyen-Orient et de l'Asie du Sud-Est ont voté contre ou se sont abstenus sur la résolution ES-11/1, qui ne disait rien au sujet d'un Tribunal spécial ou de l'immunité personnelle, mais considérait simplement l'invasion de l'Ukraine par la Russie comme un acte d'agression. Et un nombre encore plus important a voté contre ou s'est abstenu sur la résolution ES-11/L.4, retirant la Russie du Conseil des droits de l'homme, y compris un groupe significatif d'États d'Amérique du Sud », <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14623528.2022.2095094#>.

spécifique »<sup>88</sup>; pour cela aussi, il existe déjà un précédent en vertu de l'établissement antérieur par l'UE des Chambres spécialisées du Kosovo, créées par traité entre l'UE et le Kosovo en tant que partie intéressée. En ce qui concerne le CdE, « les questions relatives à la défense nationale n'entrent pas dans le champ d'application » de l'organisation<sup>89</sup> dont le but est plutôt « de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social »<sup>90</sup>. Toutefois, des experts ont fait valoir que si « l'on considère la question sous l'angle de la responsabilité pour la commission d'un crime international, de la lutte contre l'impunité et de la nécessité d'assurer la réparation intégrale des dommages causés par le crime », l'établissement d'un tribunal ne serait pas *ultra vires* même s'il était créé de cette manière<sup>91</sup>. En fait, l'Assemblée parlementaire du CdE a déjà appelé à la création d'un « tribunal pénal international *ad hoc* »<sup>92</sup>, tandis que le rapporteur de sa commission des affaires juridiques et des droits de l'homme a appelé à la création dudit tribunal même « sur la base d'un traité multilatéral », vraisemblablement entre l'Ukraine et les États membres du CdE<sup>93</sup>. De même, le Parlement européen a déjà adopté une résolution approuvant explicitement la nécessité de créer un tribunal spécial<sup>94</sup>. La Commission européenne a également annoncé la création d'un Centre pour la poursuite du crime d'agression (ICPA), qui sera créé à La Haye et soutenu par Eurojust<sup>95</sup>, que l'UE pourrait transformer en tribunal. Nous pourrions désigner ci-après cette option comme le « modèle régional », qui diffère du précédent en ce que, du point de vue du processus, l'approbation de l'AGNU ne serait pas recherchée *a priori*, étant donné que l'UE et le CdE sont des organisations régionales *indépendantes* de l'ONU.

Une objection pourrait être formulée à l'encontre du « modèle régional », à savoir que, par définition, un tel tribunal refléterait la volonté de la région, plutôt que celle de la « communauté internationale dans son ensemble ». Cela serait particulièrement vrai si le tribunal était créé directement par les 27 membres de l'UE, mais peut-être moins si le tribunal était créé par le CdE, dont les 46 membres sont représentatifs d'une plus grande variété de traditions juridiques, ainsi que d'alliances politiques et militaires<sup>96</sup>. C'est précisément pour cette raison que,

bien qu'une résolution de l'AGNU ne soit pas *a priori* nécessaire dans les deux cas, son approbation serait sans aucun doute politiquement bénéfique, même si elle intervenait *après* que l'organisation régionale en question eut pris des mesures indépendantes pour créer le tribunal. En fait, si le tribunal était constitué au niveau régional, cela pourrait peut-être influencer certains votes à l'AGNU, en particulier ceux des États préoccupés par la charge financière qu'une telle institution pourrait leur imposer, ou ceux qui pourraient préférer modifier le statut de Rome si l'idée est de créer un précédent potentiellement au niveau mondial. Une observation supplémentaire : même si le tribunal était créé au niveau régional, si le traité était ouvert à l'adhésion universelle (en plus ou à la place de l'approbation de l'AGNU), cela *pourrait* également être utile pour répondre au deuxième critère ci-dessus<sup>97</sup>. L'ouverture du traité à l'adhésion universelle pourrait également contribuer au bon fonctionnement du tribunal, étant donné qu'aucune des options actuellement sur la table ne créerait en fait une obligation légale de coopérer pour les États non membres. Un tribunal régional aurait certainement une *raison d'être*, car les conséquences les plus graves de l'agression sont ressenties au niveau régional en Europe. Une formulation régionale serait également essentielle pour réaffirmer la stabilité européenne, car elle enverrait le signal fort que les pays européens et leurs partenaires dans la région restent fermement attachés à l'État de droit et à la responsabilité, et qu'aucune menace agressive ne sera plus jamais tolérée à l'encontre de sa sécurité régionale. Ceci étant dit, si une résolution de l'AGNU pouvait effectivement être obtenue, que ce soit *a priori* ou *a posteriori*, il serait tout aussi important de réaffirmer - au niveau *politique* - que le crime d'agression est effectivement une menace pour la paix et la stabilité mondiales, quelle que soit la région la plus affectée. En effet, une résolution de l'AGNU pourrait être recherchée à cet effet, avec la précision que - lorsque les mécanismes régionaux sont capables et désireux d'intervenir - la priorité devrait être donnée à l'investissement dans des solutions régionales.

### III. Une création par un traité multilatéral limité

La troisième option qui a été suggérée serait la création dudit tribunal par le biais d'un traité multilatéral entre l'Ukraine et d'autres États « volontaires » (que nous appellerons le « modèle du traité multilatéral »). En ce qui concerne le « modèle du traité multilatéral », la principale question qui se pose est celle des immunités (même si, à mon sens, il soulèverait également des questions de légitimité). Les

88. Olivier Corten et Vaïos Koutroulis, « Tribunal pour le crime d'agression contre l'Ukraine - une évaluation juridique » *Parlement européen*, décembre 2022, 19.

89. Conseil de l'Europe, Statut du Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 1, 5.V.1949, Londres, 5 mai 1949, art 1(d).

90. Conseil de l'Europe, Statut du Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 1, 5.V.1949, Londres, 5 mai 1949, art 1(a).

91. Corten et Koutroulis (n 64) 18.

92. Résolution 2436, adoptée en avril 2022.

93. Aleksander Pocij, « L'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine : Assurer la responsabilité des violations graves du droit international humanitaire et d'autres crimes internationaux », Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 26 avril 2022, 15.

94. Parlement européen, Résolution sur la création d'un tribunal sur le crime d'agression contre l'Ukraine, (2022/3017(RSP) 18 janvier 2023.

95. Eurojust, International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression made official at United for Justice Conference in Ukraine, communiqué de presse, 5 mars 2023.

96. En fait, Kevin Jon Heller a observé qu'il serait probable que les États membres du Conseil de l'Europe plutôt que ceux de l'UE soient plus enclins à constituer

un tribunal d'agression étant donné que 80% d'entre eux ont soit criminalisé l'agression au niveau national, soit ratifié l'amendement du Statut de Rome sur l'agression. Il va même plus loin en suggérant qu'un tribunal soutenu par le Conseil de l'Europe, qui, selon lui, devrait être un ensemble hybride de chambres, « minimiserait également le problème des mains sales ». Bien que le Royaume-Uni et la France soient membres du Conseil de l'Europe, la plupart des autres États responsables de la limitation de la compétence de la CPI en matière d'agression et/ou de l'invasion de l'Irak - les États-Unis, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande - ne le sont pas. Toutefois, à mon avis, selon ce dernier critère, l'UE serait encore mieux adaptée, étant donné que seule la France, parmi les États qu'il énumère, en est membre. Voir : Heller (n 55).

97. Voir, par exemple, Kress (n 76), paragraphes 123 et suivants.

partisans de ce modèle citent souvent le Tribunal militaire international (TMI) de Nuremberg comme précédent de l'inapplicabilité des immunités devant un tribunal, même créé par une poignée d'États. Toutefois, cette comparaison est erronée car le TMI a été établi par les Alliés en vertu de leur autorité en tant que puissances occupantes, ce qui signifie que le Conseil de contrôle allié pouvait légalement lever les immunités pour les responsables nazis parce que le Conseil était, en fait, lui-même le gouvernement de l'Allemagne<sup>98</sup>. Dans le cas présent, du moins à l'heure actuelle, il est très peu probable que les gouvernements de la Russie et du Belarus acceptent de lever les immunités pour leurs dirigeants ; et bien que, comme mentionné, l'on puisse faire valoir que les immunités ne s'appliqueraient toujours pas sur la base des droits de l'Ukraine à l'auto-assistance et à l'autodéfense, on peut se demander si un tribunal établi sur la base d'un traité multilatéral limité remplirait la deuxième condition mentionnée ci-dessus, à savoir qu'il devrait « refléter suffisamment la volonté de la communauté internationale dans son ensemble ». Il est important de noter qu'accepter la prémisse selon laquelle *tout* petit groupe d'États peut indépendamment se réunir et créer un tribunal devant lequel les immunités des chefs d'État ne s'appliqueraient pas - et plus encore procéder ainsi s'agissant spécifiquement du crime d'agression - créerait un précédent inquiétant qui, à mon avis, pourrait très facilement être politisé ou utilisé à mauvais escient à l'avenir, ce qui nuirait à la perception de l'agression en tant qu'infraction pénale justiciable au niveau international.

#### IV. Un ensemble internationalisé de chambres

Une quatrième option discutée serait la création de plusieurs chambres internationalisées ancrées dans le système judiciaire ukrainien (selon un modèle « internationalisé » ou « hybride »)<sup>99</sup>. Contrairement aux options I à III ci-dessus, je considère que cette option concerne moins les *modalités* et l'*autorité* sur la base desquelles un tribunal serait créé (traité bilatéral entre l'ONU et l'Ukraine, à la demande de l'assemblée générale de l'ONU ; un traité bilatéral indépendant entre une organisation régionale européenne et l'Ukraine ; un traité multilatéral limité), que le *caractère* et la *structure institutionnelle* du tribunal lui-même, quelle que soit la manière dont il est créé. Il s'agit ici de choisir entre un tribunal de type CPI - c'est-à-dire indépendant et international (avec des éléments supranationaux),<sup>100</sup> mettant en œuvre le droit *international* et composé *uniquement* de juges, avocats et procureurs internationaux - et un tribunal « hybride » ou « internationalisé », pour lequel il existe également de nombreux précédents.<sup>101</sup> Un tribunal internationalisé (parfois connu sous de noms tels que Hautes Chambres, Chambres spécialisées

ou Chambres extraordinaires) serait essentiellement ancré dans le système juridique ukrainien - bien qu'il en soit suffisamment détaché - mais appliquerait le droit international (seul ou en combinaison avec le droit national ukrainien) et s'appuierait également sur l'expertise externe des juges et procureurs internationaux attachés au tribunal ou intégrés à celui-ci. Il semble que certains États s'orientent effectivement vers cette option<sup>102</sup>, y compris explicitement les membres du G7<sup>103</sup>, et, selon un récent sondage réalisé auprès des citoyens ukrainiens, ce serait également leur option préférée. Il est intéressant de noter que 93 % des personnes interrogées ont également exprimé leur préférence pour que la cour hybride soit compétente pour d'autres crimes internationaux en plus du crime d'agression<sup>104</sup>. Il est vrai qu'aucun système national ne pourrait, à lui seul, faire face au volume de poursuites pour crimes internationaux que les enquêtes actuelles de l'Ukraine exigent, raison pour laquelle les partenaires internationaux de l'Ukraine devraient sans aucun doute investir dans le développement et le soutien du système judiciaire national de l'Ukraine. En fait, une proposition concerne précisément la mise en place d'un ensemble hybride de chambres spécialisées dans les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, afin de compléter la compétence de la CPI et du tribunal d'agression proposé<sup>105</sup>.

Mais si l'idée du tribunal proposé est de combler une lacune en matière de responsabilité, alors la juridiction du tribunal devrait être *complémentaire* à celle de la CPI et non pas la chevaucher.

Le gouvernement ukrainien a, jusqu'à présent, rejeté catégoriquement l'idée d'un tribunal hybride pour l'agression, tout comme certains experts, ainsi que des nations européennes plus petites au sein du « groupe central » d'États (qui comprend le G7, mais est plus grand que lui) qui poussent à la création d'un tribunal. Les détracteurs du modèle hybride préfèrent plutôt « un tribunal pleinement international » créé par l'Assemblée générale.<sup>106</sup> L'hypothèse est ici que - si elle était politiquement réaliste - cette dernière option serait juridiquement préférable. Il est toutefois important de souligner que les tribunaux qui sont régulièrement cités comme précédents pour une cour « internationale » soutenue par l'AGNU - tels que le TSSL ou les CETC - sont en fait eux-mêmes des cours hybrides / internationalisées,

98. Janet Anderson, « Everything You Need to Know or Argue About a Special Tribunal on Russia's Crime of Aggression » *Justice Info* (13 décembre 2022).

99. <https://opiniojuris.org/2022/03/30/an-aggression-chamber-for-ukraine-supported-by-the-council-of-europe/>

100. [https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/079-092\\_luder.pdf](https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/079-092_luder.pdf)

101. Tous les précédents cités sont des exemples de tribunaux internationalisés, qui diffèrent toutefois s'agissant de la manière dont ils ont été créés. Comme le Tribunal spécial pour la Sierra Leone ou les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, par exemple. Voir David Scheffer (n 80).

102. <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2023/03/26/us-russia-putin-war-crimes-ukraine-prosecution/11364190002/>; <https://www.spiegel.de/international/world/the-special-tribunal-debate-an-arrest-warrant-against-putin-would-be-immense-a-7e88adff-1ea2-4cf2-b78e-b5e99fa46a6e>.

103. <https://www.state.gov/ambassador-van-schaacks-remarks/>.

104. <https://twitter.com/ULAGroup/status/1632644281625202688?s=20>. Voir également le mémorandum signé par la société civile ukrainienne et les organisations partenaires, <https://rights-justice-peace.in.ua/en-us/>.

105. <https://opiniojuris.org/2022/07/29/high-war-crimes-court-of-ukraine-for-atrocity-crimes-in-ukraine/>. Dans une publication plus récente, les mêmes auteurs ont également suggéré que le modèle pourrait permettre des poursuites en cas d'agression, par exemple des députés et le ministre de la défense, mais, il est vrai, pas pour le Président russe et le ministre des affaires étrangères, étant donné leur immunité personnelle. <https://www.justsecurity.org/85886/the-united-states-proposal-on-prosecuting-russians-for-the-crime-of-aggression-against-ukraine-is-a-step-in-the-right-direction/>.

106. <https://www.passblue.com/2023/05/23/the-divide-hardens-on-what-a-special-court-for-the-crime-of-aggression-by-russia-should-look-like/>

avec un certain degré d'ancrage dans le système national de l'État affecté pour lequel elles ont été créées. Si un tribunal peut être créé de manière réaliste par l'intermédiaire des Nations unies plutôt que par l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe, on peut raisonnablement préférer cette solution, d'un point de vue *politique*. Toutefois, si un tribunal des Nations unies n'était pas politiquement viable (comme cela semble être le cas actuellement), les critiques ne devraient pas être si prompts à écarter la possibilité de créer ce qui serait essentiellement la même forme de tribunal, mais établi sous l'autorité régionale appropriée par une institution européenne - du moins à mon avis.

Quoi qu'il en soit, le principal obstacle à cette proposition est qu'à l'heure actuelle, elle pourrait ne pas être viable à cause de la Constitution de l'Ukraine, et en particulier de son article 125, selon lequel « la création de tribunaux extraordinaires et spéciaux n'est pas autorisée »<sup>107</sup>. Et tant que l'Ukraine reste sous loi martiale et en état d'urgence, aucune modification de sa Constitution n'est autorisée<sup>108</sup>. Certains ont évoqué la création en 2019 de la Haute Cour anticorruption d'Ukraine comme un précédent potentiel, en particulier à la lumière du fait qu'en mai 2022, la Verkhovna Rada - le Parlement ukrainien - a adopté une loi élargissant sa compétence à la délivrance d'ordonnances « pour saisir les biens de certaines personnes physiques et morales associées à l'agression militaire en cours de la Fédération de Russie contre l'Ukraine »<sup>109</sup>. D'autres ont indiqué que « les experts judiciaires ukrainiens ont expliqué [...] que cette disposition vise à interdire les tribunaux temporaires créés par le pouvoir exécutif », mais que « cette interdiction ne s'appliquerait probablement pas à un tribunal national internationalisé [...] créé par le biais d'un processus législatif »<sup>110</sup>. Toutefois, je doute que la Haute Cour anticorruption, qui ne dispose pas de juges ou de procureurs internationaux (mais seulement de « consultants » internationaux), précisément parce qu'ils sont interdits en vertu de l'article 125, soit un précédent viable.

Si l'apparent obstacle constitutionnel peut être dépassé, je vois un ensemble hybride de chambres comme une option crédible - sinon la plus crédible, à condition d'être soutenue par une organisation supranationale compétente (que ce soit l'ONU ou une institution régionale européenne), d'appliquer le droit international (ou, encore mieux, la définition matérielle de la CPI du crime d'agression), et *seulement* si des juges et des procureurs internationaux - plutôt que des simples « consultants » - pouvaient s'inscrire dans ce cadre.

107. Constitution de l'Ukraine, article 125.

108. Les juristes ukrainiens s'accordent cependant à dire que « si un tribunal chargé de juger le crime d'agression est créé non pas en tant que tribunal national mais en tant que tribunal entièrement international, alors l'article 125 de la Constitution ukrainienne n'empêche pas la création d'un tel tribunal ». Dans Alexander Komarov et Oona A Hathaway, « Ukraine's Constitutional Constraints: How to Achieve Accountability for the Crime of Aggression » *Just Security* (5 avril 2022).

109. Cameron McKenna et Nabarro Olswang, « Ukraine Expands Sanctions against Russia and its Supporters », *Lexology*, 20 mai 2022, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7d1f4c76-3219-4caa-196368912a4f>, cité dans Heller (n 55).

110. <https://www.justsecurity.org/85886/the-united-states-proposal-on-prosecuting-russians-for-the-crime-of-aggression-against-ukraine-is-a-step-in-the-right-direction/>.

Ces conditions seraient essentielles non seulement pour le caractère internationalisé de la Cour, ce qui pourrait être crucial pour surmonter l'obstacle des immunités, mais aussi pour sa légitimité-même, à la lumière des préoccupations évoquées plus haut concernant la possibilité pour l'Ukraine de mener seule des poursuites pour agression de haut niveau en tant qu'État victime. Là encore, l'idéal serait que cette Cour soit créée par le biais d'un traité bilatéral entre l'autorité supranationale à l'origine de la Cour et l'Ukraine. Les États qui ne sont pas membres de l'organisation internationale en question - y compris les États-Unis s'agissant d'une Cour européenne - pourraient néanmoins contribuer à soutenir l'effort directement ou indirectement, soit en adhérant eux-mêmes au traité, soit, par exemple, en suivant l'exemple des États-Unis s'agissant des chambres spéciales du Kosovo<sup>111</sup>.

#### Les questions clés en matière de légitimité, d'application et de coopération

Comme nous l'avons mentionné, quelle que soit l'option retenue, le tribunal bénéficierait d'une base de membres aussi large que possible pour des raisons de légitimité, de droit (c'est-à-dire d'immunités) et de mise en œuvre. Sur ce dernier point, il est essentiel de rappeler que le tribunal devra s'appuyer sur ses États membres pour l'exécution et la coopération, car la coopération des États non membres ne pourrait être imposée qu'en vertu des pouvoirs conférés par le chapitre VII au Conseil de sécurité des Nations Unies, qui ne s'étendent pas à l'Assemblée générale des Nations Unies en vertu du mécanisme « S'unir pour la Paix ». De même, il est important de souligner que, compte tenu des difficultés avérées que pose l'exécution d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'un chef d'État en exercice, le tribunal pourrait devoir attendre que le président Poutine tombe en disgrâce ou mener ses procès et celui du ministre Lavrov *par contumace*<sup>112</sup>. Cependant, de tels procès sont très controversés, car ils peuvent violer certains droits de l'accusé, même si, sous certaines conditions, ils ne sont pas interdits par le droit international<sup>113</sup>. Et tandis que certains affirment que ces procès auraient « une valeur et une légitimité négligeables » face à des accusés aussi célèbres, d'autres soutiennent que « la nature symbolique d'un jugement rendu par un tribunal *ad hoc* - même par contumace - ne doit pas être sous-estimée »<sup>114</sup>.

À l'inverse, d'autres ont fait valoir que, compte tenu du fait que le scénario d'une arrestation de Poutine pendant son mandat est improbable, et du fait que l'immunité personnelle ne s'appliquerait plus s'il était arrêté après avoir quitté ses fonctions, la question des immunités est largement théorique, de sorte que « la probabilité que l'immunité personnelle soit un jour un problème dans un procès réel

111. <https://www.scp-ks.org/en/background>.

112. Comme cela a été précisé, par exemple, dans : Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1757 (2007) sur la création d'un Tribunal spécial pour le Liban, Doc ONU S/RES/1757 (2007), 30 mai 2007, article 22.

113. Sergey Vasiliev, « L'agression contre l'Ukraine : Avenues for Accountability for Core Crimes », *EJIL:Talk!* 3 mars 2022.

114. Corten et Koutroulis (n 64) 35.

est effectivement nulle »<sup>115</sup>. Toutefois, on peut soutenir que le tribunal en question n'aura peut-être pas besoin de passer au stade du procès, que ce soit *in absentia* ou non, pour avoir un impact, car - comme on l'espère avec le mandat d'arrêt de la CPI à l'encontre de Poutine - un tel mandat pourrait déjà être suffisamment stigmatisant et avoir des conséquences suffisamment fortes sur la capacité de tout suspect à voyager librement et à exercer des fonctions officielles. Un tel mandat d'arrêt pourrait également devenir essentiel pour réajuster les relations avec une Russie post-Poutine. En fait, c'est précisément sur cette base que certains s'interrogent sur la sagesse politique de créer un tribunal pour l'agression de la Russie alors que la guerre continue de faire rage et que son issue n'est pas prédéterminée<sup>116</sup>. Cependant, comme le montre l'exemple du Statut de Rome<sup>117</sup>, des mécanismes juridiques pourraient être intégrés dans la charte du tribunal pour faciliter un processus de paix si et quand les conditions l'exigent. En effet, l'importance d'adopter une perspective à long terme ne peut être surestimée : de Charles Taylor à Omar al Bashir, de Slobodan Milošević à Hissen Habré, l'histoire témoigne du mantra selon lequel le « long arc de la justice internationale » finit par rattraper même des individus autrefois puissants et apparemment intouchables. C'est pourquoi, il est impératif de structurer le tribunal d'une manière qui laisse un maximum d'options ouvertes, pour que, si la question se posait, il y ait le plus possible de chances d'aboutir à une confirmation de l'inapplicabilité des immunités par ses juges. Il est important de noter, comme l'ont fait certains observateurs, que quelle que soit la forme que prendra sa création, le tribunal devrait chercher à forger une relation de coopération avec la CPI<sup>118</sup>. Il s'agit, du moins en partie, de soutenir le développement cohérent du droit matériel et procédural à l'avenir, étant donné que beaucoup pensent - dont moi - que la leçon ultime que les États devraient tirer de cette expérience de poursuite de l'agression russe est que le Statut de Rome devrait être réamendé pour remédier au moins à ses limites les plus patentées dans l'exercice de sa compétence pour ce délit.

#### L'obligation de rendre compte de l'agression russe

Un an après le début de l'invasion russe à grande échelle, il ne fait aucun doute que les ondes de choc de son agression ont été considérables. Comme l'a dénoncé l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>119</sup>, les conséquences humanitaires de la guerre ont été terribles, avec un bilan humain qui a depuis atteint des proportions gigantesques : un demi-million de victimes, dont au moins 21 000 civils ukrainiens, et 16 millions de personnes déplacées à l'intérieur du pays et de réfugiés transfrontaliers<sup>120</sup>. Le conflit a

remis en question les hypothèses les plus fondamentales de l'Europe en matière de paix et de sécurité régionales, conduisant des pays historiquement neutres comme la Suisse à envoyer des armes en Ukraine, la Finlande et la Suède à chercher à adhérer à l'OTAN, et même l'Allemagne à revoir sa défense et son dispositif militaire<sup>121</sup>. De même, le conflit a ramené le spectre de la confrontation nucléaire sur la scène mondiale<sup>122</sup>, a perturbé l'économie mondiale, entraînant des crises énergétiques et alimentaires<sup>123</sup>, et a remis en question les règles cardinales qui ont ancré la conduite des affaires internationales depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Lors d'une réunion du Conseil de sécurité des Nations Unies à la veille de l'invasion, l'envoyé du Kenya auprès de l'ONU a exprimé les choses de manière très claire en réprimandant « l'irréductibilité et l'expansionnisme » de la Russie, en citant son propre passé colonial et en appelant à « se relever des braises des empires disparus d'une manière qui ne nous replonge pas dans de nouvelles formes de domination et d'oppression »<sup>124</sup>. Pire encore, l'agression de la Russie contre l'Ukraine - qui a commencé avec l'annexion illégale de la Crimée en 2014 et la fomentation de rébellions armées séparatistes dans la région du Donbass - semble faire partie intégrante d'un schéma inquiétant et répété de mépris flagrant du droit international qui remonte au moins à son invasion de la Géorgie en 2008, et visible dans son « abus de veto » à l'ONU, ainsi que dans l'implication de ses forces armées et de ses mercenaires irréguliers dans des campagnes brutales de violence aveugle contre les civils bien au-delà de l'Ukraine, dans des endroits tels que la Tchétchénie, la Syrie et le Mali, par exemple<sup>125</sup>. C'est pour cette raison que l'obligation de rendre des comptes est devenue, à juste titre, un élément clé des débats sur la guerre illégale initiée par la Russie.

Bien entendu, cette agression de la Russie contre l'Ukraine ne constitue pas la première occurrence d'une force utilisée illégalement par des États en violation flagrante de la Charte des Nations Unies. Dans l'esprit de nombreuses personnes extérieures à la région euro-atlantique, les exemples passés d'aventurisme militaire occidental et les frustrations liées à l'absence de responsabilité pour les conséquences de campagnes militaires dévastatrices - telles que l'invasion

115. <http://opiniojuris.org/2023/04/10/the-need-for-pragmatism-or-dont-let-the-immunity-tail-wag-the-tribunal-dog/>.

116. <https://www.foreignaffairs.com/ukraine/russia-ukraine-justice-thwarting-peace>

117. Articles 16 et 53.

118. David Scheffer, « Forging a Cooperative Relationship Between International Criminal Court », *Just Security* (25 octobre 2022).

119. AGNU Res ES-11/2 (28 mars 2022) UN Doc A/RES/ES-11/2.

120. Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, « Operational Data Portal - Ukraine Refugee Situation » <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine> consulté le 7 mars 2023.

121. Bundesregierung, « Déclaration politique d'Olaf Scholz, chancelier de la République fédérale d'Allemagne et membre du Bundestag allemand », 27 février 2022 à Berlin <https://www.bundesregierung.de/breg-en/news/policy-statement-by-olaf-scholz-chancellor-of-the-federal-republic-of-germany-and-member-of-the-german-bundestag-27-february-2022-in-berlin-2008378> consulté le 7 mars 2023.

122. Jon Stone, « Stop "Nuclear Sabre-Rattling," NATO Chief Tells Putin » *The Independent* (Bruxelles, 23 mars 2022) <https://www.independent.co.uk/news/world/politics/russia-nuclear-putin-ukraine-nato-b2042251.html> consulté le 7 mars 2023; Julia Mueller, « Put Puts US Officials on Edge with Nuclear Sabre-Rattling » *The Hill* (Washington, D.C., 2 octobre 2022) <https://thehill.com/policy/international/3671258-putin-puts-us-officials-on-edge-with-nuclear-saber-rattling/> consulté le 7 mars 2022.

123. Groupe des Nations Unies pour le développement durable, « Global Impact of War in Ukraine on Food, Energy and Finance Systems - Brief No. 1 » (avril 2022) <https://unsdg.un.org/resources/global-impact-war-ukraine-food-energy-and-finance-systems-brief-no1> consulté le 7 mars 2023.

124. NPR, « Kenyan U.N. ambassador compares Ukraine's plight to colonial legacy in Africa » 22 février 2022.

125. ONU, « Mali : Independent rights experts call for probe into Wagner Group's alleged crimes » (31 janvier 2023) <https://news.un.org/en/story/2023/01/1133007> consulté le 8 mars 2023.

illégal de l'Irak en 2003 - restent vivaces et pèsent lourdement sur l'arrière-plan de cette discussion. De même, l'ironie n'échappe à personne : certains des États qui prennent aujourd'hui le plus au sérieux la proposition de création d'un tribunal spécial sont en fait les mêmes que ceux qui ont cherché à restreindre autant que possible la compétence matérielle de la CPI en la matière. Cependant, à la lumière des tensions géopolitiques croissantes et de la crainte que d'autres États puissants n'envisagent eux-mêmes de recourir à la force armée contre des voisins moins puissants dans d'autres régions, nombreux sont ceux qui ressentent un certain sentiment d'urgence à rétablir l'interdiction cardinale de l'agression et la possibilité de conséquences pénales en cas de violation de cette interdiction. Et si, pour certains, la réponse à la crise en Ukraine a été une nouvelle preuve du double standard longtemps décrié<sup>126</sup>, d'autres voient l'élan actuel généré par la guerre en Europe comme une opportunité de réaffirmer la nature universelle de certaines règles internationales fondamentales, et le caractère mondial de la lutte contre l'impunité<sup>127</sup>.

#### **La voie à suivre en matière de responsabilité pour le crime d'agression, en Ukraine et au-delà**

Il ne fait aucun doute que nous vivons une période cruciale dans les affaires mondiales et que les conséquences de toute action que nous prenons - ou refusons de prendre - aujourd'hui se feront sentir pour les générations à venir. Chacun des modèles examinés ci-dessus présente des défis juridiques et politiques uniques qu'il est difficile, mais pas impossible, de relever. À ce stade, la nécessité de tenir les dirigeants russes pour responsables de leur crime d'agression contre la nation souveraine de l'Ukraine devrait être incontestée. En effet, je pense que les gouvernements européens et leurs partenaires peuvent et doivent aller de l'avant en affirmant leur compétence régionale et leur volonté de punir pénalement ce crime odieux contre la paix et la stabilité de la région. Bien entendu, les partisans de toute forme de tribunal peuvent continuer à envisager de demander à l'Assemblée générale des Nations Unies d'adopter une résolution réaffirmant que le crime d'agression constitue une menace pour la paix et la stabilité de *toutes* les nations. Outre l'approbation générale pour la création d'un tribunal, la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies pourrait également disposer explicitement que la préférence devrait être donnée à sa mise en place par le biais d'institutions régionales. Ceci non seulement en raison du fait que les conséquences les plus graves de la guerre se font sentir en Europe, mais peut-être aussi comme moyen de « gagner » les votes des États qui, pour des raisons politiques, stratégiques ou financières, s'opposeraient à sa création par l'intermédiaire des Nations Unies. En même temps, pour les raisons évoquées plus haut, si l'on n'anticipait pas que l'Assemblée générale des Nations Unies puisse donner son aval, cela ne devrait pas être considéré comme un obstacle à la création d'un tribunal spécial, car les organisations régionales européennes possèdent déjà

elles-mêmes le droit de créer une telle Cour - et pourraient, en fait, s'appuyer sur des initiatives existantes telles que le Centre pour la poursuite du crime d'agression, récemment annoncé, précisément à cet effet.

Je suis d'avis qu'une Cour internationale ou internationalisée créée par un traité entre l'Ukraine et une organisation régionale européenne, en particulier une cour suffisamment distincte du système judiciaire national de l'Ukraine et reposant sur une pleine participation de juges, d'avocats et de procureurs internationaux (aux côtés des Ukrainiens), serait l'option la plus crédible et la plus viable. D'un point de vue juridique, le caractère international/isé de la Cour serait crucial à la fois pour sa légitimité et pour l'inapplicabilité des immunités (en particulier si les juges de la CPI devaient confirmer le précédent Bashir) s'agissant du mandat d'arrêt actuel à l'encontre du Président Poutine. De même, il me semble que ce modèle serait préférable d'un point de vue politique et stratégique, car il créerait un précédent important, mais aussi difficile à reproduire ou suborner - reproduire ce précédent nécessiterait un soutien diplomatique authentique, sincère et fort de l'ensemble de la région la plus touchée par le crime d'agression en question - ce qui exigerait un véritable travail diplomatique et serait difficile à « fabriquer » de manière fallacieuse.

Quel que soit le modèle retenu, il devrait être clairement affirmé que la création aujourd'hui d'un tribunal spécial pour l'agression devrait être comprise comme une mesure d'urgence unique visant à poursuivre l'un des crimes d'agression les plus odieux depuis la naissance des Nations Unies, précisément comme un moyen de restaurer l'interdiction cardinale de l'agression et, avec elle, l'État de droit mondial. Il devrait également être clair que la création d'un tribunal spécial chargé de poursuivre le crime d'agression contre l'Ukraine n'est pas - et ne devrait pas être considérée - comme un substitut ou une alternative à long terme à la CPI, avec laquelle le tribunal devrait être tenu de coopérer. En fait, si la création du tribunal doit avoir une signification en dehors de l'Europe et de l'Ukraine, elle doit devenir le catalyseur qui ramènera enfin les États parties au Statut de Rome à la table des négociations pour aborder les limitations imposées à l'exercice de la compétence de la CPI en matière d'infractions. En raison de sa permanence et de son ambition universaliste, une CPI dotée d'une autorité et d'une compétence solides sur *tous* les crimes internationaux - y compris le « crime international suprême » qu'est l'agression - pourrait être le meilleur - et en fait le seul - moyen de réaffirmer une fois pour toutes le rôle central que la responsabilité pénale pour les violations flagrantes du droit international *devrait jouer et jouera* en tant que principe fondateur des affaires internationales.

126. Luis Moreno Ocampo, « Ending Selective Justice for the International Crime of Aggression » *Just Security* (31 janvier 2023).

127. James Goldston, « Ukraine and the Rebirth of Human Rights » *Project Syndicate* (28 février 2023).



**Pietro Pustorino** · Professeur de droit international, Directeur du centre d'études internationales et stratégiques, Luiss Guido Carli (Rome)

## Autodétermination du peuple ukrainien et agression russe

### 1. Brèves remarques sur le régime de droit international relatif à l'autodétermination des peuples

Le principe d'autodétermination *externe* des peuples s'applique dans trois cas bien connus, identifiés dans la pratique et en jurisprudence : les anciennes colonies, l'occupation militaire étrangère et les gouvernements qui pratiquent l'apartheid ou la discrimination raciale. Comme l'a indiqué la Cour Internationale de Justice (CIJ) dans son avis consultatif sur le Kosovo, « au cours de la seconde moitié du *xx*<sup>e</sup> siècle, le droit international de l'autodétermination s'est développé de manière à créer un droit à l'indépendance pour les peuples des territoires non autonomes et les peuples soumis à l'assujettissement, à la domination et à l'exploitation par des étrangers »<sup>1</sup>.

Dans les autres cas (c'est-à-dire en l'absence d'anciennes colonies, d'occupation militaire étrangère ou de gouvernements pratiquant la discrimination raciale), il existe une position dite neutre du principe d'autodétermination qui n'autorise ni n'empêche les déclarations d'indépendance. Il convient de noter qu'il s'agit d'une neutralité « raisonnée », qui résulte d'un équilibre entre le droit à l'autodétermination externe de la population locale et le droit de l'État à maintenir son intégrité territoriale. Toutefois, dans ce cas, une limite générale - énoncée, une fois de plus, par la CIJ dans l'avis précité sur le Kosovo - doit être appliquée. Selon la Cour, la déclaration d'indépendance du nouvel État ne doit pas être « liée à un recours illicite à la force ou à d'autres violations flagrantes des normes du droit international général, en particulier de celles qui ont un caractère impératif (*jus cogens*) »<sup>2</sup>. L'importance de cette limite dans le contexte du sujet abordé dans cette contribution est évidente, à la lumière de la pratique russe en Ukraine et dans d'autres pays de l'Est.

En ce qui concerne l'autodétermination *interne*, il est également connu que l'exercice de ce droit n'implique pas le droit des populations locales à faire sécession. Une exception possible est l'application de la théorie hautement problématique de la sécession remède en cas de violation flagrante du droit en question, associée à la commission de graves violations des droits de l'homme à l'encontre d'une partie spécifique de la population nationale. En ce qui concerne plus particulièrement le Québec, la Cour suprême du Canada, dans son avis consultatif du 20 août 1998 sur la sécession du Québec, a considéré que « lorsqu'un peuple est empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination sur le plan interne, il a le droit, en dernier recours, de l'exercer par la sécession »<sup>3</sup>. Comme dans les autres cas d'autodétermination<sup>4</sup>, dans le cas du recours à la sécession, il est nécessaire de respecter non seulement les conditions de fond indiquées ci-dessus, mais aussi les obligations procédurales de négocier de bonne foi avec le gouvernement central, afin d'équilibrer le principe d'autodétermination et le principe de l'intégrité territoriale de l'État, ainsi que de donner suffisamment de temps pour organiser et mener à bien le référendum. Cela garantit que la population locale soit informée de manière adéquate des questions du référendum et des conséquences de la sécession.

À mon avis, bien que conçue pour réagir à une violation des principes et normes fondamentaux de l'ordre juridique international (obligations *erga omnes*), la sécession remède ne semble pas encore être acceptée en droit international, comme l'a implicitement rappelé la CIJ dans l'avis consultatif de 2010 susmentionné. Dans cet avis, la Cour a souligné que « la question de savoir si, en dehors du contexte des territoires non autonomes et des peuples soumis à l'assujettissement, à la domination et à l'exploitation par des étrangers, le droit international de l'autodétermination confère à une partie de la population d'un État existant le droit de se séparer de cet État est toutefois un sujet sur lequel des points de vue radicalement différents ont été exprimés par ceux qui ont pris part à la procédure et pris position sur la question. Des divergences similaires existaient sur la question de savoir si le droit international prévoit un droit de « sécession remède » et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances »<sup>5</sup>.

### 2. Aperçu général de la position russe sur les questions d'autodétermination

Pour certains auteurs, la pratique russe en matière de sécession, après avoir suivi une approche « conservatrice », basée sur la prévalence du principe de l'intégrité

1. Voir *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* (Avis consultatif) [2010] CIJ Rep 436, para 79.  
2. *Ibid.* 437, para 81.

3. Voir *Reference Re Secession of Quebec* (Advisory Opinion) [1998] Canadian Supreme Court, para 134. Quoi qu'il en soit, la Cour a conclu que, même en supposant que la sécession remède « soit suffisante pour créer un droit à la sécession unilatérale en droit international, on ne peut pas dire que le contexte québécois actuel se rapproche d'un tel seuil », para 135.  
4. Sur la pertinence des obligations procédurales dans les affaires de sécession, voir Thomas D. Grant, « Annexation of Crimea » (2015) 109 AJIL 76.  
5. *Supra* note 1, 438, para 82.

territoriale de l'État, a changé de cap<sup>6</sup>. Mälksoo affirme qu'avant l'annexion de la Crimée, même les représentants les plus éminents des spécialistes russes du droit international « soutenaient qu'en droit international, le principe de la souveraineté de l'État l'emportait clairement sur le droit à l'autodétermination », alors qu'après « aucun juriste international russe [...] n'a déclaré publiquement que l'invasion et l'annexion de la Crimée étaient illégales au regard du droit international »<sup>7</sup>.

Selon Lauri Christakis<sup>8</sup>, la Russie a endossé pour la première fois la théorie de la sécession correctrice en août 2008, afin de justifier sa décision de reconnaître l'indépendance de l'Abkhazie et de l'Ossétie du Sud en Géorgie. Le même argument a été prudemment utilisé par la Russie en 2009 dans l'exposé écrit qu'elle a soumis à la CIJ dans le cadre de la procédure d'avis consultatif sur le Kosovo<sup>9</sup>. Selon la Russie, « en dehors du contexte colonial, le droit international n'autorise la sécession d'une partie d'un État contre la volonté de ce dernier que dans le cadre de l'autodétermination des peuples, et seulement dans des circonstances extrêmes, lorsque le peuple concerné est continuellement soumis aux formes les plus graves d'oppression qui mettent en danger l'existence même du peuple ». La Russie a également précisé qu'il n'existait pas de circonstances extrêmes dans le cas du Kosovo et que « la population du Kosovo ne courait aucun risque d'oppression ».

Il semble que la Russie ait récemment changé d'avis non pas parce qu'elle est convaincue de la validité des arguments en faveur de l'autodétermination. Au contraire, elle a utilisé et utilise encore de manière spéieuse le principe d'autodétermination et d'autres principes du droit international, tels que le principe d'autodéfense, pour étendre son territoire et sa zone d'influence, changeant parfois soudainement de position quant à la base juridique de son comportement, même en ce qui concerne le même cas de pratique.

### 3. L'application du principe d'autodétermination des peuples dans le conflit en Ukraine : de l'annexion de la Crimée en 2014 à l'agression de 2022

L'annexion de la Crimée est le « test décisif » du *modus operandi* russe susmentionné en ce qui concerne les questions d'autodétermination. Comme le note Olivier Corten, la Russie n'a pas fait référence au droit unilatéral d'intervenir dans une guerre civile en Crimée, mais a plutôt invoqué une intervention sur invitation, dans un premier temps, de ce qu'elle considère comme l'autorité

ukrainienne officielle (le président Yanukovich), et, dans un second temps, du gouvernement du nouvel État de Crimée<sup>10</sup>. Dans le même temps, la Russie a invoqué l'application du principe d'autodétermination de la population de Crimée, justifiant maladroitement son intervention en Crimée en affirmant que « la Russie a créé les conditions [...] uniquement pour la libre expression de la volonté des personnes vivant en Crimée et à Sébastopol »<sup>11</sup>.

En ce qui concerne l'invocation par la Russie du principe d'autodétermination et, plus précisément, de la théorie de la sécession réparatrice au nom de la population de Crimée, on peut dire qu'aucun fondement juridique dans le régime actuel sur l'autodétermination ne peut être trouvé pour la position russe, et ce pour de multiples raisons.

La Russie a violé la règle du *jus cogens* sur l'interdiction du recours à la force, rendant ainsi illégal et sans effet juridique la déclaration d'indépendance et l'incorporation ultérieure de la Crimée à la Russie. En outre, en ce qui concerne la théorie de la sécession réparatrice, la Russie a fait référence aux violations des droits de l'homme subies par les Tatars en Crimée, mais il est très douteux que les violations alléguées contre les Tatars aient atteint le seuil élevé communément accepté par les auteurs qui soutiennent cette théorie. En outre, la situation des Tatars en Crimée a empiré après l'annexion, avec leur déplacement en grand nombre et dans différentes régions, ce qui montre que l'argument russe n'a été créé que pour servir de prétexte<sup>12</sup>. La Russie semble même proposer une interprétation particulièrement extensive de la théorie de la sécession réparatrice, autorisant une intervention armée extérieure pour la garantir. Enfin, la Russie n'a respecté aucune des obligations substantielles et procédurales liées à l'application du principe d'autodétermination dans l'affaire en question.

De manière générale, l'application infondée du principe d'autodétermination en Crimée par la Russie a été soulignée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution du 27 mars 2014, n° 68/262, sur l'intégrité territoriale de l'Ukraine<sup>13</sup> et, de manière plus spécifique, par la Commission de Venise du Conseil de l'Europe dans l'avis consultatif du 21 mars 2014<sup>14</sup>. Outre les violations de la Constitution ukrainienne, la Commission, sur la base

6. Pour une analyse approfondie de l'approche russe du principe d'autodétermination des peuples, voir J. Johannes Socher, *Russia and the Right to Self-Determination in the Post-Soviet Space* (OUP 2021).  
7. Voir Lauri Mälksoo, « Crime and (the Lack of) Continuity in Russian Approaches to International Law » (2014) EJIL: Talk! <<https://www.ejiltalk.org/>> (consulté le 30 janvier 2023); Lauri Mälksoo, *Russian Approaches to International Law*, (OUP 2015) 192.  
8. Theodore Christakis, « Self-Determination, Territorial Integrity and Fait Accompli in the Case of Crimea » (2015) 75 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 87.  
9. Voir *Written Statement by the Russian Federation* [2009] CIJ <[www.icj-cij.org/docket/files/141/15628.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15628.pdf)>, consulté le 30 janvier 2023, 39-40.

10. Olivier Corten, « The Russian Intervention in the Ukrainian Crisis: Was Jus Contra Bellum Confirmed rather than Weakened » (2015) 2 (1) J. Use Force Int. Law 17.  
11. Voir les déclarations du président russe Vladimir Poutine du 18 mars 2014, annexées au Doc. A/68/803-S/2014/202, 5.  
12. Pour plus de détails sur la situation des Tatars, voir Thomas D. Grant, « Annexation of Crimea » 73-75; Sofia Cavandoli, « The Unresolved Dilemma of Self-determination : Crimea, Donetsk and Luhansk » (2016) 20 (7) Int. J. Hum. Rights 881.  
13. Selon l'AGNU, « le référendum organisé dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol le 16 mars 2014, n'ayant aucune validité, ne peut servir de base à une quelconque modification du statut de la République autonome de Crimée ou de la ville de Sébastopol ». Voir *Territorial Integrity of Ukraine*, AGNU Res 68/262 (27 mars 2014), para 5.  
14. Voir *Whether the Decision Taken by the Supreme Council of the Autonomous Republic of Crimea in Ukraine to Organise a Referendum on Becoming a Constituent Territory of the Russian Federation or Restoring Crimea's 1992 Constitution is Compatible with Constitutional Principles* (avis consultatif) Commission de Venise du Conseil de l'Europe n° 762/2014, CDL-AD(2014)002.

du droit international, a considéré qu'« un certain nombre de circonstances font apparaître comme douteux que le référendum du 16 mars 2014 puisse se dérouler dans le respect des normes internationales ». Ces circonstances sont, entre autres, « la présence publique massive de forces (para)militaires [qui] n'est pas propice à une prise de décision démocratique », les préoccupations concernant le « respect de la liberté d'expression en Crimée », la courte période (10 jours) entre la décision de convoquer le référendum et le référendum lui-même. En outre, la Commission estime que la question du référendum n'a pas été formulée de manière neutre et sans ambiguïté, et qu'« aucune négociation visant à une solution consensuelle n'a eu lieu avant la convocation du référendum »<sup>15</sup>.

#### 4. L'application du principe d'autodétermination dans la pratique russe relative aux contextes territoriaux autres que l'Ukraine

Dans des contextes territoriaux autres que la Crimée, mais toujours dans la zone d'influence de l'ex-URSS (par exemple en Abkhazie et en Ossétie du Sud, en Géorgie, ou en Transnistrie, en Moldavie), l'approche russe est similaire, mais elle est adaptée au contexte local. Le principal fondement juridique, directement ou indirectement invoqué, est à nouveau la sécession remède, qui n'est pas toujours déclarée *expressis verbis*. En outre, l'approche discutée considère même l'intervention extérieure de tiers, visant à soutenir la sécession par la population locale, comme légale.

Il est bien connu que la Russie garantit un soutien politique, économique et militaire à certaines entités sécessionnistes dans des États souverains situés sur le territoire ou dans la zone d'influence de l'ex-URSS. Dans certains cas, en s'appuyant sur les liens historiques et politiques objectifs avec la Russie, qui sont parfois effectivement ignorés par les États étrangers, de telles garanties ont été accordées en ce qui concerne la prétendue protection des droits des nombreuses minorités russophones présentes dans les pays d'Europe de l'Est.

D'une part, le soutien russe aux entités sécessionnistes a pour but de réduire et de rompre progressivement les liens avec l'État territorial qui fait l'objet de demandes séparatistes, en utilisant également des outils très peu scrupuleux - tels que la possibilité d'obtenir facilement la citoyenneté russe pour les habitants de ces entités - violant ainsi, à mon avis, le principe de non-ingérence dans les affaires étrangères. Dans ce contexte, les mesures adoptées par la Russie, impliquant l'octroi quasi automatique de la citoyenneté russe aux citoyens ukrainiens résidant en Crimée, ne peuvent être clairement considérées comme légales. Ces conclusions s'appliquent également aux mesures russes les plus récentes visant à faciliter l'acquisition de la citoyenneté russe par tous les citoyens ukrainiens, y compris ceux résidant dans les quatre régions récemment annexées de Donetsk, Louhansk, Kherson et Zaporizhzhia<sup>16</sup>.

D'autre part, la Russie semble s'efforcer d'alimenter les tensions entre l'État étranger et l'entité sécessionniste qu'elle soutient ou contrôle, afin d'inciter cet État à réagir à l'égard de la population locale et à invoquer ensuite la sécession réparatrice, y compris par une intervention militaire, comme dans le cas de l'Ossétie du Sud, de la Crimée et du Donbass.

D'un point de vue opérationnel, la Russie facilite, dans la mesure du possible, la tenue de référendums dans les entités sécessionnistes et soutient ensuite, mais avec des approches différentes, la demande d'annexion à la Russie. Par exemple, alors que la Russie a accepté la demande d'annexion de la Crimée quelques jours après le référendum sur l'indépendance<sup>17</sup>, en ce qui concerne l'indépendance de la République populaire de Donetsk et de la République populaire de Louhansk, proclamée les 6 et 27 avril 2014 après la tenue des référendums, la Russie n'a reconnu l'indépendance qu'en février 2022, acceptant en même temps la demande d'intervention armée de la part de ces entités.

Comme dans le cas du référendum et de l'annexion de la Crimée, des considérations similaires d'illégalité sont valables pour le référendum de septembre 2022 sur l'annexion par la Russie des régions de Donetsk, Lougansk, Kherson et Zaporizhzhia, comme l'a de nouveau noté l'AGNU dans la résolution du 12 octobre 2022<sup>18</sup>, conformément à l'article 41, paragraphe 2, du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

Par ailleurs, en Ossétie du Sud, qui s'est déclarée indépendante en 1990 et n'a été reconnue par la Russie qu'en 2008, la tenue du référendum sur l'annexion par la Russie, qui aurait dû avoir lieu en juillet 2022, a été reportée en mai 2022 à la suite d'un changement de gouvernement en Ossétie du Sud<sup>19</sup>.

À la lumière de ce qui précède, dans le cadre de l'application de l'autodétermination sur les territoires sous influence russe, le principal fondement juridique russe repose sur la sécession réparatrice, invoquée de manière spé cieuse et interprétée de manière très extensive, afin de justifier une intervention armée prétendument en faveur de la population locale. Les délais et les méthodes d'exercice du droit à l'autodétermination des peuples sous contrôle militaire ou occupation russe varient en fonction de la situation sur le terrain, mais, dans tous les cas que j'ai mentionnés, les obligations substantielles et procédurales liées aux questions d'autodétermination en vertu du droit international ne sont pas respectées.

17. Voir l'accord bilatéral sur l'adhésion de la Crimée à la Russie du 18 mars 2014.

18. Voir la résolution de l'AGNU (12 octobre 2022) UN Doc A/RES/ES-11/4, paras 2-5.

19. Quoi qu'il en soit, la préparation du référendum sur l'indépendance de l'Ossétie du Sud a été considérée comme légitime par la Russie, toujours sur la base de la théorie de la sécession correctrice. Voir UNSC Rep (28 août 2008) UN Doc S/PV.5969, 6-9.

15. *Ibid.* paras 22-26.

16. Voir le décret présidentiel russe du 11 juillet 2022, n° 440.

### 5. Considérations finales sur le développement du principe d'autodétermination des peuples dans la pratique récente

En ce qui me concerne, la pratique récente de la Russie montre la nécessité de repenser le contenu et l'application du principe d'autodétermination, dont le respect est systématiquement contourné par la Russie (et parfois par d'autres États, y compris des pays occidentaux), qui cherche à exploiter les faiblesses du régime international actuel sur l'autodétermination en l'invoquant de manière spé cieuse, en pliant le principe aux intérêts de l'État.

Le moment est venu de revoir la neutralité susmentionnée du régime de droit international en dehors des cas consolidés d'autodétermination externe, en renforçant davantage le principe d'intégrité territoriale dans une période historique très différente de celle où le principe d'autodétermination a émergé et prospéré en tant que principe juridique, et où les comportements agressifs des États forts - les pays de l'Est mais aussi parfois les pays occidentaux - tirent profit de ladite neutralité du principe en jeu.

En même temps, il est nécessaire d'adopter une position plus claire et plus nette, tant de la part des universitaires que des États, même de la part des pays occidentaux, sur la théorie de la sécession réparatrice, surmontant ainsi les opportunités politiques et les positions de convenance politique, comme cela s'est produit dans le cas du Kosovo. En d'autres termes, afin d'empêcher les États agresseurs d'invoquer cette théorie sans fondement, il est temps d'adopter une position explicite sur la question de savoir si la théorie elle-même a un fondement en droit international, ne serait-ce qu'en termes de développement progressif du principe d'autodétermination, à condition que des conditions de fond et de procédure précises et rigoureuses soient respectées (y compris l'exclusion des interventions armées étrangères pour mettre en œuvre la sécession réparatrice). Si elle est élaborée en ces termes, la sécession réparatrice pourrait être acceptée en droit international comme un meilleur équilibre entre l'application du principe d'intégrité territoriale et les questions d'autodétermination.



**Elena Baylis** - Professeure de droit  
à l'Université de Pittsburgh et Professeure  
invitée à la George Washington University  
Law School (2022-2023)

## Réconciliation post-conflit en Ukraine

Un an après l'invasion illégale de l'Ukraine par la Russie, on ne sait toujours pas comment un accord de paix pourrait être conclu ni quelles en seraient les conditions. On ne sait pas non plus quel territoire et quel équilibre entre les communautés russes, ukrainiennes et autres constitueront l'Ukraine d'après-guerre. Néanmoins, la nature de ce conflit, qui est une guerre justifiée par des revendications historiques, identitaires et de légitimité, suggère qu'il sera nécessaire de mettre en place des mesures de réconciliation après la guerre. Ces mécanismes de réconciliation auraient pour but de permettre aux communautés russes, ukrainiennes et autres de l'Ukraine de vivre ensemble de manière constructive au sein d'un même État en favorisant « la reconnaissance et l'acceptation mutuelles » entre elles<sup>1</sup>.

Si la réconciliation sociale en Ukraine est une fin en soi, ses objectifs convergent également avec les objectifs politiques à long terme de l'Ukraine vis-à-vis de la Russie et de l'Europe. En ce qui concerne la Russie, on a constaté que la réconciliation sociale favorisait le succès et la longévité des accords de paix en réduisant les incitations sociales au conflit (même si, bien entendu, aucune forme de réconciliation ne pourrait empêcher la Russie d'agir à nouveau en tant qu'agresseur si elle choisissait de le faire)<sup>2</sup>. En ce qui concerne l'Europe, comme nous le verrons plus loin, la justice transitionnelle et la protection des groupes minoritaires favorisent non seulement la réconciliation sociale, mais sont également des valeurs européennes fondamentales approuvées par la politique de l'Union européenne et les traités du Conseil de l'Europe. Par conséquent, l'adoption de ces mesures permettrait également à l'Ukraine de renforcer ses liens avec l'Europe<sup>3</sup>.

1. Daniel Bar-Tal et Gemma H Bennink, « The Nature of Reconciliation as an Outcome and as a Process », in Yaacov Bar-Siman-Tov (dir.), *From Conflict Resolution to Reconciliation* (OUP 2004) 15.
2. Elena Baylis, « Options for a Peace Settlement for Ukraine: Option Paper XI - Reconciliation », (*Opinio Juris*, 19 juillet 2022) <<http://opiniojuris.org/2022/07/19/options-for-a-peace-settlement-for-ukraine-option-paper-xi-reconciliation/>> consulté le 7 mars 2022.
3. Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (Conseil de l'Europe, 1995) <<https://rm.coe.int/0900016800c10cf>>; Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (Conseil de l'Europe,

### Conflit et réconciliation

De nombreuses guerres ne sont pas exclusivement des actes politiques, mais sont plutôt déclenchées par des conflits sociaux ou s'appuient sur les divisions sociales entre les communautés pour justifier et susciter la violence. Le principe selon lequel les aspects sociaux des conflits doivent être traités dans le cadre d'un processus post-conflit est familier à de nombreux modèles de conflit et de redéveloppement post-conflit. Les théories socio-psychologiques, qui ont développé des modèles solides des dynamiques sociales pertinentes et des processus de réconciliation associés<sup>4</sup>, sont les plus pertinentes pour notre développement.

Les théories socio-psychologiques considèrent que les conflits armés sont à la fois le résultat et la conséquence d'une relation d'interdépendance et d'antagonisme entre les communautés. Au fil du temps, les communautés ayant des besoins et des intérêts divergents peuvent créer des récits mutuellement exclusifs de leur histoire commune, comme l'histoire contrastée des relations entre la Russie et l'Ukraine depuis l'époque de la Rus' de Kiev jusqu'à l'ère soviétique et post-soviétique. Ces récits historiques expriment généralement les besoins fondamentaux de chaque groupe et la menace perçue que l'autre groupe représente pour sa survie physique ou culturelle. Au fil du temps, le sentiment d'identité collective de chaque communauté en vient à se fonder sur le rejet de l'identité et des revendications de l'autre communauté quant à la signification de leur histoire commune et de leurs interactions actuelles. L'escalade vers un conflit armé exacerbe cette dynamique, en causant des préjudices et des griefs extrêmes et en renforçant la perception de l'autre communauté comme une menace existentielle. Le conflit alimente l'opposition des identités, et l'opposition des identités alimente le conflit<sup>5</sup>.

Si un accord de paix peut résoudre des questions politiques par le biais d'un compromis entre élites, il n'aborde généralement pas la dynamique sociale de l'hostilité réciproque et auto-entretenu qui est étroitement liée à l'identité des deux groupes. Les activités sociales, économiques et politiques de coopération seront difficiles, voire impossibles, et la violence peut facilement réapparaître. Plus un conflit dure, plus ces croyances sociales sont ancrées dans l'*ethos* de chaque communauté, et plus le conflit devient insoluble. Les mesures de réconciliation visent à modifier cette dynamique sociale<sup>6</sup>.

- 1998) <<https://rm.coe.int/1680695175>>; The EU's Policy Framework on Support to Transitional Justice (2015), <[http://eeas.europa.eu/archives/docs/top\\_stories/pdf/the\\_eus\\_policy\\_framework\\_on\\_support\\_to\\_transitional\\_justice.pdf](http://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/the_eus_policy_framework_on_support_to_transitional_justice.pdf)>.
4. Nevin T Aiken, *Identity, Reconciliation and Transitional Justice: Overcoming Intractability in Divided Societies*, (Taylor & Francis Group 2013) 13-29.
5. Herbert C Kelman, « Socio-Psychological Dimensions of Armed Conflict », in I. William Zartman (dir.), *Peacemaking in International Conflict: Methods and Techniques*, (edn révisée, USIP 2007) 64; Arie Nadler et Nurit Shnabel, « Intergroup reconciliation: Instrumental and socio-emotional processes and the needs-based model », (2015) 26:1 *European Review of Social Psychology* 93, 94.
6. Bar-Tal et Bennink (n 1) 13.

Par conséquent, si la guerre en Ukraine ne concernait que des intérêts politiques conflictuels en matière de territoire, de sécurité nationale ou d'accès aux ressources, ces questions pourraient être entièrement résolues politiquement par un accord de paix entre les gouvernements de la Russie et de l'Ukraine, et il ne serait pas nécessaire de mettre en place des processus de réconciliation<sup>7</sup>. Toutefois, ces désaccords politiques sont étroitement liés à des questions d'identité sociale : la légitimité de l'Ukraine en tant qu'État indépendant et des Ukrainiens en tant que peuple distinct, les histoires contradictoires de la domination russe et du nationalisme ukrainien, et les relations modernes entre les citoyens ukrainiens identifiés à la Russie et ceux identifiés à l'Ukraine. Poutine a délibérément intégré ces éléments socio-psychologiques pour justifier l'invasion russe de l'Ukraine, ainsi que la prise de contrôle de la Crimée et l'implication dans le Donbas<sup>8</sup>. L'Ukraine a affirmé sa légitimité en tant que peuple et en tant qu'État indépendant en s'opposant aux revendications russes sur ces territoires<sup>9</sup>.

Soulignant l'importance de cette dynamique sociale et de la réconciliation post-conflit dans le contexte ukrainien, le recensement de 2001 et des études plus récentes indiquent que de nombreux citoyens ukrainiens ont des identifications linguistiques, ethniques et nationales complexes. Souvent, les familles ont des ancêtres à la fois russes et ukrainiens. Les russophones ne s'identifient pas nécessairement comme étant ethniquement russes. Ceux qui s'identifient comme Russes ne soutiennent pas nécessairement l'invasion russe. Si les Russes constituent de loin le groupe minoritaire le plus important en Ukraine, il existe de nombreux autres groupes minoritaires et autochtones, notamment les Roumains, les Bulgares, les Tartares de Crimée, les Karaites et les Roms. Par conséquent, les citoyens ukrainiens peuvent avoir des affiliations et des liens avec plusieurs communautés, plutôt que de s'identifier exclusivement à l'une d'entre elles<sup>10</sup>.

En outre, ces identifications et allégeances ont été remises en question et remodelées par les tensions croissantes entre la Russie et l'Ukraine au cours de la dernière décennie, à travers les manifestations de l'Euromaïdan, l'annexion illégale de la Crimée par la Russie et le conflit armé dans le Donbas. Un rapport du Conseil de l'Europe de 2018 note que « le conflit [au Donbas] a créé une atmosphère dans laquelle des personnes qui se sentaient jusqu'à présent à l'aise avec des identités complexes, stratifiées et multiples, se sentent obligées de choisir un camp en faisant preuve de loyauté envers l'État. Les personnes

les plus touchées à cet égard sont celles qui s'identifient comme des Russes ethniques ou celles qui s'identifient à la majorité ukrainienne mais communiquent en russe »<sup>11</sup>. Les informations en provenance d'Ukraine suggèrent que l'invasion russe a renforcé ce sentiment de polarisation<sup>12</sup>.

Dans un tel contexte, la réconciliation vise à promouvoir deux objectifs interdépendants. Le premier est l'objectif vital de dissuader les conflits armés de se reproduire une fois qu'ils ont pris fin<sup>13</sup>. Cet objectif sera particulièrement important si le territoire ukrainien d'après-guerre comprend le Donbas et la Crimée, où les allégeances ont été plus divisées que dans le reste de l'Ukraine. Le second objectif, plus ambitieux, consiste à faire évoluer la dynamique entre les groupes concernés vers une interdépendance sociale, économique et politique positive, en permettant à chaque groupe d'accepter la légitimité de l'identité, des intérêts et du récit historique de l'autre groupe<sup>14</sup>. Si elle réussit, la réconciliation établira une compréhension et une acceptation mutuelles, formant la base d'une capacité à s'engager ensemble dans l'éducation, les affaires et l'administration gouvernementale sans rancune, et la capacité à négocier des questions politiques et sociales délicates telles que la nature des relations avec la Russie et l'Union européenne respectivement. Dans une situation comme celle de l'Ukraine, où les gens ne s'identifient pas forcément à une seule communauté, la reconnaissance et l'acceptation de l'existence d'affiliations multiples, sans exiger des individus qu'ils choisissent exclusivement une affiliation, seront également importantes.

#### Mécanismes de réconciliation

Bien qu'il existe de nombreuses typologies de mécanismes de réconciliation, nous en retenons trois qui pourraient être pertinents pour l'Ukraine post-conflit : les mécanismes instrumentaux, historiques et structurels. Les mécanismes instrumentaux tentent de rompre le cycle de l'hostilité et des identités opposées en permettant des perceptions positives et des expériences partagées dans le présent<sup>15</sup>. La mesure la plus simple est la déclaration publique des dirigeants politiques, sociaux, culturels et religieux. Il peut s'agir de déclarations de respect, d'excuses pour les préjudices subis ou d'autres gestes symboliques<sup>16</sup>. Nelson Mandela portant un maillot des

7. *Ibid.*

8. « Address by the President of the Russian Federation » (*Président de la Fédération de Russie*, 21 février 2022) <<http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67828>>.

9. Canan Saritepe, « Russians, Ukrainians Two Separate Nations: Kuleba to Putin » (*Qirim News* 1<sup>er</sup> juillet 2021) <<https://qirim.news/en/kryimskie-tataryi-en/russians-ukrainians-two-separate-nations-kuleba-to-putin/>>.

10. Sergiu Constantin, « Ethnic and Linguistic Identity in Ukraine? It's Complicated », (*Eurac Research* 21 mars 2022) <<https://www.eurac.edu/en/blogs/mobile-people-and-diverse-societies/ethnic-and-linguistic-identity-in-ukraine-it-s-complicated>>.

11. Advisory Committee on the Framework Convention on National Minorities, Fourth Opinion on Ukraine – adopté le 10 mars 2017, publié le 5 mars 2018, ACFC/OP/IV(2017)002, 1.

12. Par exemple, Simon Shuster, « Volodymyr Zelensky: 2022 Person of the Year », (*Time* 7 décembre 2022) <<https://time.com/person-of-the-year-2022-volodymyr-zelensky/>>; Naira Davlashyan, « How Locals in Kharkiv Are Switching to Ukrainian Language Amid the Terror of Russian Bombing », (*Euronews* 8 mars 2022) <<https://www.euronews.com/2022/03/08/how-locals-in-kharkiv-are-switching-to-ukrainian-language-amid-the-terror-of-russian-bombing>>.

13. Herbert C Kelman, « Reconciliation as Identity Change: A Social-Psychological Perspective », in Yaacov Bar-Siman-Tov (dir.), *From Conflict Resolution to Reconciliation* (OUP 2004) 111, 122-24.

14. *Ibid.* 119-20; Bar-Tal et Bennink (n 1).

15. Arie Nadler et Nurit Shnabel, « Instrumental and Socioemotional paths to Intergroup Reconciliation », in A Nadler, T E Malloy and J D Fisher (dir.) *The Social Psychology of Intergroup Reconciliation*, (OUP 2008).

16. Nadler et Shnabel (n 5); Kelman (n 13); Bar-Tal et Bennink (n 1).

Springboks lors de la Coupe du monde de rugby de 1995, peu après la fin de l'apartheid en Afrique du Sud, est un exemple célèbre de geste symbolique de réconciliation bien accueilli<sup>17</sup>. Un autre mécanisme instrumental est la coopération économique, culturelle et sociale, comme le soutien de l'USAID aux microentreprises interethniques, aux entreprises commerciales communes et aux associations économiques en Bosnie-Herzégovine et en Croatie après le conflit dans les années 1990<sup>18</sup>. Ces programmes sont exécutés conjointement par les membres des deux communautés et leur procurent des avantages<sup>19</sup>. Dans un contexte post-conflit comme celui de l'Ukraine, où d'importants projets de reconstruction des infrastructures et de redéveloppement économique seront nécessaires, ces programmes peuvent être conçus pour faciliter la réconciliation en exigeant une coopération intercommunale. Un troisième mécanisme instrumental est le dialogue direct, qui comprend des opportunités structurées de conversation et de partage d'expériences entre les citoyens ordinaires qui sont membres des communautés touchées. Ces mesures ont joué un rôle important au lendemain du conflit en Irlande du Nord et ont été approuvées par l'accord du Vendredi saint<sup>20</sup>. En fonction du cadre du dialogue, cette mesure peut être étroitement liée à d'autres mesures instrumentales ou, si un programme vise principalement à discuter des expériences traumatiques passées, elle peut être plus étroitement liée aux mesures historiques décrites ci-dessous. Certaines études ont montré que le dialogue communautaire direct était très populaire auprès des participants<sup>21</sup>.

Les reconnaissances, les initiatives de coopération et le dialogue sont tous relativement peu controversés et peu risqués, en particulier dans la mesure où le dialogue est davantage axé sur le présent et l'avenir que sur le passé. Ces mesures positives ne nécessitent pas de s'attaquer aux questions fondamentales d'identité ou aux récits historiques contradictoires qui tendent à alimenter les conflits. Elles visent plutôt à modifier la dynamique entre les groupes en instaurant progressivement la confiance et la bonne volonté par le biais de déclarations, de projets et d'interactions mutuellement bénéfiques. Ainsi, s'il est peu probable que ces stratégies exacerbent les tensions à court terme, elles n'aspirent pas non plus à atténuer les problèmes sous-jacents, au risque que leur persistance ne contribue à de futurs conflits.

Contrairement aux mesures instrumentales, les mécanismes historiques et structurels s'attaquent directement aux aspects de la dynamique fondamentale qui peuvent contribuer au conflit et saper les relations de

coopération entre les groupes. Par conséquent, ces mécanismes sont, par nature, des projets difficiles et à forts enjeux. S'ils peuvent permettre un changement profond dans la manière dont chaque groupe comprend l'autre et interagit avec lui, ils sont également susceptibles d'être controversés, en particulier dans la période qui suit immédiatement le conflit. S'ils échouent, ils risquent de contribuer au cycle de l'escalade des conflits et des identités opposées, plutôt que de l'interrompre.

Les mécanismes historiques qui traitent du passé peuvent inclure des programmes éducatifs visant à informer le public sur les événements passés, des mémoriaux pour les honorer ou les commémorer, ou des projets universitaires conjoints pour effectuer des recherches formelles et enregistrer les événements historiques<sup>22</sup>. Le mécanisme historique le plus important est sans doute la justice transitionnelle. Les procès pour crimes de guerre, les commissions de vérité et d'autres processus judiciaires similaires permettent au public de faire le point sur le passé et de rendre compte des atrocités commises<sup>23</sup>. Le domaine de la justice transitionnelle part du principe que les sociétés doivent s'attaquer aux préjudices causés par un conflit ou un gouvernement autoritaire afin d'établir une société démocratique, juste et stable<sup>24</sup>. L'Ukraine a élaboré un projet de feuille de route non public et un projet de loi sur la justice transitionnelle pour le Donbas et la Crimée en 2020, mais aucun n'a été adopté et, bien sûr, aucun ne traite de l'invasion qui a suivi<sup>25</sup>. Le projet de loi, depuis lors retiré, proposait des procès pénaux, des réparations pour les victimes, des mémoriaux et une lustration, ainsi que des mesures relatives à la justice en matière de genre et à la consolidation de la paix, parmi d'autres mesures relatives à la transition politique et à la justice transitionnelle<sup>26</sup>.

17. Melanie Esta Sarah Garson, *The Third Pillar: The Role of Reconciliation in Supporting Peace Agreements*, thèse, School of Public Policy, University College London (mai 2017) 41.  
18. Krishna Kumar, « Promoting Social Reconciliation in Postconflict Societies: Selected Lessons From USAID's Experience », USAID Program and Operations Assessment Report No. 24 (janvier 1999), <<https://www.oecd.org/derec/unitedstates/35112635.pdf>>.  
19. Nadler et Shnabel (n 5); Kelman (n 13); Bar-Tal et Bennink (n 1).  
20. Baylis (n 2); Garson (n 17) 44.  
21. Garson (n 17) 175.

22. Nadler et Shnabel (n 5); Kelman (n 13); Bar-Tal et Bennink (n 1).  
23. Ruti Teitel, *Transitional Justice* (OUP 2002); Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (Beacon Hill Press 1998).  
24. Aiken, (n 4)  
25. Kateryna Busol, « Mariupol and the Origins and Avenues of Ukraine's Transitional Justice Process », (*Just Security* 1<sup>er</sup> juin 2022) <<https://www.justsecurity.org/81680/mariupol-and-the-origins-and-avenues-of-ukraines-transitional-justice-process/>>; Kateryna Busol et Rebecca Hamilton, « Transitional Justice in Ukraine: Guidance to Policymakers », (*Just Security* 2 juin 2022) <<https://www.justsecurity.org/81719/transitional-justice-in-ukraine-guidance-to-policymakers/>>; Elisenda Calvet-Martinez, « Options for a Peace Settlement for Ukraine: Option Paper XIV - Transitional Justice in a Settlement to End the Conflict between Ukraine and Russia », (*Opinio Juris* 11 août 2022) <<http://opiniojuris.org/2022/08/11/options-for-a-peace-settlement-for-ukraine-option-paper-xiv-transitional-justice-in-a-settlement-to-end-the-conflict-between-ukraine-and-russia/>>.  
26. Busol (n 25); European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Ukraine, Opinion on the Draft Law « On the Principles of State Policy of the Transition Period », Adopted by the Venice Commission at its 128<sup>th</sup> Plenary Session (Venise et en ligne, 15-16 octobre 2021), Opinion No.1046/2021, CDL-AD(2021)038 (18 October 2021) (« Venice Commission 2021 Opinion »). Le projet de feuille de route proposait également des poursuites pénales pour les crimes de guerre et pour les dirigeants de l'administration d'occupation, ainsi que la lustration, un rôle de recherche de la vérité, des mémoriaux, l'indemnisation des victimes et des réformes visant à garantir une administration équitable dans le Donbas et en Crimée. Oksana Kovalenko et Katerina Kobernik, « Punishment for War Criminals, Compensation for Victims and Monuments for Heroes - What Will Justice Be Like After the War: Interview with Permanent Representative of the President in Crimea Anton Korinevich » (*Babel* 8 juillet 2020), <<https://babel.ua/texts/46817->

En ce qui concerne les procès, depuis les années 1990, des tribunaux pénaux internationaux et hybrides ont été créés pour juger les crimes de guerre, les génocides et les crimes contre l'humanité commis en ex-Yougoslavie, au Rwanda, en Sierra Leone, au Cambodge, en République centrafricaine, au Tchad et au Timor-Oriental, et la Cour pénale internationale a enquêté sur des situations dans plus de quinze pays<sup>27</sup>. L'Ukraine a déjà organisé des procès pour crimes de guerre contre des soldats russes, et les soldats russes et ukrainiens pourraient être tenus pour responsables de crimes de guerre ou de génocide devant les tribunaux ukrainiens<sup>28</sup>. La Cour pénale internationale enquête également sur des allégations de crimes internationaux en Ukraine, et la Commission européenne étudie les possibilités de créer une cour pénale internationale ou hybride<sup>29</sup>. L'un des avantages des procès en tant que mesure de réconciliation est qu'ils mettent l'accent sur la culpabilité individuelle plutôt que sur la culpabilité collective. En affirmant que ce sont des soldats individuels, et non des Russes ou des Ukrainiens en tant que groupe, qui portent la responsabilité des atrocités qu'ils ont commises, les procès peuvent diminuer l'association de ces préjudices avec le groupe de l'auteur dans son ensemble, et ainsi permettre de rompre le cycle d'escalade de l'antagonisme et de l'identification oppositionnelle. Cependant, cette focalisation sur les individus limite également l'efficacité des procès en tant que mécanisme de réconciliation ; les procès ne portent que sur les actes d'un individu et non sur le conflit dans son ensemble. De plus, les procédures, les transcriptions et les jugements ne sont pas toujours facilement accessibles ou compréhensibles pour le public. La Commission de Venise a critiqué le projet de loi ukrainien de 2020 qui traite les Russes différemment des autres ressortissants en ce qui concerne la responsabilité pénale et l'éligibilité à l'amnistie pour les crimes de guerre et les activités d'occupation dans le Donbas ; à des fins de réconciliation et en vertu des principes fondamentaux d'équité, il sera évidemment important que tous les auteurs, quelle que soit leur nationalité, soient également soumis à des poursuites pénales pour les crimes de guerre et autres atrocités<sup>30</sup>.

pokarannya-dlya-voyennih-zlochinciv-kompensaciji-dlya-zhertv-i-pamyatniki-dlya-gerojiv-yakim-bude-pravosudnya-pislya-viyni-intervu-postiynogo-predstavnika-prezidenta-v-krimu-antona-korinevicha». [Оксана Коваленко & Катерина Коберник, 'Покарання для воєнних злочинців, компенсації для жертв і пам'ятники для героїв – яким буде правосуддя після війни Інтервю постійного представника президента в Криму Антона Кориневича' (Бабель 8 липня 2020)].

27. « The Hybrids » (*Hybrid Justice*, accessed 10 mars 2023), <<https://hybridjustice.com/hybrid-and-internationalised-mechanisms/>>; « Situations under investigations », (International Criminal Court, consulté le 10 mars 2023), <<https://www.icc-cpi.int/situations-under-investigations>>.
28. « Map of War Crimes Trials in Ukraine » (*Justice Info* 6 décembre 2022), <<https://www.justiceinfo.net/en/109654-map-of-war-crimes-trials-in-ukraine.html>>.
29. « Situation in Ukraine », ICC-01/22, International Criminal Court <<https://www.icc-cpi.int/ukraine>>; « Ukraine: Commission Presents Options to Make Sure that Russia Pays for its Crimes », European Commission (30 novembre 2022) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_7311](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7311)>; « President's Office Opposes "Hybrid Tribunal" on Russia's Crime of Aggression », (*Ukrainian Pravda* 17 février 2023) <<https://www.pravda.com.ua/eng/news/2023/02/17/7389799/>>.
30. Venice Commission 2021 Opinion, para. 53-54.

Un autre mécanisme de justice transitionnelle bien établi est la commission de vérité, qui peut être autonome ou compléter les procès. Les commissions de vérité ont été largement utilisées dans plus de quarante pays, dont l'Afrique du Sud, le Canada, l'Allemagne, le Timor-Oriental et la Colombie. Les commissions de vérité ont pour objectif de créer un rapport faisant autorité sur les faits et les événements, plutôt que d'établir la responsabilité des individus. Une commission de vérité produit généralement un rapport destiné à être accessible au public et significatif, contrairement à la transcription d'un procès ou à un jugement. Une commission créée pour l'Ukraine pourrait se voir confier un mandat étendu lui permettant d'examiner non seulement les préjudices liés au conflit, mais aussi les événements de l'ère soviétique et d'autres événements historiques<sup>31</sup>. En Ukraine, il existe déjà un Institut ukrainien de la mémoire nationale, qui a constitué des archives de documents provenant des forces de l'ordre et de la police secrète de l'ère soviétique<sup>32</sup>. Le projet de feuille de route de l'Ukraine en matière de justice transitionnelle aurait proposé un processus de recherche de la vérité qui serait mené par une institution existante<sup>33</sup>. Toutefois, le projet de loi pour 2020 a été critiqué par la Commission de Venise pour avoir favorisé un récit historique officiel unique au lieu de proposer une commission de vérité ou une institution similaire, et pour s'être concentré uniquement sur l'agression russe plutôt que sur l'établissement de la vérité sur toutes les violations<sup>34</sup>. « La définition de la vérité est controversée »<sup>35</sup> et il sera important pour une commission de vérité ukrainienne de prendre des mesures pour s'assurer qu'elle n'est pas considérée comme biaisée ou partielle, par exemple en sélectionnant soigneusement les membres de la commission qui seront perçus comme neutres et en organisant des auditions publiques afin que les voix des victimes et d'autres preuves puissent être entendues directement<sup>36</sup>. Dans le cas contraire, l'enquête de la commission et sa prétention à faire autorité en matière de vérité pourraient devenir un sujet de discorde<sup>37</sup>. Les affiliations et allégeances communautaires complexes et changeantes en Ukraine ajoutent à l'incertitude quant à la manière dont le rapport d'une commission de vérité pourrait être accueilli, en particulier s'il est établi immédiatement après la fin du conflit.

Enfin, l'engagement dans la justice transitionnelle est important en ce qui concerne l'intérêt pour l'Ukraine de renforcer ses relations avec l'Europe et à devenir un État membre de l'UE. Le cadre politique de l'UE sur le soutien à la justice transitionnelle demande explicitement aux pays candidats et candidats potentiels de s'engager dans la justice transitionnelle dans les situations appropriées<sup>38</sup>.

31. Priscilla B Hayner, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, (2<sup>e</sup> edn, Routledge 2011) 20-23; Calvet-Martinez (n 25).
32. Archives de l'Institut ukrainien de la mémoire nationale <<https://hdainp.org.ua/en/about-archive-en/about-us>>.
33. Busol (n 25); Kovalenko et Kobernik (n 26).
34. Venice Commission 2021 Opinion para. 63-66.
35. Hayner (n 31) 84.
36. Ibid (n 31) 214, 218.
37. Ibid (n 31) 20-23.
38. The EU's Policy Framework on Support to Transitional Justice (2015), <[https://eeas.europa.eu/archives/docs/top\\_stories/pdf/the\\_eus\\_policy\\_framework\\_](https://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/the_eus_policy_framework_)

Le Kosovo en a tenu compte dans son partenariat avec l'UE pour créer les chambres spécialisées des tribunaux du Kosovo<sup>39</sup> ; un partenariat similaire pourrait être bénéfique à l'Ukraine dans ses aspirations à l'adhésion à l'UE.

Alors que la justice transitionnelle est tournée vers le passé et s'attaque aux fautes commises, les réformes structurelles sont tournées vers l'avenir et établissent un cadre juridique et administratif équitable pour le futur. Les mécanismes structurels comprennent des réformes visant à garantir l'égalité sociale, les droits de participation politique et l'accès à l'éducation et à d'autres services publics pour toutes les communautés, et en particulier pour les groupes minoritaires concernés<sup>40</sup>. Comme pour la justice transitionnelle, la protection des groupes minoritaires est également un aspect essentiel de l'agenda européen. L'Ukraine est partie à deux traités européens concernant la protection des groupes minoritaires : la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales<sup>41</sup> et la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires<sup>42</sup>.

Depuis des années déjà, l'Ukraine s'efforce de trouver un équilibre entre l'intérêt de développer une identité ukrainienne indépendante et la protection des groupes minoritaires. L'utilisation de la langue a souvent été au cœur de cette controverse. L'engagement de l'Ukraine auprès du Conseil de l'Europe concernant le respect de ses obligations conventionnelles au titre de la convention-cadre reflète la complexité de ces questions en Ukraine. La politique soviétique a encouragé l'utilisation de la langue russe. Une politique adoptée peu avant l'Euromaïdan a favorisé l'utilisation du russe et d'autres langues régionales. Les lois promulguées depuis lors ont encouragé l'utilisation de la langue ukrainienne, notamment en fixant des quotas pour l'utilisation de la langue, des chansons et des programmes ukrainiens à la télévision et à la radio<sup>43</sup>. Les rapports ukrainiens ont souligné la nécessité de développer l'ukrainien en tant que langue d'État et ont fait valoir que l'Ukraine devait se remettre de la surreprésentation de la langue russe dans la vie ukrainienne, induite par l'Union soviétique<sup>44</sup>. Les évaluations de la Commission de Venise, quant à elles, ont reconnu la légitimité de l'objectif de promotion d'une langue d'État et les protections offertes par l'Ukraine aux groupes minoritaires. Cependant, elles ont également conclu que l'Ukraine ne devrait pas élever son intérêt légitime à promouvoir l'utilisation de la langue ukrainienne au-dessus de son obligation de protéger les

intérêts des minorités dans l'utilisation de leur propre langue. La Commission de Venise a constaté que les politiques qui défavorisaient le russe par rapport à d'autres langues européennes étaient particulièrement préoccupantes<sup>45</sup>. Dans l'ensemble, les politiques linguistiques de l'Ukraine ont semé la discorde<sup>46</sup>.

Les protections accordées aux groupes minoritaires constituent un élément important de la réconciliation à long terme, car elles garantissent la sécurité et une participation équitable des groupes vulnérables à la société et au gouvernement. Toutefois, comme dans le cas de la justice transitionnelle, ces protections risquent de continuer à jouer un rôle de marqueur de soutien à l'une ou l'autre partie et pourraient contribuer à maintenir des identités d'opposition plutôt qu'à résoudre ces différences, en particulier à court terme.

Malgré ces risques, les initiatives historiques et structurelles sont au cœur des politiques de l'Ukraine et présentent un intérêt considérable pour la communauté internationale. D'importants efforts internationaux sont déjà en cours pour assurer la justice transitionnelle en ce qui concerne les crimes de guerre et les autres crimes internationaux commis pendant le conflit. La justice transitionnelle et la protection juridique des groupes minoritaires permettraient à l'Ukraine de s'aligner sur les valeurs européennes. Pour ces raisons, l'Ukraine doit poursuivre les procès pour crimes de guerre et aborder les questions des langues minoritaires, de l'éducation et de la participation politique. Ces mesures doivent être prises avec prudence et de manière délibérée, en veillant à ce qu'elles soient équitables et en tenant compte de leurs effets à long terme sur les relations entre les communautés au sein de l'Ukraine.

### Conclusion

Lorsque, comme en Ukraine, les conflits armés ne sont pas uniquement politiques mais s'appuient sur les divisions sociales et les renforcent, des mesures de réconciliation peuvent s'avérer nécessaires pour s'attaquer au cycle d'auto-alimentant du conflit et des identités opposées. Une fois qu'une relation auto-entretenu et mutuellement antagoniste a été établie, il est difficile pour les communautés affectées de collaborer de manière constructive au sein de la même société et il est facile pour les conflits armés de réapparaître. Dans de tels contextes, les mesures de réconciliation sont importantes pour promouvoir le succès à long terme de tout accord de paix et pour permettre des interactions constructives entre les groupes concernés au sein d'un même État.

on\_support\_to\_transitional\_justice.pdf.

39. Emanuele Cimiotta, « The Specialist Chambers and the Specialist Prosecutor's Office in Kosovo: The "Regionalization" of International Criminal Justice in Context » [2016] 14 *Journal of International Criminal Justice* 53, 69.

40. Nadler et Shnabel (n 5) ; Bar-Tal et Bennink (n 1).

41. Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (Conseil de l'Europe, 1995) <<https://rm.coe.int/09000016800c10cf>>.

42. Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (Conseil de l'Europe, 1998) <<https://rm.coe.int/1680695175>>.

43. Advisory Committee on the Framework Convention on National Minorities, Fourth Opinion on Ukraine - adopté le 10 mars 2017, publié le 5 mars 2018, ACFC/OP/IV(2017)002, para. 117 ; Fifth Periodic Report of Ukraine on Implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (10 janvier 2022) 20-22.

44. Fifth Periodic Report of Ukraine on Implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (10 janvier 2022) 20.

45. European Commission for Democracy Through Law (Commission de Venise), Opinion on the Law on Supporting the Functioning of the Ukrainian Language as the State Language, adopté par la Commission de Venise lors de sa 121<sup>e</sup> session plénière (Venise, 6-7 décembre 2019), Opinion No. 960 / 2019, para. 33, 39-44, 68-69.

46. Roman Huba, « Why Ukraine's New Language Law Will Have Long-term Consequences », (*Open Democracy* 28 mai 2019) <<https://www.opendemocracy.net/en/odr/ukraine-language-law-en/>>.

Certaines mesures de réconciliation instrumentale tendent à être relativement peu risquées et offrent des avantages mutuels à court terme. Les mesures de réconciliation historique et structurelle qui s'attaquent directement aux questions fondamentales de l'histoire et de l'identité, telles

que la justice transitionnelle et la protection des groupes minoritaires, représentent une approche à haut risque et à haut rendement qui a le potentiel d'améliorer certains des facteurs les plus fondamentaux du conflit entre les groupes, mais qui, en cas d'échec, pourrait exacerber la polarisation.



**Elisenda Calvet-Martínez** - Maître de conférences en Droit International et co-directrice de la clinique juridique lutte contre l'impunité de la Faculté de Droit de l'Universitat de Barcelona (UB)

## La justice transitionnelle dans le contexte de la guerre en Ukraine

84

Au lendemain du premier anniversaire de l'invasion de l'Ukraine par la Russie, les chances d'un accord de paix entre les parties au conflit armé sont encore très faibles<sup>1</sup>. Toutefois, cela n'empêche pas de mettre sur la table les questions qui devraient être abordées dans un futur accord de paix. Si la justice transitionnelle est souvent considérée comme un processus qui traite des atrocités<sup>2</sup> commises dans le passé, elle comprend également d'autres types de mesures, comme les garanties de non-répétition, afin d'éviter que les violations des droits de l'homme ne se reproduisent à l'avenir. Au cours des trois dernières décennies, 105 accords de paix ont inclus des mesures de justice transitionnelle, allant de l'amnistie à la création d'un tribunal spécifique, en passant par la création de commissions de vérité, la libération de prisonniers, des unités spéciales pour les personnes disparues, des mesures de réparation pour les victimes et des processus de vérification (*vetting*)<sup>3</sup>. C'est le cas du Guatemala<sup>4</sup>, du Sud-Soudan<sup>5</sup> ou de la Colombie<sup>6</sup>. Il est important de traiter les questions de justice transitionnelle dans un accord de

paix, car cela contribue à promouvoir une paix durable pour les sociétés en transition.

La justice transitionnelle peut être définie comme un processus par lequel un État traite les atrocités commises dans le passé en raison d'un conflit armé ou d'un régime autoritaire<sup>7</sup>. Ce processus peut comprendre des mécanismes judiciaires et non judiciaires et implique non seulement des aspects juridiques, mais aussi des aspects politiques, sociologiques, économiques et éthiques, bien qu'il soit analysé ici d'un point de vue juridique. Tout en reconnaissant que chaque transition est unique et doit répondre aux besoins locaux, il est essentiel d'adopter une stratégie de justice transitionnelle holistique, comprenant une combinaison de différents mécanismes de justice transitionnelle<sup>8</sup>.

Au niveau international, deux instruments pertinents élaborés par les Nations unies en 2005 établissent des normes internationales en matière de justice transitionnelle. Le premier est l'ensemble des principes contre l'impunité, qui établit l'obligation générale des États d'adopter des mesures efficaces pour lutter contre l'impunité et de reconnaître le droit à la vérité, à la justice, à la réparation et aux garanties de non-répétition<sup>9</sup>. La deuxième série de principes fondamentaux et de lignes directrices sur les réparations, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, définit la notion de « victime » et présente les différents mécanismes et types de réparation, avec une approche clairement axée sur la victime<sup>10</sup>. Ces normes internationales, bien qu'elles ne soient pas juridiquement contraignantes, guident les États en transition et imposent des limites liées à la lutte contre l'impunité.

En Ukraine, de nombreux efforts au niveau national et international se concentrent sur l'obligation de rendre des comptes pour les atrocités criminelles et sur la nécessité de créer des tribunaux spéciaux pour enquêter sur les violations graves des droits de l'homme et en poursuivre les auteurs. Poursuivre les responsables contribue à renforcer l'État de droit en confirmant que les auteurs des crimes ne restent pas impunis. Toutefois, ces mesures doivent également être accompagnées d'autres mécanismes, tels que des initiatives de recherche de la vérité, afin de s'attaquer aux causes profondes du conflit armé et de rechercher les personnes disparues, la mise en place de mécanismes de réparation avec une approche centrée sur les victimes, et des garanties de non-répétition afin de prévenir de futures

1. Lauterpacht Center for International Law, *Ukraine Peace Settlement Project*, <https://www.lcil.cam.ac.uk/researchcollaborative-projects-housed-lcil/ukraine-peace-settlement-project>.
2. Le terme « atrocités » est utilisé dans un sens large pour inclure les violations graves des droits de l'homme telles que les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide, les disparitions forcées, la torture, les exécutions extrajudiciaires et les crimes de violence sexuelle liés aux conflits.
3. Bell, Christine, Sanja Badanjak, Juline Beujouan, Robert Forster, Tim Epple, Astrid Jamar, Kevin McNicholl, Sean Molloy, Kathryn Nash, Jan Pospisil, Robert Wilson et Laura Wise *PA-X Codebook, Version 6* (2022). La base de données comprend plus de 1959 accords dans plus de 140 processus de paix. Voir [www.peaceagreements.org](http://www.peaceagreements.org)
4. Accord global sur les droits de l'homme entre le gouvernement du Guatemala et l'*Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca* (URNG), 29 mars 1994, ayant créé une commission de vérité.
5. Accord revitalisé sur le règlement du conflit en République du Soudan du Sud (R-ARCSS) du 19 septembre 2018, qui comporte un chapitre spécifique sur « Justice transitionnelle, responsabilité, réconciliation et guérison ».
6. Accord final pour mettre fin au conflit armé et construire une paix stable et durable du 24 novembre 2016 entre le gouvernement colombien et les FARC-EP, qui crée un « système global pour la vérité, la justice, les réparations et la non-récurrence ».

7. Juan E Méndez, « Accountability for Past Abuses » (2017) 1 *Genocide and Human Rights* 429.
8. Conseil de sécurité des Nations unies, Rapport du Secrétaire général, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, UN Doc. S/2004/616, 23 août 2004, para 26.
9. Commission des droits de l'homme des Nations unies, *Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity*, Diane Orentlicher, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 février 2005.
10. Assemblée Générale des Nations Unies, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, résolution 60/147, 16 décembre 2005.

violations de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de l'Ukraine.

### 1. Mesures de recherche de la vérité

Le droit à la vérité est un droit autonome et inaliénable, lié au devoir de l'État de protéger et de garantir les droits de l'homme, de mener des enquêtes efficaces et de garantir des recours et des réparations efficaces<sup>11</sup>. Le droit de connaître la vérité est généralement invoqué dans un contexte de violations graves des droits de l'homme et a une dimension individuelle et collective. Dans le processus de paix ukrainien, il pourrait être promu par deux types de mécanismes : une commission de vérité et une unité spéciale pour les personnes disparues.

#### Commission de vérité

Le mécanisme de justice transitionnelle non judiciaire le plus courant est la création d'une commission de vérité. Hayner définit une commission de vérité comme un mécanisme qui traite du passé, enquête sur un ensemble d'abus commis sur une certaine période, a un caractère temporaire, s'engage largement auprès de la population affectée et est officiellement autorisé par l'État<sup>12</sup>.

La première commission de vérité pour la recherche des personnes disparues a été créée en Ouganda en 1974. Depuis lors, plus de 50 commissions de vérité ont été créées, principalement en Amérique latine et en Afrique, parmi lesquelles la célèbre commission de vérité de l'Argentine<sup>13</sup> et la commission de vérité et de réconciliation de l'Afrique du Sud<sup>14</sup>. L'une des commissions de vérité les plus récentes et les plus innovantes a été celle mise en place en Colombie pour traiter des atrocités de masse commises pendant le conflit armé interne avec la guérilla FARC-EP, qui a duré plus de 50 ans<sup>15</sup>.

Dans le cas de l'Ukraine, une commission de vérité pourrait être créée avec pour mandat d'étudier non seulement les atrocités commises à partir de l'invasion russe en février 2022, mais aussi celles commises dans le cadre du conflit armé en cours dans la région du Donbass depuis 2014. Certains éléments devraient être pris en considération. La commission de vérité devrait se fonder sur une consultation publique préalable et large avec la société civile, les organisations de défense des droits de

l'homme, les victimes et les survivants. L'indépendance, l'impartialité et la compétence de ses membres doivent être garanties, en tenant compte de la représentativité géographique et du genre. Le champ d'action de la commission doit être large et couvrir toutes les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, y compris les droits civils et politiques, mais aussi les droits économiques, sociaux et culturels, en accordant une attention particulière à l'expérience des femmes, des personnes déplacées et d'autres groupes vulnérables. Tout au long de son travail, la commission devrait établir des garanties spécifiques pour les victimes afin d'éviter des nouveaux traumatismes. Le mandat de la commission de vérité pourrait aller plus loin en incluant les violations des droits de l'homme commises pendant l'ère soviétique et post-soviétique. Le mandat et les fonctions de la commission de vérité pourraient être définis dans l'accord de paix ou bien l'accord pourrait n'inclure que les termes généraux du mécanisme et laisser les détails du mandat à définir ultérieurement, par l'adoption d'une législation nationale<sup>16</sup>.

L'avantage d'une commission de vérité pour l'Ukraine serait qu'elle pourrait aller au-delà de la simple documentation des faits et analyser les raisons des violations des droits de l'homme et ce qui devrait être fait pour empêcher que ces atrocités ne se reproduisent à l'avenir. Le travail d'une commission de vérité peut contribuer de manière significative à la vérité et à la reconnaissance officielle des préjudices subis par les victimes dans le contexte du conflit armé. Les institutions existantes, telles que l'Institut ukrainien de la mémoire nationale ou des entités similaires, peuvent travailler sur des initiatives visant à préserver la mémoire collective et à prévenir les arguments révisionnistes et négationnistes.

Mais pour être efficace et contribuer à la réconciliation, la commission de vérité doit inclure toutes les parties au conflit armé afin d'éviter d'exacerber le fossé idéologique entre les Ukrainiens et l'Ukraine et la Russie<sup>17</sup>. La commission de vérité doit également disposer de ressources suffisantes pour garantir son indépendance et être en mesure de remplir son mandat. Enfin, un soutien institutionnel est indispensable pour mettre pleinement en œuvre les recommandations de la commission de vérité une fois le rapport final publié.

#### Unité spéciale pour les personnes disparues

Les Nations unies ont recensé 270 cas de détention arbitraire et de disparition forcée en Ukraine entre le 24 février et le 15 mai 2022<sup>18</sup>. La police ukrainienne a enregistré plus de 9 000 personnes disparues depuis l'invasion russe en

11. Dermot Groome, « The Right to Truth in the Fight against Impunity » (2011) 29 *Berkeley Journal of International Law* 175.

12. Priscilla B Hayner, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions* (2e édition, Routledge 2011), 8.

13. *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (CONADEP, Commission nationale sur la disparition de personnes), Rapport Jamais Plus (*Nunca Más*), 1984 (<https://www.usip.org/publications/1983/12/truth-commission-argentina>).

14. Commission sud-africaine de la vérité et de la réconciliation (CVR), mise en place par le gouvernement d'unité nationale pour aider à faire face à ce qui s'est passé sous le régime de l'apartheid (<https://www.justice.gov.za/trc/>).

15. *Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*, créée en 2017 pour traiter des atrocités commises pendant le conflit armé interne avec la guérilla des FARC-EP, qui a publié le rapport en juillet 2022 (<https://comisiondelaverdad.co/>).

16. PB Hayner, *Unspeakable Truths 2e: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions* (Routledge 2011).

17. Ilya Nuzov, « The Dynamics of Collective Memory in Ukraine Crisis: A Transitional Justice Perspective » (2017) 11 *International Journal of Transitional Justice* 132.

18. OHCHR, « Ukraine : la Haute-Commissaire fait le point sur la situation devant le Conseil des droits de l'homme » (Geneva, 5 juillet 2022), <https://www.ohchr.org/fr/statements/2022/07/ukraine-high-commissioner-updates-human-rights-council>.

2022<sup>19</sup>, mais les chiffres pourraient être plus élevés si l'on inclut les disparitions survenues dans le cadre du conflit armé en cours depuis 2014. La souffrance des proches qui ne savent pas ce qu'il est advenu de leurs êtres chers et où ils se trouvent constitue un traitement inhumain au regard des mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme<sup>20</sup>. La lutte contre les disparitions forcées peut contribuer à la paix, car elle permet d'alléger ces souffrances et contribue à la satisfaction des droits à la vérité et à la réparation. Il est donc important de traiter les disparitions forcées, non seulement d'un point de vue humanitaire, mais aussi d'un point de vue judiciaire, par le biais d'une enquête rapide et efficace sur les faits, de la poursuite des responsables et d'une réparation intégrale pour les victimes<sup>21</sup>. Ce mécanisme a été utilisé dans d'autres processus de paix dans les Balkans<sup>22</sup>, au Népal<sup>23</sup> et en Colombie<sup>24</sup>.

Un accord de paix pour la guerre en Ukraine pourrait prévoir la création d'une unité ou une commission spéciale pour les personnes disparues. Son mandat consisterait à déterminer le sort des personnes disparues et le lieu où elles se trouvent et, en cas de décès, à restituer leurs dépouilles à leurs proches afin qu'ils puissent les enterrer conformément à leurs traditions et à leurs croyances. Cette unité pourrait coordonner ses activités avec la Commission internationale pour les personnes disparues, qui a déjà engagé un programme soutenu par l'UE, le Canada, l'Allemagne et les États-Unis, afin de localiser et d'identifier les disparus de la guerre en Ukraine<sup>25</sup>.

## 2. Mesures de responsabilisation : lutte contre l'impunité

Les États ont l'obligation d'enquêter rapidement et efficacement sur les violations graves des droits de l'homme, conformément au droit international. Pour garantir le droit à la justice, il est important d'adopter une approche centrée sur la victime et d'assurer le droit à un recours effectif. En même temps, les enquêtes doivent être menées par des organes indépendants et impartiaux et poursuivre les crimes commis par toutes les parties au conflit armé. Il est également important d'adopter une approche sexospécifique, car les crimes de violence

sexuelle liés aux conflits restent souvent invisibles, ce qui perpétue l'impunité<sup>26</sup>.

### Lois d'amnistie

L'adoption de lois d'amnistie est probablement l'un des aspects les plus controversés des négociations d'accords de paix. Certains considèrent les lois d'amnistie comme un obstacle à la justice, tandis que d'autres estiment que les mesures d'amnistie sont essentielles à une paix durable. En droit international, les lois d'amnistie ne sont pas interdites, mais elles ne peuvent pas empêcher les enquêtes et les poursuites concernant les violations graves des droits de l'homme, telles que les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ou le génocide. Par conséquent, les amnisties générales ne sont pas acceptées par le droit international, car elles contribuent à l'impunité des atrocités criminelles<sup>27</sup>.

Dans le contexte de la guerre en Ukraine, les accords de Minsk I (2014) et II (2015) ont inclus une clause d'amnistie en prévoyant l'adoption d'une « loi interdisant de poursuivre et de punir des personnes en ce qui concerne les événements qui ont eu lieu dans certaines régions des régions de Donetsk et de Louhansk en Ukraine ». Si ces dispositions ne violent pas nécessairement le droit international, un futur accord de paix, en particulier s'il est parrainé par les Nations unies, devrait explicitement exclure tout type d'amnistie ou de pardon pour les personnes responsables d'atrocités criminelles qui empêcheraient leur enquête et leur poursuite. Si l'amnistie est jugée nécessaire pour promouvoir la paix et la réconciliation, elle doit être aussi limitée que possible, par exemple en excluant les « plus responsables » et les crimes les plus graves, et en ne se contentant pas d'accorder l'immunité à certains groupes d'individus<sup>28</sup>.

### Mécanisme de coordination pour documenter les atrocités criminelles

La documentation est un élément essentiel de la justice transitionnelle. Elle ouvre la voie à la responsabilisation des auteurs, à la réparation des victimes, à la commémoration et aux réformes institutionnelles qui aident à prévenir la répétition de graves violations des droits de l'homme. Elle contribue également à clarifier le récit et aide les survivants à faire face aux conséquences du conflit. Par le passé, les processus de justice transitionnelle ont été retardés, des preuves ont été détruites et des témoins sont morts. Alors que nous sommes confrontés à des efforts sans précédent pour documenter les atrocités commises

19. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Mémoire sur les conséquences de la guerre en Ukraine en matière de droits humains*, 8 juillet 2022.

20. Marthe LOT Vermeulen, « « Living beyond Death »: Torture or Other Ill-Treatment Claims in Enforced Disappearances Cases » (2008) 1 *Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. & Eur. Hum. Rts.* 159.

21. Elisenda Calvet Martínez, *Desapariciones Forzadas y Justicia Transicional* (Tirant lo Blanch 2018).

22. ICMP, « ICMP International Commission on Missing Persons » (<https://www.icmp.int/>).

23. Commission d'enquête sur les disparitions forcées mise en place sur la base des accords de paix de 2006 entre le gouvernement et les Maoïstes (<https://ciedp.gov.np/en/home/>).

24. UBPD, « UBPD - Unidad de Búsqueda de Personas Dadas Por Desaparecidas » (<https://ubpdbusquedadesaparecidos.co/>).

25. ICMP, « How the International Commission on Missing Persons Works in Ukraine » (2022) (<https://www.icmp.int/news/icmp-dg-op-ed-how-the-international-commission-on-missing-persons-works-in-ukraine/>).

26. Réunion du Conseil de sécurité des Nations unies, « Conseil de sécurité: le conflit en Ukraine entraîne une crise de la traite des personnes, alerte une Représentante spéciale » (2022) (<https://press.un.org/fr/2022/cs14926.doc.htm>).

27. Conseil de sécurité des Nations unies, Rapport du Secrétaire général, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, op. cit.

28. L. Mallinder, « Can Amnesties and International Justice Be Reconciled? » (2007) 1 *International Journal of Transitional Justice* 208.

en Ukraine, il est important de garder à l'esprit que ce processus ne doit pas traumatiser à nouveau les victimes et dupliquer les preuves.

S'il incombe en premier lieu aux États de poursuivre les auteurs d'atrocités criminelles, la participation et le soutien de la communauté internationale peuvent jouer un rôle important dans la lutte contre l'impunité. Dans le contexte de la guerre en Ukraine, des efforts concertés sont déployés pour enquêter sur ces crimes à partir de différentes juridictions. Au niveau de l'État, les autorités ukrainiennes ont ouvert plus de 71 000 enquêtes sur des crimes de guerre à grande échelle et 276 personnes ont été inculpées<sup>29</sup>. D'autres États, tels que l'Estonie, la France, l'Allemagne, la Lettonie, la Lituanie, la Norvège, la Pologne, la Slovaquie, l'Espagne, la Suède et la Suisse ont ouvert ou déclaré vouloir ouvrir des enquêtes pénales sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis dans le cadre de la guerre en Ukraine, sur la base du principe de compétence universelle de leurs tribunaux<sup>30</sup>.

Au niveau international, le Conseil des droits de l'homme des Nations unies a créé une Commission internationale indépendante d'enquête sur l'Ukraine (CIIIE) chargée d'enquêter sur les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international dans le cadre de l'agression contre l'Ukraine<sup>31</sup>. En outre, la Cour pénale internationale (CPI) enquête depuis le 21 novembre 2013 sur les allégations passées et présentes de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de génocide commis sur le territoire ukrainien par toute personne<sup>32</sup>. Le 17 mars 2023, la CPI a délivré deux mandats d'arrêt à l'encontre du président Vladimir Poutine et de M<sup>me</sup> Maria Lvova-Belova pour la déportation et le transfert illégaux d'enfants ukrainiens des zones occupées de l'Ukraine vers la Fédération de Russie, qui (s'ils sont prouvés) constituent des crimes de guerre en vertu du Statut de Rome<sup>33</sup>. La coopération internationale des États parties au Statut de Rome pour l'exécution des mandats d'arrêt sera essentielle pour la poursuite des procès, car la CPI ne peut pas juger par contumace. Toutefois, des questions d'immunité *ratione personae* peuvent se poser, car Poutine est un chef d'État en exercice. Comme on l'a vu dans le cas de l'ex-président du Soudan Omar al-Bashir, de nombreuses difficultés surgissent lorsque des États non parties et des États parties au Statut de Rome sont appelés à détenir

des chefs d'État<sup>34</sup>. Le fait que Poutine et Lvova-Belova soient des ressortissants d'un État non partie au Statut de Rome peut également susciter la controverse, car certains États, comme les États-Unis, se sont fermement opposés à l'exercice de la compétence de la CPI sans que le Conseil de sécurité n'ait été saisi de la situation ou que l'État concerné n'ait donné son consentement<sup>35</sup>. L'impact de ces mandats d'arrêt et de l'ouverture d'enquêtes par la CPI sur un éventuel accord de paix peut également susciter des inquiétudes.

En outre, l'UE, les États-Unis et le Royaume-Uni ont créé le groupe consultatif sur les atrocités criminelles pour l'Ukraine afin de soutenir le travail de l'unité des crimes de guerre du bureau du procureur général de l'Ukraine<sup>36</sup>. Parallèlement, les États membres de l'UE, les pays tiers et la CPI ont rejoint l'équipe commune d'enquête de l'UE (ECE) coordonnée par Eurojust<sup>37</sup>. L'ECE, composée de juges, de procureurs et de représentants des forces de l'ordre, est un mécanisme de coopération pénale internationale dans le cadre duquel Eurojust aide les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites qui ont ouvert des enquêtes sur des crimes internationaux graves dans le contexte de la guerre en Ukraine<sup>38</sup>. En mars 2023, l'Ukraine, la CPI et l'UE ont créé un mécanisme de coordination appelé Groupe de dialogue sur la responsabilité pour l'Ukraine qui offrira une plateforme aux États, aux organisations internationales et à la société civile pour discuter et aligner les initiatives de responsabilité nationales et internationales concernant les crimes commis en Ukraine.

#### **Création de mécanismes de justice spécifiques avec une composante internationale**

L'enquête et la poursuite des crimes d'atrocité étant très complexes et difficiles, car ils sont souvent commis de manière systématique, il pourrait être nécessaire de mettre en place un mécanisme spécifique de justice transitionnelle pour traiter ces crimes avec le soutien de la communauté internationale. Différentes options sont sur la table : la création d'un tribunal pénal hybride pour l'enquête et la poursuite des atrocités criminelles ; la création d'un bureau de procureur hybride qui travaillerait en collaboration avec le bureau du procureur général ukrainien ; la création d'un tribunal pénal ad hoc pour enquêter sur le crime

29. Stephanie Van den Berg et Anthony Deutsch, « Explainer: How Are War Crimes in Ukraine Being Investigated? », Reuters (2023).

30. Yvonne M. Dutton, « Prosecuting Atrocities Committed in Ukraine: A New Era for Universal Jurisdiction? » [2022] Case Western Reserve Journal of International Law (<https://papers.ssrn.com/abstract=4235676>).

31. Conseil des droits de l'homme, *Situation des droits de l'homme en Ukraine à la suite de l'agression russe*, résolution 49/1, UN Doc. A/HRC/RES/49/1, 3 mars 2022.

32. CPI, « Ukraine | International Criminal Court » (<https://www.icc-cpi.int/ukraine>).

33. CPI, « Déclaration du Procureur Karim A.A. Khan KC à la suite de la délivrance des mandats d'arrêt émis à l'encontre du Président Vladimir Poutine et de M<sup>me</sup> Maria Lvova Belova » (2023) (<https://www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-procureur-karim-khan-kc-la-suite-de-la-delivrance-des-mandats-darret-emis>).

34. Ntombizozuko Dyani-Mhango, « South Africa's Dilemma: Immunity Laws, International Obligations, and the Visit by Sudan's President Omar Al Bashir » (2017) 26 *Washington International Law Journal* 535.

35. Miles Jackson, « The ICC Arrest Warrants against Vladimir Putin and Maria Lvova-Belova. An Outline of Issues » (*EJIL: Talk!*, 2023) (<https://www.ejiltalk.org/the-icc-arrest-warrants-against-vladimir-putin-and-maria-lvova-belova-an-outline-of-issues/>).

36. United States Department of State, « Creation of Atrocity Crimes Advisory Group for Ukraine » (2023) (<https://www.state.gov/creation-of-atrocity-crimes-advisory-group-for-ukraine/>).

37. Eurojust, « Eurojust and the War in Ukraine | Eurojust | European Union Agency for Criminal Justice Cooperation » (2023) (<https://www.eurojust.europa.eu/eurojust-and-the-war-in-ukraine>).

38. Julia Crauford, « Ukraine, ICC and Eurojust: How Will That Work » *Justiceinfo.net* (2022) (<https://www.justiceinfo.net/en/91763-ukraine-icc-eurojust-how-will-that-work.html>).

d'agression, étant donné que la CPI n'est pas compétente pour ce crime s'agissant de l'Ukraine<sup>39</sup>.

Les principaux avantages d'un tribunal ou d'un procureur hybride sont que ces mécanismes sont composés à la fois de membres internationaux et locaux. La présence des membres internationaux contribue à protéger le mécanisme des interférences politiques et à accroître son indépendance. Le fait de travailler avec des membres locaux permet de renforcer les capacités institutionnelles et contribue à consolider le système judiciaire national et l'État de droit<sup>40</sup>. L'un de ses principaux inconvénients est l'absence probable de coopération judiciaire entre l'Ukraine et la Russie pour les enquêtes et les poursuites relatives aux crimes d'atrocité. Si la Russie refuse de s'engager dans l'un des mécanismes présentés ci-dessus, il sera très difficile d'obliger les responsables à rendre des comptes.

Une autre problématique importante concerne le type de personnes qui seront traduites en justice (des décideurs politiques seulement, ou des personnes de fonction moins importante également) et la possibilité dans le cadre de ces régimes d'inculper ces personnes sur la base de la responsabilité du commandement. Une autre question qui se pose est de savoir où ces mécanismes doivent être établis : en Ukraine, où les crimes ont été commis, ou dans un pays tiers ? Si l'option ukrainienne est la meilleure en termes d'accès des victimes à la justice et aux preuves, un mécanisme situé en dehors de l'Ukraine pourrait également être plus indépendant et impartial, en particulier s'il était compétent en matière de crime d'agression.

En effet, des voix se sont élevées en faveur de la création d'un tribunal pénal spécial pour l'agression afin de poursuivre le président Poutine et les hauts fonctionnaires russes. Cependant, il existe un certain nombre de complications, telles que la question de l'immunité des fonctionnaires en exercice et des anciens fonctionnaires, le coût élevé de la création d'un nouveau tribunal ad hoc<sup>41</sup>, et la question de la sélectivité de la justice pénale internationale en donnant la priorité aux enquêtes criminelles s'agissant de l'Ukraine et non dans d'autres contextes similaires<sup>42</sup>. Néanmoins, certaines mesures ont été prises avec la création en mars 2023 du Centre de poursuite du crime d'agression contre l'Ukraine (ICPA), qui sera basé à La Haye et fera partie de l'équipe commune d'enquête

coordonnée par Eurojust<sup>43</sup>. L'ICPA a pour objectif de recueillir des preuves et de préparer l'accusation pour les futurs procès, nationaux ou internationaux, sur le crime d'agression dans le contexte de l'Ukraine.

### 3. Réparations et garanties de non-répétition

Les sociétés en transition doivent prévoir des voies de recours pour les victimes de graves violations des droits de l'homme. À cette fin, les tribunaux et, de plus en plus, les commissions de vérité, ont un rôle fondamental à jouer lorsqu'il s'agit de reconnaître un droit à la réparation des victimes et d'orienter les mesures de réparation. Les principes des Nations unies contre l'impunité reconnaissent comme principe général que « toute violation d'un droit de l'homme fait naître un droit à réparation en faveur de la victime ou de ses ayants droit qui implique, à la charge de l'État, le devoir de réparer et la faculté de se retourner contre l'auteur ». La victime est au centre de l'attention, dépassant ainsi les conceptions traditionnelles de réparation centrées sur la relation entre l'État et l'auteur de l'infraction. Cette évolution est reflétée dans les « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation » des Nations unies, qui cherchent à codifier les normes et principes de protection des droits de l'homme du point de vue de la victime. Traditionnellement, les régimes de réparations s'inscrivent dans le cadre de la responsabilité internationale des États, dans lequel les principaux sujets sont les États, tandis que le droit international des droits de l'homme a développé une approche fondée sur les victimes et le droit à un recours effectif et à obtenir réparation. Ces deux types de réparations peuvent être abordés dans le cadre d'un futur accord de paix.

#### *Les mécanismes de réparation dans le cadre de la responsabilité de l'État*

En vertu du droit international, les États ont l'obligation de réparer les dommages lorsqu'ils commettent un acte internationalement illicite. Le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission du droit international en 2001, prévoit à l'article 31, paragraphe 1, que « l'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite »<sup>44</sup>. En vertu de ce projet, qui reflète le droit international coutumier, les dommages causés comprennent à la fois les dommages matériels et moraux. Les fondements de la réparation ont été établis dans l'affaire de l'usine de Chorzow, dans laquelle la Cour permanente de justice internationale a déterminé qu'il est bien établi en droit international général qu'un État qui porte la responsabilité d'un fait internationalement illicite

39. Voir la contribution publiée dans ce numéro par Federica D'Alessandra (page 60).

40. Voir, par exemple, le cas de la Commission internationale contre l'impunité au Guatemala, qui a agi en tant que parquet international et a travaillé en collaboration avec les procureurs nationaux. Voir aussi Andrew Hudson et Alexandra W Taylor, « The International Commission against Impunity in Guatemala: A New Model for International Criminal Justice Mechanisms » (2010) 8 *Journal of International Criminal Justice* 53.

41. Kevin Jon Heller, « Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea - *Opinio Juris* » (7 March 2022) (<https://opiniojuris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-a-bad-idea/>).

42. « The ICC at 20: Elusive Success, Double Standards and the "Ukraine Moment" - *JusticeInfo.Net* » (<https://www.justiceinfo.net/en/102866-icc-20-elusive-success-double-standards-ukraine-moment.html>).

43. Oleksandra Drik, « New Tribunal Announced to Prosecute Russian Crime of Aggression in Ukraine \* *Visegrad Insight* » (8 March 2023) (<https://visegradinsight.eu/new-tribunal-announced-to-prosecute-russian-crime-of-aggression-in-ukraine/>).

44. Commission du droit international de l'ONU, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales*, adopté par l'Assemblée Générale par la résolution 56/83 du 12 décembre 2001.

est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par ce fait à l'État lésé<sup>45</sup>.

L'invasion de l'Ukraine par la Russie est un acte d'agression qui viole le principe de prohibition de la menace ou de l'emploi de la force inscrit dans la Charte des Nations unies. Ce principe constitue une norme impérative, ce qui signifie que sa violation n'affecte pas seulement l'Ukraine mais l'ensemble de la communauté internationale. En outre, les violations du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme qui se sont produites dans le contexte du conflit armé en Ukraine entraînent également la responsabilité internationale des États parties au conflit.

Il existe différentes options pour déterminer les réparations dans le cadre de la responsabilité internationale des États. L'une d'entre elles consiste à créer un tribunal de réclamations Russie-Ukraine, une commission internationale de réclamations collectives, qui serait un tribunal ad hoc mis en place pour résoudre les violations à grande échelle du droit international résultant du conflit<sup>46</sup>. Au cours des quarante dernières années, il n'y a eu que trois commissions de ce type : le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, créé en 1981<sup>47</sup>, la Commission d'indemnisation des Nations unies (CINU) et la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie. L'autre option consiste à demander des réparations par le biais de procédures judiciaires, par exemple en déposant une plainte devant la Cour internationale de justice (CIJ). Dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (*République démocratique du Congo (RDC) c. Ouganda*), la Cour a accordé à la RDC une indemnisation pour les dommages causés aux personnes, aux biens et aux ressources naturelles d'un montant total de 325 millions de dollars américains<sup>48</sup>.

L'inconvénient des mécanismes de réparation interétatiques est qu'ils ne prennent pas toujours en considération ou ne couvrent pas les besoins de la victime, puisqu'ils sont dirigés au niveau étatique. L'option d'un tribunal des réclamations Russie-Ukraine pourrait être incluse dans un futur accord de paix, même si cela dépendra beaucoup de la manière dont le conflit armé se déroulera. L'un des principaux problèmes sera d'obtenir de la Russie qu'elle paie les dommages-intérêts, car le gel des avoirs sanctionnés ne signifie pas automatiquement que ces avoirs peuvent être saisis et affectés à un système de réparation<sup>49</sup>.

Une autre option consiste à demander une procédure judiciaire de réparation devant la CIJ ou une autre cour internationale. L'Ukraine a déjà déposé une plainte contre la Russie sur la base de la Convention sur le génocide de 1948 et a demandé à la CIJ d'adopter des mesures provisoires pour suspendre les opérations militaires de la Russie qui ont commencé le 24 février 2022<sup>50</sup>. L'un des avantages de cette stratégie est que la CIJ a eu à connaître par le passé des cas similaires de violations graves des droits de l'homme et a adopté des décisions sur les réparations. Toutefois, comme la Russie a contesté la compétence de la CIJ dans l'affaire des allégations de génocide soumise par l'Ukraine, elle pourrait également contester la compétence de la Cour pour de futures décisions en matière de réparations. En outre, ces procédures peuvent prendre beaucoup de temps et n'offrent souvent pas une réparation intégrale aux victimes, car elles sont centrées sur les États.

### Réparations centrées sur les victimes

Les principes de base et les lignes directrices en matière de réparation des Nations unies établissent que la réparation intégrale et effective du préjudice subi doit comprendre la restitution, l'indemnisation, la réadaptation, la satisfaction et les garanties de non-répétition. La capacité des mécanismes nationaux existants à obtenir réparation pour les victimes est souvent limitée, et les réparations individuelles peuvent être difficiles à accorder sans le soutien financier de la communauté internationale. Dans ce contexte, les réparations collectives visant à réparer les préjudices subis au niveau de la communauté peuvent constituer une solution et contribuer à la justice réparatrice. Ces réparations collectives devraient être fondées sur une approche inclusive, inclure une réparation morale et une reconnaissance au niveau de la communauté, et garantir aux victimes l'accès aux ressources et aux services publics.

Au niveau international, une option est la mise en place d'un mécanisme multilatéral pour traiter les demandes individuelles, à l'instar de la Commission d'indemnisation des Nations unies créée à la suite de la guerre d'Irak en 1991<sup>51</sup>. Ce mécanisme était un organe subsidiaire du Conseil de sécurité des Nations unies et était financé par le Fonds de compensation des Nations unies, qui recevait un pourcentage des recettes provenant de l'exportation du pétrole et des produits pétroliers irakiens. Une autre possibilité est celle des réparations accordées par la CPI dans les affaires en cours d'instruction dans le cadre de la guerre en Ukraine. Dans ce cas, la réparation sera liée à la poursuite des auteurs des crimes internationaux commis pendant la guerre en Ukraine et limitée à la preuve du préjudice établie dans la procédure pénale par la Cour.

45. Cour permanente de justice internationale, *Affaire de l'usine de Chorzow*, Recueil des arrêts, série A. - No. 9, 26 juillet 1927.

46. Lea Brilmayert, « Understanding "IMCCs": Compensation and Closure in the Formation and Function of International Mass Claims Commissions » (2018) 43 *The Yale Journal of International Law* 274.

47. Iran-United States Claims Tribunal créé en 1981 dans le cadre des accords d'Alger, qui ont également mis fin à la crise des otages à l'ambassade des États-Unis à Téhéran, <https://iusct.com/about/>

48. CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, décision sur les réparations du 9 février 2022.

49. Voir les contributions publiées dans ce numéro par Régis Bismuth (page 8), Anton Moiseienko (page 35) et Leanna Burnard & Mira Naseer (page 23).

50. CIJ, Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie), 27 février 2022, (<https://www.icj-cij.org/case/182>).

51. Créée en 1991 par la résolution 687(1991) du Conseil de sécurité des Nations unies pour traiter les demandes d'indemnisation et verser des compensations pour les pertes et dommages subis en raison de l'invasion du Koweït par l'Irak en 1990, (<https://uncc.ch/compensation-fund>).

Enfin, la réparation pourrait être couverte par le Fonds au profit des victimes<sup>52</sup>.

Au niveau national, un programme national de réparations peut également être mis en place en créant un mécanisme spécifique avec un soutien financier international. Parmi les exemples illustrant l'inclusion de mécanismes de réparation dans les accords de paix, citons l'accord de paix global de 1996 au Guatemala, qui établit un « organisme public responsable de la politique publique en matière d'indemnisation et/ou d'assistance aux victimes de violations des droits de l'homme et présente un programme d'indemnisation »<sup>53</sup>, et l'accord de paix de 2020 au Soudan, qui prévoit un fonds d'indemnisation et de réparation au Darfour et en détaille la composition et le fonctionnement<sup>54</sup>.

L'inclusion de mécanismes de réparation dans un futur accord de paix est essentielle et doit adopter une approche centrée sur la victime, prévoyant des compensations, mais aussi d'autres formes de réparation. Les programmes de réparation devraient se concentrer en particulier sur les réfugiés, le retour dans leurs foyers et la restitution de leurs terres et de leurs logements. Le soutien financier international sera crucial pour aider l'Ukraine à se remettre de la guerre et à réparer les dommages subis par sa population. La mise en place d'un mécanisme de réparation similaire à la Commission d'indemnisation des Nations unies semble peu probable, car le Conseil de sécurité des Nations unies est actuellement bloqué par le droit de veto de la Russie. En fin de compte, ce mécanisme pourrait être créé par d'autres organes de l'ONU, comme l'Assemblée générale.

#### Garanties de non-répétition

Les garanties de non-répétition (GNR) comprennent toutes les mesures qu'un État doit adopter pour réduire la probabilité de récurrence des violations graves des droits de l'homme<sup>55</sup>. Les réformes institutionnelles entreprises dans le cadre des processus de justice transitionnelle sont considérées comme des moyens d'empêcher cette répétition. Dans le cadre de la responsabilité internationale des États, l'article 30 (b) du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite prévoit que l'État responsable du fait internationalement illicite doit « offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent »<sup>56</sup>. Les assurances

et garanties de non-répétition visent à rétablir la confiance entre l'État lésé et l'État responsable du fait internationalement illicite<sup>57</sup>.

Les GNR sont nécessaires lorsque l'État lésé a des raisons de croire qu'un retour au *status quo ante* ne sera pas une mesure suffisante pour le protéger contre des dommages futurs. Leur objectif principal n'est donc pas seulement d'examiner les torts passés, mais aussi de prévenir les violations futures du droit international : il s'agit de mesures tournées vers l'avenir<sup>58</sup>. Ces mesures s'adressent à la société dans son ensemble, alors que la vérité, la justice et la réparation sont des droits qui appartiennent aux victimes et à leurs familles, et seulement en dernier ressort à la société<sup>59</sup>. Dans le contexte de la guerre entre la Russie et l'Ukraine, un futur accord de paix devrait inclure un certain type de mesures de GNR visant à prévenir toute violation future de la souveraineté de l'Ukraine et à l'assurer que son intégrité territoriale sera respectée. Le simple rétablissement de la situation antérieure à l'invasion de la Russie en 2022 ne suffit pas, car l'Ukraine a déjà subi une violation de sa souveraineté avec l'annexion de la Crimée par la Russie en 2014 et le conflit actuel dans la région ukrainienne du Donbass. Par conséquent, des mesures devront être prises par la partie russe pour garantir la non-répétition de la violation de ces obligations internationales à l'égard de l'Ukraine.

Au-delà de la dimension interétatique du conflit, il est difficile à l'heure actuelle de prévoir les GNR qui pourraient être incluses dans un futur accord de paix. Ces mesures se concentrent normalement sur la réforme des organes de sécurité et sur la nécessité de désarmer, démobiliser, réinsérer et réintégrer les groupes armés. Dans le contexte de la guerre entre la Russie et l'Ukraine, ces mesures peuvent inclure la garantie d'un contrôle civil des forces militaires et de sécurité ainsi que des agences de renseignement, la formation aux droits de l'homme des fonctionnaires et des employés des secteurs militaire, sécuritaire, policier, judiciaire et du renseignement, et la vérification des fonctionnaires personnellement responsables d'atrocités criminelles. Toutefois, ces programmes, axés la plupart du temps sur les organes de sécurité, ne doivent pas être mis en œuvre au détriment des victimes et des survivants et doivent veiller à ce que les groupes vulnérables tels que les femmes, les enfants, les réfugiés et les personnes déplacées n'en soient pas exclus<sup>60</sup>.

52. Le Fonds au profit des victimes ne fait pas partie de la CPI et a été créé en 2004 par l'Assemblée des États parties au Statut de Rome. L'une de ses fonctions est de mettre en œuvre les réparations ordonnées par la Cour (<https://www.icc-cpi.int/tfv>).

53. Accord de paix ferme et durable entre le gouvernement du Guatemala et l'URNG de 1996 (<https://www.peaceagreements.org/view/254>).

54. Accord de Juba pour la paix au Soudan entre le gouvernement transitoire du Soudan et les parties au processus de paix, 30 octobre 2020 (<https://www.peaceagreements.org/viewmasterdocument/2325>).

55. A Mayer-Rieckh, « Guarantees of Non-Recurrence. An Approximation » (2017) 39 *Human Rights Quarterly* 416.

56. Dans l'affaire Lagrand de la CIJ, les États-Unis avaient détenu deux ressortissants allemands, qui ont été jugés et condamnés à mort sans avoir été informés de leurs droits, comme l'exige l'article 36, paragraphe 1 (b), de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. L'Allemagne a demandé aux États-Unis des assurances et des garanties générales et

spécifiques quant aux moyens de se conformer à l'avenir à l'article 36 de la Convention de Vienne, estimant que des excuses ne constituaient pas une mesure de réparation suffisante. CIJ, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, décision, 27 juin 2001.

57. Commission du droit international des Nations unies, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, avec commentaires, 2001, 89, article 30 (9).

58. Christian J Tamst, « Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: LaGrand and the Law of State Responsibility » (2002) 27 *The Yale Journal of International Law* 441.

59. Méndez (n 7).

60. Th Van Boven, « Reparative Justice- Focus on Victims SIM Lecture 2007 » (2007) 25 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 723.

Comme les mesures de GNR prennent du temps et impliquent des réformes institutionnelles qui nécessitent un large consensus et la participation du public, elles requièrent des efforts plus concertés que d'autres mécanismes de justice transitionnelle, tels que les commissions de vérité, qui sont temporaires et ont un impact limité. L'avantage d'inclure ces mesures dans le futur accord de paix est qu'elles contribuent à instaurer la confiance non seulement entre la Russie et l'Ukraine, mais au sein de l'ensemble de la communauté internationale.

Ceci étant dit, il est difficile d'imaginer quels types de mesures la Russie pourrait s'engager à prendre pour garantir la non-répétition des violations du droit international. D'autant plus que le niveau de confiance entre la Russie et l'Ukraine est naturellement très bas.

#### 4. Remarques conclusives

Les mesures de justice transitionnelle ne concernent pas seulement les atrocités criminelles passées, mais sont également tournées vers l'avenir. Elles visent à empêcher la répétition des violations des droits de l'homme

en s'attaquant aux causes profondes du conflit armé. Il n'existe pas de modèle de justice transitionnelle auquel les États doivent se conformer, mais des études montrent que la combinaison de mécanismes non judiciaires et judiciaires contribue à la protection et au respect des droits de l'homme<sup>61</sup>.

Alors que le conflit armé en Ukraine se poursuit et que des atrocités continuent d'être commises systématiquement, il est important de continuer à documenter les violations des droits de l'homme de manière coordonnée, non seulement à des fins de responsabilisation, mais aussi pour connaître la vérité sur ce qui s'est passé et aider à déterminer le type et la forme des réparations. Différentes options ont été présentées dans cet article afin de servir de guide pour un futur accord de paix. L'inclusion des questions de justice transitionnelle dans un accord de paix est importante car elle représente l'engagement des parties au conflit armé à traiter rapidement les atrocités criminelles qui ont été commises et place les victimes et les survivants au centre de l'accord.

61. Tricia Olsen, Leigh Payne et Andrew Reiter, « The Justice Balance: When Transitional » (2010) 32 *Human Rights Quarterly*.



**Alain Pellet** · Professeur émérite,  
Université Paris Nanterre et ancien  
membre et président de la Commission du  
droit international

## Guerre en Ukraine - mutation ou résilience des principes de la Charte des Nations unies ?

Il n'est sûrement pas exagéré de dire que jamais, depuis 1945, l'ordre juridique international n'a été confronté à des menaces aussi existentielles que celles qui se sont accumulées depuis le début des années 2020. Certaines sont immédiates, d'autres à moyen ou long terme, mais toutes sont dues – plus ou moins directement –, à la folie des hommes, à l'incapacité des politiques à assumer leurs responsabilités et à résister aux sirènes du nationalisme et du populisme et, parfois, aux démons de leur propre cupidité. L'agression russe contre l'Ukraine n'en est qu'une parmi d'autres, la plus spectaculaire sans doute, pas forcément la plus périlleuse si l'on raisonne sur la durée.

Les nobles idéaux de 1919, 1928 ou 1945 de « mise hors la loi de la guerre » n'ont nullement éradiqué les conflits armés, ni internationaux, ni internes<sup>1</sup>. Pour spectaculaire et médiatisée qu'elle soit, l'agression de la Russie contre l'Ukraine est loin d'être sans précédent; celle des États-Unis et du Royaume-Uni contre l'Irak en 2003 en est un, récent et lamentable<sup>2</sup>. Il n'en reste pas moins que jamais, depuis 1945, autant de principes de la Charte n'ont été aussi cyniquement bafoués par une grande puissance; jamais, en tout cas depuis la crise des fusées de 1962, la menace de l'utilisation de l'arme nucléaire n'a été aussi ouvertement brandie si ce n'est par la Corée du Nord, fidèle soutien de la Russie; jamais, depuis la seconde guerre mondiale, un conflit armé, certes limité au territoire d'un seul État, n'a eu des conséquences aussi néfastes pour un si grand nombre de pays.

Il en résulte – et il en résultera encore – de grands bouleversements dans le contenu et l'ordonnement des principes et des règles juridiques internationaux. Il n'en est pas moins difficile, pour ne pas dire impossible, de déterminer avec certitude les conséquences directes

1. En 2021, 46 États avaient connu des conflits armés depuis 1945 dont 3 conflits majeurs et 19 de haute intensité selon l'Institut international de recherche sur la paix de Stockholm, *Sipri Yearbook 2022, Armaments, Disarmament and International Security*, p. 2.  
2. Voir Alain Pellet, « L'agression », *Le Monde*, 22 mars 2023.

de la guerre en Ukraine et les ravages opérés par d'autres crises qui ont, elles aussi, révélé les failles de l'ordre juridique international.

En déclenchant l'« opération militaire spéciale », le président de la Fédération de Russie a violé à peu près tous les principes énoncés à l'article 2 de la Charte des Nations Unies<sup>3</sup>.

C'est le cas bien sûr de celui énoncé au paragraphe 4, qui enjoint les membres de l'Organisation de s'abstenir, « dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». Certes, le principe comporte des exceptions – deux seulement : une décision du Conseil de sécurité prise en vertu du chapitre VII de la Charte autorisant le recours à la force armée, dont il n'est évidemment pas question, ou une situation de légitime défense, envisagée à l'article 51. Invoquée par Poutine, cette circonstance ne peut être retenue même si la Russie a, formellement, respecté l'obligation procédurale de « porter à la connaissance du Conseil » les mesures prises dans l'exercice de ce « droit naturel » en faisant circuler le discours du président de la Fédération prononcé au petit matin du 24 février au moment où débutait l'« opération spéciale »<sup>4</sup>. Mais, sur le fond, les motifs fantaisistes invoqués, sans que soit apportée la moindre preuve de prétendus préparatifs d'agression de l'Ukraine et de l'OTAN contre la Russie, ne sauraient abuser, même si l'on devait admettre la légitime défense préventive ou « préemptive » pourrait être licite, ce qui est fort douteux<sup>5</sup>. L'Assemblée générale des Nations Unies ne s'y est pas trompée et a, dans une résolution adoptée le 2 mars 2022 à une très large majorité, déploré « 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 »<sup>6</sup>.

En prétendant annexer la Crimée, en 2014, puis, en septembre 2022, les oblasts de Louhansk et de Donetsk et les régions de Zaporijia et de Kherson, la Russie a porté, quoique de manières différentes, une atteinte aussi évidente que grave au principe de l'intégrité territoriale des États. S'agissant de la Crimée, rattachée à l'Ukraine en 1954, la Russie n'a pas fait ouvertement usage de la force armée malgré l'infiltration massive d'unités spéciales qui, sans effusion de sang ni résistance des troupes ukrainiennes, ont pris le contrôle des principaux centres politiques et des infrastructures civiles et militaires criméens, en prélude

3. Voir dans le même sens, Robert Badinter, Bruno Cotte et Alain Pellet, *Vladimir Poutine – L'accusation* (Fayard 2023) 48-59.  
4. Lettre datée du 24 février 2022, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Fédération de Russie auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2022/154.  
5. Voir Oliver Corten, « La légitime défense préventive : un oxymore? », *Médiathèque de droit international de l'ONU*, 24 mars 2017; ou Mathias Forteau, Alina Miron et Alain Pellet, *Droit international public* (9<sup>e</sup> édition, LGDJ 2022) 1285, par. 893.  
6. Résolution ES-11/1, « Aggression contre l'Ukraine », adoptée par 141 voix pour, 5 contre et 35 abstentions.

à un référendum irrégulier. Indiscutablement incompatible avec le droit international, l'opération ne pouvait cependant, juridiquement, être qualifiée d'agression<sup>7</sup> contrairement à l'annexion du Donbass précédée par le « contrôle effectif », militaire, politique et économique que la Russie exerçait sur cette région depuis mai 2014<sup>8</sup> et par de violents combats menés par l'armée ukrainienne. Cette annexion est en outre en violation flagrante de l'Accord de Minsk II du 12 février 2015. Dans les deux cas, l'atteinte à l'intégrité territoriale de l'Ukraine - qui doit être appréciée à la date d'accession à l'indépendance<sup>9</sup> - est flagrante et a été condamnée par de fermes résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies rappelant que « nulle acquisition territoriale résultant de la menace ou de l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale [sic] »<sup>10</sup>.

En contestant la légitimité de l'existence même de l'Ukraine, État « créé artificiellement », le président russe nie l'égalité souveraine des Membres de l'ONU, premier des principes proclamés par la Charte en vue d'en atteindre les objectifs<sup>11</sup>. Du même coup, la Russie a violé et le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes<sup>12</sup> et celui de la non-intervention dans les affaires intérieures des États. Dans son discours du 24 février 2022, et dans bien d'autres, le chef de l'État russe proclame viser à « la démilitarisation et à la dénazification de l'Ukraine » et en exige la neutralité<sup>13</sup>. Pour paraphraser un *dictum* de la Cour internationale de Justice (C.I.J.) dans son célèbre arrêt de 1986 dans l'affaire opposant le Nicaragua aux États-Unis : « De toute manière, si [la Russie peut] certes porter [sa] propre appréciation sur la situation des droits de l'homme [en Ukraine] l'emploi de la force ne saurait être la méthode appropriée pour vérifier et assurer le respect de ces droits »<sup>14</sup> ; au surplus, « il n'existe pas en droit international de règles autres que celles que l'État intéressé peut accepter, 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 »<sup>15</sup>.

En recourant massivement à la force armée pour régler des différends avec l'Ukraine - reposant en grande partie sur des motifs imaginaires - la Russie a fait fi du principe énoncé par les articles 2, paragraphe 3, et 33 de la Charte selon lesquels « les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger ». Poutine, dans son discours du 24 février 2022, en a rejeté la responsabilité sur l'Ukraine : « Pendant huit ans, huit années infiniment longues, nous avons fait tout notre possible pour trouver une solution pacifique à la situation, par des moyens politiques. En pure perte »<sup>16</sup>. Il s'était, la veille de l'agression, déclaré « toujours ouvert à un dialogue direct et honnête pour trouver des solutions diplomatiques aux problèmes les plus complexes », mais en précisant : « Cependant, les intérêts et la sécurité de nos citoyens sont pour nous non négociables »<sup>17</sup>. Lui-même et d'autres politiciens russes de haut rang ont, depuis lors, réitéré cette « offre » en l'assortissant de conditions plus ou moins précises (mais toujours en exigeant la démilitarisation, la neutralisation et la « dénazification » de l'Ukraine et la reconnaissance des gains territoriaux de la Russie)<sup>18</sup>. C'est vider d'avance les négociations prétendument offertes de toute signification ; or, comme y a insisté la C.I.J., « la notion de « négociations » [...] implique, à tout le moins, que l'une des parties tente *vraiment* d'ouvrir le débat avec l'autre partie en vue de régler le différend »<sup>19</sup> et, si discussions il y a, « les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'entre elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification »<sup>20</sup>.

D'une manière plus générale, il résulte aussi de l'ensemble de ces manquements une violation manifeste du principe énoncé à l'article 2, paragraphe 2, de la Charte selon lequel les Membres des Nations Unies « doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte ». Sans doute, le principe de la bonne foi qui « est l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques [n'est-il] pas en soi une source d'obligation quand il

7. Voir Alain Pellet, « Crimée : une invasion, un référendum, une sécession? », *Le Monde*, 14 mars 2014.

8. Cour européenne des Droits de l'Homme, grande chambre, 30 novembre 2022, *Ukraine et Pays-Bas c. Russie*, requêtes n° 8019/16, 43800/14, 28525/20 (affaire du crash du vol 17 de Malaysian Airlines), par. 695.

9. Voir Commission européenne d'arbitrage pour la Yougoslavie, avis n° 2, 11 janvier 1992, *RGDIP* 1992, p. 266 ou C.I.J., avis consultatif, 25 février 2019, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice* en 1965, *Recueil* 2019, p. 133-135, par. 153-162.

10. Voir les résolutions 68/262 du 27 mars 2014 et ES-11/4, intitulées « Intégrité territoriale de l'Ukraine », qui se réfèrent notamment à la résolution 2625(XXV) du 24 octobre 1970, « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies ».

11. Article 2, par. 1, de la Charte.

12. Articles 1, par. 2, et 55 de la Charte.

13. Pour un discours plus récent de Vladimir Poutine en ce sens, voir « Ukraine War : Russia Demands Annexations Recognised Before Talks », *BBC News*, 2 décembre 2022 : voir aussi la conversation téléphonique du 5 janvier 2023 entre Vladimir Poutine et le président de la Turquie, Recep Tayyip Erdoğan, <http://www.en.kremlin.ru/events/president/news/70770>.

14. C.I.J., arrêt, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. *Recueil* 1986, p. 134, par. 268.

15. *Ibid.* p. 135, par. 269.

16. Discours préc. note 3.

17. Voir « Greetings on Defender of the Fatherland Day », site internet officiel du Kremlin, 23 février 2022 - traduction dans *Les Échos*, 23 février 2022.

18. Voir notamment 28 février 2022, « Conversation with President of France Emmanuel Macron » (<http://www.en.kremlin.ru/events/president/news/67850>) et 4 mars 2022, « Telephone Conversation with Federal Chancellor of Germany Olaf Scholz » (<http://en.kremlin.ru/events/president/news/69971>) ou, pour des discours plus récents « Ukraine War : Russia Demands Annexations Recognised Before Talks », *BBC News*, 2 décembre 2022 (<https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-63832151>) ou conversation téléphonique du 5 janvier 2023 entre Vladimir Poutine et le président de la Turquie, Recep Tayyip Erdoğan, site Internet officiel du Kremlin, 5 janvier 2023 (<http://www.en.kremlin.ru/events/president/news/70328/print>) ou, encore plus récemment, 18 mars 2023, « Concert marking the anniversary of Crimea's reunification with Russia, communiqué de presse » (<http://www.en.kremlin.ru/events/president/transcripts/68016>).

19. C.I.J., arrêt, 1<sup>er</sup> avril 2011, *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, *Recueil* 2011, p. 132, paragraphe 157 (italiques ajoutées).

20. C.I.J., arrêt, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du nord (Allemagne c. Danemark)*, *Recueil* 1969, p. 47, par. 85.

n'en existerait pas autrement »<sup>21</sup>; mais, ici, l'ensemble des autres violations attribuables à la Russie sont caractérisées par une mauvaise foi manifeste.

Il en résulte, du même coup, une remise en cause systématique de l'un des principes fondateurs du droit international selon lequel « [t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi »<sup>22</sup> (*Pacta sunt servanda*) - car la Charte des Nations Unies n'est pas le seul traité bafoué par la Russie. Les grandes conventions sur le « droit humanitaire de la guerre » en particulier les Conventions de Genève de 1949 (dont les dispositions reflètent largement des règles coutumières) font également l'objet de violations systématiques justifiant en accusation non seulement de ceux qui les commettent directement sur le terrain mais aussi du chef de l'État et des autres décideurs russes, pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité, comme en témoignent les récents mandats d'arrêt lancés par la Cour pénale internationale à l'encontre de Vladimir Poutine et de Maria Lvova-Belova, commissaire russe pour les droits de l'enfant, pour leur implication dans la déportation et le transfert en Russie d'enfants ukrainiens<sup>23</sup>. D'autres traités, imposant à la Russie des obligations plus spécifiques, sont également violés par elle - par exemple les Accords de Minsk de 2014 et 2015 ou le Mémorandum de Budapest du 5 décembre 1994, par lequel, conjointement avec les États-Unis et le Royaume-Uni, elle s'est engagée à « respecter [l']indépendance et [la] souveraineté [de l'Ukraine] ainsi que ses frontières existantes » et a réaffirmé son « obligation de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'Ukraine, et qu'aucune de [ses] armes ne soit utilisée contre l'Ukraine, si ce n'est en légitime défense ou d'une autre manière conforme aux dispositions de la Charte des Nations Unies »<sup>24</sup>. Sans doute ne s'agit-il guère que de la réaffirmation d'obligations préexistantes mais leur répétition dans des engagements spécifiques aux deux États en cause en renforcent encore la force juridique; et, au vu de la guerre d'Ukraine déclenchée par la Russie, l'engagement qu'elle avait pris aux termes de l'article 4 du Mémorandum de « demander au Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies d'intervenir immédiatement pour venir en aide à l'Ukraine, en tant qu'État non doté d'armes nucléaires partie au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires [T.N.P.], si celle-ci faisait l'objet d'une agression ou d'une menace d'agression faisant appel à l'arme nucléaire » sonne avec une ironie amère. Au surplus, les menaces répétées de Vladimir Poutine quant à l'utilisation possible d'une telle

arme<sup>25</sup> sont contraires tant à l'article 5 du Mémorandum qu'au T.N.P. lui-même qui prohibe en outre en termes particulièrement larges et catégoriques le transfert, direct ou indirect, d'armes nucléaires ou d'« autres dispositifs nucléaires explosifs » « à qui que ce soit »<sup>26</sup>; le déploiement annoncé d'armes nucléaires « tactiques » en Biélorussie<sup>27</sup> en constituerait une autre violation.

Rarement, si ce n'est l'Allemagne nazie en son temps, un État a violé en si peu de temps autant de principes et de règles du droit international. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une politique délibérée, qui s'inscrit dans la volonté du dictateur russe de remettre en cause l'ordre juridique international de l'après-guerre - tout en faisant mine de vouloir le rétablir dans sa pureté originelle. Déjà en 2017, durant la réunion élargie du Conseil de la Communauté des États indépendants (constituée des chefs des États issus de l'ancienne Union soviétique), Poutine avait plaidé en faveur de « la construction d'un ordre international juste fondé sur les principes généralement acceptés du droit international »<sup>28</sup>. Plus récemment, alors que son ministre des Affaires étrangères fustigeait « l'ordre fondé sur des règles de l'Occident »<sup>29</sup>, il a accusé les États-Unis d'avoir « démantelé l'architecture des relations internationales de l'après-Seconde Guerre mondiale »<sup>30</sup>.

Il ne peut faire de doute qu'en elle-même l'accumulation des violations des normes les mieux établies du droit international par un État important - même s'il n'est plus une puissance de première grandeur - avec le soutien (même prudent) de la Chine, peut contribuer à les ébranler. Et, lors de leur rencontre à Moscou les 20 et 21 mars 2023, les présidents chinois et russe n'ont pas fait mystère de leur volonté de modifier radicalement l'ordre juridique international et comme l'a dit le premier en quittant le second : « Il y a aujourd'hui plus de changements que depuis 100 ans. Lorsque nous sommes ensemble, nous sommes à l'origine de ces évolutions »<sup>31</sup>. Se produisent-elles vraiment? Cela demeure incertain.

Il reste que ces coups de boutoir menacent d'autant plus l'ordre international, imaginé en 1945 et renforcé par la chute du mur en 1989, que les États occidentaux, qui en ont été les promoteurs et les principaux bénéficiaires, ont, eux-mêmes, cyniquement violé les règles qu'ils prétendaient imposer au reste du monde, notamment

21. C.I.J., arrêt, 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, Recueil 1988 p. 105, par. 94.  
22. Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.  
23. C.P.I., ICC Arrest warrants in the situation of Ukraine: Statement by President Piotr Hofmański, 17 mars 2023 (<https://www.youtube.com/watch?v=FbKhCAaRLfc>); C.P.I., Situation en Ukraine : les juges de la C.P.I. délivrent des mandats d'arrêt contre Vladimir Vladimirovitch Poutine et Maria Alekseïevna Lvova-Belova, communiqué de presse, 17 mars 2023.  
24. Mémorandum relatif aux garanties de sécurité dans le cadre de l'adhésion de l'Ukraine au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires.

25. Voir le discours de Vladimir Poutine du 21 février 2022 (<http://www.en.kremlin.ru/events/president/news/67828>); voir aussi Assemblée générale des Nations Unies, « Aggression contre l'Ukraine », 2 mars 2022, A/RES/ES-11/1. Dans le même esprit, voir sur le site internet officiel du Kremlin, le communiqué concernant l'adoption de la loi du 28 février 2023 suspendant le traité New Start.  
26. Article 1<sup>er</sup>.  
27. Voir BBC, « Putin : Russia to station nuclear weapons in Belarus », 26 mars 2023 (<https://www.bbc.com/news/world-europe-65077687>).  
28. [www.en.kremlin.ru/catalog/persons/215/events/55818](http://www.en.kremlin.ru/catalog/persons/215/events/55818).  
29. Voir ONU Info, 24 septembre 2022, « Le chef de la diplomatie russe accuse les pays occidentaux de saper la confiance dans les institutions internationales ».  
30. Presidential Address to Federal Assembly, site Internet officiel du Kremlin, 21 février 2023.  
31. Dan Peleschuk et Sergiy Chalyyi, Russia hits Ukraine with missiles, drones as 'dear friend' Xi departs, Reuters, 22 mars 2023.

en ce qui concerne la protection des droits de l'homme et même le recours à la force armée ; il n'est pas douteux que, entre autres causes, l'addition des violations russes aux manquements répétés commis par les pays occidentaux fragilise ces principes. De plus, le monde bipolaire dans lequel ces normes ont été adoptées et ont prospéré a largement volé en éclat au profit d'une multipolarité inégale et de ce que l'on a proposé d'appeler le « polylatéralisme » caractérisé par le rôle que jouent dans la définition et la mise en œuvre de règles applicables aux activités transnationales une grande variété de parties prenantes - les États bien sûr, mais aussi, au détriment du monopole traditionnel de ceux-ci, les organisations de la société civile ou les entreprises transnationales<sup>32</sup>. Dans ce nouvel environnement, la Russie n'est pas isolée dans sa contestation ; elle est partagée par une grande partie des États du « sud global » et par la Chine qui, en se présentant comme une alternative au partenariat « ouest-sud » et la championne du multilatéralisme, s'emploie à le confisquer à son profit au prix d'une nouvelle « guerre froide » - autre manière de le détruire, plus subtilement, et sans doute plus efficacement, que par la brutalité poutinienne.

Il reste que, d'une certaine manière, l'agression contre l'Ukraine a contribué, au moins dans le court terme, non seulement à resserrer les rangs des Occidentaux et à raffermir l'UE et l'OTAN, mais aussi, sur le plan juridique, à la réaffirmation solennelle des principes transgressés par la Russie, notamment par l'Assemblée générale dans plusieurs résolutions adoptées lors de sa onzième session extraordinaire d'urgence<sup>33</sup>. Dans le discours, la Russie, s'est d'ailleurs bien gardée de les remettre en cause et

s'en est au contraire prévalu avec aplomb et a même eu le cynisme d'organiser, le 24 avril 2023, un débat du Conseil de sécurité présidé par son ministre des Affaires étrangères, Setgey Lavrov, consacré à « Un multilatéralisme efficace à travers la défense des principes de la Charte des Nations unies ». Et, droits de l'homme mis à part - ce qui, il est vrai, n'est pas négligeable - la Chine s'y réfère aussi constamment, preuve de leur vitalité.

Certes, pour parodier une formule célèbre, appliquée jadis à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, il est prématuré d'envoyer les faire-part de décès des principes de la Charte<sup>34</sup>, dont, cependant, la guerre en Ukraine met en lumière la fragilité. Les valeurs de paix dont ils sont porteurs, demeurent plus que jamais d'actualité et il n'y a aucune raison de céder aux appels au relativisme en matière de droits de l'homme malgré les critiques virulentes dont la Déclaration universelle de 1948, les Pactes de 1966 et, surtout, leurs mécanismes de mises en œuvre - pourtant incertains - sont l'objet. Il reste que la résilience à long terme des principes proclamés en 1945 serait mieux assurée s'ils étaient adaptés et complétés pour faire face aux exigences du monde d'aujourd'hui. Une sérieuse « mise à niveau » s'impose - et d'abord pour faire place au sauvetage de la planète dont il n'est nulle question dans la Charte, conçue comme une réponse aux traumatismes causés par la guerre et la barbarie nazie. Faute de cet *aggiornamento*, les principes qu'elle énonce, figés dans une formulation passéiste, donneront prises aux critiques de leurs détracteurs et seront incapables de répondre aux terribles défis de ce temps.

32. Voir Geoffrey Wiseman, « « Polyilateralism » and New Modes of Global Dialogue » (Centre for the Study of Diplomacy Leicester 1999) 26, ou P. Lamy, « Répondre à la crise du multilatéralisme par le polylatéralisme », 1 *Revue européenne de droit* (2021), p. 26-29.

33. Voir en particulier la résolution ES-11/4 du 12 octobre 2022, « Intégrité territoriale de l'Ukraine : défense des principes consacrés par la Charte des Nations Unies ».

34. Louis Henkin, « The Reports of Death of Article 2(4) are Greatly Exaggerated », *American Journal of International Law*, 1971, p. 544-548, en réponse à Thomas M. Franck, « Who Killed Article 2(4) or : Changing Norms Governing the Use of Force by States », *AJIL*, 1970, p. 809-837.



Anne Peters · Directrice à l'Institut Max Planck de droit public comparé et de droit international de Heidelberg (Allemagne)

## La guerre en Ukraine et la limitation du droit de veto au Conseil de sécurité

La Russie a opposé à plusieurs reprises son veto à des projets de résolution du Conseil de sécurité concernant ses activités militaires dans l'État voisin d'Ukraine, tant en 2014 qu'en 2022<sup>1</sup>. Dans ce contexte, après l'invasion russe, l'ambassadeur des États-Unis aux Nations unies a déclaré que « tout membre permanent qui exerce son droit de veto pour défendre ses propres actes d'agression perd son autorité morale »<sup>2</sup>. Et lors du débat de l'Assemblée générale sur le recours et la réparation pour les dommages de guerre infligés à l'Ukraine, le délégué ukrainien a souligné que la session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale, dans le cadre de l'initiative « S'unir pour la paix », était « conçue pour des cas comme celui-ci, lorsqu'un pays comme la Russie abuse de son droit de veto »<sup>3</sup>.

Cet article montre comment deux développements procéduraux récents (l'initiative dite du veto et l'engagement des États-Unis), déclenchés par la guerre en Ukraine, contribuent à éroder la légalité d'un vote au Conseil de sécurité qui protégerait un comportement manifestement illégal, tel qu'une agression. Notons que cette érosion ne remet pas en question le droit légal des membres permanents du Conseil de sécurité d'utiliser à discrétion le droit de veto pour promouvoir leurs propres intérêts, même si cela est en contradiction avec leur responsabilité

1. En 2014 : Projet de résolution du Comité de sécurité (UN Doc. S/2014/189) du 15 mars 2014; veto de la Russie lors de la réunion du 15 mars 2014 (S/PV.7138, 3). En 2022 : projet de résolution du Comité de sécurité (UN Doc. S/2022/155) du 25 février 2022; veto de la Russie lors de la réunion du 25 février 2022 (S/PV.8979, 6). Projet de résolution du CS « Maintien de la paix et de la sécurité en Ukraine » (UN Doc. S/2022/720) du 30 septembre 2022; veto de la Russie lors de la réunion du 30 septembre 2022 (S/PV.9143, 4).

2. Remarques de l'ambassadrice Linda Thomas-Greenfield sur l'avenir des Nations unies du 8 septembre 2022 (<https://usun.usmission.gov/remarks-by-ambassador-linda-thomas-greenfield-on-the-future-of-the-united-nations/>).

3. Assemblée générale, onzième session extraordinaire d'urgence, 15<sup>e</sup> séance plénière lundi 14 novembre 2022, 10 heures, Documents officiels, A/ES-11/PV.15, 2. Voir également la « Déclaration du ministère des Affaires étrangères de l'Ukraine sur l'illégitimité de la présence de la Fédération de Russie au Conseil de sécurité de l'ONU et à l'ONU dans son ensemble » du 26 décembre 2022, énumérant des exemples d'« abus du droit de veto » de la part de la Russie.

de contribuer au maintien de la paix dans le monde. Mais elle confirme ce que de récentes études empiriques, qu'il s'agisse d'analyses à très grande échelle ou d'études de cas retraçant les processus de prise de décision au sein du Conseil de sécurité, ont montré : « les puissants détiennent le droit de veto, mais ils n'ont pas la mainmise sur l'ensemble du processus. [...] Les règles de l'institution ont un impact »; le Conseil de sécurité n'est pas un simple « laissez-passer pour les États puissants »<sup>4</sup>. L'article conclut que des méthodes de travail révisées seraient un moyen approprié pour contenir le veto et améliorer ainsi l'efficacité et la légitimité du Conseil de sécurité.

### L'anachronisme du veto

La composition du Conseil et le droit de veto figent un moment historique en privilégiant des États qui étaient puissants en 1945, mais qui ne sont peut-être plus aussi importants à l'échelle mondiale, notamment par rapport à des États non européens devenus des géants économiques et politiques comme le Brésil ou l'Inde. En 1945, le système de vote pour le Conseil de sécurité projeté (y compris l'exigence d'un « vote concordant » des membres permanents) a été conçu lors d'une conférence entre les quatre puissances victorieuses à Yalta en 1945, sans la participation des autres. La « formule de Yalta » préfigurait déjà le texte de ce qui deviendrait plus tard l'article 27 de la Charte des Nations unies<sup>5</sup>. Les quatre États promoteurs avaient clairement indiqué qu'il n'y aurait pas d'organisation mondiale sans cette prérogative : le système de vote était « essentiel » à la nouvelle organisation<sup>6</sup>. Le veto était « un prix à payer pour la création de l'ONU »<sup>7</sup>.

En 1945, la formule de Yalta a été approuvée par 30 voix contre 2, avec 15 abstentions<sup>8</sup>. Un point de vue cynique sur ce vote considérerait qu'il n'a fait qu'embellir le fait que les autres États devaient endurer les privilèges des grandes puissances s'ils voulaient obtenir ce que toutes les parties

4. Susan Allen et Amy Yuen, *Bargaining in the Security Council : Setting the Global Agenda* (Oxford OUP 2022), 169.

5. Protocole des délibérations de la conférence de Yalta, Yalta (Crimée), 11 février 1945, C. « Vote » : « 3. Les décisions du Conseil de sécurité sur toutes les questions doivent être prises après un vote affirmatif de sept membres, y compris les voix de tous les membres permanents, étant entendu que, dans les décisions prévues par le chapitre VIII, section A, et par la seconde phrase du paragraphe 1 du chapitre VIII, section C, une partie à un différend s'abstient de voter. ». (c'est nous qui soulignons).

6. Déclaration faite à San Francisco par les délégations des quatre gouvernements parrains (Chine, Royaume-Uni, États-Unis et URSS) sur « la formule de Yalta » concernant le vote au Conseil de sécurité, San Francisco, 8 juin 1945, Sec. I. 9 et 10. Section I. 9 : « 9. Étant donné les responsabilités primordiales des membres permanents, on ne peut s'attendre, dans l'état actuel des conditions du monde, à ce qu'ils agissent dans un domaine aussi grave que le maintien de la paix et de la sécurité internationales en exécution d'une décision à laquelle ils n'ont pas donné leur adhésion ». Sec. I. 10 : « Pour toutes ces raisons, les quatre gouvernements auteurs se sont mis d'accord sur la formule de Yalta et l'ont présentée à cette Conférence comme essentielle si l'on veut créer une organisation internationale par laquelle toutes les nations éprises de paix puissent s'acquitter efficacement de leurs responsabilités communes en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales » (c'est nous qui soulignons).

7. Niels Blokker, *Saving Succeeding Generations from the Scourge of War : The United Nations Security Council at 75* (Brill 2021), 73.

8. Francis Orlando Wilcox, « The Yalta Voting Formula », (1945) *The American Political Science Review* 39, 943-956, à 950.

souhaitaient : une nouvelle organisation mondiale à travers laquelle la paix et la sécurité pourraient être maintenues. Toutefois, le veto a été accepté non seulement en raison de la puissance militaire, politique et même économique écrasante des membres permanents du Conseil de sécurité ou de certains d'entre eux, mais aussi parce que les autres États s'attendaient, sur le plan normatif, à ce que ce veto garantisse la paix et la sécurité. Les quatre puissances à l'origine de la formule de Yalta (rejointes plus tard par la France) se sont engagées, au moins implicitement, à continuer de préserver la paix dans le monde, comme elles l'avaient prouvé pendant la Seconde Guerre mondiale.

#### La réforme du Conseil de sécurité en route vers nulle part

Peu après la création des Nations unies, la division politique du monde en deux blocs hostiles a paralysé le Conseil de sécurité jusqu'en 1991. La période d'activisme général du Conseil depuis 1991 a entre-temps fait place à une concentration de l'action du Conseil contre les acteurs non étatiques dans la lutte contre le terrorisme mondial, et à une sélectivité dans le domaine des sanctions contre les États. Les membres permanents du Conseil de sécurité et leurs clients, d'Israël à la Syrie en passant par la Corée du Nord, restent à l'abri de toute action du Conseil. En outre, le Conseil de sécurité souffre, comme nous l'avons mentionné, du privilège de plus en plus évidemment injuste du veto des « anciennes » puissances.

Dans ce contexte, le débat sur les réformes du Conseil de sécurité, y compris le droit de veto, se poursuit depuis 30 ans<sup>9</sup>. L'objectif des réformes est double en ce qu'il s'agit de résoudre à la fois le problème d'efficacité et celui de légitimité du Conseil. L'efficacité est entravée par le blocage et la passivité excessive, tandis que la légitimité du Conseil est minée par sa non-représentativité, son manque de transparence et son action sélective qui est souvent perçue comme l'application de deux poids, deux mesures. Les propositions de réforme ont notamment porté sur la composition du Conseil avec l'ajout de nouveaux membres dans différentes catégories (permanents et non-permanents) et sur les modalités de vote. En ce qui concerne la « question du veto », toutes les propositions issues des négociations interétatiques ont été résumées dans un document publié en 2013 par un groupe consultatif nommé par le président de l'Assemblée générale des Nations unies<sup>10</sup>. Ces propositions vont de l'extension du droit de veto aux nouveaux membres à l'abolition complète du veto. Elles comprennent des idées telles que l'octroi d'un droit de veto aux nouveaux membres potentiels du Conseil de sécurité, sous réserve d'un moratoire de 15 ans, ou, au contraire, la limitation de l'utilisation du droit de veto aux questions

relevant du chapitre VII, l'interdiction de son utilisation pour les actions du Conseil visant à prévenir ou à mettre fin à un génocide, ou l'exigence de votes contre (vetos) de deux membres permanents pour bloquer l'action du Conseil de sécurité.

De 1992 à 1997, il y avait une réelle opportunité de réformer le Conseil de sécurité, mais cette opportunité a été manquée<sup>11</sup>. Après un nouvel élan entre 1998 et 2008, les négociations ont emprunté, comme l'a dit Bardo Fassbender, « une route qui ne mène nulle part<sup>12</sup> ». Les raisons politiques de l'impasse sont les intérêts nationaux des États qui craignent tous de perdre quelque chose par rapport au *status quo*<sup>13</sup>. La difficulté juridique réside dans l'exigence d'une majorité des 2/3 des membres de l'Assemblée générale et d'une ratification par les cinq membres permanents du Conseil de sécurité<sup>14</sup>. Dans la constellation actuelle, ce seuil juridique semble constituer un obstacle insurmontable à une révision formelle de l'article 27, paragraphe 3, de la Charte, qui consacre le droit de veto. Par conséquent, les changements informels des méthodes de travail et les réformes « en dessous » du niveau d'une révision formelle de la Charte sont cruciaux. À ce niveau, la guerre en Ukraine a catalysé des développements importants.

#### L'initiative du veto, le 26 avril 2022

L'agression russe a poussé les efforts déployés de longue date pour limiter le droit de veto vers une réforme de la procédure. Dès 1949, dans sa résolution « Éléments essentiels de la paix », l'Assemblée générale avait appelé les membres permanents du Conseil de sécurité « à élargir progressivement leur coopération et à ne recourir qu'avec modération à l'emploi du veto, afin de faire du Conseil de sécurité un instrument plus efficace pour le maintien de la paix »<sup>15</sup>. Soixante-dix ans plus tard, le 26 avril 2022, deux mois après l'invasion russe en Ukraine, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté l'initiative dite « du veto »<sup>16</sup>. Cette réforme a été coparrainée par 83 États de tous les groupes régionaux de l'ONU, y compris les trois membres permanents occidentaux du Conseil de sécurité. En vertu de la résolution 262/76 de l'AG, le président de l'Assemblée générale doit convoquer « une séance dans les 10 jours ouvrables suivant l'exercice du droit de veto par un ou plusieurs membres permanents du Conseil de sécurité, afin de tenir un débat sur la situation au sujet de laquelle le veto a été opposé, sous réserve qu'une session extraordinaire d'urgence ne soit pas tenue sur cette même situation »<sup>17</sup>. Le membre permanent qui a opposé son veto peut prendre la parole en premier lors

9. Voir, d'un point de vue juridique, Bardo Fassbender, *Key Documents on the Reform of the UN Security Council 1991-2019* (Brill Nijhoff 2020), « Landmarks in the history of the Security Council reform debate », 15-35; d'un point de vue de science politique, Madeleine O Hosli et Thomas Dörfler, « The United Nations Security Council : History, Current Composition, and Reform Proposals », dans Madeleine Hosli et Joren Selleslaghs (eds) *The Changing Global Order* (Springer 2020), 299-320.

10. Annexe à une lettre du président de l'Assemblée générale, 10 décembre 2013 (reproduit dans Fassbender (n 9), 912).

11. Fassbender (n 9), 16.

12. *Ibid.*, 26.

13. Hosli et Dörfler (n 9), 306.

14. Amendement en vertu de l'article 108 ou révision en vertu de l'article 109(2) de la Charte des Nations Unies.

15. AGNU résolution 290 (IV) du 1<sup>er</sup> décembre 1949, para 10.

16. Résolution 76/262 de l'AGNU, « Mandat permanent permettant à l'Assemblée générale de tenir un débat en cas de recours au droit de veto au Conseil de sécurité » (UN Doc. A/RES/76/262) du 26 avril 2022, adoptée par consensus.

17. Résolution 76/262 de l'AGNU (n 16), paragraphe 1.

du débat obligatoire de l'Assemblée générale<sup>18</sup>. En outre, l'Assemblée générale « invite » le Conseil de sécurité « à lui soumettre [...] un rapport spécial sur le recours au veto en question au moins 72 heures avant le débat qu'elle tient à ce sujet »<sup>19</sup>. La résolution prévoit enfin un point provisoire de l'ordre du jour intitulé « Exercice du droit de veto » pour la prochaine Assemblée générale<sup>20</sup>. En conséquence, cette importante résolution établit un mandat permanent pour discuter publiquement et critiquer chaque veto à l'Assemblée générale, c'est-à-dire par tous les États membres.

#### L'engagement américain de ne pas opposer de veto, le 8 septembre 2022

La deuxième réponse procédurale à l'invasion russe est l'engagement pris par les États-Unis de « s'abstenir de recourir au veto, sauf dans des situations rares et extraordinaires »<sup>21</sup>.

Avec cet engagement du 8 septembre 2022, les États-Unis reflètent à peu près (même s'ils ne les épousent pas explicitement) les deux principales initiatives antérieures visant à limiter l'utilisation du droit de veto<sup>22</sup>. La première est le code de conduite du groupe Accountability, Coherence and Transparency (ACT) qui a été signé par 121 membres de l'ONU, dont les deux membres permanents que sont la France et le Royaume-Uni. Les signataires s'engagent « en particulier à ne pas voter contre un projet de résolution du Conseil de sécurité qui vise véritablement une action rapide et résolue destinée à mettre fin à un génocide, à des crimes contre l'humanité ou à des crimes de guerre ou à prévenir ces crimes »<sup>23</sup>.

L'autre tentative de limiter le veto a été l'initiative franco-mexicaine, d'abord lancée par des représentants de l'État français dans la presse en 2013<sup>24</sup> et ensuite présentée à la 70<sup>e</sup> Assemblée générale de 2015, sous la forme d'une « Déclaration politique sur la suspension du veto en cas

d'atrocités de masse »<sup>25</sup>. Elle propose « un accord collectif et volontaire entre les membres permanents du Conseil de sécurité visant à ce que les membres permanents s'abstiennent de recourir au veto en cas d'atrocités de masse ». Cette déclaration a été signée par 104 États membres de l'ONU et deux observateurs, mais seulement par la France parmi les membres permanents<sup>26</sup>. Les observateurs ont expliqué le renoncement au veto de la France et du Royaume-Uni (qui ont signé le code de conduite d'ACT mentionné ci-dessus) comme la reconnaissance implicite par ces deux puissances moyennes européennes que l'exercice de leur veto serait illégitime<sup>27</sup>. En effet, la compétence française et britannique en matière de veto ne peut plus être justifiée de manière évidente par la capacité militaire de ces États à garantir la paix dans le monde. D'un autre côté, ces deux États sont des puissances nucléaires et continuent à projeter des forces militaires en dehors de l'Europe. En outre, l'engagement récent des États-Unis ne peut être considéré comme un aveu de faiblesse militaire relative. Par conséquent, il ne faut pas exclure que les trois puissances occidentales disposant d'un droit de veto soient motivées, *entre autres*, par des convictions normatives concernant l'impropriété de l'exercice du droit de veto dans des situations d'atrocités de masse.

Les deux premières initiatives ont été lancées en ayant à l'esprit les scénarios du Rwanda, de la Bosnie et du Myanmar. Elles cherchent à exclure l'exercice du droit de veto dans une situation de *crimes fondamentaux* imminents ou en cours, typiquement commis par des groupes non étatiques ou para-étatiques, souvent orchestrés par un État (pas nécessairement par un membre permanent du Conseil de sécurité lui-même).

La situation de l'Ukraine depuis 2014 et plus encore depuis 2022 est différente. Ici, un membre permanent commet lui-même une agression, un crime qui n'est pas mentionné par l'initiative ACT et qui n'est pas normalement considéré comme relevant des « atrocités de masse » au sens de l'initiative franco-mexicaine. Toutefois, il existe un chevauchement entre les atrocités de masse, les crimes de guerre et l'agression. Il semblerait que le code ACT et l'accord volontaire franco-mexicain couvrent *a fortiori* la situation dans laquelle un État commet *lui-même* ces crimes et ne se contente pas d'empêcher ou de stopper un autre acteur (non étatique) de les commettre.

En conclusion, les trois membres permanents « occidentaux » se sont engagés à ne pas opposer leur veto à l'action du Conseil de sécurité contre les crimes graves (y compris, sans doute, leurs *propres* crimes). Le statut normatif exact de ces engagements n'est pas tout à fait

18. *Ibid.*, paragraphe 2.

19. *Ibid.*, paragraphe 3. Ces rapports spéciaux sont prévus à l'article 24, paragraphe 3, de la Charte des Nations unies.

20. *Ibid.*, paragraphe 4.

21. L'ambassadrice Linda Thomas-Greenfield (n 2); commentaire de Raphael Schäfer, « The Echo of Quiet Voices. Liechtenstein's Veto Initiative and the American Six Principles », EJIL: Talk! (10 octobre 2022).

22. Voir pour une analyse détaillée des initiatives antérieures : Jennifer Trahan, *Existing Legal Limits to Security Council Veto Power in the Face of Atrocity Crimes* (CUP 2020), 102-141. Trahan rappelle également que les États-Unis avaient déjà proposé, sous l'administration Obama, une limitation du droit de veto, proposition qui a toutefois été abandonnée (*ibid.*, p. 118-119).

23. Groupe pour la responsabilité, la cohérence et la transparence (ACT), Soumission aux Nations unies, « Code de conduite relatif à l'action du Conseil de sécurité contre le génocide, les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre » du 23 octobre 2015, Annexe I à la lettre datée du 14 décembre 2015 adressée au Secrétaire général par le représentant permanent du Liechtenstein auprès des Nations unies (UN Doc. A/70/621-S/2015/978).

24. Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, 24 septembre 2013 (ouverture de la 68<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale des Nations unies ([https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/68/FR\\_en.pdf](https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/68/FR_en.pdf))); Laurent Fabius, ministre français des affaires étrangères, « A Call for Self-Restraint at the U.N. », New York Times du 4 octobre 2013 (<https://www.nytimes.com/2013/10/04/opinion/a-call-for-self-restraint-at-the-un.html>).

25. 70<sup>e</sup> Assemblée générale des Nations unies, « Déclaration politique sur la suspension du veto en cas d'atrocités de masse, présentée par la France et le Mexique, ouverte à la signature des membres des Nations unies » (2015) (<https://www.global2p.org/resources/political-declaration-on-suspension-of-veto-powers-in-cases-of-mass-atrocities/>).

26. Liste des signataires, état au 13 juillet 2022 (non mise à jour au 1<sup>er</sup> avril 2023), à l'adresse : <https://www.global2p.org/resources/list-of-supporters-of-the-political-declaration-on-suspension-of-veto/>.

27. Hosli et Dörfler (n 9), 301; Fassbender (n 9), 33; Trahan (n 22), 138 note 182.

clair. Ils n'ont pas été formulés comme des déclarations unilatérales formellement contraignantes. Les intitulés tels que « code de conduite », « déclaration politique » et « remarques » pointent plutôt dans la direction de la politique « pure ». En outre, tous les engagements comportent des lacunes. L'initiative franco-mexicaine prévoit une exception pour les « intérêts nationaux vitaux », et les « remarques » des États-Unis laissent de côté les « situations rares et extraordinaires » qui restent indéfinies<sup>28</sup>. Mais même ces engagements politiques peuvent, au fil du temps (grâce à un respect constant), acquérir une qualité juridique non contraignante. Leur pertinence normative n'est garantie que par les coûts de réputation qu'entraînerait un manquement à la promesse. Sous ces réserves, les engagements des trois puissances sont fidèles à la promesse historique des pouvoirs de veto. Ils renforcent la légitimité du Conseil de sécurité.

### L'initiative du veto en pratique

L'initiative du veto telle que mise en œuvre par l'Assemblée générale en 2022 diffère des engagements mentionnés ci-dessus. Elle ne prévoit pas une « responsabilité de ne pas opposer son veto », comme on l'a appelée dans les études<sup>29</sup>, mais « seulement » un débat obligatoire de l'Assemblée générale. Il rend opérationnelles des idées qui avaient été formulées dans des travaux antérieurs. Par exemple, Daniel Moeckli et Raffael Nicolas Fasel ont développé l'obligation de motiver les décisions du Conseil de sécurité<sup>30</sup>. Devika Hovell a défini les obligations de notifier, d'informer, de consulter, de motiver et de rendre compte, dans le cadre du rôle fiduciaire du Conseil de sécurité<sup>31</sup>. Anna Spain a exposé le devoir de décision du Conseil de sécurité dans une situation relevant *prima facie* de l'article 39, ainsi que son devoir de divulgation et de consultation<sup>32</sup>. L'Espagne postule une obligation de décision qui déclenche l'obligation du Conseil d'examiner s'il existe une menace ou une rupture de la paix. Ensuite, l'obligation de divulguer est déclenchée lorsque le Conseil ne veut pas ou ne peut pas décider (par exemple en raison d'un veto) : dans ce cas, le Conseil doit, selon Anna Spain, faire une déclaration publique et justifier pourquoi il n'a pas pris de décision<sup>33</sup>. L'Espagne a fait valoir que cette déclaration est une question de procédure au sens de l'article 27, paragraphe 2, de la Charte des Nations unies et que, par conséquent, la publication de la déclaration ne peut être empêchée par un veto<sup>34</sup>. Le raisonnement est intrigant, mais il n'est pas certain

que la construction juridique puisse être dérivée du droit actuel. Dans le même ordre d'idées, le « Elders Group » (un groupe indépendant de dirigeants mondiaux fondé par Nelson Mandela en 2007)<sup>35</sup> avait déposé en 2015 une proposition sur le « Renforcement des Nations unies », dans laquelle les Elders suggéraient que les cinq membres permanents du Conseil de sécurité s'engagent à ne pas utiliser ou menacer d'utiliser leur droit de veto dans des situations d'atrocités de masse « sans expliquer, clairement et publiquement, quelle autre ligne de conduite ils proposent, comme moyen crédible et efficace de protéger les populations en question »<sup>36</sup>.

La « procédure d'initiative du veto » établie par l'Assemblée générale a abouti à un résultat similaire, en attribuant le devoir d'explication au membre permanent qui avait bloqué l'action du Conseil par l'exercice de son veto ; et ce membre permanent du Conseil de sécurité doit désormais répondre à l'Assemblée générale<sup>37</sup>.

La procédure a été déclenchée peu de temps après sa création, lors d'un débat de l'Assemblée générale sur les vetos opposés par la Russie et la Chine à un projet de résolution du Conseil de sécurité visant à condamner les tirs de missiles balistiques intercontinentaux et les essais nucléaires effectués par la République populaire démocratique de Corée (RPDC), en violation de multiples résolutions antérieures du Conseil de sécurité<sup>38</sup>. Lors du débat de l'Assemblée générale des 8 et 10 juin 2022<sup>39</sup>, de nombreux États de toutes les régions du monde ont fait des déclarations explicites et très positives sur la nouvelle procédure établie par la résolution 262/76 de l'Assemblée générale. Au moins 11 États ont qualifié le débat d'« historique », de « jalon » ou de « point de repère »<sup>40</sup>. 16 États ont estimé que le nouveau mécanisme renforcerait la transparence et la responsabilité du Conseil de sécurité<sup>41</sup>. D'autres y ont vu une amélioration de l'efficacité ou de l'effectivité du Conseil<sup>42</sup>. Le Liechtenstein, en particulier, a exprimé l'espoir que la perspective de devoir rendre des comptes

28. Il semblerait que la protection des violations du droit international par Israël grâce aux vetos américains ne puisse être maintenue dans le cadre de cette exception.

29. Ariela Blätter et Paul D. Williams, « The Responsibility Not to Veto », *Global Responsibility to Protect* 3 (2011), 301-322; Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, « The Responsibility Not to Veto : A Genealogy », *Global Governance* 24 (2018), 331-349.

30. Daniel Moeckli et Raffael Nicolas Fasel, « A Duty to Give Reasons in the Security Council », *International Organizations Law Review* 14 (2017), 13-86.

31. Devika Hovell, « On Trust : The UN Security Council as Fiduciary », *William and Mary Law Review* 62 (2021), 1229-1295, notamment 1279-80.

32. Anna Spain, « The UN Security Council's Duty to Decide », *Harvard National Security Journal* 4 (2013), 320-384.

33. *ibid.*, p. 359.

34. *ibid.*, p. 362.

35. Les « Anciens » travaillent, comme ils l'écrivent sur leur site web, « pour la paix, la justice, les droits de l'homme et une planète durable ». (<https://theelders.org/who-we-are>).

36. The Elders, « Renforcer les Nations unies », 7 février 2015, paragraphe 2.

37. AGNU Res 76/262 (n 16).

38. Projet de résolution du Conseil de sécurité proposé par les États-Unis le 26 mai 2022 (UN Doc S/2022/431); vetos de la Russie et de la Chine (Conseil de sécurité des Nations Unies, 9048<sup>e</sup> réunion, 26 mai 2022, S/PV.9048, 3).

39. Point 124 de l'ordre du jour (en trois parties) : Assemblée générale des Nations unies, 77<sup>e</sup> séance plénière, 8 juin 2022, 10 heures (UN Doc. A/76/PV.77, 1-29); 78<sup>e</sup> séance plénière, 8 juin 2022, 15 heures (UN Doc. A/76/PV.78, 10-27); Assemblée générale des Nations unies, 81<sup>e</sup> séance plénière, 10 juin 2022, 10 heures (UN Doc. A/76/PV.81, 11-18).

40. Danemark (PV.77, 9); États-Unis (PV.77, 14); Costa Rica (PV.77, 18); Turquie (PV.77, 19); Indonésie (PV.77, 23); Suisse (PV.77, 26); Pologne (PV.77, 27); Koweït (PV.78, 14); Estonie (PV.78, 19); Pérou (PV.78, 23); Mexique (UN Doc. A/76/PV.79, 10); Hongrie (UN Doc. A/76/PV.81, 16).

41. Danemark (PV.77, 9); Liechtenstein (PV.77, 11); Équateur (PV.77, 13); Irlande (PV.77, 17); Mexique (PV.77, 18-19); Singapour (PV.77, 22 et A/76/PV.79, 11); Indonésie (PV.77, 23); Australie (PV.77, 24); Koweït (PV.78, 14); Allemagne (PV. 78, 16); Slovaquie (PV.78, 19); Pérou (PV.78, 23); Portugal (UN Doc. A/76/PV.79, 7); Afrique du Sud (UN Doc. A/76/PV.79, 19); Uruguay (UN Doc. A/76/PV.81, 11); Chili (UN Doc. A/76/PV.81, 13).

42. Singapour (PV.77, 22); Pologne (PV.77, 27).

à l'Assemblée générale conduira le Conseil de sécurité à agir davantage et à opposer moins souvent son veto<sup>43</sup>.

Plusieurs États se sont félicités de l'autonomisation et du rôle « vital » de l'Assemblée générale<sup>44</sup>. L'État qui utilise son droit de veto n'aurait plus « le dernier mot »<sup>45</sup>, mais l'Assemblée pourrait intervenir et assumer une fonction utile<sup>46</sup>. La résolution 262/76 de l'AG marque, selon l'Uruguay, « un tournant dans les relations entre le Conseil et l'Assemblée »<sup>47</sup>. D'autres États ont souligné que le nouveau mécanisme servait à maintenir, renforcer ou améliorer le système multilatéral<sup>48</sup>. Seule la Syrie a critiqué le nouveau débat permanent de l'Assemblée générale, déplorant une « polarisation politique »<sup>49</sup>. S'il est vrai que la publicité comporte toujours le risque de « débats spectacles » dans lesquels les positions antagonistes se durcissent, la critique syrienne n'est finalement pas convaincante. La publicité d'un débat de l'Assemblée générale pourrait tout aussi bien permettre en fin de compte la recherche d'un consensus. La voix solitaire de la Syrie devrait plutôt être considérée comme une manifestation de la dépendance totale du gouvernement syrien à l'égard de la Russie - après tout, il doit son existence-même à l'assistance militaire russe dans son oppression criminelle de la population en révolte.

Le deuxième débat de l'Assemblée générale dans le cadre du nouveau mécanisme établi par la résolution 76/262 a eu lieu après le veto russe contre l'aide humanitaire transfrontalière en Syrie<sup>50</sup>. Lors du débat du 21 juillet 2022, le Nicaragua, la Biélorussie et Cuba ont critiqué la réunion de l'Assemblée générale, estimant qu'elle compromettrait les négociations de bonne foi sur les projets de résolution au sein du Conseil, qu'elle faisait « double emploi » avec le travail du Conseil, bref qu'elle était « inutile »<sup>51</sup>.

La troisième application du nouveau mécanisme concerne à nouveau l'Ukraine. L'Albanie et les États-Unis d'Amérique ont déposé un projet de résolution visant à condamner et à déclarer invalides les référendums organisés fin septembre 2022 dans les zones occupées de Donetsk, Luhansk, Kherson et Zaporizhzhya<sup>52</sup>. La Russie a opposé son veto le 30 septembre 2022<sup>53</sup>. Le « rapport spécial » requis par la résolution 76/262 de l'Assemblée générale a été transmis par

le président du Conseil de sécurité au président de l'Assemblée générale le 4 octobre 2022. Il s'agit d'un rapport d'une page qui se contente de récapituler la procédure, d'énumérer les documents pertinents et d'indiquer que « la résolution a obtenu le nombre de voix requis, mais a été rejetée parce qu'un membre permanent du Conseil de sécurité a voté contre son adoption »<sup>54</sup>. À l'avenir, il est concevable que ces rapports deviennent plus élaborés, mais cela ne semble pas nécessaire pour déclencher le débat de l'Assemblée générale.

L'Assemblée générale s'est réunie dans les dix jours ouvrables, conformément à la résolution 76/262 de l'AG<sup>55</sup>. Lors de la séance plénière du 12 octobre 2022, le nouveau mécanisme de responsabilité - qui avait été célébré en juin - n'a pratiquement pas été abordé. Le débat s'est concentré sur la violation du droit international par l'annexion russe, et l'Assemblée a adopté une résolution intitulée « Intégrité territoriale de l'Ukraine : défense des principes consacrés par la Charte des Nations unies »<sup>56</sup>.

Depuis lors, aucune tentative n'a été faite pour engager le Conseil de sécurité sur la situation en Ukraine. L'Assemblée générale a plutôt pris en main la question du recours et de la réparation. Lors de la reprise de sa session extraordinaire d'urgence, elle a adopté une résolution sur l'« Agression contre l'Ukraine : recours et réparation »<sup>57</sup>.

#### Bilan et perspectives

Les effets juridiques et politiques créés par la résolution 76/262 de l'AG restent à voir. Dans le contexte où les membres du Conseil de sécurité expliquent déjà leur veto lors d'une réunion publique du Conseil, le nouveau mécanisme pourrait faire double emploi et s'avérer superflu<sup>58</sup>. Cependant, la nouvelle obligation procédurale de tenir une résolution de l'Assemblée générale va au-delà des pratiques passées. La nouveauté réside (uniquement) dans le fait que cette explication doit désormais être répétée devant l'Assemblée générale, en présence de tous les États membres des Nations unies, qui ont également voix au chapitre.

La Chine craint que la nouvelle procédure ne soit source de « confusion et d'incohérence procédurales »<sup>59</sup>.

43. UN Doc. A/76/PV.79, 15.

44. Liechtenstein (PV.77, 11); Irlande (PV.77, 17); Turquie (PV.77, 19); Lituanie (UN Doc. A/76/PV.81, 12).

45. Liechtenstein (PV.77, 11); Équateur (PV.77, 13).

46. Autriche (PV.77, 21); Suisse (PV.77, 26); Italie (UN Doc. A/76/PV.79, 22); Équateur (UN Doc. A/76/PV.79, 7); Malaisie (UN Doc. A/76/PV.79, 9); Slovénie (UN Doc. A/76/PV.79, 23); El Salvador (UN Doc. A/76/PV.81, 17).

47. Uruguay (UN Doc. A/76/PV.81, 11).

48. UE (PV.77, 8); Albanie (PV.77, 12); Singapour (PV.77, 22); Pologne (PV.77, p 27); Ukraine (UN Doc. A/76/PV.81, 15); El Salvador (UN Doc. A/76/PV.81, 17).

49. Syrie (PV.77, 28).

50. Le veto russe a été mis le 8 juillet 2022, en 9087<sup>e</sup> réunion du Conseil de sécurité sous le point de l'ordre du jour « La situation au Moyen-Orient » (UN Doc. S/PV.9087) sur le projet de résolution du Conseil de sécurité parrainé par l'Irlande et la Norvège (UN Doc. S/2022/538) du 8 juillet 2022.

51. AGNU, 96<sup>e</sup> réunion plénière, 21 juillet 2022, 15 heures (UN Doc. A/76/PV.96, 1-14 (p. 8, 11, 12)).

52. Projet de résolution du Conseil de sécurité « Maintien de la paix et de la sécurité en Ukraine » (UN Doc. No. S/2022/720) du 30 septembre 2022.

53. Conseil de sécurité des Nations Unies, 9143<sup>e</sup> réunion, 30 septembre 2022, S/PV.9143.

54. Lettre datée du 4 octobre 2022, adressée au Président de l'Assemblée générale par le Président du Conseil de sécurité (UN Doc. A/77/551).

55. Cela s'est déroulé dans le cadre de la reprise de la 11<sup>e</sup> session extraordinaire d'urgence (SE) de l'Assemblée générale qui avait été convoquée en réponse à l'invasion russe par la résolution 2623 (2022) du 27 février 2022 du Conseil de sécurité des Nations unies « Décision de convoquer une session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale »; AGNU, « S'unir pour la paix », résolution AGNU/ES-11/L.1 du 1<sup>er</sup> mars 2022. L'ES est debout depuis le 1<sup>er</sup> mars 2022. Voir le débat sur le veto : UN Doc. A/ES-11/PV.14 Assemblée générale Onzième session extraordinaire d'urgence 14<sup>e</sup> séance plénière mercredi 12 octobre 2022, 15 heures (GAOR).

56. A/RES/ES-11/4 du 12 octobre 2022.

57. GA rés A/RES/ES-11/5 (14 novembre 2022). Assemblée générale, onzième session extraordinaire d'urgence, 15<sup>e</sup> séance plénière lundi 14 novembre 2022, 10 heures. Documents officiels, A/ES-11/PV.15.

58. Voir la critique du Nicaragua, du Belarus et de Cuba à l'Assemblée générale (n 51).

59. Mission permanente de la République populaire de Chine auprès des Nations unies, Explication de la position de la Chine après l'adoption de la résolution « Mandat permanent pour un débat de l'Assemblée générale en cas de veto

Il s'agit là d'une vieille rengaine, qui rappelle l'opposition soviétique à la procédure dite « d'union pour la paix » établie en 1950<sup>60</sup>. En effet, l'article 12 de la Charte des Nations unies établit une priorité procédurale du Conseil sur l'Assemblée générale en prescrivant que « lorsque le Conseil de sécurité exerce, à l'égard d'un différend ou d'une situation, les fonctions qui lui sont attribuées par la présente Charte, l'Assemblée générale ne fait aucune recommandation au sujet de ce différend ou de cette situation, à moins que le Conseil de sécurité ne le lui demande ». Mais cette disposition n'empêche pas l'Assemblée générale de se prononcer sur une question lorsque le Conseil de sécurité n'exerce précisément *pas* ses fonctions en raison d'un blocage par un veto. Le mécanisme « S'unir pour la paix » avait été principalement en sommeil, même tout au long de la guerre en Syrie, mais il a été activé dans la crise ukrainienne<sup>61</sup>. Trois jours après l'invasion russe, le Conseil de sécurité a décidé de convoquer la 11<sup>e</sup> session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale parce que « l'absence d'unanimité parmi ses Membres permanents à sa 8979<sup>e</sup> séance l'a empêché [le Conseil] d'exercer sa responsabilité principale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales »<sup>62</sup>. (Il s'agit d'une décision de procédure qui n'est pas soumise au droit de veto (article 27(2))<sup>63</sup>. D'un point de vue politique, l'« union pour la paix » était un bébé de la politique américaine et a parfois été critiquée par l'URSS. Toutefois, l'URSS elle-même a invoqué la procédure d'union pour la paix dans les années 1950 et 1960 (en ce qui concerne la crise de Suez et la guerre israélo-arabe des six jours). Son application dans la crise ukrainienne a élevé la légalité de la procédure d'union pour la paix au-delà de tout soupçon<sup>64</sup>. L'Assemblée générale a le pouvoir implicite d'agir, *a contrario de l'article 12*, en cas d'échec ou de blocage du Conseil.

Indépendamment de sa légalité, le nouveau débat obligatoire de l'Assemblée générale pourrait être un facteur de division politique. Cette préoccupation semble avoir nourri l'hésitation de la France à coparrainer la résolution (bien qu'elle l'ait finalement fait). La France préférerait obtenir le consentement des cinq membres permanents du Conseil de sécurité sur sa propre proposition, la déclaration politique sur la suspension du droit de veto<sup>65</sup>.

Il est important de noter que la décision purement procédurale prise dans le cadre de la résolution 262/76 de l'Assemblée générale n'aborde pas la substance du droit de veto et ne s'attaque pas à la cause profonde du malaise suscité par ce pouvoir, à savoir qu'il ne reflète pas les réalités géopolitiques contemporaines. Sans surprise, des pays émergents comme le Brésil et l'Inde ont exprimé leur scepticisme à l'égard de la nouvelle procédure<sup>66</sup>.

La Russie, non sans mérite, a souligné que le veto reste un dispositif nécessaire pour empêcher l'adoption de résolutions sur l'action militaire sans le soutien d'États désireux et capables de déployer effectivement une action militaire<sup>67</sup>. Sans ce soutien, ces décisions ne seraient que des tiges de papier et détruiraient l'autorité du Conseil de sécurité.

La question reste donc de savoir quel pouvoir normatif et factuel réside dans ces procédures. Le double objectif de l'initiative de veto est de dissuader l'utilisation du veto et de créer une obligation de rendre compte. La dissuasion pourrait résulter de l'augmentation (légère) du coût de l'exercice du droit de veto, à savoir l'effet de honte d'un débat large et public. Le fait de placer les utilisateurs du veto « sous les feux de la rampe »<sup>68</sup> au sein de l'Assemblée générale génère de la transparence, ce qui est en soi une forme légère de responsabilisation<sup>69</sup>.

D'une manière générale, l'obligation d'expliquer et de motiver oblige un décideur (dans notre cas, le pouvoir de veto) à fonder ses actes sur des revendications d'intérêt général plutôt que sur des appels égoïstes. C'est ce que l'on a appelé la « force civilisatrice de l'hypocrisie »<sup>70</sup>. Ces raisons, même si elles sont hypocrites, ont toujours pour conséquence de générer de meilleurs résultats, car dans un débat officiel, les « mauvaises » raisons ne peuvent pas être énoncées. L'obligation de s'expliquer devant l'Assemblée générale laisse l'exercice du droit de veto à la discrétion du membre permanent du Conseil de sécurité, mais oblige cet État à rationaliser l'exercice de son droit de veto. Cela permet non seulement à tous les autres États, mais aussi au public, de critiquer ces raisons. À long terme, la nécessité de justifier le droit de veto pourrait conduire à exclure les abus les plus flagrants qui ne peuvent tout simplement pas être rationalisés.

Mais cet espoir est-il réaliste ? L'ONU, y compris son organe le plus puissant, « existe dans un monde d'États souverains et ses opérations doivent se fonder sur le réalisme politique, mais l'Organisation est aussi le dépositaire de l'idéalisme international, et ce trait est l'une des composantes fondamentales de son identité »<sup>71</sup>. Cette

du Conseil de sécurité », 27 avril 2022 ([http://un.china-mission.gov.cn/eng/hyyfy/202204/t20220427\\_10674706.htm](http://un.china-mission.gov.cn/eng/hyyfy/202204/t20220427_10674706.htm)).

60. AGNU rés 377(V) (3 novembre 1950) « S'unir pour la paix ».

61. Voir AGNU, « S'unir pour la paix », résolution AGNU/ES-11/L.1 du 1<sup>er</sup> mars 2022. La session extraordinaire d'urgence est ouverte depuis le 1<sup>er</sup> mars 2022.

62. Conseil de sécurité des Nations Unies, rés 2623 (2022) du 27 février 2022 « Décision de convoquer une session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale », préambule.

63. La décision a été adoptée avec 11 votes positifs, un vote négatif de la Fédération de Russie et trois abstentions (Chine, Inde, EAU).

64. Voir Nico Schrijver, « A Uniting for Peace Response to Disuniting for War : The Role of the two Political Organs of the UN » (18 mars 2022) <<https://www.leidenlawblog.nl/articles/an-uniting-for-peace-response-to-disuniting-for-war-the-role-of-the-two-political-organs-of-the-un>>.

65. « UN takes step to put veto users under global spotlight », NPR (27 avril 2022), <https://www.npr.org/2022/04/27/1094971703/u-n-takes-step-to-put-veto-users-under-global-spotlight>. NPR cite l'ambassadrice adjointe française, Nathalie Broadhurst, mais écrit à tort que la France n'a pas coparrainé la résolution 262/76 de l'Assemblée générale. Voir le texte de la proposition française avec n 24 -26.

66. NPR (n 65).

67. *Ibid.*

68. *Ibid.*

69. Andrea Bianchi et Anne Peters (eds), *Transparency in International Law* (Cambridge University Press 2013).

70. Jon Elster, « Deliberation and Constitution Making », dans Jon Elster (ed), *Deliberative Democracy* (Cambridge University Press 1998), 97-122, 111.

71. Rapport de la Commission internationale de la souveraineté des États et de l'intervention (CIISE) 2001, paragraphe 6.25.

caractérisation de l'ONU par la Commission internationale de la souveraineté des États et de l'intervention (CIISE) semble plus pertinente que jamais. Il y a vingt ans, la CIISE estimait que la tâche n'était « pas de trouver des substituts au Conseil de sécurité en tant que source de l'autorité, mais de veiller à ce qu'il fonctionne beaucoup mieux qu'il ne l'a fait jusqu'ici »<sup>72</sup>.

L'accent est mis ici sur le fait de « mieux travailler ». L'amélioration des procédures et des méthodes de travail peut - en termes fonctionnels - se substituer à une modification formelle de la Charte. Cela ne veut pas dire qu'une telle réforme procédurale serait purement « technique » ou apolitique, bien au contraire. L'énorme potentiel politique des procédures est illustré par le fait que le Conseil de sécurité n'est pas parvenu jusqu'à présent à adopter des règles de procédure définitives, mais travaille toujours sur la base de règles « provisoires » qui ont été révisées pour la dernière fois en 1982<sup>73</sup>.

La différence entre l'amendement de la Charte et la réforme des méthodes de travail réside uniquement - mais c'est important - dans le fait que cette dernière peut être juridiquement définie comme une interprétation dynamique de la Charte des Nations Unies par le biais d'une pratique ultérieure. La Charte des Nations Unies, formellement un traité, peut être interprétée (et réinterprétée) en « tenant compte » de tout « accord ultérieur entre les parties au sujet de l'interprétation du traité » (article 31(3) lit. a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités) ou en tenant compte de « toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité qui établit l'accord des parties au sujet de son interprétation » (article 31(3) lit. b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Si tous les États membres s'accordaient sur une telle démarche, elle serait en fin de compte acceptable en termes juridiques, parce que les limites entre la simple « interprétation » de la Charte et son amendement tacite sont floues à la fois en théorie juridique et en fait, et parce que les États membres peuvent, de manière *ad hoc*, s'accorder pour changer les règles de révision<sup>74</sup>. Il est souvent avancé que la Charte des Nations Unies est particulièrement sujette et nécessite une interprétation dynamique en raison de son caractère constitutionnel et de la difficulté d'un

amendement formel<sup>75</sup>. D'un autre côté, les amendements « informels » sous couvert d'interprétation dynamique risquent de nuire à la clarté et à la sécurité juridiques<sup>76</sup>.

Une autre question est de savoir si les nouvelles procédures pourraient même se transformer en droit coutumier<sup>77</sup>. Cela semble difficile pour diverses raisons. Les engagements qui sont explicitement qualifiés de « politiques » et non de « juridiques » ne peuvent pas facilement être considérés comme une manifestation de l'*opinio juris*. En outre, deux membres permanents du Conseil de sécurité s'opposent à cette tendance, mais il s'agit d'États dont les intérêts sont particulièrement concernés et dont l'*opinion* et la pratique seraient nécessaires à la maturation d'une règle coutumière. Enfin, une coutume qui supprime le droit écrit de la Charte et s'en écarte est, en termes normatifs, malvenue parce qu'elle risque de saper la Charte.

En gardant ces réserves à l'esprit, je serais néanmoins favorable à d'autres changements dans les méthodes de travail qui pourraient conduire, par exemple, à une réactivation et même à un élargissement du champ d'application de la clause d'abstention de l'article 27(3) de la Charte des Nations Unies<sup>78</sup>. Cette disposition prévoit une abstention obligatoire pour tous les membres du Conseil de sécurité lorsqu'il y a un « différend » auquel cet État est « partie », à condition que la décision ne soit pas de nature procédurale (article 27(2)) et qu'elle relève soit du chapitre VI sur le « règlement pacifique des différends », soit du chapitre VIII (article 52(3)) - mais pas du chapitre VII sur les « mesures en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression »<sup>79</sup>. D'un point de vue juridique, les propositions des États et des universitaires visant à interpréter la clause restrictive de manière large et extensive devraient être revues, afin d'éviter la paralysie du Conseil de sécurité face au comportement manifestement illégitime d'un membre permanent. Cette interprétation extensive de la Charte a été largement admise au cours des premières décennies de l'existence des Nations unies<sup>80</sup>.

Il faut espérer que l'élan politique nécessaire pour améliorer le fonctionnement du Conseil de sécurité, même

72. *ibid.* paragraphe 6.14.

73. *Règlement intérieur provisoire du Conseil de sécurité*, tel qu'amendé le 21 décembre 1982 (UN Doc S/96/rev. 7); *The UN Security Council Handbook: A User's Guide to Practice and Procedure*, Security Council Report, 2019, 14.

74. CDI, « Rapports de la Commission à l'Assemblée générale », *Annuaire de la CDI* vol 2 (1966), 236; Wolfram Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Springer 1983), 21-46, 43 sur la frontière fluide; Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 2d ed 1984), 138; Georg Nolte, « Rapport 1 - Jurisprudence de la Cour internationale de justice et des tribunaux arbitraux ad hoc relative aux accords ultérieurs et à la pratique ultérieure », in Georg Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press 2013), 169-209, 200. Voir spécifiquement pour la Charte des Nations unies, Philip Kunig, « United Nations Charter, Interpretation of », in Rüdiger Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press 2006), para 20 : « La limite de l'interprétation du traité commence lorsqu'il va au-delà des dispositions de la Charte des Nations unies et devient en fait un amendement. La définition de la limite entre les deux reste difficile ».

75. Kunig (n 74), paragraphes 4-5 et 19.

76. C'est la raison principale pour laquelle Bardo Fassbender estime qu'un amendement informel de la Charte est inadmissible (Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community* (Leiden : Nijhoff 2009), 136-137).

77. Voir Trahan (n 22), p. 121-22.

78. Enrico Milano, « Le veto de la Russie au Conseil de sécurité : Whither the Duty to Abstain under Art 27(3) of the UN Charter? », *Heidelberg Journal of International Law* 75 (2015), 215-231; In Hindsight, « Obligatory Abstentions », Security Council Report Monthly Forecast 2 (New York, 31 mars 2014), disponible à l'adresse [https://www.securitycouncilreport.org/monthly-forecast/2014-04/in\\_hindsight\\_obligatory\\_abstentions.php](https://www.securitycouncilreport.org/monthly-forecast/2014-04/in_hindsight_obligatory_abstentions.php); John Chappell, « Must Russia Abstain on Security Council Votes Regarding the Ukraine Crisis? » *Lawfare*, 11 février 2022.

79. Article 27(3) « ... à condition que, dans les décisions prises au titre du chapitre VI et au titre du paragraphe 3 de l'article 52, une partie à un différend s'abstienne de voter ».

80. Paul Guggenheim, *Traité de droit international public, Tome II* (Librairie de l'Université 1954), 236; Georg Dahm, *Völkerrecht*, Vol II (Kohlhammer 1961), 227-228.

dans le sens d'une nouvelle limitation des vetos abusifs, pourra être créé dans une situation de tension extrême. En 1945, les membres permanents avaient proclamé : « Il ne faut pas croire, cependant, que les membres permanents, pas plus que les membres non permanents, utiliseraient volontairement leur droit de « veto » pour entraver le fonctionnement du Conseil »<sup>81</sup>. Cette promesse historique devrait être rappelée sans cesse aux membres permanents actuels. Les tentatives prolongées d'initiatives visant à réduire le droit de veto, qui ont atteint leur apogée en avril 2022, montrent que les États n'acceptent pas un usage illimité du droit de veto<sup>82</sup>.

La Chine étant sur le point de devenir la première puissance mondiale, elle pourrait donner l'exemple d'un leadership avisé<sup>83</sup>. Elle a d'ailleurs commenté la nouvelle procédure : « Nous définissons notre position au sein du

Conseil de sécurité d'une manière conforme à la Charte des Nations unies et à l'histoire »<sup>84</sup>. En tant que membre fondateur des Nations unies, la Chine avait déclaré « qu'il n'était pas déraisonnable de supposer qu'après un certain temps, les grandes puissances seraient disposées à envisager l'élimination du droit de veto »<sup>85</sup>. Ce temps viendra peut-être, même si nous ne savons pas quand.

initiatives de limitation du veto (Vilmer (n 29), 341); mais voir d'un œil sceptique Trahan (n 22), 139 note 185.

81. Déclaration (n 6), Sec. 18.

82. Trahan (n 22), 141.

83. La Chine cherche à s'imposer comme un entrepreneur de normes. Certains observateurs voient donc des perspectives d'adhésion de la Chine aux

84. Mission permanente de la République populaire de Chine auprès des Nations unies, Explication de la position de la Chine après l'adoption de la résolution « Mandat permanent pour un débat de l'Assemblée générale en cas de veto du Conseil de sécurité », 27 avril 2022 ([http://un.china-mission.gov.cn/eng/hyyfy/202204/t20220427\\_10674706.htm](http://un.china-mission.gov.cn/eng/hyyfy/202204/t20220427_10674706.htm)).

85. UNCIO Vol VII, Summary Report of Twenty Sixth Meeting of Committee I/2, of 16 June 1945, 241-244 (244); également cité dans Blokker (n 7), p. 71. Bien entendu, ce gouvernement chinois de 1945 était antérieur à la révolution maoïste. Mais en vertu du droit international tel qu'il est formellement établi, les ruptures politiques et même révolutionnaires de gouvernement n'affectent pas l'identité de l'État en tant que personne morale internationale.



**Elena Chachko** · Rappaport Fellow  
et Lecturer on Law, Harvard Law School,  
et Fellow, Miller Center for Global  
Challenges and the Law, UC Berkeley  
**Katerina Linos** · Tragen Professor of Law  
et co-directrice, Miller Center for Global  
Challenges and the Law, UC Berkeley

## La guerre en Ukraine un an après : une lueur d'espoir

104

Un an après l'invasion de l'Ukraine par la Russie, le brouillard de la guerre masque encore toutes ses implications. La guerre continue de causer des souffrances indicibles. Selon les estimations, l'Ukraine et la Russie ont chacune subi 100 000 pertes militaires en novembre 2022. L'Ukraine a subi plus de 40 000 pertes civiles. Des dizaines de millions de personnes ont été déplacées<sup>1</sup>. Les rapports sur les crimes de guerre sont devenus fréquents<sup>2</sup>. La guerre a mis à l'épreuve la résistance des institutions internationales, des partenariats et des alliances. L'invasion russe a violé un principe fondamental de l'ordre international : l'interdiction du recours agressif à la force. Elle a fait surgir le spectre d'une cyberguerre qui menace d'entraîner d'autres pays. Elle a une fois de plus mis en évidence le rôle de la désinformation en ligne dans l'alimentation des conflits.

Face à ces perspectives alarmantes, nombreux sont ceux qui se sont montrés pessimistes quant à ce que la guerre en Ukraine pouvait présager pour l'avenir du droit international et des institutions internationales. Cependant, il est surprenant de constater que certains éléments de la guerre et les réponses internationales apportées à ce jour offrent une lueur d'espoir. Les réactions ont défié les attentes quant à l'importance du droit et des normes internationales, et quant à la pertinence des institutions de l'après-Seconde Guerre mondiale. Nous pensons qu'il y a beaucoup de raisons d'être optimiste<sup>3</sup>.

1. Helene Cooper, « Russia and Ukraine Each Have Suffered Over 100,000 Casualties, the Top U.S. General Says », *N.Y. Times*, 10 novembre 2022, <https://www.nytimes.com/2022/11/10/world/europe/ukraine-russia-war-casualties-deaths.html>.
2. U.S. Dep't of State, *Evidence of Russia's War Crimes and Other Atrocities in Ukraine: Recent Reporting on Child Relocations*, 14 février, 2023, <https://www.state.gov/evidence-of-russias-war-crimes-and-other-atrocities-in-ukraine-recent-reporting-on-child-relocations/>; « Germany Has Evidence of War Crimes in Ukraine "in three-digit range," Prosecutor Says », *Reuters*, 4 février 2023, <https://www.reuters.com/world/europe/germany-has-evidence-war-crimes-ukraine-in-three-digit-range-prosecutor-2023-02-04/>. Cet article révisé et met à jour les publications suivantes : Elena Chachko et Katerina Linos, « Ukraine and the Emergency Powers of International

Plus précisément, nous soutenons que les institutions de l'Union européenne (UE), en particulier, ont centralisé et élargi leurs capacités de manière spectaculaire, ce qui est, en fin de compte, très positif.

Les fortes réactions internationales ont réaffirmé l'interdiction de l'usage international de la force et de l'acquisition de territoires par la force. L'invasion russe s'est produite à un moment où l'article 2, paragraphe 4, de la charte des Nations unies - qui interdit le recours à la force dans les relations internationales - était déjà soumis à une pression considérable en raison de violations récurrentes à grande et à petite échelle. Beaucoup pensaient que l'invasion flagrante par la Russie d'une nation souveraine dans le but déclaré de mettre fin à l'existence de l'Ukraine en tant qu'État indépendant serait le dernier clou dans le cercueil de l'article 2(4)<sup>4</sup>. Mais comme l'a fait remarquer Tom Ginsburg, « juste au moment où la mort de l'Ukraine à petit feu semblait possible..., l'alliance atlantique et de nombreux autres pays... ont vigoureusement réaffirmé l'importance de l'article 2(4) »<sup>5</sup>.

La réponse internationale ne s'est pas limitée à réaffirmer une norme juridique ancienne. La cyberguerre reste, à ce jour, relativement contenue. Les puissances internationales se sont mobilisées de manière sans précédent pour offrir des solutions aux réfugiés ukrainiens. Enfin, les États comme les acteurs privés ont pris des mesures beaucoup plus importantes que par le passé pour endiguer la désinformation russe. Le rôle de l'OTAN dans le conflit ukrainien fait l'objet d'un vaste débat, mais ses détracteurs comme ses partisans reconnaissent que cette alliance a reçu une injection majeure d'énergie et d'orientation. Nous nous concentrons toutefois sur une institution différente : l'UE. Nous pensons que l'UE s'est appuyée sur la crise ukrainienne pour mettre en œuvre des politiques ambitieuses et sans précédent et renforcer encore Bruxelles. Cela fait suite à une expansion majeure des pouvoirs de l'UE dans le cadre de l'épidémie de la Covid-19.

Se concentrer sur les aspects positifs ne signifie pas nier les lacunes de la réponse internationale. Elle reflète encore des pathologies de longue date, dont la principale est la nature sélective de la manière dont les acteurs puissants traitent les violations du droit international. Les crises antérieures d'une ampleur similaire n'ont pas bénéficié du même traitement international et de la même allocation de ressources que la guerre en Ukraine. De plus, pour

- Institutions », 116 *Am. J. of Int'l L.* 775, 2022 (Chachko & Linos, « Emergency Powers »); Elena Chachko et Katerina Linos, « International Law After Ukraine: Introduction to the Symposium », 116 *American Journal of International Law Unbound* 124, 2022; Elena Chachko et Katerina Linos, « Refugee Responsibility Sharing or Responsibility Dumping » 110 *Cal. L. Rev.* 897, 2022 (« Chachko & Linos, Responsibility Sharing »).
4. Voir, par exemple, Kori Schake, « Putin Accidentally Revitalizes the West's Liberal Order », *The Atlantic*, 1<sup>er</sup> mars 2022, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2022/02/vladimir-putin-ukraine-invasion-liberal-order/622950/>.
5. Tom Ginsburg, « Article 2(4) and Authoritarian International Law », 116 *American Journal of International Law Unbound* 130, 2022.

beaucoup, la perspective de l'expansion de l'OTAN n'est pas une raison de se réjouir. De même, pour certains, l'accroissement du pouvoir des institutions centrales de l'UE représente une victoire de la bureaucratie sur la démocratie.

Conscients de cela, nous soutenons toutefois que la réponse à l'Ukraine constitue une opportunité inhabituelle de remédier à ces lacunes. Le processus ardu et frustrant d'avancement du droit international a été relancé à la suite de l'invasion russe. Dans des domaines tels que le droit de la guerre, les sanctions économiques, le droit des réfugiés, le droit pénal international, la désinformation et la cyberguerre, de nouvelles idées sont développées et d'anciennes idées trouvent de nouveaux défenseurs. Des politiques généreuses et ambitieuses visant à répondre à une menace pour la sécurité européenne peuvent devenir des précédents auxquels se référer lorsque des crises frappent des régions du monde qui retiennent beaucoup moins l'attention<sup>6</sup>.

## 1. Une lueur d'espoir

### 1.1 Galvaniser les institutions, les alliances et les partenariats

La guerre en Ukraine a prouvé que les alliances et les partenariats internationaux, longtemps considérés comme obsolètes, ont encore un rôle important à jouer dans l'application des normes internationales et le maintien de la sécurité internationale. Le multilatéralisme est réapparu après que certaines grandes puissances mondiales, notamment les États-Unis, ont choisi de se replier sur elles-mêmes et de se retirer de la coopération internationale et régionale.

L'OTAN en est un exemple majeur. Pour la première fois depuis des années, des pays européens comme la Suède et la Finlande ont manifesté leur intérêt pour l'adhésion à l'OTAN, revigorant ainsi une alliance qui a besoin d'énergie et d'objectifs. Les alliés de l'OTAN se sont efforcés de fournir à l'Ukraine une aide, des armes et des renseignements qui se sont avérés essentiels pour compliquer la campagne militaire de la Russie et renforcer la défense de l'Ukraine qui défie toute attente<sup>7</sup>. Les États-Unis ont déjà investi plus de 22 milliards d'euros dans l'aide militaire à l'Ukraine<sup>8</sup>. Les États membres et les institutions de

l'UE ont pris des engagements militaires dépassant les 11 milliards d'euros<sup>9</sup>.

Un autre exemple est la vaste coopération transatlantique autour du régime de sanctions globales que les puissances mondiales ont mis en place à l'encontre de la Russie. Jamais auparavant des sanctions économiques d'une telle ampleur n'avaient été imposées à une économie du G20. À mesure que le conflit progressait et que les preuves d'atrocités s'accumulaient, les États-Unis et l'Union européenne ont commencé à cibler le secteur énergétique russe, en dépit des coûts potentiels pour l'économie mondiale. La campagne de sanctions économiques - du moins à ses débuts - s'est déroulée à une vitesse fulgurante, entraînant dans son sillage les États-Unis, l'Union européenne, l'OMC et d'autres puissances, de l'Amérique du Nord à l'Asie. Le conflit a également renforcé la coordination entre les secteurs public et privé, parallèlement au multilatéralisme traditionnel. La campagne de sanctions contre Moscou a coïncidé avec un exode des entreprises privées de Russie, au-delà de ce que les sanctions exigeaient<sup>10</sup>.

En Europe, l'UE s'est appuyée sur l'urgence ukrainienne pour donner un nouveau souffle à l'intégration européenne<sup>11</sup>. Elle a exploité une vague de volonté politique parmi les États membres, alimentée par la proximité géographique de la guerre et les souvenirs de la vie sous l'occupation soviétique. Dans la période qui a précédé la guerre, d'éminents observateurs ont déploré l'effritement de l'UE, alors que les crises économiques et migratoires consécutives, le Brexit et les défis internes d'États membres comme la Hongrie et la Pologne semblaient menacer son existence. Contrairement aux attentes, Bruxelles est sortie renforcée du conflit ukrainien. Les institutions centrales de l'UE ont été en mesure de faire adopter des réformes juridiques et des politiques sans précédent dans les domaines de la défense et de la sécurité, de l'immigration et de l'asile, et de l'énergie, qui ont élargi la portée de l'UE à l'échelle mondiale et, par conséquent, à l'intérieur de ses propres frontières<sup>12</sup>.

partir de janvier 2023, les États-Unis se sont engagés à verser plus de 27 milliards de dollars d'aide militaire à l'Ukraine).

6. Katerina Linos, « Diffusion through Democracy », 55 *Am. J. Pol. Sci.* 678, 2011; Katerina Linos, *The Democratic Foundations of Policy Diffusion: How Health, Family and Employment Laws Spread Across Countries*, Oxford University Press, 2013.
7. Voir, par exemple, David Brown, Jake Horton et Tural Ahmedzade, « Ukraine Weapons: What Tanks and Other Equipment are The World Giving? », *BBC News*, 18 février 2023, <https://www.bbc.com/news/world-europe-62002218>.
8. Nous utilisons les données provenant de la 8<sup>e</sup> édition de la fiche de suivi du soutien à l'Ukraine à des fins de comparaison. Cela comprend les dépenses effectuées entre le 24 janvier 2022 et le 20 novembre 2023. Voir Ariana Anteza et al., « The Ukraine Support Tracker: Which countries help Ukraine and how? », <https://www.econstor.eu/handle/10419/262746> [ci-après *Ukraine Support Tracker*]. Voir aussi Anthony J. Blinken, *Significant New Military Assistance to Ukraine*, U.S. Dep't of State, 19 juin 2023, <https://www.state.gov/significant-new-u-s-military-assistance-to-ukraine/> (expliquant qu'à

9. Voir l'*Ukraine Support Tracker*, supra note 8. Voir aussi le communiqué de presse du Conseil de l'Europe « Ukraine : le Conseil approuve un nouveau soutien militaire au titre de la facilité européenne pour la paix », 2 février 2023, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/02/02/ukraine-council-agrees-on-further-military-support-under-the-european-peace-facility/> (notant que les institutions de l'UE se sont engagées à fournir une assistance militaire d'une valeur de 3,6 milliards d'euros). Voir aussi *Military Support for Ukraine*, *Die Bundesregierung*, <https://www.bundesregierung.de/breg-en/news/military-support-ukraine-2054992> (notant que l'Allemagne à elle seule a alloué plus de 4 milliards d'euros en 2022-2023 pour financer l'aide militaire à l'Ukraine).
10. Elena Chachko et J. Benton Heath, « A Watershed Moment for Sanctions? Russia, Ukraine, and the Economic Battlefield », 116 *American Journal of International Law Unbound* 135, 2022; Voir aussi *Sanctions against Russia - a Timeline*, S&P Global, <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/sanctions-against-russia-8211-a-timeline-69602559>.
11. Voir cependant Veronica Anghel et Erik Jones, « Is Europe Really Forged Through Crisis? Pandemic EU and the Russia - Ukraine War », *J. of Eur. Public Pol'y* 1, 2022.
12. Voir Chachko et Linos, *Emergency Powers*, supra note 3.

Commençons par quelques chiffres financiers, car jusqu'à récemment, les institutions de l'UE disposaient d'un pouvoir réglementaire considérable, mais pas d'un pouvoir financier. Le budget annuel de l'UE était, jusqu'en 2019, minuscule : il ne représentait que 1 % du revenu national brut des États membres de l'UE, soit environ 100 millions d'euros<sup>13</sup>. À titre de comparaison, le budget fédéral américain est depuis longtemps au moins 20 fois plus important. Jusqu'en 2019, l'UE régnait par la réglementation et non par l'argent. Tout a changé avec la pandémie de Covid, et, fait extraordinaire, le programme NGEU. L'émission de centaines de milliards de dette commune, soutenue par l'excellent crédit de l'Allemagne, pour financer des programmes de lutte contre la pauvreté dans la périphérie européenne a été qualifiée de moment hamiltonien de l'Europe. Nous soutenons que la crise ukrainienne a encore renforcé cette tendance à la centralisation des ressources financières de l'UE.

Les chiffres européens sur l'aide à l'Ukraine sont frappants lorsqu'il s'agit de l'aide globale, y compris les engagements financiers et humanitaires non militaires. Le total de l'aide militaire, financière et humanitaire de l'UE s'élève à 52 milliards d'euros, un chiffre comparable aux 48 milliards d'euros d'aide américaine dans ces trois catégories<sup>14</sup>. Mais ce qui est frappant, c'est que la grande majorité des fonds financiers et humanitaires européens passent par les institutions de l'UE, et non directement par les États membres<sup>15</sup>. Alors que le Conseil et la Commission se disputent généralement un ou quelques centaines de millions à partager chaque année entre les 27 États membres, le fait qu'ils s'engagent à verser 30 milliards à un État non membre (peut-être à un horizon plus long et moins clair) semble caractéristique d'une transformation frappante.

Les techniques réglementaires utilisées pour atteindre les objectifs d'intégration de l'UE sont également fascinantes. Comme nous l'avons montré ailleurs, les mesures d'urgence prises par l'UE en Ukraine ont fait appel à plusieurs techniques : contournement juridique, augmentation d'échelle, consolidation et maximisation technocratique. Elles ont créé des solutions juridiques en contournant les restrictions constitutionnelles ou en suspendant des règles européennes de longue date. Ils se sont appuyés sur les programmes existants et les ont réorientés pour les développer. Ils ont consolidé le pouvoir en transférant d'importantes compétences des États membres vers les institutions centrales de l'UE. Dans certains cas, comme celui de la politique migratoire, ils ont fait adopter des politiques que les États membres de l'UE avaient rejetées avec

force auparavant. Enfin, ils ont maximisé la technocratie en déployant des quotas, des formules et des définitions juridiques prédéterminés au niveau central pour répartir les obligations et les droits entre les États membres, afin de réduire, voire d'éliminer, le marchandage politique autour de la mise en œuvre<sup>16</sup>.

En matière de défense et de sécurité, l'invasion russe a permis à l'UE de consolider les principales autorités de défense et de remodeler son rôle en matière de sécurité régionale et mondiale. L'UE a contourné l'interdiction constitutionnelle de financer des actions militaires et de défense à partir du budget ordinaire de l'UE pour fournir à l'Ukraine des milliards d'euros d'assistance militaire, créant ainsi un précédent en matière d'armement collectif d'un État tiers lors d'un conflit armé. Pour ce faire, l'UE a eu recours à un instrument juridique préexistant peu connu, la Facilité européenne de soutien à la paix (FEP)<sup>17</sup>. Avant que la Russie n'envahisse l'Ukraine, le Conseil a adopté plusieurs mesures d'assistance au titre de la FEP pour soutenir des actions limitées dans différents pays<sup>18</sup>, y compris une assistance non létale à l'Ukraine<sup>19</sup>. Mais aucune de ces mesures n'était aussi importante que celles adoptées après l'invasion de l'Ukraine. Et aucune n'impliquait la fourniture d'armes létales à un pays tiers lors d'un conflit armé ou un financement centralisé de l'UE de 3,6 milliards d'euros.

La FEP est un cadre important pour les dépenses militaires et de défense à venir. Contrairement aux programmes antérieurs connexes, le FEP peut être utilisé pour tout conflit, partout dans le monde, et pour aider tout État tiers. L'UE dispose ainsi d'un outil essentiel pour consolider son pouvoir et promouvoir une politique de sécurité et de défense commune (PSDC) plus solide, qui restait largement à l'état d'aspiration avant l'Ukraine. La mesure d'assistance à l'Ukraine étend également la portée de l'UE dans le domaine de la défense et de la sécurité en créant un précédent pour la fourniture collective par l'UE d'armes létales à un État tiers lors d'un conflit armé. Il s'agit d'un nouveau modèle d'engagement militaire international de l'UE.

Dans le domaine de l'énergie, l'invasion de l'Ukraine a accéléré les politiques de l'UE visant à promouvoir collectivement l'indépendance énergétique et à se désengager des exportateurs malhonnêtes comme la Russie. Face à la perspective d'une manipulation de l'offre russe, d'une montée en flèche des prix de l'énergie et d'éventuelles pénuries hivernales, l'UE a même introduit une autorité extraordinaire pour imposer un rationnement d'urgence de l'énergie à l'échelle de l'UE. Cette autorité découle de l'article 122 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui permet au Conseil de l'UE d'agir « si de graves difficultés surviennent dans l'approvisionnement

13. Voir Deutsche Bundesbank, « The EU budget and its financing: looking back and ahead », avril 2020, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/831226/a569592c0a71b7c5c2494f6acace6a75/mL/2020-04-eu-haushalt-finanzierung-data.pdf>.

14. Voir Ukraine Support Tracker, *supra* note 8. Voir également Steven Erlanger, « When It Comes to Building Its Own Defense, Europe Has Blinkered », *N.Y. TIMES*, 4 février 2023, <https://www.nytimes.com/2023/02/04/world/europe/europe-defense-ukraine-war.html?smid=url-share> (relevant que l'aide globale de l'UE à l'Ukraine dépasse les 50 milliards d'euros).

15. Voir Ukraine Support Tracker, *supra* note 8.

16. *Id.*

17. Décision du Conseil (PESC) 2021/509, pt 14, OJ L102 (24 mars 2021).

18. Commission européenne, *European Peace Facility*, [https://fpi.ec.europa.eu/what-we-do/european-peace-facility\\_en](https://fpi.ec.europa.eu/what-we-do/european-peace-facility_en).

19. Décision du Conseil (PESC) 2021/509, pt 59, OJ L432 (3 décembre 2021).

de certains produits, notamment dans le domaine de l'énergie ». Dans un premier temps, les États membres ont été invités à réduire volontairement leur consommation de 15 % d'ici au printemps 2023. Si les mesures volontaires s'avèrent insuffisantes, les nouvelles mesures énergétiques accordent à l'UE le pouvoir d'imposer un rationnement, à quelques exceptions près<sup>20</sup>.

En outre, la guerre a accéléré la promotion d'objectifs de longue date de la politique intérieure de l'UE, tels que la transition vers l'énergie verte et une économie européenne plus durable. La Commission européenne a proposé un plan énergétique ambitieux, REPowerEU, visant à sevrer l'Europe de l'énergie russe d'ici la fin de la décennie et à diversifier les fournisseurs de l'UE. Parallèlement à ces objectifs immédiats, le plan s'appuie sur la crise ukrainienne pour faire avancer un programme climatique plus large visant à orienter progressivement l'UE vers des sources d'énergie vertes<sup>21</sup>. Le plan met l'accent sur les avantages d'une union européenne qui permettrait d'atteindre plus rapidement les objectifs de désinvestissement de la Russie et de durabilité énergétique<sup>22</sup>.

Une fois de plus, le plan réutilise un instrument préexistant de l'UE appelé la facilité de redressement et de résilience (FRR), un peu comme l'UE l'a fait avec la facilité européenne de paix dans le contexte de la défense et de la sécurité. Le FRR est un mécanisme de coordination et d'investissement que l'UE a créé dans le cadre de la réponse à une autre urgence, le Covid-19<sup>23</sup>. REPowerEU propose de modifier le règlement du RRF afin de mettre en œuvre les objectifs de désinvestissement, de diversification et de durabilité du plan dans le cadre de la réponse à l'invasion russe. Il comprend des conseils et des règles que les États membres devraient suivre pour remodeler leurs plans nationaux de « rétablissement et de résilience » afin d'intégrer les objectifs de REPowerEU<sup>24</sup>.

En plus de ces éléments, le plan REPowerEU comprend des initiatives visant à collectiviser et à centraliser les achats d'énergie de l'UE. En vertu des traités européens, bien que l'UE soit compétente dans certains domaines de la politique énergétique interne, chaque État membre conserve le droit de « déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de

son approvisionnement énergétique »<sup>25</sup>. Toutefois, dans le sillage de l'Ukraine, c'est l'UE, et non les États membres individuellement, qui a pris la tête des efforts visant à réduire la dépendance de l'Union à l'égard de la Russie<sup>26</sup>. REPowerEU s'appuie sur cette tendance et l'élargit. En décembre 2022, le Parlement européen et le Conseil de l'UE sont parvenus à un accord politique sur le financement de REPowerEU et sur la possibilité pour les États membres d'introduire des chapitres REPowerEU dans leurs plans de relance et de résilience<sup>27</sup>.

La politique en matière de réfugiés et d'immigration est un autre domaine dans lequel l'UE a pris des mesures sans précédent à la suite de l'invasion russe<sup>28</sup>. Dans les jours qui ont suivi l'invasion, le Conseil de l'UE a décidé d'activer pour la première fois la directive sur la protection temporaire de l'UE, une directive de 2001 émise en réponse à la guerre dans les Balkans pour faire face aux afflux massifs de personnes fuyant les conflits<sup>29</sup>. Le Conseil a accordé aux ressortissants ukrainiens et aux autres personnes fuyant l'Ukraine le droit de vivre, de travailler et de bénéficier de prestations dans *n'importe quel* pays de l'UE<sup>30</sup>. Les réfugiés et les demandeurs d'asile n'ont jamais bénéficié d'une telle liberté de choix quant au pays où ils vivront et travailleront. La décision relative à la protection temporaire en Ukraine est également généreuse dans la définition du groupe de personnes éligibles et des droits dont elles bénéficieront. Ces droits s'appliquent automatiquement dans toute l'UE.

La décision de protection temporaire est un modèle de gestion centralisée d'un déplacement massif par les institutions européennes. Il s'agit d'une réponse collective remarquable qui a remplacé l'approche par défaut de l'UE consistant à confier toute la responsabilité aux États membres voisins de l'Ukraine dans le cadre du régime de Dublin, l'instrument de contrôle de l'UE qui régit généralement la responsabilité de l'accueil et du traitement des demandeurs d'asile. Il s'agit d'un exemple frappant de partage des responsabilités en matière de réfugiés qui élargit considérablement les mesures de partage des responsabilités les plus généreuses que l'UE avait adoptées lors de la crise migratoire de 2015 au Moyen-Orient<sup>31</sup>. La Pologne et la Hongrie - deux pays de l'UE qui se sont

20. Règlement du Conseil (UE) 2022/1369, OJ L 206/1. *See also* Chachko & Linos, *Emergency Powers*, *supra* note 2; Katja Yafimava, « EU Solidarity at a Time of Gas Crisis: Even With a Will the Way Still Looks Difficult », *The Oxford Institute for Energy Studies*, février 2023, <https://agw7k6q9.stackpathcdn.com/wp-content/uploads/2023/02/EU-solidarity-at-a-time-of-gas-crisis-NG179.pdf>.

21. Voir Chachko & Linos, *Emergency Powers*, *supra* note 3.

22. Communiqué de presse de la Commission européenne, « REPowerEU: Un plan visant à réduire rapidement la dépendance à l'égard des combustibles fossiles russes et à accélérer la transition écologique », 18 mai 2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_22\\_3131](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_22_3131).

23. Commission européenne, « Facilité pour la reprise et la résilience », [https://commission.europa.eu/business-economy-euro/economic-recovery/recovery-and-resilience-facility\\_fr](https://commission.europa.eu/business-economy-euro/economic-recovery/recovery-and-resilience-facility_fr).

24. COM(2022) 231 (18 mai 2022).

25. TFUE, *supra* note 3, Art. 194(2); Voir aussi Kaisa Huhta, « The Scope of State Sovereignty Under Article 194(2) TFEU and the Evolution of EU Competences in the Energy Sector » (2021) 70 *Int'l & Comp. L. Q.* 991, 2021.

26. Voir Chachko & Linos, *Emergency Powers*, *supra* note 3.

27. Commission européenne, « REPowerEU: une énergie abordable, sûre et durable pour l'Europe », [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repowereu-affordable-secure-and-sustainable-energy-europe\\_fr](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repowereu-affordable-secure-and-sustainable-energy-europe_fr).

28. Décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil du 4 mars 2022.

29. 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.

30. Décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil du 4 mars 2022.

31. Linos et Chachko, *Responsibility Sharing*, *supra*; Elena Chachko et Katerina Linos, « Sharing Responsibility for Ukrainian Refugees: An Unprecedented Response », *Lawfare*, 5 mars 2022, <https://www.lawfareblog.com/sharing-responsibility-ukrainian-refugees-unprecedented-response>.

opposés avec véhémence aux mesures d'assistance aux demandeurs d'asile dans le passé et qui ont longtemps joué les trouble-fêtes dans de nombreux projets de l'UE - ont soutenu ces mesures étendues cette fois-ci.

### 1.2 Operationalizing Refugee Responsibility Sharing

Compte tenu des échecs répétés des puissances mondiales à soulager le sort des personnes déplacées fuyant le Moyen-Orient, l'Afrique et l'Amérique centrale, il était difficile d'imaginer que le monde se mobiliserait rapidement pour accueillir les Ukrainiens. Pourtant, les mesures extraordinaires prises par l'UE pour aider les personnes déplacées en provenance d'Ukraine, ainsi que les mesures prises par d'autres pays, constituent l'un des exemples les plus frappants à ce jour d'un véritable partage des responsabilités pour les demandeurs d'asile. L'UE a accueilli environ 4 millions d'Ukrainiens au titre de la directive sur la protection temporaire<sup>32</sup>. Les États-Unis ont accordé un statut de protection temporaire aux Ukrainiens résidant aux États-Unis, ont créé des exceptions pour les Ukrainiens dans les politiques restrictives qui s'appliquent aux migrants arrivant à leur frontière sud, ont promis d'accueillir 100 000 Ukrainiens et ont fourni une aide économique considérable à l'Ukraine et à ses voisins<sup>33</sup>.

Avant l'Ukraine, l'incidence et la répartition géographique croissantes des déplacements massifs de population ont suscité l'examen de divers arrangements destinés à alléger la pression sur les États d'accueil lourdement chargés tout en tenant compte de la situation critique des demandeurs de protection internationale. Aujourd'hui, la grande majorité des demandeurs d'asile sont accueillis dans une poignée de pays, pour la plupart en voie de développement, qui bordent les zones de déplacement massif. Le partage des responsabilités est devenu un concept clé dans le débat sur la politique migratoire. Longtemps considéré comme théorique et incitatif, le partage des responsabilités est de plus en plus souvent passé de la théorie à la pratique, l'ONU, l'UE, les États-Unis et d'autres acteurs ayant expérimenté différents mécanismes de partage des responsabilités dont l'adéquation varie considérablement.

Les accords de partage des responsabilités peuvent s'écarter du principe de base du droit international des réfugiés, à savoir l'obligation de procéder à une évaluation individuelle de l'admissibilité au statut de réfugié dans le pays d'arrivée. Ils adoptent une approche plus systémique qui tient également compte du point de vue des pays d'accueil et de la difficulté de procéder à des évaluations individualisées lorsque des millions de demandeurs d'asile fuient en même temps. Dans des travaux antérieurs, nous

avons proposé un modèle pour évaluer les accords de partage des responsabilités et déterminer s'ils sont régressifs ou progressifs. Les accords progressifs qui devraient se répandre sont ceux qui déplacent les demandeurs d'asile vers des États plus sûrs, plus riches et plus compétents sur le plan administratif. Les dispositions régressives sont celles qui font le contraire et doivent être découragées. Nous identifions quatre paramètres clés pour la classification, notamment les engagements en matière d'accueil, une composante monétaire ou une aide non monétaire équivalente, le multilatéralisme et l'ancrage juridique<sup>34</sup>.

Les réponses de l'UE et des États-Unis aux problèmes des réfugiés ukrainiens sont très proches de l'extrémité progressive de l'échelle. Elles impliquent la relocalisation de millions de personnes déplacées d'Ukraine vers certains des pays occidentaux les plus puissants et les plus riches. Elles accordent aux demandeurs d'asile une solide protection juridique et des droits économiques. Elles s'accompagnent d'une aide généreuse à l'Ukraine et à ses voisins. Elles sont fondées sur des instruments juridiquement contraignants. Et au moins la directive européenne sur la protection temporaire est un mécanisme de partage des responsabilités collectives. Le conflit en Ukraine a donc produit un modèle d'accord de partage des responsabilités très progressif pour les réfugiés. Ce modèle peut et doit être reproduit pour faire face à de futurs cas de déplacements massifs. Il illustre également l'importance de réformer le droit international des réfugiés et des migrations afin de mieux gérer les afflux massifs de demandeurs d'asile et de s'adapter aux accords de partage des responsabilités.

### 1.3 Guerre et cyberspace

La guerre en Ukraine a défié les attentes concernant les méthodes de guerre d'une manière qui incite à l'optimisme. Avant l'invasion, beaucoup pensaient qu'une cyberpuissance dominante comme la Russie déploierait des opérations cybernétiques de grande envergure<sup>35</sup>. Mais dans la pratique, la Russie a mené peu d'opérations cybernétiques réussies à grande échelle en Ukraine ou ailleurs dans le cadre de ce conflit jusqu'à présent<sup>36</sup>. Des chercheurs ont soutenu que cela pouvait être la preuve de l'efficacité des défenses mises en place par les Ukrainiens et leurs puissants alliés, ou d'un désir d'éviter une escalade involontaire qui pourrait entraîner d'autres puissances dans le conflit. Ces deux explications remettent en question des hypothèses opérationnelles bien établies en matière de cybersécurité, telles que l'hypothèse selon laquelle

32. Conseil de l'Union européenne, « Afflux de réfugiés en provenance d'Ukraine », <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/eu-migration-policy/refugee-inflow-from-ukraine/> (réflétant le nombre d'Ukrainiens enregistrés pour une protection temporaire ou des régimes similaires dans l'UE).

33. Voir Jaya Ramji-Nogales, « Ukrainians in Flight: Politics, Race, and Regional Solutions », 116 *Am. J. Int'l L. Unbound* 150, 2022.

34. Linos & Chachko, *Responsibility Sharing*, *supra* note 3.

35. Kristen Eichensehr, « Ukraine, Cyberattacks, and the Lessons for International Law », 116 *Am. J. Int'l L. Unbound* 145, 2022.

36. Voir par exemple, Gavin Wilde, « Cyber Operations in Ukraine: Russia's Unmet Expectations », *Carnegie Endowment for International Peace*, 12 décembre 2022, <https://carnegieendowment.org/2022/12/12/cyber-operations-in-ukraine-russia-s-unmet-expectations-pub-88607>; James A. Lewis, « Cyber War and Ukraine », CSIS, juin 2022, [https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/220616\\_Lewis\\_Cyber\\_War.pdf?VersionId=S.iEKeom79InugnYWlcZL4r3Ljuq.ash](https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/220616_Lewis_Cyber_War.pdf?VersionId=S.iEKeom79InugnYWlcZL4r3Ljuq.ash); Susan Landau, « Cyberwar in Ukraine: What You See Is Not What's Really There », *Lawfare*, 30 septembre 2022, <https://www.lawfareblog.com/cyberwar-ukraine-what-you-see-not-whats-really-there>.

le défenseur est structurellement désavantagé ou que la dissuasion fonctionne mal dans le cyberspace<sup>37</sup>.

La désinformation en ligne est un autre moyen par lequel la guerre en Ukraine a pénétré le cyberspace. Les chercheurs ont observé que les plateformes Internet privées et les acteurs étatiques se sont unis pour faire beaucoup plus que lors des précédents points d'inflexion géopolitiques afin de contrer la désinformation russe et l'utilisation abusive des plateformes Internet pour promouvoir ses objectifs en Ukraine<sup>38</sup>. Par exemple, le Conseil de l'UE a interdit la diffusion des médias d'État russes RT et Sputnik au sein de l'UE, et a interdit aux plateformes privées d'héberger leur contenu ou de le rendre accessible par le biais de recherches<sup>39</sup>. Les grandes entreprises technologiques comme Meta, Google, Twitter et Microsoft ont toutes pris des mesures pour contenir la désinformation russe et mettre en garde contre les cyberattaques russes<sup>40</sup>.

En effet, des spécialistes ont fait valoir que ces efforts sont peut-être allés trop loin, entraînant une censure excessive fondée sur des règles opaques et l'intervention de l'État dans la gouvernance des contenus en ligne<sup>41</sup>. Néanmoins, ici comme dans les autres contextes que nous évoquons, la guerre d'Ukraine a suscité une forte réaction internationale mettant en œuvre les leçons tirées des précédentes campagnes russes de cyberinformation et de désinformation qui ont été couronnées de succès.

\*\*\*

L'invasion russe de l'Ukraine est un test de résistance important pour l'ordre international et les normes qui le sous-tendent. Loin de répondre aux prédictions de disparition de l'ordre international, nous soutenons que la réponse extraordinaire à la guerre a réaffirmé et revigoré bon nombre de ses éléments les plus importants.

## 2. Le revers de la médaille et l'avenir

Le revers de la médaille de la réponse exceptionnelle à l'invasion russe est qu'elle est, par définition, différente de la réponse internationale à d'autres crises. Est-il viable d'avoir un régime international qui réagit aux menaces graves de manière sélective, certaines entraînant des milliards de dollars en dépenses d'armement et d'aide humanitaire et d'autres suscitant à peine des condamnations diplomatiques? La réponse à l'invasion de l'Ukraine n'expose-t-elle pas le soi-disant ordre international fondé

sur des règles pour ce qu'il est - un véhicule vide au service des intérêts de pays puissants, principalement occidentaux? La justification des actions de la Russie souligne l'hypocrisie des puissances occidentales qui condamnent la Russie tout en s'engageant elles-mêmes dans des actions similaires<sup>42</sup>. Et la Russie n'est certainement pas la seule à avancer cet argument<sup>43</sup>.

Dans le contexte des réfugiés, l'accueil chaleureux réservé aux Ukrainiens est souvent mis en contraste avec les réponses inadéquates apportées à d'autres grands déplacements récents en Syrie, en Irak, en Afghanistan, en Amérique centrale et ailleurs. Nombreux sont ceux qui considèrent cette disparité comme une expression du racisme. L'Occident perçoit les Ukrainiens comme des compatriotes européens, tandis que les demandeurs d'asile du sud de la planète sont des « autres »<sup>44</sup>. De même, les États-Unis ont pris des mesures relativement extraordinaires pour aider les Ukrainiens qui atteignent les États-Unis, alors qu'ils ne parviennent pas à trouver des solutions pour les demandeurs d'asile le long de leur frontière sud et pour les personnes déplacées par leurs guerres au Moyen-Orient.

Dans le contexte des sanctions, la coalition contre la Russie exclut de nombreux pays en développement et des acteurs clés comme la Chine, qui ne partagent pas les objectifs de ceux qui dirigent la coalition des sanctions ni leur vision du droit international et de l'ordre international<sup>45</sup>. Les violations du droit de la guerre par les puissances occidentales et leurs alliés n'ont pas fait l'objet d'un ostracisme économique similaire.

Dans le contexte de la désinformation, les chercheurs s'inquiètent du manque de cohérence et de normes dans la manière dont les acteurs privés abordent la modération du contenu dans les différents conflits à travers le monde. Ils ont également critiqué l'UE pour son interdiction excessive des médias russes, qui ne tient pas compte des implications plus larges des restrictions de contenu imposées par les États<sup>46</sup>.

Pour certains, le problème de la sélectivité annule toutes les vertus que peut avoir la réponse internationale à la guerre en Ukraine. Si les puissances mondiales principalement occidentales appliquent un double standard fondé sur des intérêts politiques pour décider quelles violations

37. Voir Eichensehr, *supra* note 35.

38. David Kaye, « Online Propaganda, Censorship, and Human Rights in Russia's War against Reality », 116 *Am. J. Int'l L. Unbound*, 2022; Voir aussi Elena Chachko, « National Security by Platform », 25 *Stan. Tech. L. Rev.* 55, 2021; Elena Chachko, « Platforms at War », *Lawfare*, 28 mars 2022 <https://www.lawfareblog.com/platforms-war>.

39. Règlement (UE) 2022/350 du Conseil du 1<sup>er</sup> mars 2022 modifiant le règlement (UE) no 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine.

40. Chachko, *supra* note 38.

41. Kaye, *supra* note 38.

42. « Full Text: Putin's Declaration of War on Ukraine », *The Spectator*, 24 février 2022, <https://www.spectator.co.uk/article/full-text-putin-s-declaration-of-war-on-ukraine>.

43. Voir, par exemple, Katrina Vanden Heuvel, « America's Hypocrisy Over Ukraine and Spheres of Influence », *Wash. Post*, 12 avril 2022, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/04/12/americas-hypocrisy-over-ukraine-spheres-influence/>; Joseph Krauss, « Many in Mideast See Hypocrisy in Western Embrace of Ukraine », *ABC News*, 29 mars 2022, <https://abcnews.go.com/International/wireStory/mideast-hypocrisy-western-embrace-ukraine-83734095>.

44. Voir par exemple, Nations Unies, « UNHCR Chief Condemns "Discrimination, Violence and Racism" Against Some Fleeing Ukraine », 16 avril 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/03/114282>.

45. Chachko & Heath, *supra* note 10.

46. Kaye, *supra* note 38.

du droit international doivent être sévèrement punies et quels individus méritent d'être protégés, l'ensemble de l'entreprise de l'État de droit international perd sa légitimité et son attrait pour ceux qui ne font pas partie de la coalition dominante.

Ce point de vue, selon nous, va trop loin. Il est préférable pour toutes les nations que les puissances mondiales réaffirment cette fois l'interdiction du recours international à la force, même si elles ont hésité par le passé, afin que nous puissions faire davantage à l'avenir. Il est préférable de proposer des solutions aux Ukrainiens et d'atténuer une crise humanitaire de masse cette fois-ci, même si les puissances mondiales n'ont pas été aussi généreuses par le passé, car cette générosité peut servir de référence pour ce qui est possible. Il vaut mieux que les plateformes internet qui contrôlent les flux d'information mondiaux acceptent d'assumer la responsabilité de leur rôle dans les conflits géopolitiques plutôt que de rester les bras croisés face à la propagation de la désinformation et des comportements nuisibles en ligne parce qu'elles n'ont pas réussi à élaborer un ensemble de règles cohérentes et réalisables qu'elles peuvent appliquer de manière cohérente dans toutes les régions et dans tous les conflits.

Le droit international et l'ordre international ont toujours été des travaux en cours. Le droit international a toujours été appliqué de manière aléatoire, et la politique et les intérêts froids des États ont toujours joué un rôle important. Nous devrions nous réjouir de ces cas, comme la guerre en Ukraine, où le droit international, les normes et les partenariats fonctionnent comme prévu. Dans le même temps, il est important d'œuvrer à une application plus équitable et moins sélective du droit international et de s'attaquer aux pathologies qui affectent depuis longtemps le système international dans différents domaines. À cet égard, la guerre en Ukraine pourrait s'avérer plutôt génératrice. En faisant resurgir les problèmes liés à la sélectivité, au racisme, aux relations nord-sud, aux déplacements massifs et aux nouvelles méthodes et nouveaux théâtres de guerre, la guerre a relancé les discussions qui pourraient précipiter d'importantes réformes.

Par exemple, le conflit ukrainien a relancé le débat de longue date sur la légalité, l'efficacité et les coûts collatéraux des sanctions économiques. Un an après le début du conflit, l'un des régimes de sanctions les plus complets de l'histoire de l'après-guerre froide n'a pas réussi à dissuader la Russie de poursuivre ses aspirations militaires en Ukraine. Cela a contribué à donner l'impression que les sanctions font plus de mal que de bien en nuisant à l'économie internationale, en imposant d'énormes coûts de mise en conformité, en encourageant la surconformité, en soutenant des systèmes économiques alternatifs à celui dominé par le dollar, en épargnant les cibles sophistiquées des sanctions qui dissimulent bien leurs avoirs et en prélevant un tribut excessif sur les libertés individuelles.

Les universitaires ont étudié les possibilités de réforme, depuis l'ajout progressif d'exigences en matière de

procédure régulière, en passant par l'utilisation du droit national pour imposer des restrictions au recours aux sanctions dans les principales juridictions qui imposent des sanctions, jusqu'à des réformes plus ambitieuses et plus fondamentales, telles que la promotion d'une plus grande transparence financière à l'échelle mondiale et l'évolution vers l'autosuffisance énergétique afin de réduire la dépendance à l'égard de puissances telles que la Russie qui violent les normes internationales<sup>47</sup>. Toutes ces propositions sont actuellement sur la table et les acteurs internationaux feraient bien de ne pas laisser passer l'occasion de les évaluer et de les mettre en œuvre.

L'Ukraine souligne également à quel point le cadre juridique international relatif aux réfugiés et aux migrations est dépassé. Un cadre international mieux adapté à la réalité des déplacements de masse aujourd'hui élargirait la définition internationale du réfugié pour couvrir les situations de conflit armé et de violence généralisée, aborderait les problèmes de racisme et d'équité, et institutionnaliserait des mécanismes facilitant un véritable partage des responsabilités lorsque des déplacements de masse se produisent. Le moment est venu de répondre aux appels des universitaires et des décideurs politiques à recentrer l'attention sur le partage des responsabilités en tant que voie prometteuse pour faire face aux migrations et aux déplacements mondiaux. La guerre en Ukraine est une étape importante vers un examen plus systématique des mécanismes concrets de partage des responsabilités qui pourraient suivre le modèle ukrainien<sup>48</sup>.

Il reste encore beaucoup à faire dans le domaine épineux des restrictions de contenu dans les conflits et des problèmes de droits individuels qu'elles soulèvent. Il s'agit d'un domaine relativement nouveau, avec un monde de questions sans réponse qui continueront à occuper les juristes et les décideurs politiques des secteurs public et privé. L'Ukraine a une fois de plus démontré l'importance de développer les capacités et les mécanismes au sein des intermédiaires privés en ligne afin de mieux traiter les contenus préjudiciables. C'est l'un des objectifs de la récente loi globale de l'UE sur les services numériques, qui exige des intermédiaires en ligne qu'ils mettent en place des procédures pour faire face à une variété de comportements en ligne préjudiciables et impose diverses exigences connexes<sup>49</sup>.

La question de savoir si la loi établit un juste équilibre entre l'intervention de l'État dans la modération du contenu et la prévention des préjudices en ligne a fait l'objet d'intenses débats. Quoi qu'il en soit, le modèle européen est appelé à exercer une influence au niveau mondial<sup>50</sup>. Sa mise en œuvre devrait s'inspirer des

47. Chachko et Heath, *supra* note 10.

48. Linos et Chachko, *supra* note 2; Ramjii-Nogales, *supra* note 33.

49. Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022.

50. Voir Anu Bradford, *The Brussels Effect: The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (Oxford University Press, 2020); dans cette revue Anu Bradford, « Penser l'Union européenne dans la mondialisation : l'"effet Bruxelles" », 2 *Revue européenne du droit* 1, 2021.

exemples de réussite - et de dépassement - observés jusqu'à présent dans le cadre du conflit ukrainien. En particulier, l'expérience de l'UE en matière d'interdictions globales de certains contenus en cas de crise met en garde contre l'utilisation de l'autorité d'intervention d'urgence prévue par la loi sur les services numériques à de telles fins. Comme l'a souligné David Kaye, l'interdiction des médias d'État russes par l'UE s'est retournée contre elle en donnant aux autorités le droit de restreindre ce qu'elles considèrent comme de la désinformation sous le couvert de mesures d'urgence<sup>51</sup>.

Enfin, les universitaires ont appelé les régulateurs et les décideurs politiques à faire évoluer leur réflexion des opérations cybernétiques tape-à-l'œil et à fort impact vers « des opérations de moindre niveau qui se sont avérées plus régulièrement problématiques, à la fois en Ukraine et ailleurs »<sup>52</sup>. Alors qu'un consensus émerge sur le fait que les premières devraient être traitées comme des équivalents de recours à la force, la seconde catégorie d'opérations continue de soulever des questions politiques et réglementaires difficiles qui devraient faire l'objet d'une plus grande attention.

51. Kaye, *supra* note 38.

52. Eichensehr, *supra* note 35.

## Conclusion

La guerre en Ukraine a injecté une énergie bien nécessaire dans un système international de normes et d'institutions qui a perdu beaucoup de sa vigueur. La réponse internationale à la guerre a été loin d'être parfaite et a souffert des pathologies familiales de l'ordre international. Un an après l'invasion russe, il devient évident que la réponse internationale n'a pas atteint son objectif ultime : mettre fin à la guerre et aux souffrances indicibles qu'elle a causées. Néanmoins, la réponse a impliqué une série d'actions significatives à travers une série d'institutions et de disciplines du droit international. L'Union européenne, en particulier, semble être sortie renforcée de la crise, avec plus de pouvoir entre les mains des institutions centrales et une portée beaucoup plus grande dans des domaines tels que la défense et l'énergie, traditionnellement dominés par les États membres. La réponse internationale a également généré des idées et ouvert des voies pour des réformes attendues depuis longtemps ou pour le développement futur de domaines juridiques émergents. Pour les partisans du droit international et de l'intégration européenne, il s'agit là d'une lueur d'espoir dans une situation autrement sombre.



Jean-Marc Sorel · Professeur de droit,  
Paris 1 Panthéon-Sorbonne

## Droit international et guerre à la lumière du conflit en Ukraine : une liaison consubstantielle biaisée depuis son origine

112

**Droit de la guerre et droit dans la guerre.** Traditionnellement, on distingue en droit international entre le *jus ad bellum*, le droit de faire la guerre ou le droit pour un État de recourir d'une manière licite à la guerre, et le *jus in bello*, le droit dans la guerre qui comprend notamment le droit international humanitaire, le droit de la neutralité, mais aussi aujourd'hui le droit international pénal. Le premier est issu du vieux fond coutumier du droit international et a connu des limitations progressives depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avant que la Charte des Nations Unies ne vienne interdire le recours à la force entre les États. L'inscription de limites dans ce qui semble être le marbre de conventions internationales lors de la conférence pour la paix à La Haye entre 1899 et 1907 laissait déjà sceptique. La première guerre mondiale peu d'années après en fut la triste illustration. Le second est aujourd'hui au centre de l'actualité en raison de la déstructuration des guerres dont la plupart résulte de conflits internes et non internationaux.

L'agression de l'Ukraine par la Russie constitue néanmoins une magistrale exception à ce schéma qui semblait avoir rangé les guerres interétatiques au magasin des antiquités (ou presque). On comprendra cependant aisément que ces distinctions sont souvent ramenées à une réalité simple, celle de l'hypocrisie d'un recours à la force le plus souvent en dehors de règles prescrites, avec des violations du droit humanitaires sans nombre. À cet égard, l'article 51 de la Charte des Nations Unies sur le « droit naturel de légitime défense » a, depuis la deuxième guerre mondiale, été le principal prétexte pour recourir à la force, en oubliant, d'une part, que ce pouvoir est conditionné « jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires » et, d'autre part, qu'il n'est pas sujet à des interprétations (comme la légitime défense « préventive » ou « préemptive ») qui l'étendent à l'infini.

**Le droit de [faire] la guerre : l'indifférence de la cause pourvu qu'elle semble juste.** Finalement, les États n'ont

jamais réussi à se départir de l'idée qu'ils faisaient une guerre juste, ce qui leur en donnait le « droit », ce qui est bien sûr la posture que la Russie souhaite adopter. Cette conception de la guerre pour une juste cause, la Russie la place au-dessus des normes impératives dont l'interdiction du recours à la force est pourtant la première d'entre elles.

Ce « sentiment » remonte loin dans l'histoire. Dans la querelle entre Sépulvéda et Las Casas, la question centrale était bien celle du droit de faire une guerre à travers sa version morale, celle d'une guerre juste comme l'indique le titre de l'ouvrage de Sépulvéda - *Sur les justes causes de guerre*<sup>1</sup> - qui donne le ton, mais Las Casas reçut le soutien de Francisco de Vitoria, illustre théologien qui dénonçait jusqu'à la notion de guerre juste. L'idée de réfléchir à la liaison entre la guerre et la justice n'est pourtant pas nouvelle au XVI<sup>e</sup> siècle. Croire qu'une guerre peut être juste conduit donc à une impasse, le juste et l'injuste ne sont pas des qualités réelles mais des qualités relatives. Ce sillon va néanmoins être creusé pendant des siècles à travers de multiples projets aboutissant à penser qu'une paix perpétuelle peut protéger de la guerre parce que celle-ci ne pourra jamais être « juste ». On les qualifia de « paix par le droit », comme si le droit avait ce pouvoir alors qu'il n'est que le reflet d'un rapport de force à un moment donné entre les hommes. Beaucoup s'y essayèrent (Sully ou l'abbé de Saint-Pierre notamment), mais le projet le plus abouti reste celui de Kant dans *Vers la paix perpétuelle*<sup>2</sup> : « L'état de paix entre les hommes vivant côte à côte n'est pas un état de nature (*status naturalis*), lequel est bien plutôt un état de guerre [...] Cet état de paix doit donc être institué. »

Il faut ainsi « instituer » juridiquement un état de paix pour s'interdire une guerre « naturelle ». Étrange conception philosophique qui résulte sans doute plus d'un constat historique que d'une réflexion sur la nature de l'homme, ou alors il faut « instituer » (pour dire « éduquer ») l'humain plutôt que de penser la violence naturelle. Il en résulte néanmoins que la paix est envisagée comme situation en opposition à la guerre, comme simple intermède entre deux guerres, comme espoir lors d'un conflit, ou encore comme idéal inatteignable, autant de visions qui s'entremêlent. La paix semble parfois plus difficile à appréhender et à vivre que la guerre. Cela va du pessimisme le plus absolu à un optimisme parfois béat. La vision pessimiste est celle d'une paix qui cache toujours une future guerre, avec toujours cette croyance que la violence est naturelle, légitime et qu'elle peut être juste. Or, en Ukraine, il y avait déjà des guerres qui cachaient ou préparaient la présente. Il n'y avait pas de paix avant la guerre interétatique de 2022, mais des guerres larvées avant la guerre ouverte.

**La guerre avant la guerre.** Depuis ce qui fut pour la Russie un revers, l'indépendance du Kosovo, toutes les actions de cet État s'ingénient à prouver que, sur cette base, tout est possible en termes de sécessions et d'annexions

1. Juan Ginés de Sepulveda, *Démocratès. Second Dialogue. Sur les justes causes de guerre* (trad. Gilles Bienvenu, ed. Les Belles Lettres, 2021).
2. Emmanuel Kant, *Vers la paix perpétuelle* (trad. Michaël Foessel, ed. Hatier, 2013).

lorsqu'une population russophone s'estimerait lésée : la Géorgie avec les républiques auto-proclamées d'Ossétie et d'Abkhazie en 2008, la Transnistrie avant sur le territoire moldave, et bien sûr la Crimée en 2014, puis le Donbass. Avant 2022, on peut juste citer les « Accords de Minsk » de septembre 2014, négociés sous l'égide des représentants du Groupe de contact trilatéral sur l'Ukraine (Russie, Ukraine et OSCE) en vue de parvenir à un règlement pacifique du conflit dans le Donbass. Ils ont échoué presque immédiatement. Aucune des dispositions n'a été intégralement appliquée, dont le cessez-le-feu qui était au cœur du dispositif. Le président Poutine a d'ailleurs allégué de leur non-respect parmi les prétextes à l'invasion de l'Ukraine. Quoi qu'il en soit, l'Ukraine était déjà en guerre contre les « séparatistes » aidés par la Russie depuis 2014.

Et cette guerre n'était pas seulement sur le terrain, mais aussi devant les prétoires. Que ce soit devant la Cour internationale de Justice (affaire de l'*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*), via des arbitrages (*Différend concernant les droits de l'État côtier dans la Mer Noire, la mer d'Azov, et le Détroit de Kertch* devant la Cour permanente d'arbitrage) y compris en matière d'investissement (sept affaires entre 2017 et 2019), devant le Tribunal international du droit de la mer (*Différend concernant la détention de navires de la marine ukrainienne et de militaires ukrainiens*), ou enfin devant la juridiction de l'OMC (*Mesures concernant le trafic en transit, Mesures affectant l'importation de matériels ferroviaires et leurs parties*).

**Les prétextes juridiques russes à la guerre, la contumace du dévoiement du droit de la guerre.** Pour l'agression de la Russie, rappelons simplement les arguments juridiques et les faits. Le 21 février 2022, le président de la Russie signe un décret par lequel deux territoires sécessionnistes de l'Est de l'Ukraine sont reconnus comme des États indépendants, à savoir la République populaire de Donetsk et la République populaire de Louhansk. Le 22 février 2022, des traités d'amitié et d'assistance mutuelle entre la Russie et chacun de ces « États » reconnus par la Russie sont ratifiés par la Chambre haute du Parlement fédéral russe. Le 24 février 2022, la Russie déclenche une opération militaire contre l'Ukraine, les forces armées russes entrant sur le territoire ukrainien.

Les arguments juridiques sont contenus pour l'essentiel dans le discours télévisé du 24 février 2022 du président de la Russie : tout d'abord, l'auto-défense préventive de la Russie suite à la menace d'élargissement de l'OTAN et en raison du prétendu régime totalitaire de Kiev qui voudrait se doter de l'arme nucléaire et préparerait une attaque contre le territoire de la Russie, ceci imposant notamment une action de « dénazification » et de démilitarisation de l'Ukraine; d'autre part, le prétendu génocide commis par l'Ukraine dans les territoires séparatistes, l'action militaire russe ayant pour but de faire cesser celui-ci; enfin, la demande d'aide présentée par les deux « États » reconnus comme indépendants par la Russie, en vertu du

droit à la légitime défense collective prévue à l'article 51 de la Charte de l'ONU et sur la base des traités d'amitié et d'assistance mutuelle<sup>3</sup>.

On y retrouve un condensé de tous les prétextes cumulés de l'histoire contemporaine d'une intervention non justifiée, que ce soit notamment d'anciennes actions militaires françaises en Afrique, les raisons du conflit en Afghanistan déclenché par l'Union soviétique en 1979 ou l'intervention plus récente des États-Unis et d'États alliés en Irak en 2003. Le juriste peut se satisfaire du cadre juridique invoqué lors de chaque action, ce qui signifie que l'État agresseur se sent obligé de se servir du droit comme paravent, mais cette satisfaction s'arrête là car il s'agit justement d'un simple paravent. La boucle fut bouclée avec la mascarade des référendums à partir desquels quatre régions de l'Ukraine (Lougansk, Donetsk, Zaporijjia et Kherson) ont été officiellement rattachées à la Russie par Vladimir Poutine le 30 septembre 2022.

Que reste-t-il? Une guerre impossible à arrêter dont on espère simplement réguler les excès.

**Le droit dans la guerre : le répressif à défaut du préventif.** À défaut de pouvoir limiter la guerre, le conflit en Ukraine illustre le repli très médiatisé sur le droit dans la guerre. Il y a là, paradoxalement, à la fois une part d'incontestables progrès, et une part de tragique reniement. La structuration du maintien de la paix dans sa version onusienne étant pour le moins grippée (si ce n'est définitivement décrédibilisée), il n'est plus question d'arrêter la guerre, puisque c'est impossible, mais d'en limiter les conséquences et de prévoir un après-guerre dont personne n'en connaît la date. Pour cela, on multiplie les conférences avec les futurs donateurs (ou investisseurs), on colmate comme on peut les drames humanitaires, et on brandit la justice contre l'impunité des agresseurs. Punir l'agresseur est un progrès (sous réserve que l'on y parvienne), prévenir l'agression est encore mieux. Le reniement est là : faute de pouvoir arrêter les agresseurs dans leurs actions, on espère punir les responsables. Pas si simple puisque l'agresseur clame le plus souvent son respect du droit, et que l'agressé n'est pas exempt de responsabilités dans certaines exactions, les accusations réciproques ressemblant trop souvent à des querelles d'écoliers. Les violations flagrantes du *jus in bello* par le régime nazi ne l'empêchaient pas d'avoir un Bureau des crimes de guerre, dépendant du département juridique de la Wehrmacht composé de juristes. Cet exemple n'est pas isolé. Ce qui peut frapper, c'est l'impeccable ordonnancement juridique et hiérarchique qui semble inversement proportionnel au respect des règles dans la guerre.

Les prétoires s'ouvrent de nouveau, mais la bataille n'est plus pseudo-économique mais bien dans la défense du respect du droit humanitaire. Outre une nouvelle saisine de la Cour internationale de Justice par l'Ukraine

3. Sur l'usage des arguments fondés sur le principe d'autodétermination, voir la contribution de Pietro Pustorino dans ce numéro (page 74).

pour démontrer qu'elle subit un génocide et dénier à la Russie la possibilité de l'accuser de génocide, la Cour pénale internationale s'est saisie des différents crimes sur la base d'une coopération avec l'Ukraine et du soutien de nombreux États membres. La magie procédurale permet donc à la Cour de statuer sur les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les crimes de génocide, mais elle ne permet pas que la même Cour puisse se prononcer sur le crime d'agression, éternel serpent de mer qui a longtemps bloqué les avancées juridiques avant que l'Assemblée générale se rallie à une définition-consensus en 1974, encore aujourd'hui utilisée. En effet, la Cour ne peut exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression que lorsqu'il est commis par un État partie, et si l'État partie a ratifié les amendements pertinents. Or, l'Ukraine n'est pas partie au Statut de Rome. D'où la résurgence de l'idée d'une juridiction *ad hoc* qui pourrait pallier cette incapacité<sup>4</sup>.

La machinerie serait complexe et l'issue incertaine mais, outre bien évidemment les multiples actions humanitaires engagées par de nombreux acteurs (organisations intergouvernementales, ONG, États, etc.) dont on ne peut nier les bienfaits, il reste la question centrale (qui n'est pas récente) : comment concilier la nécessaire condamnation des responsables avec la recherche de la vérité qui dépasse largement ce cadre car elle implique une forme beaucoup plus large de justice transitionnelle plus apte à aller jusqu'aux racines du mal<sup>5</sup>. Rendre la justice est un élément de paix mais n'est pas la paix. C'est un

4. Voir la contribution dans ce numéro de Federica D'Alessandra (page 60).

5. Voir les contributions dans ce numéro de Elisenda Calvet-Martínez (page 84) et Elena Baylis (page 78).

élément parmi d'autres de la justice transitionnelle. On peut notamment penser à la population russe (de Russie ou d'ailleurs) élevée dans la croyance d'une forme de résurrection de la puissance tsariste, et c'est avant tout à elle qu'il faut s'adresser pour lui redonner une vision critique sur son Président-dictateur. Or, c'est bien là l'essentiel. Juger Poutine et ses acolytes est bien sûr important mais il faut également éviter d'en faire un martyr et une victime de la justice des vainqueurs, aux yeux de sa population. Mladic est jugé, mais d'immenses portraits du général déchu ornent toujours les rues des villes de la République des serbes de Bosnie, avec l'inscription : « Reviens, on t'attend. »

En l'état le droit *dans* la guerre peut créer des barrières mais ne peut résoudre, lié qu'il est au droit *de* la guerre qui remonte à l'origine de la violence entre des entités (pas encore des États) et dont les limites juridiques n'ont jamais réussi à dissuader les États qui en ont les moyens de mener ce qu'ils estiment être une juste guerre, sans crainte le plus souvent du ridicule.

Si le droit de la guerre et le droit dans la guerre surprennent, c'est non en raison d'aspects tragiques qui à l'inverse devraient effrayer, mais parce que l'effroi n'est pas arrêté par ces « lois », et que le tragique ne peut que prêter à sourire par tant de distance entre la règle et son application. Ce n'est pas une raison pour désespérer du droit, mais ceci doit rendre conscient de son rôle et de son effectivité circonscrits à des acteurs de bonne foi ayant la volonté de l'appliquer. Or, si la mauvaise foi est évidente chez certains États, cela reste la chose la plus difficile à prouver, et pas seulement juridiquement.

# Des cicatrices géopolitiques durables



**Josep Borrell** · Vice-président de la Commission européenne, Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité

## L'Europe dans l'interrègne : notre réveil géopolitique après l'Ukraine

116

La guerre contre l'Ukraine prouve que l'Europe est encore plus en danger que nous le pensions il y a seulement quelques mois. L'invasion brutale de l'Ukraine par la Russie n'est pas seulement une attaque non provoquée contre un pays souverain qui défend ses droits et sa démocratie, c'est aussi le plus grand défi à l'ordre européen de sécurité depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Ce sont les principes mêmes sur lesquels reposent les relations internationales qui sont en jeu, notamment ceux de la Charte des Nations unies et de l'Acte final d'Helsinki.

Si les crises ont tendance à cristalliser les évolutions, celle-ci a montré encore plus clairement que nous vivions dans un monde façonné par une politique de puissance brutale, où tout est militarisé et où nous sommes confrontés à une bataille féroce de récits. Toutes ces tendances se manifestaient déjà avant la guerre en Ukraine; elles s'accélérent aujourd'hui.

Cela signifie que notre réponse doit également s'accélérer - et c'est ce que nous avons fait. Nous avons pris des mesures rapides sur l'ensemble du spectre politique et brisé plusieurs tabous en cours de route : des sanctions sans précédent et un soutien massif à l'Ukraine y compris, pour la toute première fois, par l'intermédiaire d'un financement de la livraison d'équipements militaires à un pays attaqué. Nous avons également mis en place une vaste coalition internationale pour soutenir l'Ukraine, isoler la Russie et rétablir le droit international. À tous égards, la réponse de l'UE a été impressionnante - même si, la guerre se poursuivant, elle n'est pas encore suffisante.

Nous ne savons pas comment et quand cette guerre va se terminer. Comme le souligne le *Grand Continent* dans son premier numéro imprimé, nous naviguons toujours dans l'interrègne<sup>1</sup>. Mais nous pouvons déjà dire que la guerre d'Ukraine de 2022 a vu la naissance tardive d'une

Union géopolitique. Pendant des années, les Européens ont débattu de la manière de rendre l'Union plus consciente de sa propre sécurité, avec une unité d'objectifs et de capacités pour poursuivre ses objectifs politiques sur la scène mondiale. Nous sommes allés plus loin sur cette voie au cours des dernières semaines qu'au cours de la décennie précédente. Nous nous en réjouissons, mais nous devons veiller à ce que le réveil géopolitique de l'Union devienne une permanence stratégique. Il reste encore beaucoup à faire, en Ukraine et ailleurs.

### Faire de l'Europe un *hard power*

Je suis convaincu que l'Union doit être plus qu'un *soft power* : nous avons également besoin de *hard power*. Toutefois, nous devons prendre conscience que le concept de *hard power* ne peut être réduit aux moyens militaires : il s'agit d'utiliser toute la gamme de nos instruments pour atteindre nos objectifs. Il s'agit de penser et d'agir comme une puissance. Petit à petit, les conditions pour que cela se produise sont en train d'être remplies.

Premièrement, les Européens sont de plus en plus conscients qu'ils sont confrontés ensemble aux menaces. Ils prennent également conscience d'à quel point leurs destins sont liés. Aujourd'hui, personne en Europe ne peut croire ou penser que ce qui se passe en Ukraine ne le concerne pas, quelle que soit la distance qui nous sépare du drame. Notre soutien à l'Ukraine n'est donc pas seulement un acte de solidarité, c'est aussi une manière de défendre nos intérêts communs et de se défendre contre un agresseur impitoyable et lourdement armé.

Deuxièmement, les peuples d'Europe ont atteint un niveau de prospérité et de bien-être social sans précédent, que l'adhésion à l'Union a encore accru. Cela fait de l'Europe une zone fondamentalement pacifique, construite autour de l'idée que l'interdépendance génère la prospérité et la paix. Toutefois, l'une des leçons de la guerre en Ukraine est que l'interdépendance économique ne peut à elle seule garantir notre sécurité. Au contraire, elle peut être instrumentalisée contre nous. Nous devons donc être prêts à agir contre ceux qui veulent utiliser les avantages de l'interdépendance pour nous nuire ou faire la guerre.

C'est ce qui se passe aujourd'hui. En prenant des sanctions sans précédent contre l'invasion de l'Ukraine par la Russie, nous rendons le coût de l'agression de plus en plus prohibitif. Dans le même temps, nous devons encore davantage renforcer notre résilience et réduire nos vulnérabilités stratégiques, que ce soit sur les infrastructures critiques, les matières premières, les produits de santé ou dans d'autres domaines.

Dans toute l'Union, il existe une volonté claire de tirer les bonnes leçons de cette crise. Cela implique que nous prenions enfin au sérieux les menaces qui pèsent sur nos intérêts stratégiques et dont nous étions conscients mais auxquelles nous n'avons pas toujours donné suite dans nos actes. Qu'on pense par exemple au secteur énergétique.

1. Le Grand Continent, « Politiques de l'interrègne », Gallimard, 2022.

Nous savons depuis des années que l'énergie joue un rôle disproportionné dans les relations entre l'Union et la Russie et que cette dernière l'utilise comme une arme politique. Nous sommes désormais pleinement mobilisés pour réduire notre dépendance excessive à l'égard des importations énergétiques russes (pétrole, gaz et charbon).

De la même manière, la guerre en Ukraine rend plus urgente la réalisation d'un bond en avant en matière de sécurité et de défense de l'Union. Il s'agit ici de souligner que les investissements supplémentaires que les États membres de l'Union réalisent actuellement - et qui sont les bienvenus - devraient impliquer une plus grande coordination au sein de l'Union et de l'OTAN. Il ne s'agit pas seulement de dire que chacun d'entre nous doit dépenser plus. Nous devons tous, collectivement, dépenser plus.

#### **Un nouveau monde de menaces**

La guerre en Ukraine est la crise de sécurité la plus grave que l'Europe ait connue depuis des décennies, mais les menaces pour la sécurité européenne ont des sources bien plus diverses, tant en Europe qu'au-delà. Nos intérêts de sécurité sont en jeu dans les Balkans occidentaux, au Sahel, au Moyen-Orient élargi, dans la région indo-pacifique, etc.

Alors que la guerre en Ukraine fait rage et fait payer un terrible tribut, nous ne devons pas oublier que le monde est plein de ces situations où nous sommes confrontés à des tactiques hybrides et à des dynamiques de concurrence, d'intimidation et de coercition. En effet, en Ukraine comme ailleurs, les outils du pouvoir ne sont pas seulement les soldats, les chars et les avions, mais aussi les sanctions financières ou les interdictions d'importation et d'exportation, ainsi que les flux énergétiques, et les opérations de désinformation et d'ingérence étrangère.

En outre, nous avons assisté ces dernières années à l'instrumentalisation des flux migratoires, à la privatisation des armées et à la politisation du contrôle des technologies sensibles. Si l'on ajoute à cela la dynamique des États faillis, le recul des libertés démocratiques, ainsi que les attaques contre les « biens communs mondiaux » que sont le cyberspace, la haute mer et l'espace extra-atmosphérique, la conclusion est claire : la défense de l'Europe a besoin d'un concept global de sécurité.

Heureusement, il y a aujourd'hui en Europe une plus grande prise de conscience et un accord sur la nature des menaces auxquelles nous sommes confrontés - tout comme il y a un processus de convergence stratégique sur ce qu'il faut faire pour y faire face.

#### **La boussole stratégique : un bond en avant pour la sécurité et la défense européennes**

Si nous voulons éviter d'être les spectateurs d'un monde façonné par et pour les autres, nous devons agir - ensemble. Telle est la philosophie de la boussole stratégique que j'ai présentée en novembre dernier et qui

a été finalisée par les ministres des affaires étrangères et de la défense de l'Union le 21 mars<sup>2</sup>. La boussole est très détaillée et compte 47 pages, regroupées en quatre axes de travail (Agir, Sécuriser, Investir et Créer des partenariats). Je soulignerai quelques-unes des idées principales.

Pour renforcer notre capacité d'action, nous nous efforcerons de consolider nos missions et opérations de gestion de crise et nous développerons une capacité de l'Union qui nous permettra de déployer rapidement jusqu'à 5000 hommes pour différents types de crises. Nous améliorerons l'état de préparation de nos forces en organisant régulièrement des exercices réels - ce qui n'a jamais été fait auparavant au niveau de l'Union -, nous renforcerons nos dispositifs de commandement et de contrôle et nous favoriserons une prise de décision plus rapide et plus souple. Nous développerons notre capacité à lutter contre les cybermenaces, la désinformation et l'ingérence étrangère. Et nous approfondirons les investissements dans les catalyseurs stratégiques nécessaires et les capacités de nouvelle génération. L'Union deviendra ainsi un fournisseur de sécurité plus performant pour ses citoyens, mais aussi un partenaire mondial plus fort, œuvrant pour la paix et la sécurité internationales.

Bien davantage que les papiers que nous produisons habituellement à Bruxelles, la boussole stratégique définit des actions concrètes, assorties d'échéances précises pour mesurer les progrès accomplis. C'est un document qui appartient aux États membres et qui est maintenant adopté par le Conseil. Tout au long du processus, les États membres ont été aux commandes. En le signant, ils s'engagent à le mettre en œuvre. Et un solide processus de suivi sera mis en place pour garantir cette mise en œuvre. Il s'agit de différences majeures avec la stratégie de sécurité de l'Union européenne de 2003 et la stratégie globale de 2016.

#### **Une Union plus forte signifie aussi un partenariat transatlantique plus fort**

À ce moment du raisonnement, les gens ont tendance à dire : « tout cela est très bien, mais qu'en est-il de l'OTAN ? » L'OTAN reste au cœur de la défense territoriale de l'Europe. Personne ne le remet en question. Toutefois, cela ne doit pas empêcher les pays européens de développer leurs capacités et de mener des opérations dans notre voisinage et au-delà. Nous devrions être en mesure d'agir en tant qu'Union européenne dans des scénarios celui de l'année dernière en Afghanistan - sécuriser un aéroport pour une évacuation d'urgence - ou d'intervenir rapidement dans une crise où la violence menace la vie des civils.

Je suis convaincu qu'une plus grande responsabilité stratégique européenne est le meilleur moyen de renforcer la solidarité transatlantique. Il ne s'agit pas *soit* de l'Union,

2. En lire plus dans ma préface : [https://eeas.europa.eu/sites/default/files/en\\_updated\\_foreword\\_-\\_a\\_strategic\\_compass\\_to\\_make\\_europe\\_a\\_security\\_provider\\_v12\\_final.pdf](https://eeas.europa.eu/sites/default/files/en_updated_foreword_-_a_strategic_compass_to_make_europe_a_security_provider_v12_final.pdf).

soit de l'OTAN : il s'agit à la fois de l'Union et de l'OTAN. J'ajoute que les hésitations à avancer sur cet agenda « à cause de l'OTAN » viennent de l'intérieur de l'Union, pas des États-Unis. La déclaration commune que le Secrétaire Blinken et moi-même avons publiée en décembre dernier était très claire. Elle spécifiait que les États-Unis souhaitaient : « une défense européenne plus forte et plus compétente qui contribue à la sécurité mondiale et transatlantique ». Les États-Unis disent essentiellement : « Ne parlez pas, agissez. Mettez-vous au travail et aidez-nous à partager le fardeau de la sécurité ».

#### Si ce n'est pas maintenant, alors quand ?

Ceux qui, comme moi, souhaitent un changement radical en matière de sécurité et de défense doivent expliquer pourquoi ils pensent que « cette fois-ci, ce sera différent ». Nous devrions reconnaître que, dans l'histoire de la défense européenne, de nombreux plans et initiatives, pleins d'acronymes, allant du plan Pleven à la Communauté européenne de défense ; au début de la politique étrangère et de sécurité commune après Maastricht ; aux guerres en ex-Yougoslavie et à « l'heure de l'Europe », à Saint-Malo, au début de la PESD, puis de la PSDC, de l'objectif global d'Helsinki, de la PESCO, du Fonds européen de défense et de la Facilité européenne de paix, etc.

Il n'en reste pas moins que la sécurité et la défense sont probablement le domaine de l'intégration européenne qui présente le plus grand écart entre les attentes et les résultats. Entre ce que nous pourrions être et ce que les citoyens exigent – et ce que nous réalisons réellement.

Il est donc temps d'essayer à nouveau. Et la raison pour laquelle je pense que la boussole stratégique pourrait avoir plus d'impact que les plans précédents réside dans la vitesse à laquelle les tendances mondiales et le contexte géopolitique évoluent et s'aggravent. Cela rend la nécessité d'agir urgente, impérieuse. C'est particulièrement vrai pour la guerre en Ukraine et les implications plus larges d'une Russie révisionniste pour la sécurité européenne.

Mais cela va plus loin : toutes les menaces auxquelles nous sommes confrontés s'intensifient. La capacité des différents États membres à y faire face est à la fois insuffisante et en déclin. L'écart se creuse et cela ne peut plus durer.

Mon travail a consisté à esquisser une issue. Or je ne sais que trop bien que les résultats ne dépendent pas des documents stratégiques mais des actions. Celles-ci appartiennent aux États membres : ils détiennent les prérogatives et les atouts.

La bonne nouvelle est que, chaque jour, nous constatons que davantage d'États membres sont prêts à investir davantage dans la sécurité et la défense. Nous devons veiller à ce que ces investissements supplémentaires bienvenus soient réalisés dans un esprit de collaboration et non de manière fragmentée et nationale. Nous devons profiter de

ce nouvel élan pour nous assurer que nous nous dotons enfin de l'état d'esprit, des moyens et des mécanismes nécessaires pour défendre notre Union, nos citoyens et nos partenaires.

Politiquement, je considère que le choix auquel nous sommes confrontés est similaire à celui du lancement de l'euro ou du plan de relance. Ces moments ont été ceux où les coûts de la « non-Europe » sont devenus si élevés que les gens étaient prêts à repenser leurs lignes rouges et à investir dans des solutions véritablement européennes. Nous avons sauté le pas, pour ainsi dire, ensemble, et, dans les deux cas, les résultats sont clairs et positifs. Faisons un saut similaire en matière de sécurité et de défense européennes, comme l'attendent nos citoyens. Si ce n'est pas maintenant, alors quand ?

#### Repenser le langage du pouvoir

Pour le meilleur ou pour le pire, je soupçonne que mon mandat de Haut représentant de l'Union européenne sera associé à une phrase que j'ai utilisée lors de mon audition en octobre 2019 au Parlement européen, à savoir que les Européens devaient « apprendre à parler la langue du pouvoir ».

Je soutenais que l'intégration européenne avait puisé son impulsion originelle d'un rejet de la puissance chez les États qui participèrent à ce projet à ses débuts. Le projet européen avait réussi à transformer les problèmes politiques en problèmes technocratiques et à remplacer les calculs de pouvoir par des procédures juridiques. Dans l'histoire des relations internationales et de notre continent déchiré par la guerre, il s'agissait d'une révolution copernicienne. Elle a également connu un succès spectaculaire, cimentant la paix et la coopération entre des parties auparavant en guerre, créant des institutions, des cartes mentales et un vocabulaire uniques.

Mais ce chapitre historique s'est terminé. L'Union a été aux prises avec différentes crises, elle a dû absorber différents chocs : la crise financière, la crise de l'euro, la crise migratoire<sup>3</sup>, le Brexit... Tout cela a déclenché des débats intensément politiques sur la nature de notre Union et les sources de solidarité et de légitimité. Ces questions n'ont pas pu être résolues par la tactique habituelle de l'Union européenne, à savoir la dépolitisation, les solutions techniques et les solutions fondées sur le marché.

Depuis plusieurs années, nous vivons une nouvelle phase de l'histoire européenne qui ne concerne pas tant les espaces – ceux, qu'affectionne Bruxelles, des frontières ouvertes et de la libre circulation – que les lieux – l'origine et l'appartenance des personnes, leur identité. Nous semblons moins concentrés sur les tendances – mondialisation,

3. Ivan Krastev, « Angoisse écologique contre crise démographique : le clivage européen de deux imaginaires apocalyptiques » in *Le Grand Continent*, « Politiques de l'interrègne », Gallimard, mars 2022. Voir aussi : Hugo Brady, « Ouverture contre impuissance : la crise frontalière européenne de 2015-2017 », Groupe d'études géopolitiques, juin 2021.

progrès technologique - que sur les événements historiques et la façon dont nous y réagissons<sup>4</sup>. La pandémie et l'attaque de la Russie contre l'Ukraine sont de ceux-là.

À cela s'ajoute un facteur externe majeur. Le succès de l'intégration européenne et la méthode choisie de dépolitisation ont également eu un prix : une réticence et une incapacité à accepter le fait que, en dehors de notre jardin post-moderne, « la jungle repoussait » pour reprendre l'expression du néoconservateur Robert Kagan<sup>5</sup>. Il y a trente ans, de nombreuses discussions et de nombreux livres faisaient le pari que le monde était plat, que l'histoire était terminée et que l'Europe et son modèle allaient diriger le XXI<sup>e</sup> siècle. Aujourd'hui, les mêmes auteurs montrent comment cette interdépendance s'est transformée en arme, et comment l'Europe serait naïve et mal adaptée à l'ère du retour de la puissance<sup>6</sup>.

Pendant tout ce temps, j'ai été convaincu de deux points essentiels :

Premièrement, nous devons être réalistes et reconnaître que la phase actuelle de l'histoire et de la politique mondiale nous oblige à penser et à agir en termes de puissance - d'où l'expression « le langage de la puissance ». La guerre contre l'Ukraine en est la dernière et la plus dramatique illustration.

Deuxièmement, la meilleure façon de peser sur les événements, de les façonner et de ne pas les subir, se situe à l'échelle de l'Union : elle passe par un meilleur investissement dans notre capacité d'action collective<sup>7</sup>.

Tout le reste n'est que fioriture.

Par conséquent, nous devons nous doter de l'état d'esprit et des moyens nécessaires pour faire face à l'ère de la puissance et nous devons le faire à grande échelle. Cela ne se fera pas du jour au lendemain, compte tenu de qui nous sommes et d'où nous venons. Toutefois, je pense que nous sommes en train de mettre en place certains des éléments constitutifs et que la crise ukrainienne a accéléré cette tendance.

Dès 2021, nous avons montré que nous étions prêts à adopter une position forte pour contrer les démonstrations ouvertes de politique de puissance à nos frontières orientales. Outre notre soutien à l'Ukraine, on peut citer ce que nous avons fait pour le Bélarus, où nous avons tenu bon, y compris sur l'instrumentalisation des migrants, ou pour la Moldavie, auprès de qui nous avons élargi notre soutien.

En outre, nous avons renforcé notre approche vis-à-vis de la Chine et exposé la manière dont l'Union pouvait renforcer son engagement dans et avec la région indo-pacifique. En ce qui concerne la Chine, nous sommes devenus moins naïfs et avons fait nos devoirs pour contrer le défi de l'ouverture asymétrique en mettant en place des politiques sur le filtrage des investissements, la 5G, les marchés publics et l'instrument anti-coercition<sup>8</sup>.

Avec notre stratégie indo-pacifique, nous sommes de plus engagés dans un processus de diversification politique, en investissant dans nos liens avec l'Asie démocratique. Au cœur de cet effort se trouve notre travail sur la stratégie *Global Gateway*, qui vise à préciser notre offre et la manière dont elle diffère de celle des autres acteurs. L'objectif de cette stratégie est de créer des liens et non des dépendances. De nombreux partenaires africains et asiatiques saluent de fait cette approche européenne de la connectivité, qui met l'accent sur des règles décidées en commun, la durabilité et l'appropriation locale. Mais il s'agit d'un domaine concurrentiel. Une bataille de normes est en cours. C'est pourquoi nous devons être concrets et ne pas limiter notre position à des déclarations générales de principes et d'intentions. C'est pourquoi nous envisageons de mobiliser jusqu'à 300 milliards d'euros dans le cadre de la stratégie *Global Gateway*, dont 150 milliards spécialement pour l'Afrique, ainsi que plusieurs programmes phares, afin de rendre la coopération aussi concrète et tangible que possible.

Nous pourrions continuer, mais l'essentiel est de souligner que, petit à petit, la notion d'une Union à la conscience géopolitique éveillée prenait déjà forme avant la guerre contre l'Ukraine. La tâche qui nous attend est d'inscrire ce réveil géopolitique de l'Europe dans le temps et de le rendre plus consistant. Pour cela, nous devons non seulement apprendre le langage du pouvoir, mais aussi le parler.

#### À mi-mandat : que faire différemment et mieux ?

Cette Commission européenne a débuté en décembre 2019. Plus de deux ans après et après avoir analysé la façon dont nous élaborons la politique étrangère de l'Union, ma principale inquiétude est que nous ne parvenions pas à suivre le rythme. Comme le dit mon ami et premier Haut représentant de l'Union Javier Solana, le temps en politique, comme en physique, est relatif : si la vitesse à laquelle vous changez est inférieure à la vitesse du changement autour de vous, vous reculez. Et cela, nous ne pouvons pas nous le permettre. Notre réponse à la crise ukrainienne montre ce qui peut être fait si la pression en cas de pression extrême. Toutefois, il est trop tôt pour conclure que cela serait devenu le mode de fonctionnement général de la politique étrangère de l'Union.

Je ferai donc part de quelques idées sur quels pourraient être les quatre ingrédients clés du succès et d'un plus grand impact de l'Union dans un monde agité.

4. Voir par exemple Luuk van Middelaar, « Le réveil géopolitique de l'Europe », *Le grand continent*, 15 avril 2021.  
5. Voir Robert Kagan, *The Jungle Grows Back: America and Our Imperiled World*, (Brookings, 2018).  
6. Mark Leonard, « L'ère de l'a-paix », *Le Grand Continent*, 18 février 2022.  
7. Luiza Bialasiewicz, « Le moment géopolitique européen : penser la souveraineté stratégique », in *Le Grand Continent*, « Politiques de l'interrègne », mars 2022, Gallimard.

8. Voir « Doctrine de la double intégration, une conversation avec Sabine Weyand », *Le Grand continent*, 31 janvier 2022.

### 1. Penser et agir comme une puissance

Les Européens, à juste titre, continuent de privilégier le dialogue à la confrontation, la diplomatie à la force, le multilatéralisme à l'unilatéralisme. Mais si l'on veut que le dialogue, la diplomatie et le multilatéralisme réussissent, il faut y mettre de la puissance et des ressources. Chaque fois que nous l'avons fait - en Ukraine, au Bélarus ou avec notre diplomatie climatique - nous avons eu un impact. Lorsque nous avons opté pour l'énoncé de positions de principe sans préciser les moyens de les mettre en œuvre, les résultats ont été moins impressionnants.

J'ai le sentiment que les idées concernant le langage de la puissance ou la militarisation de l'interdépendance sont désormais largement acceptées. Cependant, la mise en œuvre et les ressources et engagements nécessaires restent un défi.

### 2. Prendre l'initiative et être prêt à expérimenter

Dans l'ensemble, nous sommes trop souvent en mode réactif, réagissant aux plans et aux décisions des autres. Je pense également que nous devons éviter une certaine routine bureaucratique (« qu'avons-nous fait la dernière fois ? ») et retrouver un sens de l'initiative.

En outre, nous devons être prêts à expérimenter davantage. Il est souvent plus sûr de s'en tenir à ce que l'on connaît et à ce que l'on a toujours fait. Mais ce n'est pas toujours la meilleure façon d'obtenir des résultats.

### 3. Créer des coalitions diverses et prendre des décisions plus rapidement

Nous devons davantage nous les objectifs et réfléchir à la manière dont nous pouvons mobiliser les partenaires autour de nos priorités, point par point. Nous devons reconnaître qu'à côté des coalitions de partenaires partageant les mêmes idées, nous avons aussi des pays qui travaillent avec nous sur certaines questions et qui s'opposent à nous sur d'autres. Et si le gouvernement central de ces pays ne nous aide pas, nous devons travailler davantage avec les forces locales ou les groupes de la société civile.

Au sein de l'Union, nous sommes très occupés par nous-mêmes et il faut beaucoup de temps pour établir des positions communes. Lorsque les États membres sont divisés, la règle de l'unanimité en matière de politique étrangère et de sécurité est une recette pour la paralysie et les retards. C'est pourquoi je suis favorable à l'utilisation de l'abstention constructive et d'autres options prévues par les traités, comme le recours au vote à la majorité qualifiée (VMQ) dans certains domaines, pour faciliter une prise de décision plus rapide<sup>9</sup>.

9. [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/86276/when-member-states-are-divided-how-do-we-ensure-europe-able-act\\_en](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/86276/when-member-states-are-divided-how-do-we-ensure-europe-able-act_en).

Le risque existe que nous donnions la priorité à la recherche de l'unité interne plutôt qu'à la maximisation de notre efficacité externe. Lorsque nous parvenons enfin à une position commune - souvent en ajoutant beaucoup d'eau au vin - le reste du monde est passé à autre chose.

### 4. Donner forme au récit

Après avoir passé des décennies en politique, je suis convaincu que l'ingrédient le plus important pour réussir est probablement de façonner le récit. C'est la devise avec laquelle se monnaie la puissance au niveau mondial<sup>10</sup>.

C'est pourquoi, au début de la pandémie, j'ai parlé de l'existence d'une « bataille des récits<sup>11</sup> » et souligné l'importance d'investir dans une culture stratégique commune, qui nécessite un débat européen, un espace pour discuter de ce que nous pouvons et ne pouvons pas faire en matière de politique étrangère de l'Union et pourquoi. En conséquence, je contribue régulièrement au Grand continent et aux séminaires du Groupe d'études géopolitiques, que je considère comme la première hypothèse concrète d'un débat stratégique, politique et intellectuel à l'échelle continentale<sup>12</sup>.

Les citoyens de l'Union ne se soucient guère de savoir qui fait quoi à Bruxelles, ni des discussions abstraites. Ils ne s'inquiètent pas du nombre de déclarations que nous faisons, ni des sanctions que nous adoptons. Ils nous jugent sur les résultats et non sur les moyens mis en œuvre. En d'autres termes, sur les résultats : sont-ils plus sûrs ou plus prospères grâce à l'action de l'Union ? L'Union est-elle plus ou moins influente, y compris en termes de défense de nos valeurs, qu'il y a un an ? Avons-nous plus ou moins la confiance des autres ? Avons-nous obtenu plus ou moins de résultats en matière de soutien à nos partenaires ? Ce sont les indicateurs qui comptent.

La guerre contre l'Ukraine a montré clairement que, dans un monde de politique de puissance, nous devons renforcer notre capacité à nous défendre. Oui, cela inclut les moyens militaires, et nous devons les développer davantage. Mais l'essence de ce que l'UE a fait dans cette crise a été d'utiliser toutes les politiques et tous les leviers - qui restent principalement de nature économique et réglementaire - comme des instruments de pouvoir.

Nous devrions nous appuyer sur cette approche, en Ukraine mais aussi ailleurs. La tâche principale de l'« Europe géopolitique » est simple : utiliser notre nouveau sens de l'objectif et en faire la « nouvelle norme » de la politique étrangère de l'UE. Pour protéger nos citoyens, soutenir nos partenaires et faire face à nos responsabilités en matière de sécurité mondiale.

10. Lorenzo Castellani, « Le nouveau visage du pouvoir » in Le Grand Continent, « Politiques de l'interrègne », Gallimard, mars 2022.

11. [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/76379/coronavirus-pandemic-and-new-world-it-creating\\_en](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/76379/coronavirus-pandemic-and-new-world-it-creating_en).

12. <https://geopolitique.eu/en/2021/05/05/european-foreign-policy-in-times-of-covid-19/>.



José Manuel Albares · Ministre des affaires étrangères espagnol

## Un nouveau concept stratégique pour l'Alliance atlantique

Peu après l'annonce du sommet de 2022 à Madrid, le retrait de la mission « Resolute Support » de l'OTAN en Afghanistan s'est transformé en une opération militaire complexe et dramatique suivie de près par une opinion publique euro-atlantique qui a assisté, déconcertée, à l'évacuation de milliers de civils, en même temps que celle de nos propres troupes. Elle a également surpris une opinion publique mondiale qui se demandait comment plus de dix ans d'efforts alliés n'avaient pas réussi à empêcher les talibans de reprendre le pouvoir.

Aujourd'hui, ce sont les missiles tombant sur Kiev, le massacre de Boutcha, le bombardement sanglant de la maternité de Marioupol, l'utilisation de la guerre comme instrument politique, en somme, qui a transformé la sécurité euro-atlantique de la manière la plus profonde et qui en a fait la clef de voûte des travaux qui occuperont la prochaine réunion des chefs d'État et de gouvernement de l'Alliance.

Pour l'Espagne, le sommet qui s'ouvre à Madrid les 29 et 30 juin marque une étape importante dans notre adhésion à l'OTAN, puisqu'il coïncide avec le 40<sup>e</sup> anniversaire de notre adhésion à l'organisation. Quarante années au cours desquelles l'Espagne a été un allié loyal et engagé, pour lequel l'appartenance à l'Alliance a été le moteur d'une modernisation matérielle et d'un changement de doctrine de nos forces armées, fondés sur l'interopérabilité et le déploiement conjoint de moyens et de capacités, l'Espagne étant l'un des principaux contributeurs aux missions et opérations de l'Alliance.

De ce point de vue, ce sommet devra répondre à quatre objectifs principaux : élaborer une réponse ferme à la menace russe, donner de la visibilité aux menaces provenant du flanc sud, montrer un soutien sans équivoque à l'adhésion de la Finlande et de la Suède et, surtout, projeter une image d'unité et de cohésion entre les alliés. Cela devra être reflété dans le nouveau concept stratégique qui sera adopté par l'Alliance.

Parmi les questions que l'Alliance devra aborder, la définition de la posture de dissuasion et de défense a gagné en importance, l'accent étant mis principalement sur le flanc oriental. C'était une question importante avant le 24 février, étant donné l'attitude agressive de la Fédération russe depuis l'invasion de la Crimée et le conflit dans le Donbass en 2014, mais le constat sur le terrain que la menace russe est devenue une réalité rend clairement nécessaire de renforcer notre déploiement pour sécuriser les frontières de l'OTAN. Au cours de ses plus de 70 ans d'existence, l'Alliance a travaillé sur différentes options pour contenir la menace sur ce flanc. Cela fait donc partie de son ADN, et nous avons la doctrine et les capacités pour nous adapter et répondre de manière appropriée. Depuis l'Espagne, nous avons également démontré notre engagement en contribuant au renforcement de la dissuasion de l'Alliance à l'Est, à la sécurité de laquelle nous contribuons actuellement par le biais de deux missions principales : garantir la sécurité de l'espace aérien balte, avec le déploiement de huit F-18 dans l'opération de police aérienne balte, et également dans la mission de présence avancée renforcée en Lettonie, dans laquelle nous avons actuellement plus de 500 troupes déployées, en plus des véhicules blindés et des chars de combat. Il s'agit d'une démonstration claire de notre conception de la sécurité européenne comme un tout indivisible, de la mer Baltique à la Méditerranée.

Précisément, une conception univoque de la sécurité européenne exige également de prêter attention aux menaces sur d'autres fronts, notamment sur le flanc sud. La priorité incontestable du flanc oriental est et doit être compatible avec la nécessité pour l'Alliance de maintenir une « approche à 360 degrés » pour faire face à ses menaces. Aujourd'hui, la Méditerranée et le Sahel sont tous deux confrontés à une crise multidimensionnelle qui affecte directement la sécurité de notre continent.

La région est devenue l'épicentre de l'activité terroriste djihadiste, alimentée par une crise humanitaire et désormais aggravée par une crise alimentaire due aux problèmes d'approvisionnement en céréales de l'Ukraine et à la hausse des prix des denrées alimentaires de base. Cette situation, associée à la détérioration de la situation politique et des normes démocratiques au Sahel, ainsi qu'à une présence russe accrue dans la région, nous oblige à renforcer notre engagement en faveur de la stabilité et de la prospérité sur le flanc sud.

La dimension sud est également particulièrement sensible à l'utilisation des migrations et de l'énergie comme moyen de pression, dans un phénomène similaire à celui déjà observé sur le flanc est. L'OTAN doit donc accorder une attention particulière à sa capacité de répondre aux menaces hybrides, notamment en renforçant la cybersécurité.

L'impact international du défi lancé à l'OTAN par l'attaque de la Russie contre le plus important partenaire du voisinage oriental de l'Alliance nous oblige également à réfléchir à l'avenir des partenariats de l'OTAN dans le nouveau contexte de sécurité. La sécurité coopérative est

l'une des tâches essentielles de l'OTAN, au même titre que la dissuasion, la défense et la gestion des crises. L'Alliance doit être en mesure de transférer efficacement son soutien aux partenaires qui en ont besoin, mais aussi pour que les partenaires contribuent à la sécurité de l'OTAN.

Dans notre voisinage immédiat, le soutien aux partenaires - tels que la Géorgie, la Moldavie ou la Bosnie-Herzégovine - ainsi que la politique de la porte ouverte de l'Alliance sont les instruments qui permettent de structurer l'avenir de la relation. Sur le flanc sud, il est nécessaire de revitaliser des cadres tels que le dialogue méditerranéen - particulièrement important pour l'Espagne - ou l'initiative de Coopération d'Istanbul.

Cela devrait se refléter dans le concept stratégique de l'OTAN. Ce document décrit l'objectif et la nature de l'organisation, ses tâches essentielles en matière de sécurité et de défense, ainsi que les défis et les opportunités auxquels elle est confrontée. Il précise également les éléments de l'approche de sécurité de l'Alliance et fournit des lignes directrices pour son adaptation politique et militaire. Son élaboration génère l'un des débats les plus importants qui puissent avoir lieu au sein de l'Alliance, auquel s'ajoute une composante importante de communication stratégique et de dissuasion puisque les concepts stratégiques sont rendus publics après leur adoption.

À ces débats sur le concept stratégique s'ajoute la question de l'élargissement de l'OTAN. L'agressivité russe a eu l'effet inverse de celui que Poutine avait probablement calculé avant l'invasion de l'Ukraine : elle a conduit les deux pays de son voisinage nord, la Suède et la Finlande, à demander leur adhésion immédiate à l'OTAN après des décennies de neutralité.

La future adhésion de la Suède et de la Finlande à l'OTAN, que l'Espagne soutient, nous amène à un élément fondamental de la sécurité euro-atlantique : la relation entre l'Union européenne et l'OTAN.

Bien que formellement « partenaires », la relation entre les deux organisations est bien plus étendue et complexe que cette définition. Il suffit de réfléchir à la toile d'intérêts communs générée par le fait que 21 des 30 Alliés sont en même temps membres de l'Union.

Si certains ont remis en question cette coopération par le passé, la crise ukrainienne a mis en évidence la symbiose entre les actions des deux organisations. La combinaison de la dissuasion militaire traditionnelle de l'OTAN et du levier économique de l'Union, associée au financement des livraisons d'équipements militaires à l'Ukraine par la Facilité européenne pour la paix, s'avère cruciale dans notre réponse à la crise.

Pendant des décennies, on a assisté à une division des tâches *de facto* entre l'Union et l'OTAN : à l'une le leadership politique et économique, à l'autre le leadership militaire. Mais à mesure que l'Europe de la défense s'est développée - avec la mise en œuvre de la Politique européenne de sécurité et de défense (PESD), puis de la Politique de sécurité et de défense commune (PSDC) - et que l'OTAN a progressé dans le renforcement de ce que l'on pourrait appeler « l'interopérabilité politique », l'interaction est progressivement passée à un niveau supérieur.

En ce sens, il est essentiel de renforcer les synergies et la complémentarité des efforts entre les deux organisations. Le nouveau scénario qui s'ouvre dans le paradigme de la politique de sécurité de l'Union européenne, avec l'adoption en avril 2022 de sa Boussole stratégique, offre une opportunité de renforcer la relation avec l'OTAN.

L'Espagne a toujours été à l'avant-garde du développement des initiatives de défense européenne, dans la conviction absolue qu'une Europe forte dans ce domaine renforce l'OTAN et vice versa. Et nous espérons que Madrid pourra être le point de départ d'un nouveau cadre de relations entre l'Union et l'OTAN. La prochaine déclaration conjointe Union européenne-OTAN devrait donc tenir compte des expériences de ces derniers mois et chercher à canaliser le potentiel révélé par l'invasion russe en Ukraine.

Pour l'Espagne, qui assumera la présidence du Conseil de l'Union européenne au second semestre 2023, le sommet de Madrid offre une occasion extraordinaire de transmettre à nos citoyens, à nos partenaires - et aux autres pays - l'unité entre les Alliés et les États membres de l'Union dans la défense des valeurs et des principes de la démocratie et du droit international.

Les questions qui agitent aujourd'hui l'OTAN montre clairement que leur pertinence va au-delà de celle d'une réunion ordinaire des chefs d'État et de gouvernement de l'Alliance. Les circonstances sont en effet exceptionnelles. Nous sommes responsables devant nos citoyens, devant nos partenaires, non seulement de la défense de l'espace euro-atlantique, mais aussi d'un modèle de société internationale fondé sur des règles qui doivent repousser les acteurs, étatiques ou non, qui utilisent la violence pour atteindre leurs objectifs. Ceux d'entre nous qui se réuniront en juin 2022 à Madrid sont obligés de répondre ensemble au défi de ceux qui cherchent à s'imposer par la force.

En ce moment critique de l'histoire de notre Alliance, notre responsabilité à l'égard de nos engagements au titre du Traité de Washington, au service d'un avenir démocratique et sûr, nous conduit à renforcer encore l'unité qui a fait de notre organisation l'alliance militaire la plus réussie de l'histoire.



**Jorge E. Viñuales** - Professeur  
à l'Université de Cambridge, chaire  
Harold Samuel de droit et de politique  
environnementale, et Professeur de droit  
international à la LUISS (Rome)

## La guerre en Ukraine et la transition énergétique

La crise énergétique mondiale résultant de l'invasion de l'Ukraine par la Russie est faussement familière. Depuis les années 1970, la militarisation des exportations d'énergie est devenue une réelle possibilité, utilisée avec succès dans une poignée de cas. Elle est apparue pour la première fois lorsque, en 1973, certains membres de l'Organisation des pays exportateurs de pétrole (« OPEP »), de plus en plus conscients de leurs moyens, qui s'étaient regroupés au sein de l'OPAEP (« A » pour pays « Arabes »), ont imposé un embargo sur les exportations de pétrole à l'encontre des partisans d'Israël lors de la guerre du Kippour. La flambée des prix du pétrole qui s'en est suivie ressemble clairement à celle des combustibles fossiles, en particulier du gaz, observée l'année dernière, et elle a été largement motivée par la décision d'un grand producteur, la Russie, d'atteindre un objectif politique dans le contexte d'une confrontation militaire.

Cependant, l'analogie est trompeuse. Elle ne rend pas compte d'une différence fondamentale, à savoir que l'offensive russe intervient à un moment crucial d'un processus plus large de transition énergétique et de transformation socio-économique motivé par la nécessité de réduire les émissions de gaz à effet de serre. Dans son récent *World Energy Outlook 2022*, l'Agence internationale de l'énergie (« AIE »), elle-même issue de la crise énergétique de 1973, a noté avec lucidité cette différence majeure<sup>1</sup>. Cela signifie que, contrairement à la réponse à la crise de 1973, qui ne remettait pas en question la place du pétrole dans la matrice énergétique, la réponse d'aujourd'hui implique une transformation beaucoup plus fondamentale du système énergétique pour qu'il ne dépende plus des combustibles fossiles, ce qui est déjà en cours en réponse au phénomène beaucoup plus large du changement climatique. De ce point de vue, la crise énergétique actuelle doit être considérée comme un choc dans une tension permanente provoquée par le changement climatique entre deux régimes socio-techniques concurrents, l'un basé sur les technologies

des combustibles fossiles et l'autre sur les technologies à faible teneur en carbone.

Quelques mois avant que la Russie ne lance son offensive, les politiques de « sauvetage » et de « redressement » mises en place par les gouvernements pour faire face à la pandémie de la Covid-19 avaient suscité des inquiétudes en raison de leur incohérence générale avec l'action climatique<sup>2</sup>. Au fur et à mesure que la pandémie ou, plus précisément, que les confinements imposés à la suite de la pandémie s'éloignaient, les craintes de revenir sur les efforts de décarbonisation des systèmes énergétiques devenaient de plus en plus visibles. Mais les craintes d'un retour en arrière ont atteint de nouveaux sommets après l'offensive russe, qui s'est délibérément appuyée sur la manipulation des exportations d'énergie pour faire pression sur les pays européens afin qu'ils n'interfèrent pas avec les objectifs russes. En Europe, les prix élevés de l'énergie et les coûts politiques associés ont fourni une nouvelle justification à la tentation de revenir aux combustibles fossiles, opposant les besoins politiques à court terme aux stratégies de transition énergétique à moyen et long terme.

Dans ce contexte, la crise énergétique actuelle a des racines plus profondes que l'invasion russe de l'Ukraine. La question fondamentale, d'un point de vue énergétique, est de savoir si la crise actuelle menace ou non la viabilité de la transition énergétique en cours et, de manière plus réaliste, si elle peut mettre en question cette transition, du moins dans une certaine mesure et dans certaines parties du monde. Il n'y a pas de réponse unique à cette question, mais en cherchant des réponses possibles, il y a trois postulats anciens de la politique énergétique qui ne vont plus de soi, à savoir : que les combustibles fossiles sont la clé d'une énergie bon marché, que les États sont confrontés à un « trilemme énergétique » opposant la sécurité énergétique, l'accessibilité financière et la durabilité, et que la politique climatique est coûteuse et incite à un « nivellement par le bas », c'est-à-dire le démantèlement de la politique environnementale pour accroître la compétitivité. Dans cette brève contribution, je reviens sur ces postulats. Mon propos n'est pas de dire qu'un ou plusieurs d'entre eux peuvent ne pas être pertinents pour un pays donné, à un moment donné, mais qu'ils ne peuvent plus être considérés comme des « postulats » ou des principes phare de la politique énergétique.

2. Selon le Global Recovery Observatory (« GRO »), en août 2022, 18,16 billions de dollars (« trillions » en anglais) avaient été dépensés en mesures de relance budgétaire au titre de la Covid-19 dans les 89 pays suivis depuis le début de la pandémie. Sur ce montant, 15,05 billions de dollars ont été consacrés à des politiques de « sauvetage » à court terme et seulement 3,11 billions de dollars ont été dépensés pour des mesures de « redressement » à plus long terme. Seul un tiers de ces 3,11 billions de dollars (0,97 billions de dollars) a été qualifié de « dépenses vertes », en référence aux émissions de gaz à effet de serre (GES), à la pollution de l'air et à l'impact sur le capital naturel. Voir le site web du Global Recovery Observatory, disponible à l'adresse suivante : <https://recovery.smithschool.ox.ac.uk/tracking/>.

1. AIE, *World Energy Outlook 2022*, Executive Summary, p. 26.

## 1. Une énergie bon marché issue des combustibles fossiles ?

Les prix de l'énergie sont un concept complexe. Tout d'abord, il existe des différences importantes entre les diverses ressources énergétiques (c'est-à-dire les ressources utilisées pour produire un certain produit énergétique), tels que le charbon, le pétrole brut, le gaz naturel ou l'uranium, mais pas la lumière du soleil ou le vent, qui ne sont pas des ressources dont le prix est fixé. Deuxièmement, selon la ressource, il peut également y avoir des différences régionales significatives dans les prix, comme pour le gaz naturel. Troisièmement, du point de vue des produits, en particulier de l'électricité, l'évaluation du prix de l'électricité produite à partir de différentes technologies et, plus précisément, à partir d'installations de production d'électricité à différents stades de leur exploitation, nécessite des ajustements non négligeables, concrétisés par le concept de coût actualisé de l'électricité. Quatrièmement, les données et les mesures des différents rapports peuvent varier, parfois de manière significative, en fonction des aspects mis en avant et de ceux qui sont minimisés ou exclus. Ces différences et bien d'autres découlent de l'observation fondamentale selon laquelle le terme « énergie » est une construction conceptuelle agrégeant des réalités très différentes. On peut observer l'évolution de différentes mesures de cet agrégat (par exemple un indice des prix des matières premières énergétiques<sup>3</sup>) mais, pour l'analyse des perspectives de la transition énergétique, l'évaluation doit nécessairement être plus fine.

Dans le dernier rapport de la Banque mondiale sur les perspectives des marchés des matières premières, datant d'octobre 2022, on observe que dans l'ensemble :

« la plupart des prix des produits de base ont reculé par rapport aux sommets atteints après la flambée de la demande post-pandémique et la guerre en Ukraine, alors que la croissance mondiale ralentit et que les craintes d'une récession mondiale s'intensifient. Toutefois, les différents produits de base ont connu des tendances divergentes en raison des différences dans les conditions de l'offre et de leur réponse au ralentissement de la demande »<sup>4</sup>.

Cette observation se concentre sur la pandémie, la guerre en Ukraine et le ralentissement économique, plutôt que sur la transition énergétique à plus long terme. Il est important de noter que le prix des ressources énergétiques fossiles (charbon, pétrole et gaz naturel) a connu une forte augmentation à partir de la fin 2021, avec le rebond post-pandémique, atteignant des sommets historiques (pour le gaz naturel) en raison de la manipulation de ces ressources par la Russie dans le cadre de sa stratégie dans la guerre en Ukraine, puis diminuant en raison de la réussite des efforts de reconstitution des réserves en

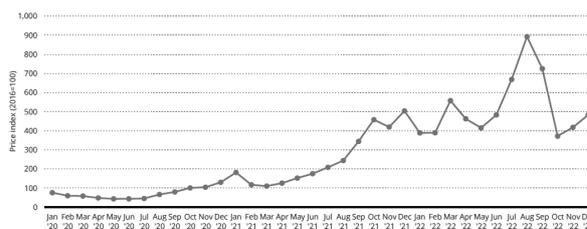
3. Voir par exemple l'indice mondial des prix des produits de base (2013-2021, avec des prévisions jusqu'en 2024) calculé par Statista : <https://www.statista.com/statistics/252795/weighted-price-index-of-energy/>.
4. World Bank, *Commodity Markets Outlook*, October 2022, Executive Summary, p. 1 (traduction libre).

Europe, d'une météo plus clémente que prévu, du ralentissement économique, du resserrement du crédit (pour lutter contre les pressions inflationnistes) et des craintes d'une récession économique. Selon le *World Energy Outlook 2022* de l'AIE, la crise ukrainienne a fourni :

« un coup de pouce à court terme à la demande de pétrole et de charbon, les consommateurs cherchant des solutions pour remplacer le gaz dont le prix est élevé. Mais les gains durables de la crise reviennent aux sources à faibles émissions, principalement les énergies renouvelables, mais aussi le nucléaire dans certains cas, ainsi qu'à des progrès plus rapides en matière d'efficacité et d'électrification »<sup>5</sup>.

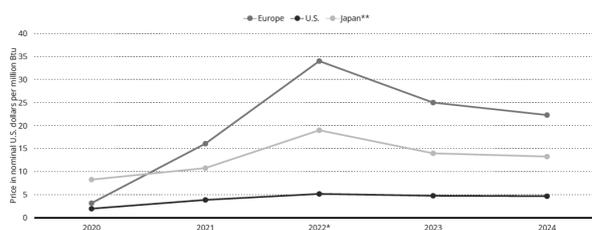
Bien que les trois principales ressources en combustibles fossiles, à savoir le charbon, le pétrole et le gaz, aient connu des augmentations de prix substantielles au cours de cette période, les prix atteints par le gaz naturel étaient tout à fait inédits. Le graphique suivant, tiré des données de Statista, montre l'évolution de l'indice mensuel des prix du gaz naturel dans le monde entre janvier 2020 et décembre 2022 :

Global monthly natural gas price index 2020-2022



Si l'on ventile cette tendance par région, on constate que les principales augmentations de prix ont eu lieu en Europe :

Global natural gas commodity prices by region 2020-2024



L'augmentation massive des prix des ressources en combustibles fossiles a ravivé les craintes classiques en matière de sécurité énergétique, avec leurs réponses traditionnelles, à savoir la diversification des sources d'approvisionnement en énergie et l'efficacité énergétique ou d'autres politiques de gestion de la consommation. Mais le contexte de ces réponses est aujourd'hui très différent de celui des précédentes crises d'approvisionnement énergétique. Plus que l'urgence climatique, les réponses à court terme ont été particulièrement sensibles aux

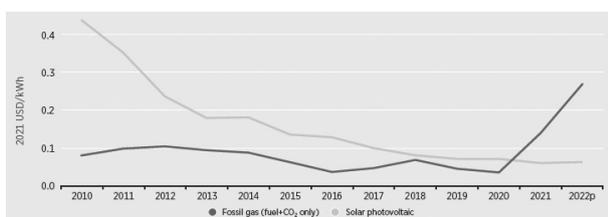
5. AIE, *World Energy Outlook 2022*, p. 29 (traduction libre).

coûts élevés des énergies fossiles par rapport aux coûts plus faibles de l'électricité produite par les technologies des énergies renouvelables, en particulier l'éolien et le solaire photovoltaïque. La diversification des sources d'approvisionnement s'inscrit donc dans un contexte où ces technologies sont déjà consolidées et extrêmement compétitives, même par rapport aux prix ordinaires (c'est-à-dire beaucoup plus bas) des combustibles fossiles. Pour appréhender cette dimension, il est utile de se référer au concept de coût actualisé de l'électricité (« Levelized Cost Of Energy » ou « LCOE »), qui fournit une estimation du coût moyen par unité d'électricité produite pendant toute la durée de vie d'une nouvelle centrale électrique. Il permet de comparer les coûts des différentes formes de technologies de production d'électricité. Le LCOE produit à partir de technologies d'énergie renouvelable a fortement diminué au cours de la décennie qui a précédé la guerre en Ukraine, en raison de la transformation socio-technique induite par le changement climatique.

Selon un rapport de 2022 de l'Agence internationale pour les énergies renouvelables (« IRENA ») :

« la période 2010-2021 a été marquée par un changement radical dans l'équilibre de la compétitivité entre les énergies renouvelables et les options existantes en matière de combustibles fossiles et d'énergie nucléaire. Le LCOE moyen pondéré mondial des projets photovoltaïques à l'échelle d'une centrale nouvellement mis en service a diminué de 88 % entre 2010 et 2021, celui de l'éolien terrestre et du CSP [énergie solaire par concentration] de 68 %, et celui de l'éolien en mer de 60 %. En 2021, le LCOE moyen pondéré des nouvelles centrales solaires photovoltaïques et hydroélectriques était inférieur de 11 % à celui des alternatives les moins chères de nouvelle production d'électricité à partir de combustibles fossiles, et celui de l'éolien terrestre était inférieur de 39 % »<sup>6</sup>.

Le graphique suivant, extrait de ce rapport, compare le LCOE moyen pondéré mondial de l'électricité solaire photovoltaïque et de l'électricité produite à partir de gaz (exprimé en USD par kWh d'électricité). Les chiffres de 2022 sont une projection possible, mais la figure est utile, précisément, pour montrer la tendance sous-jacente dans laquelle la crise énergétique déclenchée par l'invasion russe de l'Ukraine est intervenue :



Selon un autre rapport du réseau REN21, en 2021, les énergies renouvelables ont produit 28,3 % de l'électricité

6. IRENA, *Renewable Power Generation Costs in 2021* (juillet 2022), Executive Summary, p. 2 (traduction libre).

mondiale, contre seulement 20,4 % en 2011<sup>7</sup>. En particulier, les technologies solaires photovoltaïques et éoliennes ont fourni, pour la première fois, plus de 10 % de l'électricité mondiale. Cependant, les utilisations finales de l'électricité n'ont représenté que 17 % de la consommation finale totale d'énergie (CFTE), la plus grande part de la CFTE provenant des utilisations thermiques (51 %), suivies par les utilisations dans les transports (32 %), où la part des énergies renouvelables est beaucoup plus faible. La part des énergies renouvelables dans le TFEC varie considérablement d'un pays à l'autre. Il convient de noter que la part des énergies renouvelables dans le TFEC des grands émetteurs de gaz à effet de serre tels que la Chine, les États-Unis, l'Inde, la Russie et la plupart des pays de l'UE reste inférieure à 20 %<sup>8</sup>. En outre, comme nous le verrons plus loin dans cet article, l'augmentation des prix des combustibles fossiles à partir de la fin de 2021 a entraîné des investissements supplémentaires dans les infrastructures de combustibles fossiles qui, s'ils sont effectivement utilisés, peuvent « verrouiller » les émissions futures ou, au contraire, donner lieu à des actifs échoués massifs.

Ainsi, du point de vue des prix de l'énergie, les signaux ne sont pas clairs. Si l'on peut identifier une tendance dans les évolutions récentes, ce n'est pas que les combustibles fossiles sont le moyen le moins cher de produire de l'énergie. Bien au contraire, les combustibles fossiles sont devenus le moyen le plus coûteux de la faire, à court terme. Dans le secteur de l'électricité, les technologies des énergies renouvelables ont contribué à faire baisser les prix, mais leur rôle dans les services thermiques et, surtout, dans les transports, est encore limité, bien qu'en augmentation. Dans ces conditions, le postulat selon lequel les prix des combustibles fossiles sont la clé d'une énergie bon marché est inexact et, même si les prix des combustibles fossiles diminuent sensiblement à moyen et à long terme, la diminution encore plus importante des prix des énergies renouvelables, ainsi que leur utilisation croissante pour les services thermiques et les transports, rendent ce postulat fortement discutable.

## 2. La fin du « trilemme énergétique » ?

Depuis plus d'une décennie, le Conseil mondial de l'énergie tient à jour un indice du « trilemme énergétique mondial »<sup>9</sup>. Le concept de trilemme énergétique postule l'existence de tensions entre les politiques visant à atteindre trois objectifs différents, à savoir la sécurité énergétique (la capacité d'un pays à « répondre de manière fiable à la demande d'énergie actuelle et future »), l'équité énergétique (la capacité d'un pays à « fournir un accès universel à une énergie abordable, équitable et abondante pour un usage domestique et commercial ») et la durabilité environnementale (la transition du système énergétique d'un pays « vers l'atténuation et l'évitement des dommages

7. REN21, *Renewables 2022. Global Status Report*, p. 22.

8. REN21, *Renewables 2022. Global Status Report*, p. 41.

9. Conseil mondial de l'énergie, *World Energy Trilemma Index 2022* : <https://www.worldenergy.org/transition-toolkit/world-energy-trilemma-index>.

environnementaux potentiels et des impacts du changement climatique »<sup>10</sup>.

Le terme « trilemme » peut intriguer, mais il est inexact. La réalisation de chacun de ces objectifs ne s'exclut pas mutuellement. En outre, même si des tensions apparaissent, leur degré et leur nature nécessiteraient une grille plus fine. Par exemple, l'énergie nucléaire à faible teneur en carbone atténue l'impact du changement climatique, mais pollue l'environnement si l'on considère les déchets nucléaires. En outre, certains objectifs importants de la politique énergétique, tels que la sûreté des installations, ne sont pas représentés dans le trilemme. En dépit de ces lacunes, le concept est utile parce qu'il reflète une perception communément admise selon laquelle un pays ne peut pas choisir, en même temps, entre la durabilité et l'accessibilité financière ou entre la sécurité énergétique et la durabilité. Selon les postulats qui sous-tendent la formulation du problème en tant que « trilemme », seule une matrice énergétique à base de combustibles fossiles serait suffisamment abordable et sûre pour fournir l'électricité, les transports et les produits thermiques dont un pays a besoin (voir la discussion dans la section précédente). Les termes mêmes du « trilemme » supposent que l'énergie basée sur les combustibles fossiles, bien que moins durable, est plus abordable et constitue la seule approche véritablement capable d'assurer la sécurité de l'approvisionnement.

La véracité de ces postulats dépend largement des circonstances, telles que les dotations énergétiques spécifiques, le système et l'infrastructure d'un pays donné, les utilisations de l'énergie (électricité, transport, thermique) et le calendrier (court, moyen ou long terme). En outre, le changement et la diffusion technologiques peuvent remettre fondamentalement en question la caractérisation en tant que « jeu à somme nulle » des relations entre les trois termes du trilemme. Dans le contexte spécifique de la crise énergétique catalysée par l'invasion russe de l'Ukraine, l'optique du « trilemme » présente des lacunes importantes. Si les impératifs de sécurité énergétique à très court terme ont effectivement donné un élan supplémentaire aux nouveaux investissements dans les combustibles fossiles (le charbon, le pétrole et le gaz), ils ont également montré que les combustibles fossiles peuvent rapidement devenir inabordables, interrompre la sécurité de l'approvisionnement, tout en nuisant à l'environnement, y compris au système climatique. Dans ce cas, se concentrer sur les combustibles fossiles ne répondrait à aucun des termes du trilemme. À l'inverse, les technologies de l'énergie éolienne (sur terre et en mer) et de l'énergie solaire photovoltaïque étant désormais suffisamment mûres, le recours à ces sources peut être plus performant que les combustibles fossiles, non seulement en termes de durabilité environnementale, mais aussi d'équité (y compris d'accessibilité financière) et, ce qui est remarquable, de sécurité d'approvisionnement. Cela ne supprime pas les interactions complexes entre les objectifs de la politique énergétique,

y compris les tensions potentielles entre deux ou plusieurs d'entre eux, mais cela souligne les limites importantes de l'optique du « trilemme énergétique ». Le maintien de ce point de vue pourrait bien alimenter un discours politique soutenant des investissements supplémentaires dans les combustibles fossiles, à un moment où une transformation radicale est nécessaire pour s'en éloigner.

L'alignement croissant de la sécurité énergétique sur la durabilité et l'accessibilité financière n'est pas passé inaperçu. Dans son *World Energy Outlook* de 2022, l'AIE note que :

« dans les régions les plus touchées, la part plus importante des énergies renouvelables a été corrélée à la baisse des prix de l'électricité, et les maisons plus efficaces ainsi que le chauffage électrifié ont constitué un tampon important pour certains consommateurs, mais pas suffisamment »<sup>11</sup>.

Plus loin, le rapport indique, de manière plus explicite, que l'alignement n'est pas un phénomène passager :

« les marchés et les politiques énergétiques ont changé à la suite de l'invasion de l'Ukraine par la Russie, non seulement pour le moment, mais aussi pour les décennies à venir. Les arguments environnementaux en faveur de l'énergie propre n'ont pas besoin d'être renforcés, mais les arguments économiques en faveur de technologies propres compétitives en termes de coûts et abordables sont désormais plus forts, tout comme les arguments en faveur de la sécurité énergétique. Cet alignement des priorités économiques, climatiques et sécuritaires a déjà commencé à faire avancer les choses vers un meilleur résultat pour les populations du monde entier et pour la planète »<sup>12</sup>.

Dans le même ordre d'idées, le *Renewables Global Status Report 2022* de REN21 souligne également l'alignement des logiques économiques, sécuritaires et environnementales :

« une forte synergie existe entre les mesures nécessaires pour améliorer la sécurité énergétique et celles associées à la transition énergétique, et en particulier le passage aux énergies renouvelables. Des niveaux élevés d'énergie renouvelable produite localement, associés à des économies d'énergie et à une meilleure efficacité énergétique, améliorent la sécurité, la souveraineté et la diversité énergétiques. Cela permet de réduire l'exposition aux fluctuations des prix de l'énergie tout en réduisant les émissions et en apportant d'autres avantages économiques »<sup>13</sup>.

Dans le *World Energy Transitions Outlook 2022* de l'IRENA, le potentiel de l'alignement de ces objectifs est également souligné :

11. AIE, *World Energy Outlook 2022*, Executive Summary, p. 20.

12. AIE, *World Energy Outlook 2022*, Executive Summary, p. 26.

13. REN21, *Renewables Global Status Report 2022*, p. 38.

10. Le texte est extrait du site web du CME.

« l'accélération de la transition énergétique est également essentielle pour la sécurité énergétique à long terme, la stabilité des prix et la résilience nationale. Quelque 80 % de la population mondiale vit dans des pays qui sont des importateurs nets d'énergie. Grâce à l'abondance du potentiel renouvelable qui reste à exploiter, ce pourcentage peut être considérablement réduit. Un changement aussi profond rendrait les pays moins dépendants des importations d'énergie grâce à des options d'approvisionnement diversifiées et contribuerait à découpler les économies des fluctuations importantes des prix des combustibles fossiles. Cette voie permettrait également de créer des emplois, de réduire la pauvreté et de faire avancer la cause d'une économie mondiale inclusive et sans danger pour le climat »<sup>14</sup>.

Ces trois rapports faisant autorité ne font que dresser le bilan d'un alignement de plus en plus perceptible des objectifs, non seulement dans les circonstances exceptionnelles de la post-pandémie et de la guerre en Ukraine, mais aussi, comme le note le *World Energy Outlook 2022*, « pour les décennies à venir ». Dans ces conditions, le postulat de l'existence d'un « trilemme énergétique » est trompeuse et, compte tenu de son potentiel à alimenter un discours favorable aux combustibles fossiles, elle est fortement discutable.

### 3. Nivellement par le bas ou par le haut ?

Le postulat selon lequel les combustibles fossiles sont la forme d'énergie la moins chère et la plus compétitive (alors que les technologies d'énergie renouvelable seraient coûteuses) et que les objectifs économiques de la politique énergétique sont à l'opposé des objectifs de durabilité (comme l'indique implicitement le « trilemme énergétique ») est à l'origine d'un autre postulat de longue date : les politiques climatiques sont mauvaises pour l'économie et, par conséquent, les pays du monde entier sont engagés dans une course à la compétitivité en abaissant leurs normes (ce que l'on appelle la « course vers le bas ») et en profitant des efforts des autres pays pour réduire les émissions.

Ce postulat a influencé les cercles politiques. Peu avant l'adoption du protocole de Kyoto, le Sénat américain a adopté, par 95 voix contre 0, la résolution Byrd-Hagel, qui stipule que :

« les États-Unis ne devraient pas être signataires d'un protocole qui (A) imposerait de nouveaux engagements de limitation ou de réduction des émissions de gaz à effet de serre aux parties visées à l'annexe I, à moins que le protocole [...] n'impose également de nouveaux engagements spécifiques programmés [...] aux pays en développement parties au cours de la même période de mise en conformité, ou (B) causerait un préjudice grave à l'économie des États-Unis »<sup>15</sup>.

14. IRENA, *World Energy Transitions Outlook 2022*, p. 15.

15. S.Res.98 - 105<sup>e</sup> Congrès (1997-1998), adoptée le 25 juillet 1997, disponible à l'adresse suivante : <https://www.congress.gov/bills/105th-congress/senate-resolution/98/text>.

Les États-Unis ont signé le protocole de Kyoto mais ne l'ont jamais ratifié. Lorsque, des années plus tard, le président Bush a répudié l'instrument, il a indiqué qu'il

« s'oppos[ait] au protocole de Kyoto parce qu'il exempte 80 % du monde, y compris les grands centres de population comme la Chine et l'Inde, de l'obligation de s'y conformer et qu'il causerait de graves préjudices à l'économie américaine »<sup>16</sup>.

Plus récemment, le postulat selon lequel il est économiquement avantageux de ne pas adopter de politique climatique - c'est-à-dire de continuer à dépendre de combustibles fossiles « bon marché » et « sûrs » - et de « profiter » des efforts des autres pays qui prennent des mesures d'atténuation a pris une forme inattendue. En 2015, l'économiste environnemental W. Nordhaus a plaidé en faveur de la création de « clubs climatiques » au motif que

« jusqu'à présent, il s'est avéré difficile d'inciter les pays à adhérer à un accord international prévoyant des réductions significatives des émissions. La raison fondamentale en est la forte incitation au parasitisme dans les accords internationaux actuels sur le climat. Il y a parasitisme lorsqu'une partie bénéficie des avantages d'un bien public sans contribuer aux coûts. Dans le cas de la politique internationale en matière de changement climatique, les pays sont incités à s'appuyer sur les réductions d'émissions des autres sans prendre de mesures proportionnelles de réduction au niveau national »<sup>17</sup>.

Cette idée a été reprise par le G7 dans sa « Déclaration sur le Club climat » de juin 2022, annonçant l'objectif de

« mettre en place un Club climat pour soutenir la mise en œuvre effective de l'Accord de Paris en accélérant l'action climatique et en augmentant l'ambition, en mettant particulièrement l'accent sur le secteur de l'industrie, en s'attaquant ainsi aux risques de fuite de carbone pour les biens à forte intensité d'émissions, tout en se conformant aux règles internationales »<sup>18</sup>.

L'interprétation implicite de cette déclaration et de la contribution de Nordhaus est résumée par deux auteurs dans les termes suivants :

« bien que l'atténuation du changement climatique présente d'importants avantages collectifs, la politique climatique impose des coûts concentrés sur les pionniers

16. Lettre du président américain aux sénateurs Hagel, Helms, Craig et Roberts, 13 mars 2001 (traduction libre), disponible à l'adresse suivante : <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/03/print/20010314.html>.

17. W. Nordhaus, « Climate Clubs: Overcoming Free-Riding in International Climate Policy » (2015) 105(4) *American Economic Review* 1339 (traduction libre).

18. Déclaration du G7 sur le Club climat, Elmau, 28 juin 2022, disponible à l'adresse suivante : <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/13/4b7c036557ead133c8ecdc2d47696466b719f899.pdf>.

qui, néanmoins, ne captent qu'une petite fraction des avantages globaux de leurs actions »<sup>19</sup>.

Ce postulat est discutable. Il sous-estime le fait que les politiques énergétiques à faible intensité de carbone peuvent avoir des effets bénéfiques importants sur l'environnement et la santé, qui sont propres au pays qui prend des mesures, et, ce qui n'est pas moins important, il omet complètement les avantages économiques spécifiques associés aux « politiques industrielles vertes ». Les politiques énergétiques à faible émission de carbone dans des secteurs tels que l'énergie solaire photovoltaïque, l'énergie éolienne, l'efficacité énergétique et l'électrification des services thermiques et de transport ne sont pas simplement « fardeau »<sup>20</sup>. Au contraire, elles se sont révélées très bénéfiques en termes économiques et stratégiques, ce qui soulève la question de la « course » à laquelle se livrent les pays<sup>21</sup>. Les faits montrent qu'une nouvelle course « au sommet », c'est-à-dire pour récolter les bénéfices liés au statut de pionnier (*early mover*) dans les technologies et les industries à faible émission de carbone, devient de plus en plus perceptible à côté des rigidités « verrouillées » (*locked-in*) de l'investissement dans les combustibles fossiles.

Fin 2019, la Commission européenne a publié une communication intitulée « Le Pacte vert pour l'Europe », qu'elle décrit comme une :

« nouvelle stratégie de croissance visant à transformer l'UE en une société juste et prospère, dotée d'une économie moderne, efficiente dans l'utilisation des ressources et compétitive, caractérisée par l'absence d'émission nette de gaz à effet de serre d'ici 2050 et dans laquelle la croissance économique sera dissociée de l'utilisation des ressources »<sup>22</sup>.

Le Pacte vert vise expressément à concevoir un « un ensemble de politiques porteuses de grands changements » pour l'« approvisionnement en énergie propre pour l'ensemble de l'économie, en matière d'industrie, de production et de consommation, de grandes infrastructures, de transports, d'alimentation, d'agriculture, de construction, de fiscalité et de prestations sociales ». La transformation du système énergétique en un système à faible émission de carbone est un aspect particulièrement important du Pacte vert européen. L'objectif de neutralité carbone (net zéro) de l'UE d'ici 2050 a ensuite été inscrit dans la « loi européenne sur le climat »<sup>23</sup>. Un paquet législatif a ensuite été proposé par la Commission en juillet 2021, connu sous le nom de « Fit for 55 » (c'est-à-dire en référence à

l'engagement de réduire les émissions de GES d'au moins 55 % d'ici 2030, par rapport à 1990), avec un fort accent sur le développement des énergies renouvelables, l'augmentation de l'efficacité énergétique (y compris la rénovation des bâtiments), et l'électrification de l'économie (en particulier le secteur des transports).

Avec le début de la guerre en Ukraine et l'augmentation du prix des combustibles fossiles, la Commission a redoublé d'efforts pour transformer la matrice énergétique de l'Union. En mai 2022, la Commission a publié une nouvelle communication sur REPowerEU, qui met l'accent sur les économies d'énergie, la diversification des fournisseurs d'énergie (en dehors de la Russie) et l'accélération du déploiement des énergies renouvelables<sup>24</sup>. Quelques mois plus tard, en août 2022, les États-Unis ont adopté l'*Inflation Reduction Act* (« IRA »), qui contient des mesures très importantes pour encourager l'efficacité énergétique, le transport électrique et les énergies renouvelables<sup>25</sup>. Il ne faut pas sous-estimer l'ampleur du glissement intellectuel sous-jacent à cette « politique industrielle » majeure adoptée par le gouvernement fédéral américain dans un pays où la politique industrielle a longtemps été considérée comme un tabou.

Il est intéressant de noter que l'IRA représente un défi majeur pour les ambitions de l'UE de devenir compétitive dans l'économie verte. En effet, ses incitations financières pourraient attirer une partie de l'industrie européenne vers les États-Unis. La capacité des pays de l'UE à fournir des incitations financières dans le cadre de leur politique industrielle est limitée par les règles de l'UE en matière d'aides d'État. Pourtant, dans une démarche audacieuse qui témoigne de l'importance croissante accordée à la politique industrielle verte, l'UE a récemment publié une communication intitulée « Pacte vert : un plan industriel pour la compétitivité de l'industrie européenne neutre en carbone »<sup>26</sup>, qui prévoit la possibilité d'ajuster les règles en matière d'aides d'État à la suite d'une consultation. La raison d'être de ce plan est clairement énoncée dans l'introduction, dans un texte qui mérite d'être cité *in extenso* :

« [...] les partenaires de l'Europe commencent également à saisir les possibilités industrielles qu'offre le zéro émission nette. La loi sur la réduction de l'inflation adoptée par les États-Unis mobilisera plus de 360 milliards d'USD d'ici à 2032 (environ 330 milliards d'EUR). Les plans de transformation verte du Japon visent à mobiliser jusqu'à 20 000 milliards de JPY (environ 140 milliards d'EUR), au moyen d'obligations de « transition écologique ». L'Inde a présenté son régime d'incitations liées à la production afin de renforcer la compétitivité dans des secteurs tels que le solaire photovoltaïque et les batteries solaires. Le Royaume-Uni, le Canada et de nombreux autres pays ont

19. M. Aklin, M. Mildenberger, « Prisoners of the Wrong Dilemma: Why Distributive Conflict, Not Collective Action, Characterizes the Politics of Climate Change » (202) 20(4) *Global Environmental Politics* 4 (traduction libre).

20. M. Grubb et al, *The New Economics of Innovation and Transition*, EEIST novembre 2021.

21. J.-F. Mercure et al., « Reframing incentives for climate policy action » (2021) 6 *Nature Energy* 1133.

22. Communication de la Commission, *Le Pacte vert pour l'Europe*, COM(2019) 640 final, 11 décembre 2019.

23. Règlement (UE) 2021/1119 du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) no 401/2009 et (UE) 2018/1999.

24. Communication de la Commission, REPowerEU Plan, COM(2022) 230 final, 18 mai 2022.

25. Inflation Reduction Act, Public Law 117 – 169 – AUG. 16, 2022.

26. Communication de la Commission, Pacte vert : un plan industriel pour la compétitivité de l'industrie européenne neutre en carbone, COM(2023) 62 final, 1<sup>er</sup> février 2023.

également présenté leurs plans d'investissement dans les technologies propres. L'Europe est déterminée à travailler avec tous ces partenaires pour le bien commun.

Toutefois, les échanges commerciaux et la concurrence dans l'industrie à zéro émission nette doivent être équitables. Certaines parmi les initiatives de nos partenaires peuvent avoir des effets collatéraux indésirables sur nos propres industries à zéro émission nette. Plus fondamentalement, les subventions chinoises sont, depuis longtemps, deux fois plus élevées que celles de l'Union européenne par rapport au PIB. Le marché s'en trouve faussé et la production d'un certain nombre de technologies à zéro émission nette est actuellement dominée par la Chine, qui a fait des subventions à l'innovation et à la production dans le domaine des technologies propres une priorité de son plan quinquennal. La réserve d'investissements dans les technologies propres annoncés par la Chine dépasse les 280 milliards d'USD (environ 260 milliards d'EUR). L'Europe et ses partenaires doivent redoubler d'efforts pour lutter contre les effets de ces subventions déloyales et des distorsions prolongées du marché. Lorsque l'empreinte publique sur les marchés privés est trop importante, les distorsions créent des conditions inégales et une concurrence déloyale apparaît. La Commission continuera de faire pleinement usage des instruments de défense commerciale (IDC) pour défendre le marché unique et le commerce international fondé sur des règles contre les pratiques commerciales déloyales telles que le dumping et les subventions génératrices de distorsions »<sup>27</sup>.

S'il est peut-être plus facile de pointer du doigt la Chine plutôt que les « partenaires de l'Europe » dans le texte, cette communication signale clairement un changement plus profond dans la manière dont les politiques de réduction des émissions de carbone sont conçues : il s'agit d'une politique industrielle verte visant à renforcer l'avantage concurrentiel des industries pionnières. Cette approche est très différente de l'approche précédente. Certains aspects des deux récits se recoupent partiellement, dans la mesure où le fait de devenir compétitif dans le domaine

des technologies à faible intensité de carbone peut bénéficier d'un certain degré de protection sous la forme de mesures d'égalisation des émissions de carbone à la frontière, comme dans un club climatique. Mais, d'un point de vue politique, c'est l'inverse d'un « nivellement par le bas ». Même les actions de la Chine présentées comme des distorsions du marché sont en fait des politiques énergétiques à faible émission de carbone.

#### 4. Trois postulats à ne plus retenir

L'importance de la guerre en Ukraine pour la transition énergétique doit être évaluée dans un contexte plus large. Malgré son apparente similitude avec la manipulation de l'approvisionnement en pétrole dans les années 1970, le contexte de la guerre est fondamentalement différent.

Cette différence tient en partie à la nécessité de revoir les trois postulats anciens de la politique énergétique évoqués dans cette brève contribution. En effet, les faits montrent que les combustibles fossiles ne peuvent plus être considérés comme la clé d'une énergie bon marché, que le prétendu « trilemme énergétique » n'en est peut-être pas un et que la course la plus importante dans les années à venir ne sera peut-être pas celle menant à un nivellement par le bas, mais par le haut.

Le réexamen de ces trois postulats n'apporte pas, en soi, de réponse à la question de savoir si la crise actuelle menace la viabilité de la transition énergétique en cours. Mais il modifie les paramètres des réponses possibles. La recherche de ces réponses appartient à chaque communauté politique. La prise de décision politique, y compris en matière de politique économique, énergétique et environnementale, est largement influencée par des postulats politiques qui restent parfois étonnamment incontestés. La crise énergétique actuelle montre clairement pourquoi certains postulats influents de la politique énergétique doivent être corrigés. L'importance de la guerre en Ukraine pour la transition énergétique doit être évaluée dans un contexte plus large. Malgré son apparente similitude avec la manipulation de l'approvisionnement en pétrole dans les années 1970, le contexte de la guerre est fondamentalement différent.

27. Communication de la Commission, Pacte vert : un plan industriel pour la compétitivité de l'industrie européenne neutre en carbone, COM(2023) 62 final, 1<sup>er</sup> février 2023, p. 2.



François Hollande · Ancien président de la République Française

## La guerre d'Ukraine et les conditions de la paix mondiale

L'année 2023 s'ouvre avec la perspective d'un conflit long sur le continent européen<sup>1</sup>. Le principal protagoniste est une puissance nucléaire dont le dirigeant, Vladimir Poutine, est capable de conjuguer le chaud et le froid, ou plus exactement le brûlant et le glacial et d'entretenir le risque d'une escalade dont le monde pourrait craindre le pire.

Cette guerre, aujourd'hui dans tous les esprits, n'est pas survenue par l'exacerbation soudaine d'une tension entre l'Ukraine et la Russie. Elle s'inscrit dans un processus qui a commencé il y a dix ans et qui trouve en partie son aboutissement aujourd'hui. Ce processus correspond à la volonté de la Russie et de la Chine de changer l'ordre du monde et de faire prévaloir la force sur le droit.

### **Poutine et Xi : la tentation d'un ordre mondial autoritaire**

Cette stratégie a été établie par Vladimir Poutine, revenu au Kremlin au printemps 2012, et par Xi Jinping, qui a accédé au secrétariat général du Parti communiste chinois à la fin de cette même année. Elle est fondée sur la conviction partagée par les deux dirigeants que les États-Unis - et plus largement les pays occidentaux - vivent l'apogée de leur rayonnement et sont entrés dans un déclin irréversible, justifiant une révision de la hiérarchie internationale qui prévalait jusque-là. Cette prétention est à leurs yeux justifiée par l'établissement d'un nouveau rapport de forces. La Chine estime ainsi qu'elle sera la première économie du monde à l'horizon 2050.

Pour le centenaire de la révolution chinoise en 2049, elle pense pouvoir disposer d'une avance technologique déterminante dans des domaines aussi clefs que le numérique, le cyber et même le spatial. La Russie et la Chine se sont également lancées depuis une dizaine d'années dans des programmes militaires, qui restent, en termes

1. Ce texte a été élaboré à partir de la leçon inaugurale prononcée par François Hollande lors du cycle 2023 de la Chaire Grands enjeux stratégiques contemporains à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne, dont le Groupe d'études géopolitiques est partenaire.

de stocks d'armements, bien en dessous de l'arsenal des États-Unis mais qui représentent, en qualité et en quantité des sommes considérables que traduisent une logique de rattrapage voire même de dépassement pour les équipements les plus sophistiqués. Elles se sont également convaincues du caractère inéluctable de l'effacement américain de la scène internationale. Le refus par Barack Obama d'intervenir en Syrie à l'été 2013 en avait été la première preuve : confirmée par la mollesse de la réaction occidentale au moment de l'annexion de la Crimée et l'occupation d'une partie du Donbass. La débâcle en Afghanistan avait fait le reste.

La Chine et la Russie ont également interprété les tourmentes financières qui ont accablé les économies occidentales puis les crises terroristes qui ont frappé l'Europe et les États-Unis, et enfin les grands mouvements migratoires qui ont déstabilisé les sociétés occidentales, comme autant de signes de la perte d'influence des régimes de liberté. Ces empires en ont profité pour labourer de nouveaux terrains en Afrique, au Moyen-Orient et pour pousser toujours plus avant leurs frontières. La Russie, et dans une moindre mesure la Chine, ont également encouragé toutes les entreprises susceptibles de mettre en difficulté le cadre démocratique à l'intérieur même de nos Nations, grâce à la présence chez nous de médias sous leur contrôle et à la mobilisation des réseaux sociaux sous leur influence. La conjugaison de leurs opérations a réussi à perturber le cours des élections et à entretenir le complotisme.

La Chine et la Russie en ont conclu qu'après la longue période, qui s'était ouverte avec l'effondrement du mur de Berlin et l'accélération de la globalisation et qu'elles avaient vécu, l'une comme l'autre, comme une phase de discrétion, de soumission et d'humiliation - le temps était venu pour ces deux grandes puissances de passer à l'offensive. À cet égard, 2012 est une année charnière. Depuis lors, en effet, Vladimir Poutine et Xi Jinping se sont rencontrés quarante fois - y compris au cours de la crise sanitaire, les deux dirigeants étant pourtant réputés s'être totalement isolés pendant cette période.

Au-delà de la fréquence de ces échanges, Poutine et Xi ont entendu nouer une amitié qu'ils décrivent comme « éternelle et infinie ». Ce pacte ne s'est jamais fissuré : ni sur la Syrie, ni sur l'Iran, pas davantage sur la Corée du Nord. Il a tenu bon sur l'Ukraine à travers toutes sortes de coopérations économiques, commerciales, énergétiques et militaires... Sa traduction est explicite : la Russie est aujourd'hui le deuxième fournisseur de pétrole de la Chine et son principal pourvoyeur d'armement. Les deux pays mènent des exercices conjoints, des manœuvres navales comme des patrouilles aériennes.

Mais cette relation va au-delà de l'affirmation d'intérêts communs. Poutine et Xi partagent les mêmes détestations : celle de l'Occident, qu'ils veulent affaiblir et refouler là où il prétend agir et celle de la démocratie, qui mène selon eux à la décadence et à la désagrégation des nations. Ils adoptent

les mêmes méthodes : la crainte à l'intérieur - tantôt douce, tantôt cruelle selon les circonstances - et la domination à l'extérieur. Avec néanmoins une différence de taille, au regard de la place respective de la Chine et de la Russie dans la mondialisation. La Chine a, de fait, besoin pour sa croissance, et donc pour sa stabilité intérieure, de commercer avec le reste du monde et d'accueillir des investissements qui en viennent, alors que la Russie peut vivre dans une relative autarcie - jusqu'à quand il est vrai? En tout état de cause, Poutine et Xi estiment que, quoi qu'il arrive, le temps travaillent pour eux et que, leur pouvoir étant sans limite dans sa durée comme dans son exercice dès lors qu'il n'y a pas de contre-pouvoir apparent, ils resteront éternellement liés l'un à l'autre.

Ils ont conscience qu'ils obtiennent là un avantage sur les démocraties. Eux peuvent se permettre la patience et la temporisation, quand les gouvernants en démocratie savent bien que leur avenir est forcément sous contrainte, que d'autres leur succéderont mécaniquement et que s'ils sont obligés d'agir à court terme, ils ne sont jamais sûrs de pouvoir inscrire dans la durée son action.

Cette asymétrie, qui a toujours existé entre les dictatures et les démocraties, prend aujourd'hui une dimension particulière. Pour préserver une popularité - car les autocrates ont toujours besoin de mesurer le soutien de leur opinion - les régimes autoritaires jouent la carte d'un patriotisme exacerbé, et feignent d'être agressées par l'impérialisme et le néocolonialisme de l'Occident pour mieux exprimer leurs prétentions. Avec des idéologies aujourd'hui différentes, la référence au communisme pour Xi Jinping, le slavophilisme pour Poutine, ils convergent vers le rejet de ce que fut l'ordre antérieur du monde. C'est là leur message auprès des populations qu'ils veulent enrôler dans ce combat. C'est la raison pour laquelle, même s'il est très difficile de mesurer exactement l'adhésion du peuple russe à ce qui est engagé en Ukraine, ne sous-estimons pas l'efficacité de la propagande sur une large partie du corps social, qui croit sincèrement que son pays est agressé par l'OTAN et menacé par les « nazis » ukrainiens.

Enfin, si Pékin et Moscou agissent séparément sur des zones géographiques certes de plus en plus larges, mais qui ne se recoupent pas nécessairement, elles veillent à ne jamais être en compétition et à ne jamais manifester publiquement une divergence. Ces deux puissances, si elles n'ont pas nécessairement besoin de rappeler en toute occasion qu'elles sont alliées, s'entendent sur une série d'objectifs.

D'abord, faire pièce aux États-Unis, qui restent leur adversaire principal. Il est difficile d'imaginer combien Poutine déteste les États-Unis. Il hait sans doute leur ambition d'imposer un système économique, il les abhorre pour leur mode de vie et pour leur suprématie depuis l'effondrement du mur de Berlin. Ces griefs restent son moteur. Le deuxième objectif est d'impressionner l'Europe. C'est clairement l'un des buts de la guerre en Ukraine. Faire peur. Provoquer, par l'effroi, un repli et une division. Leur

troisième objectif est de peser autant qu'il est possible dans les conflits qui affectent des régions particulièrement riches en matières premières, en minerais rares et en énergies fossiles. De ce point de vue, la Russie est en passe de réussir sa manœuvre en Afrique. Elle a également pris des positions fortes au Moyen-Orient, en gardant de bonnes relations aussi bien avec les pays du Golfe et l'Iran qu'avec Israël, tout en veillant, avec la Chine, à contrôler les détroits et les mers.

#### Les fins de la guerre d'Ukraine

Cette grande alliance qui ne dit pas son nom repose sur un contrat de moins en moins implicite, qui ne se pense plus comme un rééquilibrage des mondes mais comme l'édification d'une nouvelle hiérarchie. Le bouleversement de la planète commence par le défi qui est lancé à nos valeurs de liberté, de démocratie et de droits fondamentaux. C'est dans ce contexte que le conflit ukrainien prend tout son sens. Son enjeu dépasse de loin les batailles territoriales. Il s'y joue un rapport de force à l'échelle de la planète et la constitution d'un précédent qui pourra justifier le recours à la force pour modifier les frontières, voire l'intégrité de plusieurs États. De la façon selon laquelle se conclura la guerre et arrivera la paix dépendra un nouveau paysage international.

À cet égard, l'alternative est relativement simple. Si Vladimir Poutine devait obtenir une victoire, fût-elle partielle, représentée par l'absorption des quatre régions dont il a déjà annoncé l'annexion - même s'il ne les a pas militairement conquises - en plus de la Crimée déjà rattachée depuis 2014, elle signifierait que les États-Unis et l'Europe n'auraient pas réussi, malgré toute l'aide prodiguée à l'Ukraine, à repousser l'invasion. Le risque serait alors d'exposer les pays baltes, la Moldavie, peut-être même la Pologne, à d'autres menaces, pas forcément d'invasion mais en tout cas de pression sur leur propre stabilité. Cela serait également interprété par la Chine comme une nouvelle preuve de la faiblesse occidentale dans le soutien à ses alliés et de la répugnance des démocraties à admettre l'hypothèse de la guerre - autre différence majeure avec les dictatures. Dans cette configuration, il est à craindre que Taïwan serait, à brève échéance, visée.

Ce scénario serait également interprété par les nations qui rêvent d'un destin impérial, comme la Turquie, l'Iran et l'Arabie saoudite, comme une autorisation à aller plus loin dans la répression intérieure ou dans la conquête extérieure. Les pays émergents comme l'Inde, le Brésil ou l'Afrique du Sud seraient confortés dans leur position d'équidistance ou d'indifférence par rapport à l'attitude à adopter face à d'autres conflits.

Considérons *a contrario* la deuxième hypothèse. Si Vladimir Poutine subissait une défaite en Ukraine, s'il était obligé de reculer derrière la ligne qui préexistait à l'invasion et qu'il était même contraint de céder l'ensemble des territoires qu'il occupait depuis 2014; alors, au-delà des conséquences intérieures que cette humiliation pourrait

provoquer en Russie, cette retraite sonnerait comme un coup d'arrêt aux tentations de faire prévaloir la force sur le droit. La Chine remiserait pour longtemps sa volonté de reprendre par des moyens militaires Taïwan, sans y renoncer pour autant. L'alliance de la Chine avec la Russie, pour éternelle qu'elle soit, demeurerait. Mais cette solidarité deviendrait pour la première un fardeau économique et un boulet politique avec la perspective d'un long isolement. La Chine pourrait alors s'inquiéter des sanctions qui lui seraient forcément infligées, lesquelles pénaliseraient sa croissance déjà affectée par la pandémie; elle craindrait en particulier les restrictions aux échanges, qui ruineraient son espérance de devenir la première puissance économique du monde.

Pour que le meilleur scénario puisse advenir, plusieurs conditions doivent être réunies. La première est le réengagement américain. Certes, l'hyperpuissance des États-Unis avait pu au temps des années Bush susciter le rejet, l'hostilité et même la confusion. Mais le retrait de la scène mondiale amorcé sous Obama et amplifié sous Trump s'est révélé désastreux, tant il a créé un vide rapidement comblé par les puissances rivales, ouvrant un champ d'expansion à la Russie.

S'il était à craindre que Biden aille dans la même direction, notamment au moment de la débandade en Afghanistan, convenons qu'il a, dans le conflit ukrainien adopté une attitude ferme et courageuse. Les États-Unis ont engagé des sommes considérables et continuent de le faire pour aider les Ukrainiens. La majorité républicaine à la Chambre des Représentants lui permettra-t-elle de poursuivre cet effort? Et est-ce qu'en novembre 2024, le prochain président élu n'optera pas pour une politique conjuguant le protectionnisme commercial déjà à l'œuvre avec un isolationnisme politique? C'est sans doute le calcul de Poutine, qui se place dans le temps long. Il attendra et gèlera s'il le peut le conflit ukrainien.

La seconde condition pour un scénario de retour à la paix est le soutien constant des opinions publiques occidentales. Avant l'invasion de l'Ukraine, des raisons pouvaient expliquer la résurgence de l'inflation : l'abondance monétaire provoquée par les politiques accommodantes des banques centrales, le déséquilibre entre l'offre et la demande après la crise sanitaire, les *quoi qu'il en coûte* à l'échelle européenne, qui avaient d'une certaine façon stimulés le pouvoir d'achat, etc. Mais la guerre d'Ukraine a encore amplifié la hausse des prix, et une partie de l'opinion rapporte les difficultés d'aujourd'hui non pas tant à la fin de la crise sanitaire, mais à l'ouverture du conflit. Dès lors, les craintes de pénuries, les factures qui explosent, la précarité énergétique contredisent forcément le schéma d'une opinion publique en soutien total à la cause ukrainienne.

#### **Une union en de nouveaux termes pour l'Europe**

Il y a même tout lieu de penser que des groupes politiques, voire des États européens, appelleront à une

négociation ou à des accommodements sur le régime des sanctions. Des tensions apparaissent déjà au sein d'une Europe qui a plutôt bien répondu à la crise ukrainienne. Elles s'exerceront sur ce point névralgique : l'opportunité d'une solution transactionnelle avec la Russie. Un pays se prépare à jouer à cet égard un rôle clef, c'est la Turquie. Elle a même défini une méthode : prendre l'Ukraine région par région, et regarder au cas par cas ce qui pourrait être concédé par les uns ou par les autres. La Turquie a de plus une double relation qui ajoute à l'ambiguïté puisqu'elle est membre de l'OTAN, et la meilleure ennemie de la Russie. C'est dire que Turquie et Russie peuvent être en compétition sur toutes les zones qui les concernent, elles s'arrangent toujours. Nous l'avons observé aussi bien pour la Syrie que pour le conflit entre l'Arménie et l'Azerbaïdjan.

C'est le second espoir de Vladimir Poutine : penser que les opinions finiront par fléchir, que les Européens se montreront davantage attachés à leur mode de vie qu'à leurs valeurs, à leur confort qu'à la démocratie, et à leur économie plutôt qu'à la sécurité. C'est d'ailleurs la question qui est aujourd'hui posée à l'Union européenne : quel est son destin? Veut-elle être une puissance économique et commerciale impressionnante, dont les résultats lui assureraient une cohésion intérieure et le respect de l'extérieur à défaut d'exercer une influence politique? Être un ensemble avec une économie forte à l'échelle mondiale et sans prétention politique? L'Allemagne a adopté cette vision pendant longtemps. Elle en voit aujourd'hui les limites.

Veut-elle se replier sur son continent? Puisque son mode de vie est devenu une telle exception dans le monde ne faut-il pas à tout prix le protéger en élevant le plus haut possible les frontières de façon à limiter l'immigration, et à assurer une souveraineté industrielle et énergétique pour ne pas être impacté par les crises? L'Europe aurait beaucoup de mal à assumer unanimement ce choix. Mais il est d'ores et déjà porté par certains. Car aujourd'hui, les populistes ne veulent plus défaire l'Europe. C'est une victoire paradoxale du Brexit : personne ne veut plus quitter l'Union. Ils veulent en faire une forteresse, un isolat qui ne se préoccupe plus de ce qu'il se passe à l'extérieur, pour mieux protéger ce qu'il se produit en son sein. Un tel schéma de fermeture suppose toutefois une garantie de sécurité. Elle ne peut être fournie que par les États-Unis - c'était d'ailleurs le pari de Donald Trump - qui poseront forcément leurs conditions. Une voie alternative est possible, c'est celle d'une union politique capable d'assurer la force de ces valeurs - et donc de consentir un effort de défense et de sécurité - pour mieux porter un message de stabilité et d'équilibre pour le monde. Cette orientation a longtemps été repoussés dans les débats européens. Elle ne peut plus être différée aujourd'hui.

Nous connaissons les hésitations et les contradictions de nos partenaires : l'Europe du Nord et celle de l'Est ont désormais placé dans l'Alliance atlantique une confiance qui va jusqu'à l'aveuglement. La France, quant à elle, appelle à une autonomie stratégique dans le cadre de l'OTAN, mais avec l'idée de bâtir une industrie européenne

de défense, et de constituer demain des forces communes. L'Allemagne quant à elle voudra tout concilier, c'est-à-dire admettre un effort budgétaire plus important, aller vers des fabrications communes, tout en achetant d'ores et déjà aux États-Unis les appareils qui lui manquent - ne jamais rompre avec les États-Unis, tout en faisant en sorte d'avancer autant qu'il est possible avec les Européens.

Il est néanmoins vain d'espérer que l'Europe des Vingt-Sept puisse constituer une union dont la sécurité serait un axe majeur. Ce n'est donc pas avec l'Europe à 27, mais à travers une Europe à quelques pays dans le cas d'une coopération très renforcée, que sera édiflée l'Europe de la défense. Le conflit ukrainien aura permis de clarifier ces différentes options sans en dégager une en particulier.

### Vers un nouveau multilatéralisme

Un nouveau temps des relations internationales s'ouvre. Quelle en sera la configuration? La mondialisation, entendue comme l'ouverture générale des marchés, et avec une intensité accrue des échanges, a atteint ses propres limites. Rappelons qu'en 1975, la part du commerce dans le PIB mondial était de 30 %; elle est montée jusqu'à 60 %; la crise sanitaire a entamé une régression de cette part, déclin qui ira s'accroissant, à travers une relocalisation des activités, doublée de nouvelles contraintes et de règles édictées qui restreindront la croissance du commerce international - à quoi il faudra encore ajouter les effets des sanctions qui frappent la Chine et d'autres pays « contrevenants ». L'on commence aussi à mettre en place des chaînes de valeur pour contourner la Chine et la Russie par des dispositifs protectionnistes (*friend-shoring*): dans ce domaine, les États-Unis ont déjà pris des mesures et les Européens devront suivre. Des taxes supplémentaires seront introduites et des subventions aux industries nationales se multiplieront. Enfin, la généralisation de normes environnementales contribueront aussi à réduire la place du commerce mondial dans la production. Nous ne sommes pas dans une phase de démondialisation, comme l'ont dit certains, mais bien de recul des échanges à l'échelle du monde.

Parallèlement, une multipolarisation s'organise selon de nouveaux axes. D'un côté le pacte sino-russe se renforcera et soutiendra tous les régimes autoritaires, quels qu'ils soient. Là où l'on exécute, là où l'on pend, il y aura toujours l'un des deux qui soutiendra le gouvernement en place - tantôt la Russie, tantôt la Chine.

En face, il y aura l'alliance des démocraties, si tant est que les États-Unis veuillent bien décider de la solidité de cette relation au regard de leurs propres intérêts - qui ne sont pas forcément convergents avec les nôtres -; dès lors aussi que l'Europe aura pris l'option que nous développons plus haut pour assurer sa défense, et que d'autres pays, comme le Japon, la Corée, l'Australie et le Canada, seront

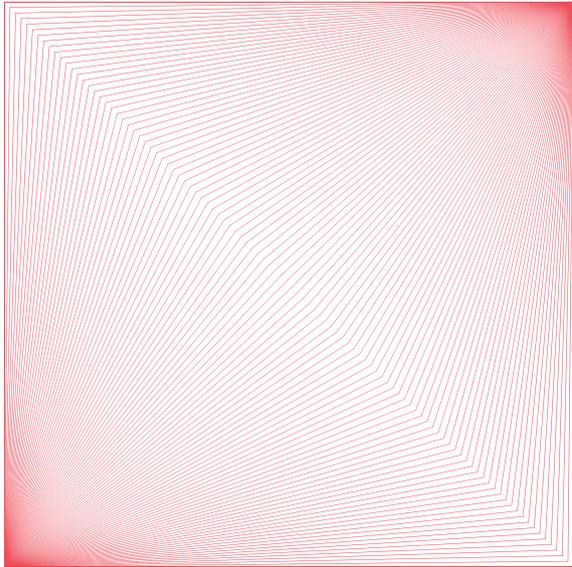
insérés dans des systèmes d'alliance. Le rehaussement des dépenses de défense dans les démocraties est une preuve qu'une convergence est possible. Entre ces deux blocs, des pays seront tentés de jouer leur propre partition, y compris en ouvrant des confrontations périphériques: ainsi de nouvelles petites puissances s'affirment et jouent un rôle en Afrique, comme le Rwanda, ou en Asie, comme l'Indonésie. Sans oublier la Turquie. Le terrorisme, enfin, ne quittera pas nécessairement la scène, car chaque fois que demeurent des conflits jamais refermés et sur lesquels peuvent se greffer des éléments religieux, il y a nécessairement des débordements qui nous atteignent.

Le multilatéralisme sera le grand perdant de cette nouvelle donne. Le Conseil de sécurité est durablement paralysé par les vétos; les missions de maintien de la paix de l'ONU font chaque jour la démonstration de leur totale inefficacité et de leur coût rédhibitoire, aussi bien au Mali qu'en RDC. Le secrétaire général des Nations Unies fait courageusement des déclarations qui ne sont entendues que par ceux qui partagent ses valeurs. Alors que ce système est bloqué au plan politique, paradoxalement, les crises sanitaires, le réchauffement climatique ou l'enjeu du numérique ou des communications à l'échelle de la planète, obligent à des coopérations voire à des prises de décisions. Si nos émissions nous empêchent de respirer, si des régions du monde sont sujettes à des catastrophes récurrentes, si les GAFAs menacent notre sécurité, nous sommes tous concernés et donc mobilisés pour en réduire les causes. C'est ce qui explique que, sur des sujets majeurs comme le climat, des accords internationaux soient encore possibles, il y a finalement une lueur d'espoir. Les opinions publiques et les peuples n'ont pas dit leur dernier mot. Ils peuvent surgir à tout moment pour demander l'édification d'un ordre commun.

L'exemple récent de la stratégie zéro-Covid en Chine est éclairant. L'opinion publique a fini par se manifester au moment où on ne l'attendait pas; un État peut certes confiner pendant un an deux ans une population, mais il vient un moment où, même avec une autorité brutale et des moyens de répression quasi illimités, il bute sur quelque chose d'irrépressible, le besoin de vivre. Il existe une opinion publique mondiale. C'est elle qui viendra bousculer toutes les prétentions.

C'est le seul élément de lumière qu'il nous est permis de voir dans la pièce obscure qu'est devenue le monde. La série de crises dont nous n'arrivons pas à nous sortir devrait cependant nous conduire à un réengagement démocratique. La leçon, en somme, de cet affrontement qui s'opère à l'échelle de la planète, de cette prétention de la force à nier le droit et de cette mise en cause de la liberté, qui n'est pas une décadence mais un projet, c'est que les démocraties sont supérieures à tous les autres régimes - à condition que les citoyens concernés s'en persuadent pour mieux les défendre.





## **GUERRE**

José Manuel Albares, Luis Arroyo Zapatero, Elena Baylis, Nicole Belloubet, Régis Bismuth, Josep Borrell, Leanna Burnard, Elisenda Calvet-Martínez, Bernard Cazeneuve, Elena Chachko, Federica D'Alessandra, François Hollande, Katerina Linos, Alexandre Mennucci, Anton Moiseienko, Erin Mooney, Mira Naseer, Hugo Pascal, Alain Pellet, Anne Peters, Pietro Pustorino, Jean-Marc Sorel, Bernard Stirn, Didier Rebut, Vasile Rotaru et Jorge E. Viñuales.