

Documents d'information

SG/Inf(2023)7

31 janvier 2023

Responsabilité pour les violations des droits de l'homme résultant de l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine : rôle de la communauté internationale, y compris du Conseil de l'Europe

Contenu

I. Introduction.....	3
II. Assistance du Conseil de l'Europe à l'Ukraine dans le traitement des allégations de crimes et de violations des droits de l'homme dans le contexte de la guerre	3
III. Mécanisme international d'indemnisation pour l'Ukraine et Registre des dommages : premières mesures à prendre	7
1. Soutien actuel à la mise en place du mécanisme de compensation.....	7
2. Rôle possible du Conseil de l'Europe.....	9
IV. Un tribunal spécial pour le crime d'agression contre l'Ukraine	11
1. Options pour l'établissement d'un tribunal spécial	13
2. Questions de légitimité et questions juridiques ouvertes	14
3. Rôle possible du Conseil de l'Europe.....	15
4. Synergies avec la Cour pénale internationale (CPI)	16

I. Introduction

1. Peu après l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine, le Conseil de l'Europe a joué un rôle de premier plan en la condamnant¹ et en sanctionnant l'acte d'agression, en tant que violation grave par la Fédération de Russie de ses obligations au titre de l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe, en mettant un terme à la qualité de membre de la Fédération de Russie de l'Organisation.² L'Organisation est bien équipée pour jouer un rôle important également en ce qui concerne les efforts visant à faire en sorte que les auteurs des crimes et violations des droits de l'homme présumés au cours de cette guerre aient à répondre de leurs actes, y compris la réparation intégrale des dommages, pertes ou préjudices causés.

2. Le Groupe de travail ad hoc sur le 4ème Sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe (GT-SOM4), lors de sa réunion du 13 décembre 2022, a invité la Secrétaire Générale à apporter sa contribution sur la responsabilité d'ici le 1er février 2023. Le présent document est une réponse à cette demande. Il présente tout d'abord les ajustements déjà apportés en matière d'activités de coopération en faveur de l'Ukraine (Partie II) après le déclenchement de la guerre, ainsi que d'autres activités entreprises pour aider l'Ukraine à faire face aux allégations de crimes et violations des droits de l'homme, conformément au mandat de l'Organisation. Il aborde ensuite les possibilités existantes en termes de niveau d'engagement du Conseil de l'Europe concernant les initiatives actuelles pour établir un mécanisme international de compensation pour l'Ukraine avec un Registre des dommages (Partie III) ainsi qu'un tribunal spécial pour le crime d'agression contre l'Ukraine (Partie IV).

II. Assistance du Conseil de l'Europe à l'Ukraine dans le traitement des allégations de crimes et de violations des droits de l'homme dans le contexte de la guerre

3. Après le début de l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine et la décision ultérieure du Comité des Ministres sur la cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe, l'Organisation a rapidement ajusté son soutien à l'Ukraine en réponse aux demandes et besoins des partenaires nationaux en temps de guerre. Des Ajustements prioritaires du Plan d'action du Conseil de l'Europe pour l'Ukraine 2018-2022 (CM(2022)89) ont été adoptés par le Comité des Ministres à Turin le 20 mai 2022 et mis en œuvre tout au long de cette dernière année. Les activités de coopération ont été recentrées pour soutenir les systèmes judiciaire et de soutien social ukrainiens, ainsi que les mécanismes de l'État de droit, afin qu'ils aient la capacité de continuer à fonctionner en temps de guerre et de garantir que les auteurs de tout crime et toute violation des droits de l'homme présumés résultant de l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine aient à répondre de leurs actes, conformément aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la Convention »).

¹ La Secrétaire Générale a été l'une des premières à réagir aux premières heures du 24 février 2022 en condamnant la « flagrante violation du Statut du Conseil de l'Europe » par la Fédération de Russie. Le Comité des Ministres a également réagi immédiatement par une décision adoptée par les Délégués des Ministres lors de leur réunion extraordinaire 1426bis du 24 février 2022 (CM/Del/Dec(2022)1426bis/2.3).

² Voir Comité des Ministres, Résolution CM/Res(2022)2 sur la cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe, adoptée le 16 mars 2022 lors de la réunion 1428ter des Délégués des Ministres.

4. Un soutien a été (et est toujours - voir ci-dessous) apporté au bureau du Procureur Général d'Ukraine, à la Cour suprême et au pouvoir judiciaire en général, au bureau de l'Ombudsman et au Mécanisme National de Prévention (MNP), ainsi qu'aux services répressifs, au personnel des services sociaux et à la société civile. Ce soutien incluait :

- Conseils juridiques stratégiques d'experts au Bureau du Procureur général par l'intermédiaire du Groupe Consultatif d'Experts du Conseil de l'Europe, sur des questions transversales touchant aux normes européennes de droits de l'homme et au droit humanitaire international, dans le cadre du processus d'enquête sur les violations flagrantes des droits de l'homme liées à la guerre en Ukraine³, ainsi que des conseils stratégiques sur la communication dans le contexte de la guerre⁴ ;
- Conseils juridiques et politiques d'experts sur l'accès à la justice en temps de guerre, les procédures judiciaires en ligne (développées à la lumière des outils de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, CEPEJ), l'efficacité des enquêtes sur les crimes de guerre, les pouvoirs procéduraux spécialisés et la collecte de preuves électroniques, les défis et implications liés à la « dérogation en cas d'état d'urgence » introduite par l'Ukraine en vertu de l'article 15 de la Convention, les poursuites militaires, etc ;
- Renforcement des capacités et assistance technique aux autorités d'enquête et de poursuite, au pouvoir judiciaire et au bureau de l'Ombudsman, sur la base des normes du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme et d'État de droit, afin de faciliter la documentation et le signalement, les enquêtes, les poursuites et l'examen des cas de crimes liés à la guerre. Ces activités incluaient de l'expertise juridique sur des initiatives législatives, du partage des connaissances à la demande, des échanges internationaux d'expertise et d'expérience, de la formation, des conseils et recommandations méthodologiques, accompagnés de la fourniture d'équipements techniques et informatiques pour aider les parties prenantes concernées à s'acquitter efficacement de leurs tâches quotidiennes dans un contexte de guerre ;
- Renforcement des capacités des professionnels de première ligne travaillant avec les victimes de violences (en particulier les victimes de violences sexuelles), notamment des opérateurs de lignes d'assistance téléphonique, psychologues et travailleurs sociaux, sur la base des normes de la Convention sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (ci-après la « Convention d'Istanbul »). Un soutien accru a été apporté aux ONG locales pour protéger et promouvoir les droits des femmes et des filles, soutenir les procédures d'accueil et les services d'aide aux femmes en déplacement en tenant compte de la dimension de genre, et lutter contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique dans les situations d'urgence ;
- Renforcement des capacités sur des aspects très pratiques et innovants des techniques d'enquête efficaces dans le contexte de la guerre (par exemple, le renseignement de source ouverte, la cybercriminalité et les preuves électroniques - en s'appuyant sur les instruments et l'expertise du Conseil de l'Europe dans ce domaine - ou l'utilisation de véhicules aériens sans pilote (UAV) pour la collecte de preuves), en veillant toujours à ce que les techniques utilisées soient conformes aux exigences de la Convention.

³ Conseils sur les amendements à la législation concernant la réglementation procédurale du travail des équipes d'enquête conjointes ; fourniture de notes analytiques et discussions d'experts sur les aspects liés à l'application des normes de la Convention, par ex. les procédures par contumace ; l'admissibilité des données de renseignement de source ouverte et des preuves électroniques dans les procédures pénales nationales ; l'application des normes de détention provisoire en vertu de l'article 5 de la Convention ; la sensibilisation du public aux crimes de guerre à la lumière du principe de la présomption d'innocence ; l'application des dispositions pertinentes de la législation pénale à la lumière de l'article 7 de la Convention ; une vue d'ensemble des normes de la Convention relatives aux disparitions forcées, etc.

⁴ Développement et mise en œuvre d'une stratégie de communication globale, sur les violations flagrantes des droits de l'homme et les crimes de guerre, du Bureau du Procureur général d'Ukraine. La stratégie d'information et de communication est axée sur l'information, le contenu et les directives relatives à la collecte de preuves de violations flagrantes des droits de l'homme, dans le but d'établir des rapports sur mesure à l'intention de deux types de public (international et national). Le soutien comprend également des contributions et conseils pour la rédaction et la production par le Bureau du Procureur général de contenus médiatiques et de communication (« news » et communiqués de presse de fréquence régulière), pour l'information du public/les rapports sur les crimes de guerre et les violations des droits de l'homme, ainsi que sur leur poursuite.

5. Cette assistance du Conseil de l'Europe aux parties prenantes ukrainiennes se poursuit dans le cadre du nouveau Plan d'action du Conseil de l'Europe pour l'Ukraine « Résilience, relance et reconstruction » 2023-2026 (CM(2022)187), préparé en étroite consultation avec les autorités ukrainiennes et adopté par le Comité des Ministres le 14 décembre 2022. Compte tenu de la persistance du contexte de guerre et de la dimension à grande échelle des enquêtes/poursuites relatives aux violations flagrantes des droits de l'homme liées à la guerre⁵, cette assistance est largement axée sur le respect, dans le cadre des procédures pénales liées à la guerre, des garanties découlant des obligations procédurales en vertu des articles 2 et 3 de la Convention, à savoir l'obligation de mener une enquête effective sur les violations présumées du droit à la vie et l'interdiction de la torture⁶, l'alignement sur les exigences de l'article 5 de la Convention concernant la détention dans le contexte de la guerre, et les garanties de procès équitable de l'article 6 de la Convention. Elle comprend une approche axée sur les victimes, avec une priorité accordée à la fourniture d'expertise aux acteurs de la justice nationale en réponse aux allégations de crimes liés à la guerre et de violations des droits de l'homme pour les catégories de victimes les plus vulnérables, notamment la torture, les disparitions forcées et les violences sexuelles liées au conflit. Les domaines suivants sont également prioritaires afin de contribuer à la réalisation de la justice et à ce que des comptes soient rendus :

- Conseils juridiques et renforcement des capacités du Bureau du Procureur général et des autres autorités compétentes dans le cadre du processus d'enquête et de poursuite des crimes liés à la guerre et des violations des droits de l'homme, en mettant l'accent sur les exigences et les garanties de la Convention ;
- Renforcement des capacités de tous les acteurs de la justice pénale (enquêteurs, procureurs, juges, avocats/avocats commis d'office) à la lumière des exigences et garanties de la Convention, en particulier concernant le droit à un procès équitable et les droits des victimes de violations des droits de l'homme ;
- Soutien à l'organisation et au fonctionnement du système judiciaire dans son ensemble dans le contexte de la guerre ; plus spécifiquement, soutien au fonctionnement du système de justice pénale, en mettant l'accent sur les implications pratiques de la mise en œuvre des réformes juridiques et institutionnelles récemment adoptées ;
- Conseils d'experts et conseils juridiques sur l'accès à la justice et la protection judiciaire des droits des personnes physiques et morales affectées par l'agression ; renforcement des recours judiciaires et non judiciaires pour la protection des droits de l'homme des personnes affectées par la guerre en Ukraine ;
- Soutien continu au Bureau du Procureur général pour faciliter la mise en œuvre de la stratégie de communication sur les violations flagrantes des droits de l'homme et les crimes de guerre ;
- Soutien à la mise en place d'un mécanisme de réadaptation pour les victimes de torture et de mauvais traitements et à son fonctionnement ultérieur, conformément aux normes internationales et européennes ;
- Assistance aux autorités pour l'adoption de mesures de protection des témoins et des collaborateurs de justice ;
- À la suite de la ratification de la Convention d'Istanbul en 2022, le soutien à l'Ukraine se poursuit par les actions suivantes : (i) encadrement professionnel renforcé sur la protection des droits des femmes et des filles déplacées, destiné à un nombre croissant de travailleurs sociaux, de psychologues et de travailleurs des lignes d'assistance téléphonique ; (ii) cours de développement professionnel sur la violence contre les femmes et les situations d'urgence pour renforcer la chaîne judiciaire, y compris la police et les avocats ; (iii) sensibilisation aux normes de la Convention d'Istanbul, qui aidera également les autorités dans le processus de préparation du

⁵ À la date du 11 janvier 2023, selon les statistiques du Bureau du Procureur général d'Ukraine, 63 610 crimes de guerre et crimes liés à la guerre présumés étaient enregistrés par les autorités ukrainiennes.

⁶ Les articles 2 et 3 de la Convention exigent des États parties non seulement qu'ils s'abstiennent d'ôter intentionnellement et illégalement la vie et de pratiquer la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, mais ils prévoient également une obligation procédurale de mener une enquête effective sur les violations présumées des volets substantiels de ces dispositions.

rapport d'évaluation de référence. Compte tenu des besoins particuliers en période de conflit armé, un soutien accru est accordé à certaines ONG ukrainiennes de défense des droits des femmes ;

- Soutien des capacités institutionnelles des institutions médico-légales, notamment par le biais d'une formation axée sur les besoins, dans le but de développer des mécanismes efficaces d'évaluation des dommages causés aux victimes de graves violations des droits de l'homme dans le contexte de la guerre et dans un contexte plus large de réforme de la justice pénale et de l'application des lois.

6. En résumé, le Conseil de l'Europe aide l'Ukraine à traiter les allégations de crimes et de violations des droits de l'homme dans le respect des normes européennes en matière de droits de l'homme et d'État de droit, conformément au mandat de l'Organisation.

7. Ce faisant et dans l'esprit de la Conférence de haut niveau de l'Ukraine sur la Responsabilité, qui s'est tenue à La Haye le 14 juillet 2022, de la Conférence sur le redressement de l'Ukraine, qui s'est tenue à Lugano les 4 et 5 juillet 2022, de la Conférence Solidaires du peuple ukrainien, qui s'est tenue à Paris le 13 décembre 2022, et des termes du nouveau Plan d'action du Conseil de l'Europe pour l'Ukraine « Résilience, relance et reconstruction » 2023-2026, le Conseil de l'Europe reste très attentif aux efforts de coordination menés par le Bureau du Procureur général, visant à assurer la cohérence de l'expertise et des conseils internationaux fournis. Depuis le début de l'agression russe contre l'Ukraine, la coordination avec les travaux de la Cour pénale internationale (CPI) est également une priorité. Des fonctionnaires de la Direction Générale des droits de l'homme et de l'Etat de droit ont rencontré le Procureur de la CPI, Karim A. Khan, en mai 2022 et en janvier 2023 (en plus de leur participation à la Conférence de haut niveau sur la Responsabilité en Ukraine à La Haye le 14 juillet 2022). L'action du Conseil de l'Europe pour renforcer les mécanismes de l'État de droit en Ukraine contribue à faire en sorte que des comptes soient rendus pour les allégations de crimes liés à la guerre (y compris de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et éventuellement de génocide), en permettant la réalisation d'enquêtes et l'obtention de preuves conformes aux normes européennes en matière de droits de l'homme. Par ricochet, cela facilite le travail de la CPI, dont le mandat consiste à mener ses propres enquêtes sur les crimes présumés commis sur le territoire ukrainien.

III. Mécanisme international d'indemnisation pour l'Ukraine et Registre des dommages : premières mesures à prendre

1. Soutien actuel à la mise en place du mécanisme de compensation

8. En vertu d'un principe bien établi du droit international, les faits internationalement illicites entraînent une obligation de réparation intégrale.⁷ Ces réparations doivent viser à effacer les conséquences de l'illégalité, à fournir une réparation à la partie lésée et à rétablir, autant que possible, la situation qui existait avant que le fait illicite ne se produise.

9. L'urgente nécessité de garantir une responsabilité globale dans le contexte de l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine a été soulignée par les organes du Conseil de l'Europe à plusieurs reprises.⁸ A l'occasion de la Journée des droits de l'homme, le 10 décembre 2022, par exemple, la Présidente du Comité des Ministres et la Secrétaire Générale ont appelé à « à agir de façon concertée et énergique pour que les auteurs de tous les crimes commis en Ukraine dans le contexte de l'agression par la Russie aient à en répondre ». En outre, le Comité des Ministres a déjà pris note avec intérêt des propositions ukrainiennes visant à établir un mécanisme international complet d'indemnisation et un Registre des dommages. Il a appelé les États membres et le Conseil de l'Europe à rester activement saisis de la question et à s'engager dans la poursuite de l'élaboration d'un système global de responsabilité.⁹

10. L'Assemblée parlementaire, lors de sa session de janvier 2023, a réitéré son appel¹⁰ aux États membres à mettre en place un mécanisme international d'indemnisation et, dans un premier temps, un Registre international des dommages ; elle a estimé que le Conseil de l'Europe devrait jouer un rôle de premier plan dans la mise en place et la gestion du futur mécanisme.¹¹

11. Le Plan d'action du Conseil de l'Europe pour l'Ukraine « Résilience, relance et reconstruction » 2023-2026 prévoit que l'Organisation fournira un soutien spécialisé aux autorités ukrainiennes dans les efforts qu'elles mènent pour garantir la responsabilité et la réparation intégrale des dommages, pertes ou préjudices causés par les violations du droit international commises par la Fédération de Russie en Ukraine, et contre ce pays.

12. Au niveau mondial, l'Assemblée générale des Nations unies (AGNU), dans sa récente résolution du 14 novembre 2022¹², a reconnu que la Fédération de Russie doit assumer les conséquences juridiques de tous ses faits internationalement illicites, y compris réparer le préjudice, dont tout dommage, causé par ces faits. Elle a également considéré qu'il faut établir un mécanisme international de réparation et un Registre international des dommages. Ce Registre servirait à recenser, documents à l'appui, les éléments tendant à établir les dommages, pertes ou préjudice causés à toute personne physique et morale concernée et à l'État ukrainien. Il aurait également pour mission de favoriser et coordonner le recueil des preuves.

⁷ Article 1 du Projet d'Articles sur la Responsabilité de l'Etat pour fait Internationalement Illicite (DARSIWA) et commentaire de l'article 31, § 4, en ce qui concerne les réparations. AGNU, résolution 56/83 du 12 décembre 2001. Voir également Cour permanente de Justice internationale (CPIJ), *Affaire concernant l'usine de Chorzów (demande en indemnité) (compétence)*, arrêt du 26 juillet 1927, para. 55.

⁸ Comité des Ministres, « Conséquences de l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine – Responsabilité des auteurs de crimes internationaux », CM/Del/Dec(2022)1442/2.3, adoptée par les Délégués des Ministres lors de leur 1442^e réunion, 15 septembre 2022.

⁹ *Ibid*, paragraphe 3. 3.

¹⁰ Voir, notamment, APCE, Résolution 2463 (2022), « Nouvelle escalade dans l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine », adoptée le 13 octobre 2022, para. 13.6 ; Résolution 2436 (2022), « L'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine : faire en sorte que les auteurs de graves violations du droit international humanitaire et d'autres crimes internationaux rendent des comptes », adoptée le 28 avril 2022, para. 11.9 et 13.2 ; Résolution 2448 (2022), « Conséquences humanitaires et déplacements internes et externes en lien avec l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine », adoptée le 22 juin 2022, para. 10 ; Résolution 2434 (2022), « Comment faire bon usage des avoirs confisqués d'origine criminelle ? », adoptée le 27 avril 2022, paragraphes 5 et 14.2 ; Résolution 2433 (2022), « Conséquences de l'agression persistante de la Fédération de Russie contre l'Ukraine : rôle et réponse du Conseil de l'Europe », adoptée le 27 avril 2022, para. 9.6.

¹¹ APCE, « Questions juridiques et violations des droits de l'homme liées à l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine », Résolution 2482 (2023) adoptée le 26 janvier 2023, para. 18.

¹² Résolution AGNU du 14 novembre 2022, « Aggression contre l'Ukraine : recours et réparation ».

13. Alors que la nature et la forme du mécanisme d'indemnisation dans son ensemble restent à préciser, l'urgence de la mise en place du Registre est largement reconnue, afin de sécuriser les preuves et privilégier l'approche centrée sur la victime, en rendant possible une réparation rapide pour les victimes.¹³ Le Registre devrait être habilité à recevoir des requêtes en enregistrement de dommages et de demandes émanant :

- de personnes physiques (par exemple, des victimes de déplacements, de crimes de guerre, de violences sexuelles liées au conflit, de blessures ou décès ; les personnes dont les biens ont été endommagés ou perdus) ;
- d'entités juridiques (par exemple, des demandes de sociétés privées et d'autres entités juridiques non publiques, telles que des ONG, organisations religieuses et partis politiques) ;
- d'entités liées à l'État (par exemple, des demandes d'entreprises du secteur public et d'entités détenues ou contrôlées par l'État, ou d'entités municipales) ; et
- de l'État ukrainien (par exemple, des demandes de son gouvernement et/ou d'autres gouvernements, notamment pour les dommages causés à l'État et à d'autres infrastructures publiques, à l'environnement et aux ressources).

¹³ Cette approche est alignée sur celle adoptée par les Nations Unies dans les 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, adoptés par la résolution 60/147 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 16 décembre 2005.

2. Rôle possible du Conseil de l'Europe

14. La mise en place d'un mécanisme d'indemnisation aussi complet nécessitera une réflexion approfondie sur la base juridique pour son établissement et son fonctionnement efficace. Dans cette attente, toutefois, le Conseil de l'Europe devrait jouer un rôle de premier plan dans la création et le fonctionnement du Registre des dommages, première étape nécessaire au fonctionnement de tout futur mécanisme d'indemnisation. Ce faisant, le Conseil de l'Europe remplirait son rôle d'organisation internationale compétente pour agir dans de nombreux domaines du droit international, notamment en ce qui concerne le respect des droits de l'homme et de l'Etat de droit international, et pour assurer le respect de ses principes (y compris l'approche centrée sur la victime, mentionnée ci-dessus).

15. Il convient de noter, à cet égard, que la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour »), en tant que juridiction internationale habilitée à statuer sur des plaintes pour violation des droits de l'homme, dispose d'une solide expérience dans l'examen des affaires liées aux dommages causés lors de conflits, y compris - précisément - dans le cadre de l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine. En effet, la Cour examine déjà des affaires (par exemple, des affaires interétatiques concernant le MH17 et l'est de l'Ukraine, dans lesquelles des décisions de recevabilité ont déjà été adoptées¹⁴) et continuera d'examiner des requêtes interétatiques et individuelles liées à l'agression dans un avenir proche, compte tenu de sa compétence pour les violations et les dommages causés jusqu'au 16 septembre 2022, une période qui couvre *ratione temporis* une partie importante de l'agression. Les arrêts de la Cour en tant que tels, mais aussi - et surtout - sa jurisprudence relative à l'établissement de la responsabilité, à l'admissibilité des preuves, à l'évaluation des preuves, ainsi qu'à la réparation individuelle, peuvent - et doivent - servir de base au Registre des dommages et à l'adjudication future des indemnisations. Ainsi, au-delà de tout jugement ou sentence contraignant et exécutoire rendu(e) par une juridiction internationale ou toute autre institution de règlement des différends, le Registre pourrait consolider les responsabilités pour les pertes causées par l'agression sur la base de la jurisprudence et de la pratique de la Cour.

16. A cet égard, l'expérience de la Cour dans le traitement de nombreuses requêtes (tant individuelles qu'interétatiques), sa capacité à catégoriser les situations et les questions qui lui sont soumises, ainsi que son aptitude à identifier les problèmes systémiques connexes et à définir les principes et les pratiques possibles en matière d'octroi d'indemnisations, font que l'expertise de la Cour en matière de gestion des affaires serait déterminante pour le bon fonctionnement et l'efficacité du Registre. Une expérience similaire existe au sein du Comité des Ministres lorsqu'il surveille l'exécution des arrêts de la Cour.

17. Il convient de rappeler que tant la Cour, en faisant usage de sa procédure d'arrêt pilote, que le Comité des Ministres ont fourni des orientations sur des processus de réparation et des régimes d'indemnisation complexes, en :

- Identifiant et établissant l'éligibilité des demandeurs, des ayants droit et des méthodes de détermination des montants d'indemnisation ;
- fixant les critères juridiques d'admission des demandes, résolvant les problèmes administratifs adjacents, prévoyant les recours judiciaires, assurant la coordination et l'efficacité des procédures ;
- désignant des domaines prioritaires par expérience pilote, transposée à des « groupes cibles » de demandeurs, et encadrant un problème systémique en vue de sa résolution progressive ;
- mettant en place des systèmes d'indemnisation globale avec des critères définis, des systèmes de remboursement d'épargne impayée et des systèmes d'enregistrement de dettes judiciaires.

¹⁴ Décisions de recevabilité dans les affaires *Ukraine c. Russie* [Crimée] [GC], Requêtes n° 20958/14 et 38334/18, décision du 16 décembre 2020 ; *Ukraine et Pays-Bas c. Russie* [GC], Requêtes n° 8019/16, 43800/14 et 28525/20, décision du 25 janvier 2023.

18. Si le Conseil de l'Europe s'engageait dans la création et le fonctionnement du Registre des dommages, il pourrait également s'appuyer et utiliser largement les expériences de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (UNCC)¹⁵ et du Registre des dommages des Nations Unies (UNRoD)¹⁶ pour définir le concept et le modèle du mécanisme global d'indemnisation et sa relation structurelle avec le Registre.

19. Le Secrétariat est prêt à explorer plus avant les modalités concrètes de création et de fonctionnement du registre, si le Comité des Ministres le juge utile.

¹⁵ La Commission d'indemnisation des Nations Unies (UNCC) a été créée en 1991 en tant qu'organe subsidiaire du Conseil de sécurité des Nations Unies. Elle avait pour mandat de traiter les réclamations et de verser des indemnités pour les pertes subies par des particuliers, des sociétés, des gouvernements et des organisations internationales à la suite de l'invasion et de l'occupation du Koweït par l'Irak en 1990-1991.

¹⁶ Le Registre des Nations Unies concernant les dommages causés par la construction du mur dans le Territoire palestinien occupé est un organe subsidiaire de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Son objectif est de servir de registre, sous forme documentaire, des dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées par la construction du mur.

IV. Un tribunal spécial pour le crime d'agression contre l'Ukraine

20. Peu après l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine, des voix se sont élevées en faveur de la création d'un tribunal international spécial *ad hoc* pour poursuivre et punir les auteurs du crime d'agression commis contre l'Ukraine. La nécessité de créer une institution nouvelle, un « tribunal spécial », a été ressentie par les partisans de ces initiatives en particulier du fait de l'absence de perspectives de poursuite des auteurs russes du crime d'agression devant la Cour pénale internationale (CPI).¹⁷ Même si des suggestions ont été faites pour réformer le Statut de Rome de la CPI afin de combler ce vide juridictionnel, on peut se demander si cela sera possible en temps voulu.¹⁸

21. La Secrétaire Générale a discuté de cette question avec le Président Zelensky et le Ministre des Affaires étrangères Kuleba en mai 2022 lors de sa visite à Kiev, et le Secrétariat s'est ensuite lancé dans une analyse juridique approfondie des options disponibles. Les deux organes statutaires du Conseil de l'Europe ont publié des déclarations sur cette question. Le 28 avril 2022, l'Assemblée parlementaire a encouragé « tous les États membres à participer à la création d'un tribunal pénal international *ad hoc* chargé des poursuites concernant le crime d'agression dont les dirigeants politiques et les commandants militaires de la Fédération de Russie se seraient rendus coupables à l'encontre de l'Ukraine, par le biais d'un traité multilatéral conclu entre les États qui partagent les mêmes idées », ainsi qu' « à examiner les moyens et les méthodes qui permettraient au Conseil de l'Europe dans son ensemble de jouer un rôle actif dans la création et le fonctionnement d'un tel tribunal, notamment en lui fournissant une assistance logistique ou d'ordre technique »¹⁹. En réponse à l'APCE et par décision du 15 septembre 2022, le Comité des Ministres s'est « félicité des efforts en cours, en coopération avec l'Ukraine, pour faire en sorte que les auteurs du crime d'agression contre l'Ukraine répondent de leurs actes » et a « pr(is) note avec intérêt des propositions ukrainiennes visant à établir un tribunal spécial *ad hoc* pour le crime d'agression »²⁰. Au cours de sa session de janvier 2023, l'APCE a réitéré son soutien au tribunal spécial en appelant les Chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe, lors de leur prochain Sommet, à « soutenir et diriger l'initiative visant à créer un tribunal pénal international *ad hoc*, chargé d'enquêter sur le crime d'agression commis par les dirigeants politiques et militaires de la Fédération de Russie » et le Conseil de l'Europe « à jouer activement un rôle de premier plan dans la création de ce tribunal pénal international *ad hoc* »²¹.

¹⁷ Pour que la CPI soit compétente en matière de crime d'agression, soit les deux États - celui contre lequel l'acte d'agression est commis et l'État dont les ressortissants sont les auteurs de l'agression - doivent être parties au Statut de Rome et doivent également avoir ratifié les amendements au Statut relatifs au crime d'agression ; soit l'exercice de la compétence nécessite le renvoi par le Conseil de Sécurité des Nations unies, auquel la Fédération de Russie peut opposer son veto.

¹⁸ Voir, à cet égard, APCE, Résolution 2482 (2023) sur les « Questions juridiques et violations des droits de l'homme liées à l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine », adoptée le 26 janvier 2023, para. 9, appelant les États membres et les États observateurs à « prendre les mesures nécessaires pour modifier le régime juridictionnel du Statut de la CPI, soit en autorisant les renvois à la CPI par l'Assemblée générale des Nations Unies lorsque le Conseil de sécurité des Nations Unies est bloqué, soit en supprimant les limites existantes de la compétence à l'égard du crime d'agression, afin de le rendre cohérent avec les autres crimes relevant de sa compétence ». Selon l'APCE, « ces changements renforceraient la cohérence, la légitimité et l'universalité d'ensemble de la justice pénale internationale, en particulier pour le crime d'agression » et « la proposition de créer un tribunal spécial pour répondre à l'agression criminelle en cours contre l'Ukraine et la réforme à long terme du Statut de la CPI permettant à la Cour de poursuivre et de punir les agressions (futurs) similaires ne s'excluent pas mutuellement et devraient être poursuivies en parallèle ». Voir, également, C. Kress / S. Hobe / A. Nußberger, *The Ukraine War and the Crime of Aggression: How to fill the Gaps in the International Legal System*, 23 janvier 2023, à l'adresse : justsecurity.org.

¹⁹ APCE, Recommandation 2231 (2022) sur « L'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine : faire en sorte que les auteurs de graves violations du droit international humanitaire et d'autres crimes internationaux rendent des comptes » adoptée le 28 avril 2022, paragraphes 2.3 et 2.4.

²⁰ Comité des Ministres, CM/Del/Dec(2022)1442/2.3, *supra* n. 8. Voir également CM/AS(2022)Rec2231-final, pour la réponse adoptée par les Délégués des Ministres lors de leur 1445e réunion du 5 octobre 2022.

²¹ APCE, Recommandation 2245 (2023) sur « Le Sommet de Reykjavik du Conseil de l'Europe : Unis autour de valeurs face à des défis hors du commun », adoptée le 24 janvier 2023, para. 8.3.1 ; voir également, APCE, Résolution 2482 (2023), *supra* n. 18, para. 6, réitérant « [l'] appel unanime [de l'Assemblée] aux États membres et aux États observateurs du Conseil de l'Europe pour qu'ils instituent un tribunal pénal international spécial pour le crime d'agression contre l'Ukraine, qui devrait être approuvé et soutenu par le plus grand nombre possible d'États et d'organisations internationales, et en particulier par l'Assemblée générale des Nations Unies ». De même, le Parlement européen, dans sa résolution du 19 janvier 2023 sur la création d'un tribunal pour le crime d'agression contre l'Ukraine (2022/3017(RSP)), a souligné « qu'il est urgent que l'Union et ses États membres, en étroite coopération avec l'Ukraine et la communauté internationale, de préférence par l'intermédiaire des Nations unies, fassent pression en faveur de la création d'un tribunal international spécial chargé de poursuivre le crime d'agression contre l'Ukraine commis par les dirigeants politiques et militaires de la Fédération de Russie et ses alliés et de trouver une voie commune et juridiquement solide en la matière ».

22. Afin de rechercher la responsabilité pénale individuelle au niveau international pour le crime d'agression commis contre l'Ukraine, une base juridique adéquate devrait être établie pour les enquêtes, les poursuites et les jugements internationaux ou internationalisés concernant ce crime, comme l'a reconnu le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) dans son avis du 5 septembre 2022 au Comité des Ministres.²²

²² Avis du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) sur la Recommandation 2231 (2022) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur « L'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine : faire en sorte que les auteurs de graves violations du droit international humanitaire et d'autres crimes internationaux rendent des comptes », 5 septembre 2022.

1. Options pour l'établissement d'un tribunal spécial

23. Diverses options ont été proposées pour la création d'un tribunal spécial, nécessitant toutes une base conventionnelle.²³ Il a été suggéré, par exemple, qu'un tribunal spécial pourrait être créé par un accord multilatéral entre l'Ukraine et d'autres États intéressés, suivant les précédents du Tribunal militaire international de Nuremberg (TMIN), du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (TMIEO) ou de la CPI.²⁴ Ce serait en effet une possibilité offerte par le droit international, étant donné que l'Ukraine a le droit souverain de déléguer l'exercice de sa compétence pour le crime d'agression en vertu de son code pénal national à un tribunal établi par traité.²⁵ Alternativement, la définition du crime d'agression telle que dans l'article 8bis du Statut de Rome de la CPI pourrait être utilisée également par le tribunal spécial. Pour les deux options, il faudrait tenir compte de la nécessité pour la définition choisie de refléter le droit international coutumier, afin d'éviter les problèmes de rétroactivité ou le principe de *nullum crimen sine lege*.

24. Une autre option pourrait être que le tribunal spécial soit établi par un accord entre l'Ukraine et une organisation internationale, à savoir les Nations Unies, dont la portée est mondiale et donc la plus large. La création du tribunal spécial directement par les Nations Unies, sur la base d'une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies (CSNU), est juridiquement possible mais ne semble pas prometteuse en raison de l'exercice probable de son droit de veto par la Fédération de Russie. Une résolution adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies (AGNU), agissant en vertu de sa résolution 377 (« Union pour le maintien de la Paix »), ne serait pas en mesure de créer des obligations internationales contraignantes pour un État. Il ne semble donc pas possible de soutenir que les Nations Unies pourraient, en tant que telles, établir un tribunal international.²⁶ En revanche, une résolution de l'AGNU pourrait inviter le Secrétaire général des Nations Unies à conclure un accord entre l'Ukraine et les Nations Unies pour la création d'un tribunal international chargé de poursuivre le crime d'agression contre l'Ukraine.²⁷ Un tel traité bilatéral serait plus facile à finaliser et pourrait entrer en vigueur plus rapidement qu'un traité multilatéral.

25. Une autre option pourrait être un tribunal hybride fondé sur le droit ukrainien et approuvé/soutenu par l'AGNU. Un tel tribunal hybride serait très probablement lié au système juridique ukrainien avec des composantes internationales plus ou moins fortes, comme le montre une comparaison entre les précédents, entre autres, des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC), des Chambres spécialisées du Kosovo*²⁸ ou des Chambres africaines extraordinaires (CAE) (même si aucune d'entre elles ne concerne le crime d'agression).

²³ Voir, pour une liste assez complète, O. Corten / V. Koutroulis, *Tribunal for the crime of aggression against Ukraine – a legal assessment*, décembre 2022, note de bas de page n° 6.

²⁴ Un fait important différencie toutefois le TMIN et le TMIEO de la situation actuelle concernant l'Ukraine : ces derniers ont été créés par des États exerçant leur autorité au nom de l'Allemagne et du Japon respectivement. Aucune autorité de ce type n'est exercée sur la Fédération de Russie.

²⁵ O. Corten / V. Koutroulis, *supra* n. 23, p. 17.

²⁶ Il en a été autrement pour les tribunaux créés avec la participation du CSNU, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), voir O. Corten / V. Koutroulis, *supra* n. 23, p. 14-16.

²⁷ Il convient toutefois de garder à l'esprit dans ce contexte que, conformément à l'article 18, paragraphe 2, de la Charte des Nations unies, « les décisions de l'Assemblée générale sur les questions importantes sont prises à la majorité des deux tiers des membres présents et votants ». Les recommandations relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales sont expressément incluses parmi ces questions importantes.

²⁸ * Toute référence au Kosovo mentionnée dans ce texte, que ce soit le territoire, les institutions ou la population, doit se comprendre en pleine conformité avec la Résolution 1244 du Conseil de Sécurité des Nations Unies et sans préjuger du statut du Kosovo.

2. Questions de légitimité et questions juridiques ouvertes

26. Les options examinées soulèvent des questions complexes, tout d'abord en ce qui concerne la légitimité (perçue) de la création (allégations de justice sélective) et du fonctionnement ou de l'efficacité du tribunal spécial, étant donné que, au moins tant que la guerre est en cours, on ne peut compter sur la Fédération de Russie pour accepter la juridiction de l'institution nouvellement créée.²⁹ Tout tribunal qui n'est pas établi par le CSNU est susceptible de faire l'objet de critiques quant à sa légitimité ; par conséquent, plus le soutien international (y compris l'implication des organisations internationales, éventuellement aussi du Conseil de l'Europe, voir paragraphe 28 ci-dessous) sur lequel l'institution nouvellement établie peut s'appuyer est fort, meilleures sont ses chances de répondre à ces critiques.

27. En outre, un certain nombre de questions juridiques doivent être abordées, en particulier la question des immunités en vertu du droit international public. Là encore, plus la légitimité internationale est élevée, plus il devrait être facile de surmonter les obstacles liés aux immunités. Sinon, il pourrait être difficile de plaider en faveur d'une exception à l'immunité *ratione materiae* pour les crimes internationaux les plus graves en général ou pour le crime d'agression, en particulier.³⁰ Bien que la question reste contestée³¹, la jurisprudence internationale semble de plus en plus suggérer que l'immunité *ratione personae* applicable à un nombre limité d'agents de l'Etat du plus haut rang pendant la durée de leur mandat (la fameuse "troïka" du chef de l'Etat, du Premier ministre et du ministre des Affaires étrangères de tout Etat) ne s'appliquerait pas dans le cadre de la poursuite de crimes de droit international par les tribunaux internationaux, mais concernerait uniquement les immunités de juridiction pénale étrangère devant les tribunaux nationaux.³² Un tribunal présentant un certain degré d'hybridité, établi au niveau régional ou national sans la participation de la Fédération de Russie, pourrait avoir plus de difficultés à invoquer les exceptions aux immunités. Pourtant, l'appréhension des dirigeants d'un rang inférieur à celui de la troïka, mais qui sont tout aussi responsables de la conduite d'une guerre d'agression, est également un objectif important à poursuivre.

28. Enfin, la création d'un tribunal spécial soulève des questions en vertu du droit constitutionnel ukrainien, découlant notamment de l'interdiction des tribunaux extraordinaires/spéciaux, ainsi que de l'exigence que les juges et les procureurs soient des citoyens ukrainiens.³³ Il est donc douteux qu'une structure hybride ou des chambres extraordinaires d'un tribunal national ukrainien puissent satisfaire aux conditions préalables fixées par la Constitution ukrainienne. En outre, il n'est pas possible d'amender la Constitution ukrainienne en cas d'état d'urgence ou de loi martiale.

²⁹ C'est ce que l'on pourrait affirmer, par exemple, dans le cas du TMIN, du TSSL, des CETC et des Chambres spécialisées du Kosovo*.

³⁰ O. Corten / V. Koutroulis, *supra* n. 23, p. 23-25. Voir également Commission du droit international (CDI), Sixième rapport de la rapporteuse spéciale Concepción Escobar Hernández, A/CN.4/722, 12 juin 2018, para. 7.

³¹ CAHDI, *supra* n. 22, para. 18.

³² TPIY, *Le Procureur c. Slobodan Milošević*, Décision sur les requêtes préliminaires de l'accusé, IT-99-37-PT, 8 novembre 2001, par. 26-34 ; Cour internationale de justice (CIJ), Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt du 14 février 2002, CIJ Recueil 2002, p. 3, para. 61 ; TSSL, *Le Procureur contre Charles Ghankay Taylor*, Affaire n° SCSL-2003-01-1, Chambre d'appel, Décision sur l'immunité de juridiction, 31 mai 2004, para 51 ; CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Affaire-MP- ICC-02/05-01/09 OA2, Chambre d'appel, arrêt dans l'affaire *Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, 6 mai 2019, para. 101.

³³ Voir A. Komarov/O. Hathaway, *Ukraine's Constitutional Constraints: How to Achieve Accountability for the Crime of Aggression*, 5 avril 2022, à l'adresse : justsecurity.org. Les auteurs concluent, entre autres, qu'en raison des contraintes constitutionnelles, "si un nouveau tribunal est établi sous les auspices du Conseil de l'Europe, il doit être conçu comme un tribunal purement international plutôt que comme un tribunal hybride" (traduction du Secrétariat).

3. Rôle possible du Conseil de l'Europe

29. Le rôle du Conseil de l'Europe en ce qui concerne le tribunal spécial dépendra de la volonté politique des États membres. Ayant joué un rôle de premier plan dans la condamnation de l'agression en excluant la Fédération de Russie de l'Organisation, le Conseil de l'Europe est bien placé pour jouer un rôle dans les efforts visant à faire en sorte que les dirigeants de la Fédération de Russie répondent du crime d'agression qu'ils ont commis. L'étendue du soutien du Conseil de l'Europe pourrait aller, par exemple, de l'assistance à la sélection et à la nomination des juges, à l'élaboration de règles de preuve et de procédure, à la fourniture d'un soutien technique ou juridique dans le domaine de la gestion des affaires, au détachement d'experts.³⁴ Dans le même ordre d'idées, le Conseil de l'Europe pourrait d'ores et déjà offrir son expertise et son soutien technique à un « bureau du procureur intérimaire », dont la mise en place est actuellement en cours.³⁵

30. Le mandat de l'Organisation - en tant que garant des droits de l'homme, de la démocratie et de l'Etat de droit dans ses Etats membres - est suffisamment large pour englober le soutien à toute juridiction, y compris un tribunal spécial visant à contribuer à la lutte contre l'impunité et à l'établissement de l'Etat de droit en faisant en sorte que les auteurs des crimes internationaux les plus graves répondent de leurs actes. L'interdiction de traiter des « *questions relatives à la défense nationale* » (article 1 (d) du Statut du Conseil de l'Europe) n'empêche pas l'examen de questions visant à assurer la paix et la sécurité internationale, pour autant qu'elles soient simplement fondées sur la justice et la coopération internationale (en laissant de côté les aspects purement militaires).³⁶

³⁴ Voir également APCE, Résolution 2482 (2023), *supra* n. 18, para. 6, considérant que « le Conseil de l'Europe devrait jouer un rôle de premier plan dans la création du tribunal spécial, participer aux consultations et négociations pertinentes, et fournir un appui expert et technique concret au processus de création du tribunal spécial. »

³⁵ R. Goodman, *Toward an Interim Prosecutor's Office in The Hague for the Crime of Aggression Against Ukraine*, 17 janvier 2021, à l'adresse : justsecurity.org. Voir également, APCE, Résolution 2482 (2023), *supra* n. 18, para. 8, appelant les Etats membres et le Conseil de l'Europe, en attendant la création d'un tribunal spécial, « à soutenir et à fournir une assistance spécialisée et technique concrète au processus de mise en place d'un Bureau du procureur international intérimaire chargé d'enquêter sur le crime d'agression, en étroite coopération avec le Bureau du procureur général d'Ukraine ».

³⁶ Voir le préambule du Statut qui fait explicitement référence à « la consolidation de la paix fondée sur la justice et la coopération internationale » ainsi que S. Schmahl, *The Council of Europe within the system of international organisations*, dans : S. Schmahl/M. Breuer (eds.), *The Council of Europe - Its Law and Policies*, Oxford University Press, Oxford 2017, para. 37.04, faisant référence à la résolution (53)18 du Comité des Ministres sur les relations entre le Conseil de l'Europe et l'OTAN, adoptée le 7 mai 1953.

4. Synergies avec la Cour pénale internationale (CPI)

31. Comme l'a souligné le CAHDI dans son avis susmentionné, toute activité liée au tribunal spécial devrait être coordonnée avec les mécanismes pertinents d'enquête et de poursuite des crimes les plus graves qui existent déjà au niveau national, régional et international - en particulier la CPI. Une coordination étroite et efficace garantit la protection des victimes et l'efficacité de la justice. L'objectif devrait être d'éviter la duplication des structures avec la CPI et le détournement des ressources des mécanismes existants, ainsi que d'examiner de manière exhaustive les questions de coût et de faisabilité.³⁷ Si la création d'un tribunal spécial bénéficie d'un soutien politique suffisant, il est possible de trouver les moyens d'assurer la complémentarité entre ce tribunal et la CPI afin d'éviter la fragmentation du droit pénal international (tel que développé par la CPI et d'autres tribunaux pénaux internationaux). Le tribunal spécial pourrait par exemple utiliser le droit substantiel et procédural de la CPI et partager les preuves.³⁸

32. Les amendements au Statut de Rome de la CPI, dans le but de supprimer les obstacles actuels à l'exercice de sa compétence sur le crime d'agression, pourraient être poursuivis en parallèle afin d'éviter tout dommage potentiel à l'ordre juridique international réglementé. À cet égard, il convient également de garder à l'esprit qu'il semble déjà exister une base constitutionnelle permettant à l'Ukraine de ratifier le Statut de Rome de la CPI, y compris les « amendements de Kampala » sur le crime d'agression. Une telle ratification devrait être encouragée par la communauté internationale.

³⁷ CAHDI, *supra* n. 23, para. 10.

³⁸ Voir, D. Scheffer, *Forging a Cooperative Relationship Between International Criminal Court and a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine*, 25 octobre 2022, à l'adresse : justsecurity.org.