

RDN

24 février 2022,
un an après... (1/2)



« Une guerre entre Européens
est une guerre civile »
Victor Hugo

Revue Défense Nationale

Mensuel - Février 2023



Guerre en Ukraine : quels enjeux pour le droit international ?

Frédéric MAURO

Chercheur associé à l'Institut de relations internationales et stratégiques (IRIS), Avocat au barreau de Bruxelles, membre du bureau d'EuroDéfense France.

La meilleure façon de se venger d'un ennemi, c'est de ne pas lui ressembler
Marc Aurèle (121-180 apr. J.-C.)

Dans un discours prononcé le 5 mai 2022, le juge somalien Abdulqawi Yusuf, membre éminent et ancien président de la Cour internationale de justice (CIJ), déclarait : « Pour ceux qui, comme moi, sont nés après l'adoption de la Charte des Nations unies, que ce soit en Afrique, en Asie, en Europe ou dans les Amériques, le respect de l'état de droit international, le respect du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples, l'interdiction du recours à la force entre les États, la mise hors la loi du génocide et la protection des droits de l'homme, ont signifié la liberté, l'indépendance, le développement économique et la paix. (...) C'est une raison suffisante pour dire que le droit international compte ⁽¹⁾. »

Pourtant, la guerre en Ukraine fait de nous, chaque jour, les spectateurs impuissants de massacres horribles, de destructions massives et d'assassinats de civils auxquels la communauté internationale semble bien incapable de mettre fin.

Quelles sont les normes qui ont été bafouées ? Que peut faire la justice pour y remédier ? Le droit international compte-t-il vraiment ?

Des violations massives et flagrantes du droit international

Depuis 2014, l'annexion de la Crimée et l'invasion d'une partie du Donbass, la liste est impressionnante des traités et engagements internationaux violés par la Russie ⁽²⁾ :

⁽¹⁾ YUSUF Abdulqawi, « The Inaugural McNair Lecture—Why International Law Matters—“The law no longer falls silent when arms speak” », 5 mai 2022 (<https://www.mcnairsternational.com/>).

⁽²⁾ GIULIANI Jean-Dominique, « La Russie, l'Ukraine et le droit international », *Question d'Europe* n° 344, Fondation Robert Schuman, 16 février 2015 (<https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/questions-d-europe/qe-344-fr.pdf>), actualisée par la note n° 623 du 21 février 2022 portant le même titre (<https://www.robert-schuman.eu/>).

- **L'article 2 § 4 de la Charte de l'Organisation des Nations unies (ONU)** qui fonde les principes de l'inviolabilité des frontières, du respect de l'intégrité territoriale des États et de l'interdiction du recours à la force.
- **L'Acte final de la conférence d'Helsinki** du 1^{er} août 1975 qui confirme notamment le droit des États « d'être partie ou non à des traités d'alliance » (I § 2) et qui proclame notamment que « [les États] s'abstiennent de toute manifestation de force visant à faire renoncer un autre État participant au plein exercice de ses droits souverains » (II § 1 et 2) et que « Ils s'abstiennent aussi de toute exigence ou de tout acte de mainmise sur tout ou partie du territoire d'un autre État participant » (III).
- **L'Acte constitutif de la Communauté des États indépendants** (Traité de Minsk du 8 décembre 1991) qui a organisé la succession de l'URSS, a garanti aux nouveaux États le respect de leurs frontières, la Russie renonçant à les contester.
- **Le Mémoire de Budapest** du 5 décembre 1994, conclu entre la Russie, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Ukraine, dont la France et la Chine étaient aussi les garants comme « témoins », a permis la dénucléarisation de l'Ukraine, qui hébergeait le plus formidable arsenal nucléaire (1 800 têtes nucléaires), contre la garantie expresse de la reconnaissance de ses frontières.
- **Les Statuts du Conseil de l'Europe** du 5 mai 1949 et auquel la Russie a adhéré le 28 février 1996 et qui incarne, depuis son origine, l'Europe du droit et des droits de l'homme.
- **L'Accord d'amitié signé entre la Russie et l'Ukraine** le 31 mai 1997 qui mettait spécifiquement l'accent sur le respect des frontières.
- **L'Accord sur la présence de la flotte russe en Crimée**, signé le 28 mai 1997 et renouvelé en 2010, qui confirmait l'appartenance à l'Ukraine de ce territoire dont les facilités navales étaient louées à la Russie, contre un loyer annuel de 97 millions de dollars.
- Enfin, **les Accords de Minsk, signés le 5 septembre 2014 et le 12 février 2015** entre la Russie, l'Ukraine et les Républiques autoproclamées de Donetsk et de Lougansk, prévoyaient un désengagement militaire des deux parties dans le Donbass. Le premier protocole s'accordait sur un cessez-le-feu, le retrait des troupes militaires, une décentralisation de l'État ukrainien, un statut spécial accordé aux territoires contestés et l'organisation d'élections locales, une zone tampon entre l'Ukraine et la Russie, la relaxe des prisonniers et des otages, une loi d'amnistie ukrainienne, ainsi que des programmes de reconstruction et d'aide humanitaires. La seconde version de ces accords concernait la mise en place concrète des décisions.

Mais plus encore que la violation des traités et engagements, ce qui choque c'est la rupture spectaculaire de l'ordre international par un membre permanent du Conseil de sécurité des Nations unies (CSNU), censé en être un garant. Il s'agit

tout d'abord de ce qu'il est convenu d'appeler le *Jus ad bellum*, ou droit du recours la guerre ⁽³⁾, et plus particulièrement de la Charte des Nations unies en ses articles 1^{er}, 2 et 24 qui stipulent notamment :

« Article 1^{er}. – Les buts des Nations unies sont les suivants : 1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix. »

« Article 2. – L'ONU et ses Membres, dans la poursuite des buts énoncés à l'Article 1, doivent agir conformément aux principes suivants : (...) 4. Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, 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. »

« Article 24. – 1. Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales, et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de sécurité agit en leur nom. 2. Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations unies. (...) »

Par ailleurs, la Russie ne saurait exciper du « droit naturel à la légitime défense » prévu à l'article 51 de la Charte, car elle est clairement l'agresseur et l'Ukraine l'agressé.

Il s'agit ensuite de l'ensemble des règles qui constituent le *Jus in bello*, ou « droit international humanitaire », et qui réglementent la manière dont la guerre est conduite. Ce droit est basé sur un ensemble de conventions, dont les plus importantes sont les Conventions de Genève de 1949 et leurs deux protocoles additionnels de 1975. Ces textes, dont le premier protocole relatif à la protection des victimes lors des conflits internationaux est celui qui s'applique à la situation en Ukraine, ont été complétés par un grand nombre de conventions spécifiques relatives à la prohibition de certaines armes, telles que celles biologiques, ou qui interdisent ou limitent de toute autre manière certains types de stratégie ou de conduite militaire. Il convient également de mentionner à cet égard la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 ainsi que le Statut de Rome qui est le traité international adopté en juillet 1998, entré en vigueur en juillet 2002, qui a notamment créé la Cour pénale internationale (CPI).

Le Statut de Rome, en particulier, définit les crimes internationaux sur lesquels la Cour a un pouvoir juridictionnel, dont les crimes de génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ainsi que les crimes d'agression s'ils sont commis sur le territoire d'un État partie ou par l'un de ses ressortissants. Une exception à cette règle existe : la Cour peut avoir compétence sur des crimes si le

⁽³⁾ COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE (CICR), « *Jus ad bellum et jus in bello* », 29 octobre 2010 (<https://www.icrc.org/>).

CSNU le lui permet. Il est important toutefois de noter que ni la Russie, ni l'Ukraine n'ont ratifié le Statut de Rome, pas davantage que la Chine et les États-Unis.

Enfin, nombre de coutumes internationales et de principes fondamentaux complètent l'application du droit international humanitaire. Parmi ceux-ci la célèbre « clause Martens » qui doit son nom au délégué russe à la Conférence de La Haye de 1899 et dont l'interprétation la plus extensive est que : « tout ce qui n'est pas expressément interdit par un traité n'est pas pour autant autorisé ». Cette clause a été reprise à l'article 1 (2) du premier Protocole additionnel : « Dans les cas non prévus par le présent Protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »

Rappelons que, malgré toutes les évidences rapportées depuis le 24 février 2022 ⁽⁴⁾ de nature à attester de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité, du crime d'agression ainsi que d'éléments indiscutables du crime de génocide tels que, notamment, la déportation d'enfants, seul un tribunal est en droit de qualifier les faits, de dire qui est criminel et qui ne l'est pas, et de prononcer des sanctions. Or, force est de constater la difficulté à mettre en œuvre des mécanismes juridictionnels pour faire respecter le droit international.

Des mécanismes juridictionnels de respect du droit international difficiles à mettre en œuvre

Les juridictions pénales ukrainiennes sont, en toute logique, les premières juridictions concernées par les violations du droit international commises sur leur propre territoire. Elles peuvent, en effet, se reconnaître compétentes pour juger les violations des « lois et coutumes de la guerre » indépendamment de la transposition ou non de ces lois et coutumes en droit positif ukrainien. Et c'est en effet sur cette base qu'un premier soldat russe, Vadim Chichimarine, a été poursuivi pour « crime de guerre et meurtre avec préméditation ». Il a été condamné le 23 mai 2022, à Kiev, à la prison à perpétuité ; peine réduite en appel à 15 ans de prison en juillet 2022. À cette occasion, les responsables judiciaires ukrainiens ont pris le plus grand soin de respecter les principes fondamentaux d'un procès équitable, et d'assurer sa transparence. Toutefois, il semble difficile d'éviter, dans le cadre d'un conflit interétatique, que la suspicion ne pèse sur les juridictions ukrainiennes d'être à la fois juge et partie. Cela ajouté au manque d'effectifs pour traiter la masse considérable des affaires, rend le concours de juridictions internationales hautement souhaitable.

⁽⁴⁾ Voir notamment le reportage glaçant sur les atrocités commises à Boutcha : AL-HLOU Yousur, *et al.*, « Caught on camera, traced by phone: The Russian military unit that killed dozens in Bucha », *New York Times*, 22 décembre 2022 (<https://www.nytimes.com/2022/12/22/video/russia-ukraine-bucha-massacre-takeaways.html>).

La **Cour pénale internationale** (CPI) juge les personnes et non les États. Elle est compétente pour juger, de façon « complémentaire » aux juridictions pénales nationales, les « crimes les plus graves ayant une portée internationale », à savoir les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression. Dès le 2 mars 2022, son procureur, le Britannique Karim Khan, a annoncé « l'ouverture immédiate » d'une enquête sur la situation en Ukraine. Il avait été saisi la veille par 39 des 123 États-membres de la Cour. « Je suis convaincu qu'il existe une base raisonnable pour croire que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité présumés ont été commis » dans ce pays, avait déclaré M. Khan le 28 février. L'enquête recouvrira tous les actes commis en Ukraine depuis « novembre 2013 », soit le début de conflit russo-ukrainien, a-t-il ajouté ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾.

C'est ainsi qu'une équipe d'une quarantaine d'enquêteurs a été chargée de rechercher les faits et d'établir la vérité. Elle travaille en coopération avec les autorités ukrainiennes et une « équipe commune d'enquête » a été créée sous l'égide d'*Eurojust* ⁽⁷⁾ le 25 mars 2022 et établie concomitamment par la Pologne, la Lituanie et l'Ukraine. Toutefois, il faudra attendre certainement des mois et des années avant que les premiers crimes de guerre puissent être mis en état d'être jugés. Il faudrait également que les auteurs de ces crimes puissent être déférés devant la Cour, sans préjudice de jugements par contumace qui auraient au moins le mérite d'interdire les déplacements de leurs auteurs en dehors de leur propre pays.

La **Cour internationale de justice** (CIJ), dont les statuts sont prévus par la Charte des Nations unies, est compétente pour juger les États et non les individus. La Cour ne peut connaître d'un différend que si les États en cause ont accepté sa compétence de l'une des trois manières suivantes : en vertu d'un accord conclu entre eux dans le but précis de soumettre leur différend à la Cour ; en vertu d'une clause compromissoire, c'est-à-dire lorsque les États concernés sont parties à un traité dont l'une des dispositions permet de soumettre à la Cour certaines catégories de différends ou de litiges concernant l'interprétation ou l'application dudit traité ; par l'effet réciproque de déclarations en vertu desquelles chacun des États en cause a accepté la juridiction de la Cour comme obligatoire pour ses différends avec un autre État ayant fait une telle déclaration. Dans le cas qui nous occupe, seule la deuxième hypothèse (clause compromissoire d'un traité ratifié par les deux parties) paraît pouvoir fonder la compétence de la Cour, ce qui exclut par exemple toute saisine sur la base du Statut de Rome, qui inclut le crime d'agression.

⁽⁵⁾ SLAVICEK Marie, « Guerre en Ukraine : qu'est-ce qu'un crime de guerre ? Qui peut être jugé et qui peut juger ? », *Le Monde*, 8 mars 2022 (<https://www.lemonde.fr/>).

⁽⁶⁾ Notons qu'une enquête de la CPI peut être déclenchée par trois acteurs : le procureur de la Cour ; un État ayant ratifié le statut ; le Conseil de sécurité de l'ONU. La Russie, n'ayant pas ratifié le Statut de Rome, ne reconnaît pas la compétence de la CPI. De son côté, l'Ukraine a signé ce traité international en 2000, mais ne l'a pas ratifié non plus. Toutefois, à partir de 2014, Kiev a reconnu à plusieurs reprises la compétence de la CPI pour juger les crimes graves perpétrés sur son territoire. Sans cette reconnaissance de la part de l'Ukraine, l'enquête annoncée le 28 février par la CPI n'aurait pas été possible.

⁽⁷⁾ Agence européenne chargée de renforcer la coopération judiciaire entre les États-membres.

Le crime d'agression, qui trouve son origine juridique dans la notion de « crime contre la paix » utilisée lors des procès de Nuremberg ⁽⁸⁾, n'a été défini en droit positif que très tardivement par une modification du Statut de Rome intervenue en 2010. Aux termes de son article 8 *bis* :

« 1.(...) on entend par “crime d'agression” la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations unies. »

Compte tenu de cette définition, il serait beaucoup plus simple et beaucoup plus rapide d'inculper Vladimir Poutine et les dirigeants russes de crime d'agression devant la CPI, plutôt que de crime de guerre, de crime contre l'humanité, ou même de crime de génocide, car cela suppose de remonter la chaîne de responsabilité et de prouver que des ordres destinés à la commission de ces crimes ont été donnés, ce qui sera assurément long et difficile. Malheureusement, cette voie semble fermée car la Russie n'a, quant à elle, jamais reconnu la compétence de la CPI ⁽⁹⁾.

De fait, le 27 février 2022, la CIJ a été saisie par l'Ukraine, non pas sur la base du Statut de Rome, mais sur celle de la Convention de 1948 sur le génocide qui est un traité ratifié par les deux parties. La requête de l'Ukraine visait à faire reconnaître comme infondée l'invocation par la Russie d'un soi-disant génocide commis par l'Ukraine dans les Républiques autoproclamées de Louhansk et de Donetsk pour justifier de son « opération militaire spéciale ». Dans son arrêt du 16 mars 2022 ⁽¹⁰⁾, la Cour a ordonné des mesures provisoires contre la Russie, lui ordonnant de suspendre immédiatement ses opérations militaires, ce que la Russie a superbement ignoré. Sur le fond, la Cour n'a pas encore rendu son jugement, mais il est peu probable que la Russie en accepte le verdict quel qu'il soit.

De la même façon, la CIJ a été saisie par l'Ukraine sur la base de la Convention pour la répression du financement du terrorisme (1999), ratifiée également par la Russie. La Cour a, d'ores et déjà, accepté de se reconnaître compétente, malgré les objections de la Russie. L'affaire en est au stade de l'instruction et de l'échange d'observations écrites.

Enfin, signalons que l'article 96 (1) de la Charte des Nations unies stipule que : « L'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique ». En vertu de l'article 36 du Statut de la Cour, un tel avis pourrait porter sur « (a) l'interprétation d'un traité ; (b) tout point de droit international ; (c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international et

⁽⁸⁾ Par une ironie dont l'histoire a le secret, le crime contre la paix résulte d'une proposition des juristes soviétiques qui ont convaincu leurs homologues anglo-saxons de l'introduire dans la Charte de Nuremberg.

⁽⁹⁾ MAUPAS Stéphanie, « La CPI puissance et impuissances d'une juridiction internationale », *Le Monde*, 4 octobre 2022.

⁽¹⁰⁾ CIJ, « Ordonnance – Ukraine c. Fédération de Russie – Allégations de génocide au titre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide », 16 mars 2022 (<https://www.icj-cij.org/>).

(d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international ». Certes, la force d'un avis consultatif n'est pas celle d'un jugement, mais cette procédure présente l'avantage de pouvoir être initiée par l'Assemblée générale, en se passant donc de l'approbation du Conseil de sécurité, au sein duquel la Russie ferait certainement usage de son droit de *veto*. Néanmoins, la portée politique d'un tel avis ne pourrait être considéré pour négligeable et cette voie mérite d'être tentée.

L'établissement d'un tribunal international *ad hoc* est une possibilité à laquelle la communauté internationale a eu recours à plusieurs reprises dans le prolongement des tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo, devant lesquels ont été jugés en 1945-1946 les grands criminels de guerre allemands et japonais pour « crimes contre la paix, crimes de guerre au sens strict et crimes contre l'humanité », tels que définis dans les chartes de Nuremberg et de Tokyo. C'est ainsi qu'a été établi le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), instance judiciaire chargée de juger les auteurs de crimes de guerre commis pendant les conflits des années 1990 dans les Balkans. Elle a été instituée le 25 mai 1993 par la résolution 827 du CSNU afin de poursuivre et de juger les personnes s'étant rendues coupables de violations graves du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à compter du 1^{er} janvier 1991. De la même façon, le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a été créé par une résolution du CSNU (résolution 955 du 8 novembre 1994) afin de juger les personnes responsables d'actes de génocide des Tutsis au Rwanda, et d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda, ou par des citoyens rwandais sur le territoire d'États voisins, entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994.

Toutefois, un tribunal *ad hoc* ⁽¹¹⁾ établi par le CSNU semble dans le cas présent d'une grande difficulté à mettre en place compte tenu du droit de *veto* dont dispose la Russie à ce même Conseil. Deux voies méritent néanmoins d'être explorées.

La première, tentée par l'Ukraine le 26 décembre 2022, est de contester l'attribution à la Russie du siège précédemment occupé par l'URSS. En effet, il n'y a jamais eu aucune décision de l'assemblée générale des Nations unies entérinant le passage de siège entre l'URSS qui était composée de quinze États dont l'Ukraine, mais aussi la Biélorussie, l'Estonie, la Lituanie, la Lettonie, la Moldavie, la Géorgie,

⁽¹¹⁾ La proposition d'instituer un tribunal spécial *ad hoc* chargé de juger Vladimir Poutine et les principaux dirigeants russes du crime d'agression a été préconisée avec force par le juriste franco-britannique Philippe Sands, avec le soutien de nombreuses personnalités (ENDERLIN Serge, « Inculper Poutine du crime d'agression permettrait de gagner du temps », *Le Monde*, 15 mars 2022) mais ne semble pas avoir débouché sur une action concrète, du moins jusqu'à présent. Cf. OURDAN Rémy *et al.*, « Ukraine : le monde face aux crimes de guerre », *Le Monde*, 23 septembre 2022. Plus récemment, Oleksandra Driuk, représentante du Centre ukrainien pour les libertés civiles, et prix Nobel de la paix 2022, milite aussi activement pour la création d'un tribunal international spécial, chargé de juger le « crime d'agression » commis par Vladimir Poutine : PEYRON Julien, « Si Poutine reste impuni ce sera une victoire pour tous les dictateurs », *Le Point*, 6 décembre 2022.

etc., en contradiction flagrante avec l'article 4(2) de la Charte qui dispose : « L'admission comme Membres des Nations unies de tout État remplissant ces conditions ("être un État pacifique acceptant les obligations de la présente Charte et jugé capable et disposé à le faire") se fait par décision de l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité. » Il s'agirait donc d'invalider la présence de la Russie au sein du CSNU, ce qui est juridiquement défendable, mais reste politiquement hasardeux.

Une autre voie pourrait être explorée concomitamment. C'est celle que pourrait ouvrir ce principe général du droit si ancien qu'il a été énoncé par les Romains : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ce principe interdit à un sujet de droit d'invoquer sa propre faute pour se soustraire à une obligation qu'il a consentie. Il a été invoqué le 30 juin 1950, pendant la 475^e réunion du CSNU, alors qu'on discutait de la validité de résolutions sur la guerre de Corée prises en l'absence de l'un des membres permanents. À cette occasion, le délégué français fit observer que : « La délégation de l'Union soviétique, en abandonnant le Conseil, a abandonné la Charte. Quand elle retournera à l'un et à l'autre, elle retrouvera son droit de parole, de critique, de vote et de *veto*. Tant qu'elle ne l'a pas fait, le gouvernement de l'URSS n'a ni le droit juridique ni le droit moral de contester l'action des Nations unies ⁽¹²⁾. »

Il s'agirait ici de priver la Russie de son droit de *veto* au sein du CSNU, en vertu du principe selon lequel elle ne peut, dans le même temps, invoquer la Charte (qui lui confère ce droit) et la violer en commettant une rupture manifeste contre la paix. Une telle interprétation peut sembler audacieuse mais comme le faisait remarquer le premier président du TPEY, Antonio Cassese : « les règles n'existent que parce que et pour le bénéfice de la société qu'elles servent... [elles] évoluent, se développent et tombent en désuétude en raison de l'évolution des besoins de la société.⁽¹³⁾ » À situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles : en foulant aux pieds la Charte des Nations unies, la Russie ne doit plus avoir le « droit juridique ni le droit moral » de bloquer l'action du Conseil de sécurité.

Une autre voie serait la création de cours et de tribunaux « hybrides ». Il s'agit d'organes dotés d'une compétence pénale, généralement basés au sein du système judiciaire d'un État, mais composés de juges et de personnels nationaux et internationaux, et appliquant à la fois le droit international et le droit national. On peut citer comme exemple les chambres spéciales du Tribunal du Timor Oriental (2000), le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (2002), le Tribunal spécial pour le Liban (2005), les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (2003) ou encore les Chambres africaines extraordinaires (2013) établies au Sénégal

⁽¹²⁾ LIANG Yuen-Li, « Notes on Legal Questions concerning the United Nations », *The American Journal of International Law*, vol. 44, n° 4, octobre 1950, p. 694-708. Security Council, Official Records, 5th Year, n° 17, p. 8 : « Abstention and Absence of a Permanent Member in Relation to the Voting Procedure in the Security Council - Nemo Auditor Allegans ».

⁽¹³⁾ BHUTA Nehal, « Opening of the Antonio Cassese Archives and Annual Antonio Cassese Lecture », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 15, n° 3, juillet 2017, p. 601-612 (<https://academic.oup.com/>).

par un accord entre l'Union africaine et le Sénégal pour connaître des crimes internationaux commis au Tchad du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990 sous l'autorité de son ancien président, Hissène Habré. Ce dernier exemple est sans doute le plus pertinent dans le cas qui nous occupe, car il a été créé entre une organisation régionale et un État concerné, sans que soit nécessaire l'intervention du CSNU.

C'est pour l'instant la voie judiciaire qui semble la plus prometteuse afin d'inculper les dirigeants russes du crime d'agression. Il pourrait s'agir d'établir une juridiction hybride sur la base d'un accord entre l'Union européenne et l'Ukraine. Cela serait d'autant plus facile que pour les raisons historiques déjà invoquées, le crime d'agression, héritage du droit soviétique, figure aussi bien dans le droit ukrainien que dans le droit russe ⁽¹⁴⁾. Une telle juridiction pourrait s'appuyer utilement sur les moyens en hommes et en matériel d'*Eurojust* ⁽¹⁵⁾, ce qui semble du reste être une piste en cours d'exploration ⁽¹⁶⁾.

Mentionnons par ailleurs et pour mémoire, l'éventualité de poursuites engagées par des **juridictions nationales sur la base de leur « compétence universelle »** lorsqu'elles en ont une. Ainsi, en droit français l'article 689-11 du Code de procédure pénale, permet aux juridictions pénales de juger les auteurs et les complices des crimes de génocide, contre l'humanité et de guerre commis à l'étranger par des étrangers. Elles peuvent également juger des étrangers qui pourraient être interpellés sur son territoire. Toutefois, cette compétence universelle est fortement limitée en droit français. En effet, deux conditions préalables à la mise en œuvre de cette procédure constituent des obstacles difficilement franchissables ⁽¹⁷⁾ : la première est que l'intéressé doit « résider habituellement » sur le territoire de la République. S'agissant des crimes de guerre et contre l'humanité, il faut aussi que les faits soient punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou que cet État soit un « État partie » à la convention ayant créé la CPI ; c'est l'exigence de la double incrimination.

Mentionnons enfin, la création par le Conseil des droits de l'Homme (CDH) des Nations unies d'une commission d'enquête internationale indépendante, composée de trois experts des droits de l'homme et présidée par le juge Erik Møse, ancien président du TPIR ⁽¹⁸⁾. Sur la base des preuves recueillies, cette

⁽¹⁴⁾ DUCLOS Michel, « Ukraine : la France doit s'engager plus activement sur le crime d'agression », *L'Opinion*, 14 décembre 2022 (<https://www.lopinion.fr/>).

⁽¹⁵⁾ Voir Communiqué de presse d'*Eurojust* du 21 septembre 2022 : « Eurojust and ICC Prosecutor launch practical guidelines for documenting and preserving information on international crimes » (<https://www.eurojust.europa.eu/>).

⁽¹⁶⁾ PUGNET Aurélie, « Juger la Russie. Une solution provisoire avant un tribunal international ? », *B2*, 12 décembre 2022.

⁽¹⁷⁾ COTTE Bruno *et al.*, « Comment promettre la justice aux victimes du conflit en Ukraine, si l'on est incapable de juger Vladimir Poutine et ses chefs de guerre, faute d'avoir pu les arrêter ? », *Le Monde*, 12 avril 2022.

⁽¹⁸⁾ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME (HCR), Résolution 49/1 du 4 mars 2022 sur la situation des droits de l'homme en Ukraine à la suite de l'agression russe (<https://documents-dds-ny.un.org/>) et Résolution S-34/1 du 12 mai 2022 relative à la détérioration de la situation des droits de l'homme en Ukraine à la suite de l'agression russe (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/342/44/PDF/G2234244.pdf?OpenElement>).

Commission a conclu le 23 septembre 2022 que « des crimes de guerre ont été commis en Ukraine » ⁽¹⁹⁾. Toutefois, le CDH n'a pas de compétence juridictionnelle et ne peut venir qu'en secours à d'autres juridictions.

Comme on peut le voir, le choix d'une juridiction et d'une incrimination ne sont pas simples. À cela, il faut ajouter que, quelle que soit la solution retenue – tribunal *ad hoc* ou tribunal hybride, crimes de guerre, crimes d'agression –, la procédure pénale appliquée sera d'une importance cruciale. En effet, les premiers tribunaux pénaux internationaux (ex-Yougoslavie, Rwanda, Sierra Leone) ont eu recours à la procédure accusatoire anglo-saxonne (*Common Law*) qui a ses limites : longueur des procès, impossibilité de juger les accusés n'ayant pu être arrêtés... La CPI accueille désormais les victimes, qui peuvent « faire valoir leurs droits et préoccupations » lors d'audiences publiques. Le Tribunal spécial pour le Liban a fait un pas de plus en ajoutant dans son statut la possibilité de juger les accusés en leur absence. Cela permet de juger un accusé qui n'a pu être arrêté et qui, en cas de condamnation, peut décider de comparaître volontairement et d'obtenir un nouveau procès. À ces deux stades, l'accusé bénéficiera d'une défense, afin que soient respectées les règles du procès équitable.

En dépit de toutes les difficultés rencontrées pour faire respecter le droit international, il nous semble indispensable que la justice fasse son œuvre. Car sans justice, il ne peut pas y avoir de paix durable et une mauvaise paix ne ferait que préparer la prochaine guerre.

Force doit rester à la loi, sauf à ce que la loi disparaisse et avec elle l'ordre international

Trois impératifs militent en faveur d'une application implacable du droit international par un organe juridictionnel.

Le premier est que les multiples et graves ruptures émanent d'un membre permanent du Conseil de sécurité chargé de faire respecter le droit international.

Certes, ce ne serait pas la première fois qu'un État-membre du CSNU viole les principes les plus fondamentaux du droit international et commette, notamment, le crime d'agression. L'invasion de l'Irak par les États-Unis et leurs alliés en 2003 vient immédiatement à l'esprit et la Russie a beau jeu de l'invoquer. Cependant, la faute des uns ne saurait excuser celle des autres, sauf à ruiner tout l'édifice du droit international. La France, l'Allemagne, ainsi que d'autres pays européens sont d'autant plus légitimes à jouer un rôle dans cette affaire qu'ils se sont opposés aussi fermement que possible à l'intervention américaine en Irak.

⁽¹⁹⁾ Conseil des droits de l'homme : « La Commission d'enquête internationale indépendante sur l'Ukraine affirme que des crimes de guerre ont été commis dans le pays, alors que l'Ukraine plaide pour la création d'un tribunal spécial », 23 septembre 2022 (<https://www.ohchr.org/>).

Quoi qu'il en soit, ce qui change fondamentalement dans la guerre d'Ukraine c'est que, contrairement à l'invasion de l'Irak par les États-Unis, aucune raison, autre que l'expansion territoriale destinée à ressusciter un rêve impérialiste, ne la motive. C'est une agression chimiquement pure et une application totalement décomplexée de la « loi du plus fort ». Et si le droit s'efface alors « la guerre de tous contre tous » redevient possible.

De ce point de vue, la relecture du dialogue entre les Athéniens et les Méliens, tel que relaté par Thucydide cinq siècles avant J.-C., nous paraît d'une actualité saisissante. Elle résonne étrangement avec certaines déclarations des dirigeants russes. Sommés de mettre fin à leur neutralité et de payer tribut à la puissante Athènes, les magistrats de la petite île de Mélos se virent déclarer par les Athéniens :

LXXXIX. – (...) *Nous le savons et vous le savez aussi bien que nous, la justice n'entre en ligne de compte dans le raisonnement des hommes que si les forces sont égales de part et d'autre ; dans le cas contraire, les forts exercent leur pouvoir et les faibles doivent leur céder. (...)*

XCI. – (...) *Ce ne sont pas les peuples qui ont un empire, comme les Lacédémoniens, qui sont redoutables aux vaincus – d'ailleurs, ce n'est pas contre les Lacédémoniens qu'ici nous luttons –, mais ce sont les sujets, lorsqu'ils attaquent leurs anciens maîtres et réussissent à les vaincre. Si du reste nous sommes en danger de ce côté, cela nous regarde ! Nous sommes ici, comme nous allons vous le prouver, pour consolider notre empire et pour sauver votre ville. Nous voulons établir notre domination sur vous sans qu'il nous en coûte de peine et, dans notre intérêt commun, assurer votre salut. (...)*

XCII. – Les Méliens. – *Et comment pourrions-nous avoir le même intérêt, nous à devenir esclaves, vous à être les maîtres ?*

XCIII. – Les Athéniens. – *Vous auriez tout intérêt à vous soumettre avant de subir les pires malheurs et nous nous aurions avantage à ne pas vous faire périr.*

XCIV. – Les Méliens. – *Si nous restions tranquilles en paix avec vous et non en guerre sans prendre parti, vous n'admettriez pas cette attitude ?*

XCV. – Les Athéniens. – *Non, votre hostilité nous fait moins de tort que votre neutralité ; celle-ci est aux yeux de nos sujets une preuve de notre faiblesse ; celle-là un témoignage de notre puissance. (...)*⁽²⁰⁾

Si l'agression de la Russie contre l'Ukraine restait impunie, cela marquerait un retour en arrière pour toute l'humanité et la possibilité pour le plus fort de décider si le plus faible a le droit de s'appeler nation et de s'en accaparer et les terres et le peuple. Or, le recours à la règle de droit pour les relations internationales n'est pas apparu du jour au lendemain. C'est le résultat d'une évolution millénaire née de la prise de conscience qu'un système fondé sur le principe selon lequel « la force fait le droit » (*might is right*), et qui a permis l'oppression et la colonisation d'autres peuples partout sur tous les continents, était non seulement barbare et brutal, mais aussi fondamentalement injuste et donc de nature à susciter guerres, révoltes et rebellions. Comme le faisait déjà observer Jean-Jacques Rousseau en 1762 : « Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa

⁽²⁰⁾ THUCYDIDE, *Histoire de la Guerre du Péloponnèse*. Traduction de Jean Voilquin, notes de Jean Capelle, Librairie Garnier Frères, Paris, 2006, accessible sur le *blog* de Normand Baillargeon – le dialogue mélien.

force en droit et l'obéissance en devoir. (...) Convenons donc que force ne fait pas droit, et qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes ⁽²¹⁾. »

La deuxième raison tient au fait que, pour appuyer ses revendications et empêcher toute réaction de puissances capables de l'arrêter, la Russie a utilisé la menace nucléaire. C'est là un fait stratégique majeur et nouveau. En effet, c'est la première fois depuis Hiroshima et Nagasaki qu'une puissance nucléaire utilise ses armes nucléaires non pas pour dissuader d'autres puissances de l'attaquer, mais au contraire pour préserver son territoire de toute riposte majeure à sa propre agression. C'est ce que certains spécialistes de la question nucléaire ont appelé la « sanctuarisation agressive » ⁽²²⁾.

Il ne s'agit pas ici de commenter la doctrine russe d'emploi des armes nucléaires, ni de savoir si Vladimir Poutine pourrait utiliser en premier l'arme nucléaire tactique contre les Ukrainiens. Personne ne le sait, pas même lui. Il s'agit au contraire de prendre toutes les « gesticulations » russes autour d'un possible emploi de l'arme nucléaire pour ce qu'elles sont : une dissuasion offensive et non plus défensive, visant à interdire aux puissances de l'Otan de devenir « cobelligérants » au sens propre du terme, c'est-à-dire de faire la guerre « avec » les forces ukrainiennes. Et du reste cette dissuasion offensive a bien fonctionné, puisque contrairement à ce qui s'est passé pour défendre le Koweït en 1991, le Kosovo en 1998, ou encore la population libyenne en 2013, tous pays qui ne faisaient pas plus partie de l'Otan que ne le fait l'Ukraine, le président des États-Unis, Joe Biden, a déclaré dès le premier jour de l'invasion russe qu'il était hors de question d'envoyer des soldats américains sur le sol ukrainien. Et les dirigeants européens ont, jusqu'à présent, jugé bon d'en faire de même.

Si d'aventure le Président russe décidait *in fine* d'utiliser l'arme nucléaire contre un pays plus faible et non doté, et que la communauté internationale s'avérait incapable de l'en empêcher ou à tout le moins le punir, alors des pays dans une situation identique chercheraient immédiatement à s'en doter. Ce serait vraisemblablement le cas de la Corée du Sud et du Japon pour se défendre de la Corée du Nord, de Taïwan pour se défendre de la Chine, et de l'Arabie saoudite pour se prémunir du chantage iranien. Finalement, l'Ukraine elle-même chercherait dans l'acquisition de l'arme nucléaire, sa propre « garantie de sécurité » vis-à-vis de la Russie, ce dont elle est assurément capable. Ce serait la fin de l'architecture mondiale de sécurité issue de la Seconde Guerre mondiale et, avec elle, la paix entre États égaux en droits, mais inégaux en puissance.

Enfin, si la Charte des Nations unies, qui est au droit international ce que les Constitutions sont au droit public interne, perdait sa valeur alors ce serait

⁽²¹⁾ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du Contrat social* (1762), I, chapitre 3 « Du droit du plus fort ».

⁽²²⁾ GERGORIN Jean-Louis, « Quelles nouvelles menaces, quelles ripostes, quelle dissuasion ? », *RDN*, n° 532, juin 1992, p. 43-49, cité dans TERTRAIS Bruno, *Quel avenir pour la dissuasion nucléaire ?*, Fondation pour l'innovation politique, octobre 2022, p. 25 (<https://www.fondapol.org/>).

tout l'édifice du droit international qui s'écroulerait. Or, le droit international est partout. Comme le faisait remarquer le juge Yusuf dans sa conférence précitée, il est aussi bien dans les bananes qui nous parviennent en bon état de conservation grâce aux règles du *Codex alimentarius* de 1962 qui détermine l'état et la maturité des fruits au moment de la récolte, que dans les télécommunications, la connectivité, les protocoles *Internet*, les moteurs de recherche, les câbles sous-marins, les satellites, toutes les œuvres soumises à droits d'auteur et plus largement dans tous les échanges internationaux... Ceux-ci ne peuvent prospérer que parce que le droit international existe. Or, si la clef de voute de ce droit – la charte des Nations unies – n'a pas plus de valeur qu'un bout de papier sur lequel les puissances nucléaires pourraient s'essuyer les pieds, pourquoi tout le reste en aurait-il ?

Il est du reste important de noter que, selon Vladimir Poutine, « la coordination entre Moscou et Pékin sur la scène internationale [...] sert à la création d'un ordre mondial juste et fondé sur le droit international ⁽²³⁾. » On peut certes y voir l'hommage cynique du vice rendu à la vertu, mais aussi l'aveu que : « le droit international compte », par celui-là même qui le viole.

*
**

Dans l'état actuel de la guerre en Ukraine, il semble que toute négociation soit pour l'heure prématurée, tant les revendications des belligérants sont éloignées. La Russie voudrait que l'Ukraine reconnaisse l'annexion des quatre régions occupées (Donetsk, Louhansk, Kherson et Zaporijjia), alors que l'Ukraine voudrait que la Russie évacue entièrement ces régions, ainsi que la Crimée occupée illégalement en 2014, accepte que les coupables de crimes de guerre soient traduits en justice, et verse des réparations de guerre. Cela n'a, pour l'heure, guère de chance d'arriver.

Dans la dialectique millénaire entre le droit et la force, on ne voit pour l'instant que la force pour arrêter la force. Pourtant, il faudra bien pour que la paix revienne, que la justice passe, indépendamment des négociations, et rétablisse le droit, tant l'impunité de ceux qui ont décidé et commis des atrocités serait intolérable. Ce moment ne manquera pas d'arriver. Pour paraphraser un vieux dicton tchèque : les moulins de la justice broient lentement, mais sûrement. Les exemples de l'ancien président du Liberia Charles Taylor, condamné à cinquante ans de prison en 2012 pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre, ou celui de l'ancien président yougoslave Slobodan Milosevic, poursuivi pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide, mort en 2006 en prison, montrent que des dirigeants impliqués dans de telles atteintes à la vie humaine peuvent être dûment traduits en justice.

3 janvier 2023

Courriel de l'auteur : fredericmauro@skynet.be

⁽²³⁾ « Poutine assure vouloir renforcer la coopération militaire russo-chinoise », *Le Point*, 30 décembre 2022.



Lancée en 1939 par le Comité d'études de défense nationale (Association loi 1901), la **Revue Défense Nationale** assure depuis lors la diffusion d'idées nouvelles sur les grandes questions nationales et internationales qu'elle aborde sous l'angle de la sécurité et de la défense. Son indépendance éditoriale l'autorise à participer activement au renouvellement du débat stratégique. La **Revue Défense Nationale** permet de garder le contact avec le monde de la défense et apporte, grâce à ses analyses, la réflexion à l'homme d'action.

| *Préambule* - Stratégie nationale d'influence : une architecture à inventer - Pierre Buhler

24 février 2022, un an après... ^(1/2)

Belligérance et cobelligérance - Serge Sur

Réactions et conséquences de la guerre en Ukraine pour l'AAE - Samuel Bourigault

Quelles leçons tirer du conflit en Ukraine dans le domaine blindé ? - Marc Chassillan

Les différentes facettes de l'innovation de l'armée ukrainienne - Ulrich Bounat

Ukraine, Russie et *high-tech*, un an après le déclenchement de l'invasion - Christine Dugoin-Clément

Guerre en Ukraine : quels enjeux pour le droit international ? - Frédéric Mauro

Impact de la guerre en Ukraine sur la Transformation de l'Alliance - Jean-Paul Paloméros

Raconter la guerre sur *BFMTV*, un défi en continu - Patrick Sauce

Ukraine : quelles sorties de guerre ? - Eugène Berg

La stratégie cyber de la Fédération de Russie - Emmanuel Meyer

Stratégie navale russe et conséquences maritimes de la guerre en Ukraine - Alain Oudot de Dainville

Repères - Opinions

L'actuelle guerre de la Russie en Ukraine : une analyse multidimensionnelle ^(2/2) - Guy Vinet

L'esprit de défense... - Pierre Vuillaume

Approches régionales

Redistribution des cartes en Asie centrale ^(1/2) Russie et Chine - Daniel Pasquier

Approches historiques

1994 : l'éphémère rebond d'une UEO ouverte à des « associés » à l'Est - Jean de La Guérivière

Chroniques - Recension

Histoire militaire - La 1^{re} Armée française, avant la chute du mur de Berlin - Claude Franc

Amérique latine - Brésil : une puissance régionale à la croisée des chemins - Pascal Drouhaud

GUEHENNO Jean-Marie, *Le Premier XXI^e siècle – De la globalisation à l'émiettement du monde*

(Thibault Lavernhe)

Prochain numéro | 24 février 2022, un an après... ^(2/2)

www.defnat.com

Couverture © Blanche Lambert – AB Pictoris



17 € - ISSN 2105-7508 (pap.) - 2117-5969 (num.)

ISBN 978-2-492088-23-0