

L'identité, la guerre et la « sauvegarde des pierres » : l'identité nationale ukrainienne à l'épreuve des actes d'hostilité contre le patrimoine culturel

Fanny Royen

Special Issue, October 2023

Le droit international humanitaire applicable au conflit armé entre la Russie et l'Ukraine

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110865ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1110865ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Royen, F. (2023). L'identité, la guerre et la « sauvegarde des pierres » : l'identité nationale ukrainienne à l'épreuve des actes d'hostilité contre le patrimoine culturel. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 155–172. <https://doi.org/10.7202/1110865ar>

Article abstract

The rules of international humanitarian law, specifically designed to govern periods of armed conflict applicable in times of armed conflict, seem to be particularly silent when it comes to the protection of a people's identity as such. However, it can be stated that when cultural property is harmed, a tangible dimension of this intangible identity is also harmed. This dialectic between the tangible and the intangible, i.e. the immaterial dimension of cultural heritage, has been put to the test many times, particularly during several armed conflicts in recent decades, including the armed conflict between the Russian Federation and the Republic of Ukraine. Particularly in the months leading up to the Russian invasion offensive in February 2022, various statements by the Russian Federation sought to demonstrate that Ukrainian identity was in fact only a component of Russian identity. However, it was not only about denying the existence of such a distinct identity in an intellectual perspective. In the course of the ongoing armed conflict, the Kremlin strives to undermine Ukraine's cultural heritage as a component of its identity, including by destroying it in order to annihilate its tangible expressions. The rules of international humanitarian law establish a specific protection for Ukrainian civilian property that are also cultural goods. This contribution will outline the main contours of such protection, not only from the perspective of the provisions on direct acts of hostilities, intentionally and thereby directly targeting such cultural property, but also from the perspective of the principle of proportionality, which implies taking into account the cultural value of tangible cultural heritage when cultural heritage is a collateral damage.

L'IDENTITÉ, LA GUERRE ET LA « SAUVEGARDE DES PIERRES »: L'IDENTITÉ NATIONALE UKRAINIENNE À L'ÉPREUVE DES ACTES D'HOSTILITÉ CONTRE LE PATRIMOINE CULTUREL

*Fanny Royen**

Les règles de droit international humanitaire, spécifiquement conçues pour régir les périodes de conflit armé, semblent particulièrement silencieuses lorsqu'il s'agit d'envisager la protection de l'identité d'un peuple en tant que telle. Il n'en reste pas moins qu'en portant atteinte aux biens culturels, l'on touche également à une dimension tangible de cette identité intangible. Une telle dialectique entre le tangible et l'intangible, à savoir la dimension identitaire immatérielle du patrimoine culturel, a trouvé de nombreuses illustrations lors de conflits armés ayant marqué les dernières décennies, celui opposant la Fédération de Russie et la République d'Ukraine n'y faisant pas exception. Ainsi, notamment, diverses déclarations de la Fédération de Russie dans les mois qui précéderent l'offensive russe en février 2022 s'attachèrent à démontrer que l'identité ukrainienne ne serait, en réalité, qu'une composante de l'identité russe. Mais la négation intellectuelle d'une telle identité n'est pas tout. En effet, le Kremlin semble aujourd'hui s'attacher, dans le cadre du conflit armé, à porter atteinte au patrimoine culturel ukrainien en tant que composante de son identité, allant aller jusqu'à le détruire afin d'en annihiler les manifestations tangibles. Les règles de droit international humanitaire offrent une protection aux biens civils ukrainiens spécifiquement protégés en ce qu'ils constituent également des biens culturels. La présente contribution retrace les principaux contours d'une telle protection, non seulement sous le prisme des dispositions relatives aux actes d'hostilité ciblant intentionnellement et, par là même, directement de tels biens culturels, mais également au départ du principe de proportionnalité, lequel suppose la prise en compte de la valeur culturelle du patrimoine culturel tangible lorsque les biens culturels sont des dommages collatéraux.

The rules of international humanitarian law, specifically designed to govern periods of armed conflict applicable in times of armed conflict, seem to be particularly silent when it comes to the protection of a people's identity as such. However, it can be stated that when cultural property is harmed, a tangible dimension of this intangible identity is also harmed. This dialectic between the tangible and the intangible, i.e. the immaterial dimension of cultural heritage, has been put to the test many times, particularly during several armed conflicts in recent decades, including the armed conflict between the Russian Federation and the Republic of Ukraine. Particularly in the months leading up to the Russian invasion offensive in February 2022, various statements by the Russian Federation sought to demonstrate that Ukrainian identity was in fact only a component of Russian identity. However, it was not only about denying the existence of such a distinct identity in an intellectual perspective. In the course of the ongoing armed conflict, the Kremlin strives to undermine Ukraine's cultural heritage as a component of its identity, including by destroying it in order to annihilate its tangible expressions. The rules of international humanitarian law establish a specific protection for Ukrainian civilian property that are also cultural goods. This contribution will outline the main contours of such protection, not only from the perspective of the provisions on direct acts of hostilities, intentionally and thereby directly targeting such cultural property, but also from the perspective of the principle of proportionality, which implies taking into account the cultural value of tangible cultural heritage when cultural heritage is a collateral damage.

Las normas del derecho internacional humanitario, específicamente aplicables en tiempos de conflicto armado, parecen ser particularmente silenciosas cuando se trata de la protección de la identidad de un pueblo. Sin embargo, el hecho es que los daños a los bienes culturales también afectan a una dimensión tangible de esa identidad intangible. Tal dialéctica entre lo tangible y lo intangible, es decir, la dimensión de la identidad inmaterial del patrimonio cultural, ha encontrado numerosas ilustraciones, en particular durante varios

* Candidate au doctorat en droit international pénal, Service de droit international en lien avec la protection de l'individu (Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Criminologie, ULiège, Belgique).

conflictos armados de las últimas décadas – el conflicto armado entre la Federación Rusa y la República de Ucrania no es una excepción. Así, especialmente en los meses previos a la ofensiva rusa de febrero de 2022, diversas declaraciones de la Federación de Rusia se dedicaron a demostrar que la identidad ucraniana era, de hecho, sólo un componente de la identidad rusa. Sin embargo, no se trata únicamente de negar la existencia de una identidad distinta desde una perspectiva intelectual. De hecho, durante el conflicto armado internacional actual, el Kremlin parece empeñado en atentar contra el patrimonio cultural ucraniano como componente de su identidad, llegando incluso a destruirlo para aniquilar sus manifestaciones tangibles. Las normas del derecho internacional humanitario ofrecen protección a los bienes civiles de Ucrania, adicionalmente protegidos en la medida en que también son bienes culturales. Esta contribución esbozará los principales contornos de dicha protección, no sólo desde la perspectiva de las disposiciones relativas a los actos directos de hostilidades, dirigidos intencionalmente y por lo tanto directamente contra dichos bienes culturales, sino también partiendo del principio de proporcionalidad, que implica considerar el valor cultural del patrimonio cultural material cuando los bienes culturales son daños colaterales.

« Ce qui reste, c'est ce qu'elle cherche, elle. Non plus les vies, les destins singuliers, mais ce que l'homme offre au temps, la part de lui qu'il veut sauver du désastre, la part sur laquelle la défaite n'a pas de prise, le geste d'éternité. Aujourd'hui, c'est cette part que les hommes en noir menacent. D'ordinaire, il en restait des traces, d'ordinaire l'Homme n'effaçait pas son ennemi. Ce qui se joue là, c'est la jouissance de pouvoir effacer l'Histoire ».

Laurent Gaudé¹

« Il est parfois difficile, dans l'urgence des conflits armés et devant l'horreur des crises humanitaires, de parler de culture et de patrimoine »².

L'actualité a tristement rappelé qu'aux côtés des pertes humaines à déplorer depuis le début de l'opération militaire spéciale russe³ en février 2022⁴, le patrimoine culturel ukrainien est loin d'être épargné. En témoigne notamment la liste des biens culturels ukrainiens gravement endommagés, voire détruits, mise à jour par l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) qui ne cesse de s'étoffer depuis le début de l'offensive⁵. En effet, en date du 27 septembre 2023, l'UNESCO dénombre pas moins de 291 sites religieux, musées et monuments historiques ou culturels détruits partiellement ou en totalité sur le territoire de la République d'Ukraine. Parmi ceux-ci, l'on peut notamment citer le musée ukrainien d'histoire locale d'Ivankiv, dans lequel se trouvaient 25 peintures, de la célèbre artiste ukrainienne Maria Prymachenko, dont le sort reste incertain⁶, le Mémorial de l'Holocauste Drobytsky Yar à Kharkiv ou encore divers sites religieux parmi lesquels des églises orthodoxes érigées en bois⁷.

¹ Laurent Gaudé, *Écoutez nos défaites*, Arles, Actes Sud, 2016 aux pp 81-82.

² Irina Bokova, « Discours de la Directrice générale de l'UNESCO, Irina Bokova : La destruction du patrimoine culturel en situation de conflit dans le cadre du cycle de conférences. Le patrimoine culturel de l'humanité : un outil pour la paix ; Genève, 16 avril 2014 » (16 avril 2014), en ligne : *UNESDOC* <unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000227489>. Précisons d'ores et déjà que toutes les sources accompagnées d'un lien hypertexte furent consultées pour la dernière fois le 31 mai 2023.

³ AFP, « Sous les bombes, le patrimoine culturel de l'Ukraine menacé », *RTBF.be* (25 mars 2022) en ligne : *RTBF* <rtbf.be/article/sous-les-bombes-le-patrimoine-culturel-de-l-ukraine-menace-10961668>.

⁴ Précisons que l'offensive armée lancée par la Russie sur le territoire ukrainien a, le 24 février 2022, relancé l'attention autour du conflit armé international opposant ces deux États depuis 2014. Voir notamment Tania Brunet et al, « #9 Le droit applicable aux affrontement en cours en Ukraine, un éclairage d'Osons le DIH », *Quid Justitiae* (12 juillet 2022) en ligne : *QuidJustitiae* <quidjustitiae.ca/fr/blogue/Conflit_Ukraine_IX#:~:text=Le%2024%20F%C3%A9vrier%202022%2C%20la%20Crim%20par%20la%20Russie>.

⁵ « *Damaged cultural sites in Ukraine verified by UNESCO* » (dernière mise à jour le 27 septembre 2023), en ligne : *UNESCO* <unesco.org/en/articles/damaged-cultural-sites-ukraine-verified-unesco#:~:text=As%20of%2022%20March%202023,%2C%2019%20monuments%2C%2012%20libraries>.

⁶ Kabir Jhala, « *Ukraine museum reportedly burns down in Russian invasion, destroying 25 works by folk artist Maria Prymachenko* », *The Art Newspaper* (28 février 2022) en ligne : *The Art Newspaper* <theartnewspaper.com/2022/02/28/ukraine-museum-burns-down-in-russian-invasion-destroying-25-works-by-folk-artist-maria-prymachenko>.

⁷ Alexandre Plumet, « Au nord de Kiev, le musée d'Ivankiv et sa collection d'art naïf incendiés par les Russes », *Le Figaro* (1^{er} mars 2022) en ligne : *Le Figaro* <lefigaro.fr/culture/au-nord-de-kiev-le-musee-d-ivankiv-et-sa-collection-d-art-naif-incendies-par-les-russes-20220301>.

De tels actes d'hostilité à l'égard du patrimoine culturel ukrainien – dans sa consécration matérielle – seraient, selon certains, intentionnellement orchestrés afin d'affaiblir – voire d'annihiler – l'identité du peuple ukrainien⁸ : « *Russia's invasion of Ukraine aims to deny the sovereign country its right to a distinct identity* »⁹.

La présente contribution a dès lors pour ambition d'envisager dans quelle mesure le droit international humanitaire (DIH) protège cette identité. Face au constat qu'il est porté atteinte aux consécrations matérielles de l'identité ukrainienne, nous nous intéressons dans un premier temps à la dialectique entre patrimoine culturel et identité d'un peuple (I) avant d'envisager dans quelle mesure les règles de droit international offrent une protection au patrimoine culturel ukrainien et à l'identité qui en dépendrait (II).

I. Identité et patrimoine culturel

Selon le Kremlin, il n'existe pas d'identité nationale ukrainienne distincte de l'identité russe. Déjà dans un article du 12 juillet 2021 intitulé « Sur l'unité historique des Russes et des Ukrainiens »¹⁰, le Kremlin défendait que l'Ukraine, en tant que telle, n'existe pas et qu'elle ne serait en réalité qu'une seule nation avec la Fédération de Russie¹¹. L'apparition d'une identité ukrainienne artificielle n'aurait ainsi été qu'influencée par l'Occident¹². Ensuite, dans un discours télévisé datant du 21 février 2022, Vladimir Poutine nia l'existence d'une entité politique et culturelle distincte¹³, l'Ukraine ne pouvant être selon lui qu'un État artificiel¹⁴:

L'Ukraine n'est pas pour nous un simple pays voisin. Elle fait partie intégrante de notre propre histoire, de notre culture et de notre espace spirituel [...] Les autorités ukrainiennes ont commencé, dès les premiers pas, à construire leurs États sur la négation de tout ce qui nous unit. Ces autorités ont cherché à déformer la conscience et la mémoire historique de millions de personnes, de générations entières vivant en Ukraine [...] Il est également important de comprendre que l'Ukraine n'a jamais eu une tradition réelle

⁸ Joseph Gedeon, « Destruction of cultural sites in Ukraine puts country's identity in peril », *Politico* (5 mars 2022) en ligne : *Politico* <[politico.com/news/2022/05/03/destruction-cultural-sites-ukraine-00029655](https://www.politico.com/news/2022/05/03/destruction-cultural-sites-ukraine-00029655)>.

⁹ Magdalena Psikowska-Schnass, « Russia's war on Ukraine's cultural heritage » (22 avril 2022), en ligne : *European parliamentary research service* <epthinktank.eu/2022/04/22/russias-war-on-ukraines-cultural-heritage/>.

¹⁰ Vladimir Poutine, « Sur l'unité historique des Russes et des Ukrainiens » (12 juillet 2021), en ligne : *Kremlin* <[kremlin.ru/events/president/news/66181](https://www.kremlin.ru/events/president/news/66181)>.

¹¹ Agnès Gruda, « L'Ukraine, un pays qui n'existe pas aux yeux de Vladimir Poutine », *La Presse* (26 février 2022) en ligne : *La Presse* <[lapresse.ca/international/europe/2022-02-26/decryptage/l-ukraine-un-pays-qui-n-existe-pas-aux-yeux-de-vladimir-poutine.php#](https://www.lapresse.ca/international/europe/2022-02-26/decryptage/l-ukraine-un-pays-qui-n-existe-pas-aux-yeux-de-vladimir-poutine.php#)>.

¹² Oleksandra Gaidai et Nadia Koval, « The Destruction of Ukrainian Cultural Heritage during Russia's Full-Scale Invasion in 2022 » (octobre 2022), en ligne : *SciencesPo* <[sciencespo.fr/ceri/fr/content/destruction-ukrainian-cultural-heritage-during-russia-s-full-scale-invasion-2022](https://ceri.fr/content/destruction-ukrainian-cultural-heritage-during-russia-s-full-scale-invasion-2022)>.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Vladimir Poutine, « Address by the President of the Russian Federation » (24 février 2022), en ligne : *Kremlin* <en.kremlin.ru/events/president/transcripts/67843>.

pour un véritable État. Depuis 1991, elle a suivi la voie d'une copie mécanique des modèles étrangers, détachée à la fois de l'histoire et des réalités ukrainiennes.¹⁵

Enfin, cette négation de l'existence d'une identité ukrainienne distincte atteint son paroxysme à compter du 24 février 2022, l'offensive russe visant notamment à réaffirmer l'indivisibilité intrinsèque caractérisant, selon le Kremlin, les populations slaves orientales¹⁶.

Mais le Kremlin ne semble pas se limiter à nier l'existence d'une identité ukrainienne distincte : « *Russians have the precise aim to destroying our culture, as part of our identity, as something that distinguishes Ukraine from Russia* »¹⁷. Par de tels actes d'hostilité à l'égard du patrimoine culturel, l'on porte ainsi non seulement atteinte à sa dimension matérielle – aux « vieilles pierres » – mais également à certaines « références identitaires »¹⁸. En effet, les biens culturels « incarnent et portent de manière vivante l'identité et l'histoire d'un peuple »¹⁹. Cette identité est notamment « exprimée par la langue, les coutumes, l'art et l'architecture »²⁰. Le patrimoine culturel revêt dès lors une dimension humaine centrale²¹, compte tenu de sa signification pour l'identité des individus et des communautés. Porter atteinte aux biens culturels se répercute dès lors sur la dimension immatérielle du patrimoine culturel, « telles les pratiques religieuses et culturelles liées aux sites et objets culturels »²².

Ce lien entre biens culturels et identité s'observe particulièrement lorsque des actes d'hostilité sont posés à l'encontre du patrimoine culturel, à dessein d'affaiblir l'identité du peuple ainsi pris pour cible²³. En témoignent notamment, en période d'hostilité armée, la destruction intentionnelle des Mausolées de Tombouctou par le

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Blandine Lavignon, « Guerre en Ukraine : ce n'est pas l'histoire qui explique les événements actuels mais sa négation » (6 mars 2022) en ligne : *Libération* <liberation.fr/international/europe/guerre-en-ukraine-ce-nest-pas-lhistoire-qui-explique-les-evenements-actuels-mais-sa-negation-20220306_WT4PBHW5KJ_AOVCHPPKOEKXCX74U/>.

¹⁷ Natalia Datskevych, « Le patrimoine culturel de l'Ukraine, victime lui aussi de l'agression russe », traduit par Maud Cigalla, *The Kyiv Independent* (9 juin 2022) en ligne : *Vox Europe* <voxeurop.eu/fr/russia-is-destroying-ukraines-cultural-heritage/>.

¹⁸ Géraldine Goffaux Callebaut, « Sauvegarde du patrimoine culturel ukrainien : que peut le droit », (6 avril 2022), en ligne (blogue) : *Le club des juristes* <blog.leclubdesjuristes.com/sauvegarde-du-patrimoine-culturel-ukrainien-que-peut-le-droit/>.

¹⁹ Gilles Duterte, « War Crimes and crimes against humanity and the possible actions of the ICC in relation to cases of destruction of cultural heritage », présenté à l'audience publique sur le thème « Destruction and trafficking of cultural heritage », Commission de la culture et de l'éducation du Parlement européen (13 juillet 2015), en ligne (pdf) : *Parlement européen* <europarl.europa.eu/committees/en/destruction-and-trafficking-of-cultural-/product-details/20150713CHE00171>.

²⁰ *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, Doc off AG NU, 71^e sess, Doc NU A/71/317 (2016) au para 29 [*Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*].

²¹ *Ibid* au para 6.

²² *Ibid* au para 7.

²³ Margaux Sitavanc, « Ukraine : sauver le patrimoine culturel pour sauver l'identité d'un peuple », *L'illustré* (30 mars 2022) en ligne : *L'illustré* <illustre.ch/magazine/ukraine-sauver-le-patrimoine-culturel-pour-sauver-lidentite-dun-peuple>.

groupe armé djihadiste Ansar Eddine²⁴ en 2012, qui revendiquait ainsi d'avoir « frappé un peuple dans son identité religieuse, culturelle et historique »²⁵, ou la destruction des temples dans l'ancienne cité de Palmyre et des milliers de manuscrits millénaires à Mossoul²⁶, s'inscrivant dans une « stratégie délibérée de faire table rase du passé pour instaurer le chaos »²⁷ afin de priver l'ennemi de son histoire et d'ainsi détruire jusqu'à son identité²⁸.

Cela s'illustre également lorsqu'il est question, en Ukraine, de monuments érigés à la mémoire de l'Holodomor. Cette « Grande famine », qui entraîna le décès de millions d'Ukrainiens, qualifiée de génocide par certains²⁹, aurait participé au façonnement de l'identité ukrainienne³⁰. Sa commémoration est cependant vue par Moscou comme une hérésie identitaire³¹, « en conflit avec l'identité russe ou soviétique »³². Le 19 octobre 2021 à Marioupol, un monument commémoratif de l'Holodomor fut démantelé³³, peu avant les commémorations du 90e anniversaire de cet événement. Cette volonté de supprimer des monuments en souvenir de l'Holodomor serait, selon Kiev, « la preuve que le pouvoir russe veut détruire l'identité ukrainienne », mettant en exergue le lien entre la mémoire intangible de l'Holodomor et la destruction

²⁴ *Le Procureur c Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Jugement de première instance (27 septembre 2016) aux para 17-18 (CPI) [*Affaire Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, première instance].

²⁵ Issa Fakaba Sissoko, « Mausolées de Tombouctou, le préjudice moral causé par le djihadiste Al-Mahdi est “irréparable” », *Justice Info* (14 août 2017) en ligne : *Justice Info* <justiceinfo.net/fr/34337-cpi-mali-pour-les-familles-gardiennes-des-mausolees-de-tombouctou-le-dommages-moral-cause-par-le-djihadiste-al-mahdi-est-incommensurable.html>; Marina Lostal, « L'affaire Al Mahdi devant la CPI : les risques d'évaluer la destruction du patrimoine culturel à l'aune de son impact sur l'homme », *Intergentes* (15 février 2018) en ligne : *Intergentes* <intergentes.com/fr/misplaced-emphasis-intangible-dimension-cultural-heritage-al-mahdi-case-icc/>.

²⁶ Helga Turku, « Quand les biens culturels deviennent une arme de guerre : droit, politique et sécurité internationale », *Intergentes* (3 octobre 2018) en ligne : *Intergentes* <intergentes.com/fr/cultural-property-becomes-tool-warfare-law-politics-international-security/>.

²⁷ Irina Bokova, « L'état islamique fait aussi la guerre contre la culture », *Le Monde* (2 mars 2015) en ligne : *Le Monde* <lemonde.fr/idees/article/2015/03/03/l-etat-islamique-fait-aussi-la-guerre-contre-la-culture_4586558_3232.html>.

²⁸ Alisson Delpierre, « État islamique : destruction d'un lieu hautement symbolique à Palmyre », *RTBF.be* (25 août 2015) en ligne : *RTBF* <rtbf.be/article/etat-islamique-destruction-d-un-lieu-hautement-symbolique-a-palmyre-9062198>.

²⁹ Voir notamment Parlement européen, communiqué de presse, « Le Parlement reconnaît l'Holodomor comme génocide » (15 décembre 2022), en ligne : *Parlement européen* <europa.eu/news/fr/press-room/20221209IPR64427/le-parlement-reconnait-l-holodomor-comme-genocide>.

³⁰ Fabien Magnenou, « Guerre en Ukraine : comment la mémoire de l'Holodomor, cette famine provoquée par Staline, a façonné l'identité ukrainienne » (26 novembre 2022), en ligne : *France Info* <francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-comment-la-memoire-de-l-holodomor-cette-famine-provoquee-par-staline-a-faconne-l-identite-ukrainienne_5492937.html>; Iaroslava Riznykova, « Commémoration de l'Holodomor en Ukraine : le long chemin de la reconnaissance » (26 novembre 2022), en ligne : *Courrier international* <courrierinternational.com/article/vu-d-ukraine-commemoration-de-l-holodomor-en-ukraine-le-long-chemin-de-la-reconnaissance>.

³¹ Gaidai et Koval, *supra* note 12.

³² Magnenou, *supra* note 30.

³³ *Ibid.*

de monuments commémoratifs en son souvenir³⁴. Une telle destruction pourrait donc s'inscrire dans le cadre d'une « politique visant à supprimer de l'espace public les symboles des événements passés et à empêcher l'apparition des récits qui diffèrent » du discours officiel russe sur ces événements³⁵.

Ainsi, lorsqu'ils portent atteinte au patrimoine culturel de leur ennemi, les belligérants viseraient désormais à anéantir l'identité de l'adversaire, sa culture et son histoire³⁶, les biens culturels étant pris pour cible précisément en raison de leur valeur, et non en dépit de celle-ci³⁷.

II. DIH et actes d'hostilité à l'encontre du patrimoine culturel

Le DIH contient des dispositions tant coutumières que conventionnelles régissant spécifiquement la protection du patrimoine culturel en période de conflit armé : le *Règlement de La Haye de 1907* – dont l'article 27³⁸ est à l'origine de la définition du crime d'attaque contre le patrimoine culturel qui se trouve désormais dans le *Statut de Rome*³⁹ –, la *Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en période de conflit armé* (*Convention de La Haye de 1954*) adoptée au sortir de la Seconde Guerre mondiale – conflit qui eut un effet particulièrement dévastateur sur le patrimoine culturel⁴⁰ – et ses *Protocoles additionnels* de 1954 et de 1999 ou encore l'article 53 du *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux de 1977*⁴¹ (*Protocole additionnel I*).

À l'origine, le DIH visait à préserver le patrimoine culturel en tant que tel. Désormais, il semblerait que cet objectif originel se double d'une approche anthropocentrée⁴². Ainsi, les actes d'hostilité à l'encontre du patrimoine culturel ne seraient plus uniquement une atteinte à l'encontre des biens, mais également à l'encontre des collectivités humaines⁴³. L'importance grandissante des droits humains semble avoir incité ce changement de paradigme, venant ainsi influencer la

³⁴ Frédéric Casier, « Les régimes de protection en droit international humanitaire, les mesures de mise en œuvre et leur application en Belgique » (22 mai 2014), en ligne (pdf) : *Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre* <ismllw-be.org/session/2013-12-05-CASIER F Texte Final.pdf>.

³⁵ *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, supra note 20 au para 35.

³⁶ François Bugnion, « La genèse de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé » (2004) 86:854 RICR 313.

³⁷ *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, supra note 20 au para 46.

³⁸ *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, art 27.

³⁹ Lostal, « L'affaire Al Mahdi devant la CPI », supra note 25 à la p 10.

⁴⁰ Christiane Johannot-Gradis, *Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé*, Genève, Schulthess, 2013 aux pp 95-98 ; Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 aux pp 61-77.

⁴¹ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [*Protocole I*].

⁴² *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, supra note 20 au para 16.

⁴³ *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c Thaïlande)*, Arrêt, [2013] CIJ Rec 2013 à la p 606, para 114, opinion individuelle du juge Cançado Trindade.

compréhension de certaines dispositions relatives au patrimoine culturel qui n'avaient pourtant pas vocation à véhiculer, à l'origine, une approche fondée sur les droits humains⁴⁴.

Le DIH ne se prononce pas sur la question de l'atteinte à l'identité. Ainsi, pour envisager la protection accordée à l'identité culturelle en période de conflit armé⁴⁵, les dispositions de DIH doivent être examinées, non pas isolément, mais en prenant en compte d'autres branches du droit international⁴⁶. Ainsi, dans une perspective d'interprétation du DIH⁴⁷, diverses dispositions répressives internationales ou relatives aux droits fondamentaux permettent de recourir à d'autres langages que celui du DIH, comme l'illustre la jurisprudence internationale.

Le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) a en effet affirmé que la destruction de certains biens culturels pouvait « constituer un déni manifeste ou flagrant d'un droit fondamental de la personne »⁴⁸. La Cour pénale internationale (CPI), quant à elle, porte une grande attention à l'impact de la destruction du patrimoine culturel sur la population⁴⁹. Elle souligne notamment que l'attaque n'a pas seulement détruit et endommagé des structures physiques, elle a également « eu des répercussions sur la communauté et a affaibli le lien qui unissait la communauté locale à ce patrimoine culturel si précieux, auquel elle s'identifiait »⁵⁰. Ainsi, « la destruction du patrimoine culturel détruit une partie de la mémoire partagée et de la conscience collective de l'humanité »⁵¹.

Le DIH et le droit international des droits de l'homme offrent donc des protections complémentaires et synergiques⁵². Envisager les dispositions de DIH relatives à la protection du patrimoine culturel à la lumière des droits humains permet d'en compléter le contenu⁵³ et de rendre compte de cette impossibilité de « séparer le patrimoine culturel d'un peuple du peuple lui-même et de ses droits »⁵⁴ en période de

⁴⁴ *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, *supra* note 20 au para 16.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Voir notamment *Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme*, Doc off AG NU, sess 2015, Doc NU E/2015/59 (2015) au para 2 [*Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme*].

⁴⁷ En matière d'interprétation des traités, l'article 31 para 3 de la *Convention de Vienne sur le droit des Traités* rappelle à cet égard que sera notamment prise en compte, à des fins interprétatives, « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Voir *Convention de Vienne sur le droit des Traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, art 31 para 3 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

⁴⁸ *Le Procureur c Kupreškić et al*, IT-95-16, Jugement de première instance (14 janvier 2000) au para 631 (TPIY).

⁴⁹ Lostal, « L'affaire Al Mahdi devant la CPI », *supra* note 25 à la p 7.

⁵⁰ *Le Procureur c Ahmad Al Faqi Al Madhi*, ICC-01/12-01/15-236, Ordonnance de réparation (17 août 2017) au para 19 (CPI), voir également para 55.

⁵¹ *Ibid* au para 22.

⁵² *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, *supra* note 20 au para 61.

⁵³ *Ibid* au para 59 ; voir également *Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme*, *supra* note 46.

⁵⁴ *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, *supra* note 20 au para 52.

conflit armé⁵⁵. En prenant en compte l'impact des actes d'hostilité à l'égard du patrimoine culturel ukrainien – sa destruction intentionnelle pouvant « avoir des conséquences préjudiciables sur la dignité humaine et les droits de l'homme »⁵⁶ – sur l'exercice de certains droits fondamentaux, notamment le droit de prendre part à la vie culturelle⁵⁷, en bénéficiant d'un « accès à son propre patrimoine culturel »⁵⁸ et de sa jouissance⁵⁹, ou le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ainsi, « *both Russia and Ukraine, as party to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, must ensure the realization of the right to access and enjoy cultural heritage* »⁶⁰.

La destruction du patrimoine culturel advient généralement dans le cadre de conflits armés sous forme soit de ciblage délibéré des biens culturels, soit de dommage collatéral⁶¹. Nous envisagerons dès lors l'application des principes de distinction et de proportionnalité sous le prisme de la destruction du patrimoine culturel. Dans un premier temps, il s'agit d'envisager – à la lumière du principe de distinction en droit de la conduite des hostilités – dans quelle mesure les actes d'hostilité dirigés à l'encontre du patrimoine culturel matériel sont prohibés (A). Dans un second temps – à la lumière de la règle relative à la proportionnalité –, nous nous intéressons à la prise en compte de la valeur culturelle du patrimoine culturel dans l'équation proportionnelle, qui nécessite la mise en balance de l'avantage militaire concret et direct attendu avec les pertes et dommages civils prévisibles (B).

A. Destruction intentionnelle et principe de distinction

Une double protection est accordée aux biens culturels⁶². En effet, ces biens, spécifiquement protégés, n'en restent pas moins des biens civils⁶³. Mais ils présentent

⁵⁵ Voir Johannot-Gradis, *supra* note 40 à la p 175 ; Marco Sassòli, « *The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflicts* » dans Orna Ben-Naftali, dir, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, tels que cités dans *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, *supra* note 20 au para 61.

⁵⁶ *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, *supra* note 20 au para 46 ; *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l'UNESCO*, 17 octobre 2003, Préambule (entrée en vigueur : 20 avril 2006).

⁵⁷ *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art 15, para 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Doc off CDESC, 43^e sess, Doc NU E/C.12/GC/21 (2009) au para 13, art 1(b) [*Observation générale n°21 : droit de chacun de participer à la vie culturelle*].

⁵⁸ *Ibid* au para 49.

⁵⁹ *Ibid* au para 13.

⁶⁰ Kristin Hausler, « How does international law protect Ukrainian cultural heritage in war? Is it protected differently than other civilian objects? » (10 mars 2022), en ligne : *British Institute of International and Comparative Law* <biicl.org/blog/37/how-does-international-law-protect-ukrainian-cultural-heritage-in-war-is-it-protected-differently-than-other-civilian-objects?cookieset=1&ts=1685521002>.

⁶¹ *Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme*, *supra* note 46 au para 54.

⁶² Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier. Vol 1 : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006 aux pp 34-49.

⁶³ Casier, *supra* note 34 à la p 3.

une « importance supplémentaire par rapport aux biens de caractère civil »⁶⁴, car c'est « toute une histoire, toute une identité qui est affectée par [leur] destruction »⁶⁵. Ainsi, ils bénéficient d'une protection additionnelle. En nous focalisant sur cette dernière ci-après, nous envisagerons non seulement son apport certes symbolique – permettant de prendre en considération la valeur intrinsèque de tels biens⁶⁶ – mais surtout les exceptions prévues par cette *lex specialis*⁶⁷, plus restreintes que celles qui concernent les biens civils entendus strictement.

La présente section s'intéressera dès lors au principe de distinction, sous le prisme de la protection du patrimoine culturel.

Le cœur du DIH conventionnel en matière de protection du patrimoine culturel en période de conflit armé est la *Convention de La Haye de 1954*, s'appliquant au conflit armé entre l'Ukraine et la Russie en ce qu'elle a été ratifiée par les deux États⁶⁸.

En son article premier, elle propose une définition des biens culturels, déclinée en trois catégories, accompagnées d'une liste d'exemples non exhaustive parmi lesquelles les « biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples »⁶⁹. Cela a vocation à notamment protéger les biens culturels d'importance nationale ukrainienne qui font partie intégrante du patrimoine de l'humanité⁷⁰. On y trouve également listés les bâtiments conservant ou exposant les biens culturels meubles ainsi que les « centres monumentaux ».

L'ensemble des biens culturels ukrainiens n'a pas encore fait l'objet d'un marquage⁷¹ par le biais de l'apposition d'un bouclier bleu⁷². À cet égard, à la suite d'une réunion extraordinaire du 18 mars 2022 portant sur la protection du patrimoine culturel durant le conflit armé russo-ukrainien. Le Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé a adopté une déclaration encourageant « l'Ukraine [...] à envisager de marquer aussi rapidement que possible les principaux monuments et sites historiques à travers l'Ukraine [...] avec [ledit] signe distinctif »⁷³. Mais, puisque ces

⁶⁴ Serge Brammertz et al, « Attacks against Cultural Heritage as a Weapon of War: Prosecutions at the ICTY » (2016) 14:5 J of Intl Criminal Justice 1143 aux pp 1152-53.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Affaire Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, première instance, *supra* note 24 au para 12.

⁶⁷ Vittorio Mainetti, « La Cour Pénale Internationale face à la destruction du patrimoine culturel – réflexions à propos de l'Affaire Al-Mahdi » (2017) 39:1 *Ethnologie* 213.

⁶⁸ *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 14 mai 1954, 249 RTNU 215, art 18 (entrée en vigueur : 7 août 1956) [*Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*].

⁶⁹ *Ibid.*, art 1 (a).

⁷⁰ *Ibid.*, Préambule ; voir Johannot-Gradis, *supra* note 40 à la p 106 ; Marina Lostal, « The meaning and protection of 'cultural objects and places of worship under the 1977 Additional Protocols » (2012) 59:3 *Neth Int Law Rev* 455 à la p 457 ; O'Keefe, *supra* note 40 à la p 104.

⁷¹ *Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, *supra* note 68, arts 16-17.

⁷² *Ibid.*, arts 6, 16.

⁷³ 2^e réunion extraordinaire du Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : *Déclaration sur la protection du patrimoine culturel en Ukraine*, Doc UNESCO, 2^e réunion extraordinaire, Doc off C54/22/2.EXT.COM/3 (2022) à la p 2 [*Déclaration sur la protection du patrimoine culturel en Ukraine*].

biens ont malgré cette absence de marquage une importance historique, artistique ou architecturale, il existe en réalité une présomption qu'il s'agit de biens culturels revêtant une grande importance pour le patrimoine culturel de l'État ukrainien⁷⁴.

Outre une obligation de sauvegarde de tels biens, les États parties doivent également s'abstenir de tout acte d'hostilité à leur égard et de toute utilisation à des fins qui pourraient exposer ces biens à de tels actes d'hostilité⁷⁵. Par acte d'hostilité, l'on entend tout acte lié au conflit portant, ou pouvant porter, une atteinte matérielle aux biens protégés⁷⁶, sans qu'un dommage ne doive nécessairement en découler⁷⁷.

Il semble relativement établi que la *Convention de La Haye de 1954* a été violée sur le territoire ukrainien, ce que confirme la déclaration de l'UNESCO qui

prie instamment la [Russie] de se conformer aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 4 de la Convention de La Haye de 1954 [...] en s'abstenant d'utiliser le bien [...] à des fins susceptibles de l'exposer à la destruction ou à l'endommagement en cas de conflit armé, et en s'abstenant de tout acte d'hostilité à l'encontre de ce bien⁷⁸.

À titre d'exemple de tels actes d'hostilités, l'on peut citer le bombardement du Mémorial de l'Holocauste Drobytsky Yar à Kharkiv ou les actes d'hostilité à l'encontre du musée ukrainien d'histoire locale d'Ivankiv.

Il existe une dérogation à cette protection générale en cas de nécessité militaire impérative⁷⁹. Pour illustrer cette dérogation, envisageons le cas de l'Église de la Résurrection du Christ à Lukashivka qui aurait été gravement endommagée suite à une explosion. S'il s'avère exact qu'elle était bel et bien utilisée par l'armée russe afin de stocker des munitions explosives⁸⁰, encore faudrait-il qu'une telle destruction s'inscrive dans le cadre de cette dérogation, en ce qu'aucun autre choix ne serait pratiquement

⁷⁴ Roger O'Keefe et al, « Protection des biens culturels – Manuel Militaire » (2017) au para 47, en ligne (pdf) : https://www.ihl.org/wp-content/uploads/2018/01/Military-Manual-version-fran%C3%A7ais_FINAL_17NOV.pdf.

⁷⁵ *Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, supra note 68, art 4.

⁷⁶ Comité international de la Croix-Rouge, *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Dordrecht, CICR et Martinus Nijhoff, 1986, art 53 au para 2070 [*Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*].

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Déclaration sur la protection du patrimoine culturel en Ukraine*, supra note 73 à l p 2.

⁷⁹ *Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, supra note 68, art 4 au para 2 ; voir également *Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 26 mars 1999, 2253 RTNU 172 (entrée en vigueur : 13 janvier 2011), art 6(1)(a) [*Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954*]. « [W]hile the Second Protocol of 1999 has been ratified by Ukraine but not Russia, its clarification of imperative military necessity should be applicable with regard to acts of both parties to the conflict given that it is regarded as informing the Convention, rather than adding to it ». Hausler, supra note 60.

⁸⁰ Stocker de telles munitions et placer des objectifs militaires à proximité des biens culturels protégés, ainsi que transformer un bien culturel en objectif militaire constituerait une violation de la règle de DIH relative aux précautions dites passives ; voir Henckaerts et Doswald-Beck, supra note 62 aux pp 174-76. « Le patrimoine culturel ukrainien en feu », *War Ukraine* (18 avril 2022) en ligne : [War Ukraine <war.ukraine.ua/fr/articles/le-patrimoine-culturel-ukrainien-en-feu/>](https://war.ukraine.ua/fr/articles/le-patrimoine-culturel-ukrainien-en-feu/).

envisageable pour obtenir un avantage militaire équivalent. Il semblerait cependant que ce lieu de culte ait été endommagé par le déclenchement impromptu d'une munition russe qui y était stockée⁸¹.

Compte tenu des répercussions sur les droits culturels, une interprétation du DIH sous l'angle des droits humains amène à interpréter strictement une telle dérogation, rendant licite la destruction de biens culturels⁸², en raison notamment de la menace d'irréversibilité que fait peser une telle destruction sur l'exercice des droits culturels⁸³. En effet, les biens culturels doivent être préservés de manière à conserver leur authenticité et leur intégrité⁸⁴.

La jouissance par un bien à caractère civil de cette protection en tant que bien culturel se distingue de la protection (encore plus) particulière accordée aux biens culturels sous protection spéciale⁸⁵, ne bénéficiant cependant à aucun bien culturel ukrainien. L'Ukraine n'a en effet pas fait de demande d'inscription au « Registre international des biens culturels sous protection spéciale », registre qui est par ailleurs très peu utilisé. Il en est de même concernant la Liste internationale des biens culturels sous protection renforcée, prévue par le *Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, adopté en 1999⁸⁶. Cette troisième catégorie concerne les biens culturels présentant la plus haute importance pour l'humanité. À nouveau, aucun bien culturel ukrainien n'y a été inscrit. Pourtant, dans sa déclaration, le Comité envisage « l'inclusion potentielle de certains biens du patrimoine culturel ukrainien sous protection renforcée »⁸⁷. Pour l'heure, cela n'a cependant aucune incidence, d'autant que le *deuxième Protocole de 1999* n'a pas été ratifié par la Russie. Le principal apport – non négligeable il nous semble – de ces deux régimes de protection, dans l'hypothèse où ils s'appliqueraient, concernerait l'immunité renforcée dont bénéficieraient les biens culturels lorsqu'ils deviennent des objectifs militaires⁸⁸.

En raison du conflit armé international opposant l'Ukraine et la Russie, l'article 53 du *Protocole additionnel I* – ratifié par les deux États belligérants⁸⁹ – trouve également à s'appliquer⁹⁰. Là où, malgré certaines divergences d'interprétation, le champ d'application *ratione materiae* se présente comme semblable à celui de la *Convention de La Haye de 1954*, la principale différence concerne le régime dérogatoire.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, *supra* note 20 au para 64.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid* au para 63.

⁸⁵ *Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, *supra* note 68, art 8.

⁸⁶ *Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, *supra* note 79.

⁸⁷ *Déclaration sur la protection du patrimoine culturel en Ukraine*, *supra* note 73 à la p 2.

⁸⁸ Casier, *supra* note 34 aux pp 9-11.

⁸⁹ *Protocole I*, *supra* note 41, art 53.

⁹⁰ L'article 53 du *Protocole additionnel I* précise en effet d'emblée qu'il s'applique « sans préjudice des dispositions de la Convention de La Haye [de 1954] », ce qui entraîne une primauté des dispositions de ladite *Convention* ; voir également *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, *supra* note 76 à la p 662 au para 2046.

En ce qui concerne le champ d'application *ratione materiae* de l'article 53 du *Protocole additionnel I*, les divergences d'interprétation sont de deux ordres. D'une part, la lettre de l'article 53 du *Protocole additionnel I* envisage *per se* le patrimoine culturel, à savoir « les lieux de culte qui constituent le patrimoine [...] spirituel des peuples » [nos italiques], là où cette catégorie des « lieux de cultes » n'est pas explicitement couverte par la *Convention de La Haye de 1954*⁹¹. Bien que d'aucuns considèrent qu'une telle précision permette à certains lieux de culte n'ayant aucune valeur culturelle et historique de bénéficier, en reconnaissance de leur valeur spirituelle⁹², d'une protection contre les actes d'hostilité⁹³ nous considérons à l'inverse que cela n'élargit pas le champ d'application matériel. Outre le fait que la protection des lieux de culte est en réalité antérieure à la consécration du terme de bien culturel en 1954, en témoigne notamment l'article 27 du *Règlement de La Haye de 1907*⁹⁴, le concept de culture comprend notamment – comme le souligne le Comité des droits économiques, sociaux et culturels – « la religion ou les croyances, les rites et cérémonies »⁹⁵. D'autre part, ces biens culturels qui bénéficient en l'espèce d'une protection sont ceux qui « constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples »⁹⁶. Les *Commentaires des Protocoles additionnels* précisent à cet égard que l'expression « patrimoine des peuples » a été préférée afin d'éviter des problèmes de tolérance entre la culture prédominante d'un État et les diverses identités nationales et religieuses de ses populations minoritaires⁹⁷ tout en ajoutant que ce concept n'est pas une notion différente de celle envisagée par la *Convention de La Haye de 1954*, malgré une opinion divergente répandue⁹⁸. Lorsque l'on envisage le régime dérogatoire prévu à l'article 53 du *Protocole additionnel I*, il apparaît au premier abord qu'aucune dérogation n'y est explicitement prévue. Bien que les *Commentaires des Protocoles additionnels* précisent que cela ne souffre aucune exception⁹⁹, plusieurs délégations avaient originellement défendu l'idée que ces biens culturels pourraient tout de même être pris pour cible s'ils sont illégalement utilisés à des fins

⁹¹ *Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, *supra* note 68, art 1(a).

⁹² *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, *supra* note 76 à la p 662 au para 2067.

⁹³ *Le Procureur c Dario Kordić et Mario Čerkez*, IT-95-14/2-T, Jugement de première instance (26 février 2001) aux para 206-07 (TPIY) ; *Le Procureur c Biljana Plavšić*, IT-00-39 & 40/1, Jugement de première instance (27 février 2003) aux para 44, 52 (TPIY).

⁹⁴ *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, art 27.

⁹⁵ *Observation générale n°21 : droit de chacun de participer à la vie culturelle*, *supra* note 57 au para 13.

⁹⁶ Voir *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, *supra* note 76 à la p 663 au para 2065.

⁹⁷ *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, *supra* note 88 à la p 664 au para 2063 ; Lostal, « L'affaire Al Mahdi devant la CPI », *supra* note 25 à la page 29.

⁹⁸ Lostal, « L'affaire Al Mahdi devant la CPI », *supra* note 25 à la page 29. Dans son ouvrage, l'auteur souligne cette opinion divergente selon laquelle la champ matériel « differs from the interpretation applied to the 1954 Hague Convention », ne concernant que « a few of the most famous monuments [...] This opinion is quite prominent and has even appeared in the case between Eritrea and Ethiopia concerning the Stela of Matara ». Elle considère cependant une telle interprétation comme historiquement inexacte ; voir également Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 62 aux pp 173-74.

⁹⁹ *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, *supra* note 76 à la p 665 au para 2073.

militaires¹⁰⁰. Rappelons cependant que, d'emblée, l'article 53 du *Protocole additionnel I* précise qu'il s'applique « sans préjudice des dispositions de la Convention de La Haye de [1954] »¹⁰¹. Ainsi, tant la Russie que l'Ukraine étant liées par cette dernière, son régime dérogatoire subsiste, pour autant que le bien en question ne soit transformé en objectif militaire¹⁰². Le cadre normatif envisagé ci-avant est reflété par la coutume. En effet, l'interdiction de détruire de manière délibérée des biens qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples¹⁰³ et une grande valeur pour l'humanité s'élève au niveau du droit international coutumier¹⁰⁴. Ce que l'on peut observer de la pratique étatique en la matière, notamment russe, vient d'ailleurs confirmer cette observation : la destruction de biens culturels, de monuments historiques, de lieux de culte et d'autres bâtiments qui représentent le patrimoine culturel ou spirituel d'un peuple est une méthode de guerre interdite¹⁰⁵.

Outre de telles dispositions de DIH, le droit international pénal peut nous éclairer sur la nature criminelle des attaques contre le patrimoine culturel et l'identité culturelle qu'il dévoile.

Le *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale¹⁰⁶ est applicable à la situation en Ukraine en raison de l'acceptation par l'Ukraine de la compétence de la Cour pour les crimes commis sur le territoire ukrainien depuis 2014¹⁰⁷. Selon l'article 8(2)(b)(ix) du Statut,

le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques [...] à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires¹⁰⁸

est qualifié de crime de guerre, en tant que violation grave du DIH, également au sens de l'article 85(4)(d) du *Protocole additionnel I*.

¹⁰⁰ Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 62 à la p 174.

Pour une définition d'un objectif militaire, voir *Protocole I*, *supra* note 41, art 52§2.

¹⁰¹ *Protocole I*, *supra* note 41, art 53 ; Voir également *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, *supra* note 76 à la p 659 au para 2046.

¹⁰² *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève*, *supra* note 76 aux pp 659 et 665, aux para 2046, 2072.

¹⁰³ Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 62 aux pp 169-173.

¹⁰⁴ Voir notamment Francesco Francioni et Federico Lanzerini, « The destruction of the Buddhas of Bamiyan and international law » (2003) 14:44 *Eur J Intl L* 635.

¹⁰⁵ IHL, « Practice relating to Règle 38. Attacks Against Cultural Property », en ligne : CICR <ihl-databases.icrc.org/fr/customary-ihl/v2/rule38>. L'on peut notamment citer le *Règlement de la Fédération de Russie sur l'application du DIH de 2001* ou le manuel militaire de la Fédération de Russie de 1990.

¹⁰⁶ *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002) [*Statut de Rome*].

¹⁰⁷ Voir Cour pénale internationale, communiqué de presse, « L'Ukraine accepte la compétence de la CPI sur crimes qui auraient été commis depuis le 20 février 2014 » (8 septembre 2015), en ligne : *CPI* <icc-cpi.int/fr/news/ukraine-accepte-la-competence-de-la-cpi-sur-les-crimes-qui-auraient-ete-commis-depuis-le-20>.

¹⁰⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 106, art 8(2)(b)(ix).

Il existe ainsi une dérogation à cette interdiction lorsque les biens culturels immeubles deviennent des objectifs militaires¹⁰⁹. À cela s'ajoute que ce crime de guerre relatif aux attaques contre le patrimoine culturel ne fait pas mention des biens culturels meubles, tels que les peintures de l'artiste Maria Prymachenko dont l'attaque intentionnelle ne pourrait dès lors être criminalisée sur cette base. L'atteinte à tels biens meubles peut tout de même être envisagée comme un acte d'hostilité à l'égard de biens de caractère civil, au sens de l'article 8 (2)(b)(ii) du *Statut de Rome*¹¹⁰.

À titre comparatif, bien que cela ne s'inscrive pas dans le champ du principe de distinction en droit de la conduite des hostilités, de tels actes d'hostilité aux biens culturels peuvent également être envisagés sous l'angle du crime contre l'humanité de persécution. Lorsque de tels actes sont posés à des fins discriminatoires, ils constituent un crime de persécution au sens de l'article 7(1)(h) du *Statut de Rome*, à savoir un « déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet »¹¹¹. Parmi les actes de destruction du patrimoine culturel matériel, sont également concernées les destructions¹¹² ou dégradations délibérées de bâtiments culturels¹¹³. Ces actes d'hostilité sont reconnus comme constituant des attaques à l'encontre de l'identité même d'un peuple¹¹⁴, d'autant que l'auteur doit avoir posé de tels actes à dessein de discriminer ce groupe, notamment pour des motifs culturels¹¹⁵, à savoir : chercher à éliminer la langue, l'art, les coutumes ou encore le patrimoine historique d'un groupe¹¹⁶. De tels actes viseraient dès lors à refuser au groupe le droit d'avoir une identité et une culture qui lui soient propres¹¹⁷.

B. Dommages collatéraux psychologiques et principe de proportionnalité

Pour que les dispositions relatives au principe de distinction s'appliquent, les actes d'hostilité doivent être posés délibérément à l'égard des biens culturels. Mais si, *de facto*, les biens culturels sont endommagés incidemment, l'attaque sera envisagée sous le prisme de la règle relative à la proportionnalité. Bien qu'aucune référence à cette règle ne soit faite ni dans la *Convention de 1954* ni à l'article 53 du *Protocole*

¹⁰⁹ Yaron Gottlieb, « Criminalizing of Destruction of Cultural Property : A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC » (2005) 23:4 Penn St. Intl L Rev 857 à la p 866.

¹¹⁰ *Statut de Rome*, supra note 106, art 8(2)(b)(ii).

¹¹¹ *Ibid*, art 7(2)(g).

¹¹² Voir notamment *Le Procureur c Dario Kordić et Mario Čerkez*, IT-95-14/2-T, Jugement de première instance (26 février 2001) aux para 206-07 (TPIY) ; *Le Procureur c Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-T, Jugement de première instance (27 septembre 2006) aux para 780-83 (TPIY) ; *Le Procureur c Radovan Karadžić*, IT-95-5/18, Jugement de première instance (24 mars 2016) au para 530 (TPIY).

¹¹³ *Le Procureur c Tihomir Blaskić*, IT-95-14-T, Jugement de première instance (3 mars 2000) au para 227 (TPIY).

¹¹⁴ *Le Procureur c Vlastimir Đorđević*, IT-05-87/1-A, Arrêt (27 janvier 2014) au para 567 (TPIY) ; voir également Guénaél Mettraux, *International Crimes – Law and practice. Vol 2 : Crimes Against Humanity*, Oxford, Oxford University Press, 2019 à la p 623.

¹¹⁵ *Statut de Rome*, supra note 106, art 7(1)(h).

¹¹⁶ Mettraux, supra note 114 aux pp 606-07.

¹¹⁷ *Ibid*.

additionnel I, il s'agit d'une règle coutumière¹¹⁸ applicable à tout bien de caractère civil, ce que sont les biens culturels, lorsqu'une attaque peut produire des conséquences collatérales.

Lorsqu'une partie au conflit prend pour cible un objectif militaire, elle doit avoir effectué, en amont, un calcul de proportionnalité afin de s'assurer que les biens culturels ne seraient pas, incidemment, démesurément endommagés dans l'attaque. Les dommages collatéraux qui en résultent ne doivent pas être excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu¹¹⁹. Si le caractère excessif des dommages collatéraux était prévisible *ex ante*, la règle relative à la proportionnalité serait alors violée.

En matière de patrimoine culturel, la chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Prlić et consorts* a considéré que l'impact psychologique de la destruction du pont de Mostar en Bosnie-Herzégovine entraînait des dommages excessifs par rapport à l'avantage militaire attendu¹²⁰. Une telle violation de la règle relative à la proportionnalité découlait du caractère exceptionnel de cet ouvrage, lié à sa valeur symbolique importante¹²¹. La chambre d'appel renversa ensuite cette décision, considérant que l'attaque du pont était justifiée par des nécessités militaires, dès lors qu'il représentait un objectif militaire et qu'il offrait sans conteste un avantage militaire certain¹²². Dans son opinion dissidente, le juge Fausto Pocar rappela cependant que « l'importance culturelle remarquable du pont signifiait que l'analyse des nécessités militaires et de l'objectif militaire aurait dû être plus rigoureuse que si elle se rapportait à des biens autres que des biens protégés »¹²³. Ainsi, tant la chambre de première instance que l'approche du juge Pocar défendent une approche selon laquelle « l'évaluation des dommages collatéraux susceptibles d'être causés aux biens culturels n'est pas uniquement une question de mètres cubes mais également, et essentiellement, une question relative à la valeur culturelle »¹²⁴.

En adoptant une telle approche, l'on introduit dans l'équation la valeur intangible du patrimoine culturel. Le recours à d'autres corpus de règles de droit international pour compléter les dispositions de DIH permet ainsi de prendre en compte dans l'évaluation des dommages collatéraux l'impact de la destruction du patrimoine culturel sur les droits fondamentaux. La gravité d'une telle destruction du patrimoine culturel est ainsi mieux prise en compte¹²⁵, ce qui permet de minimiser les dommages collatéraux irréversibles¹²⁶ portant atteinte au patrimoine culturel¹²⁷.

¹¹⁸ Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 62 aux pp 62-68 ; *Protocole I*, *supra* note 41, art 51 ; *Statut de Rome*, *supra* note 106, art 8(2)(b)(iv).

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Le Procureur c Prlić et al*, IT-04-74, Jugement de première instance (29 mai 2013) au para 1584 (TPIY).

¹²¹ *Ibid* au para 1585.

¹²² *Le Procureur c Prlić*, IT-04-74-A, Arrêt (29 novembre 2017) au para 411 (TPIY).

¹²³ *Ibid*, opinion dissidente du juge Pocar aux para 8-11.

¹²⁴ O'Keefe et al, *supra* note 74 au para 114.

¹²⁵ *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels*, *supra* note 20 au para 66.

¹²⁶ *Ibid* au para 65.

¹²⁷ *Ibid* au para 20.

L'on a beaucoup parlé en mars 2022 d'une frappe de missile visant la tour de télévision de Kiev qui aurait incidemment endommagé le mémorial de l'Holocauste de Babyn Yar¹²⁸ qui se situe sur l'emplacement d'une fosse commune où des milliers de personnes, principalement de confession juive, furent massacrées en 1941¹²⁹. Malgré que, *de facto*, ledit mémorial n'aie pas été incidemment endommagé¹³⁰, une telle frappe nous a tout de même amenée à envisager le respect du principe de proportionnalité. Dans un contexte où les discours de Vladimir Poutine font référence à une volonté de « dénazification de l'Ukraine » et allant jusqu'à qualifier les dirigeants ukrainiens de néonazis¹³¹, l'importance symbolique de ce mémorial érigé à la mémoire des victimes de la Shoah ainsi que sa valeur irremplaçable pour l'éducation et la commémoration de l'Holocauste ne semblent pas faire l'ombre d'un doute. Ainsi, le calcul de proportionnalité *ex ante* devrait dûment prendre en compte de tels dommages collatéraux « psychologiques », l'impact intangible de ces destructions.

En portant atteinte aux biens culturels, l'on porte également atteinte à l'histoire d'un peuple et à son identité¹³². Dès lors, l'atteinte aux biens culturels signifie en réalité « beaucoup plus que de détruire des briques, du bois ou du mortier »¹³³. L'offensive armée lancée par la Russie en février 2022, qui semble constituer notamment une tentative d'effacer l'identité de la nation ukrainienne, en est une triste illustration. En effet, de tels biens « *are seen as key to Ukrainian identity and independence* »¹³⁴ et leur destruction « *puts country's identity in peril* »¹³⁵.

Au travers de cette contribution, nous nous sommes attachée à souligner que, lorsqu'il s'agit des actes d'hostilité à l'encontre du patrimoine culturel, une approche se limitant aux disposition de DIH prises isolément aurait pour conséquence d'ignorer

¹²⁸ Callebaut, *supra* note 18.

¹²⁹ Daphné Rousseau, « Ukraine : sur le site du massacre de Babi Yar, une frappe russe qui remue les symboles », *Le Libre* (2 mars 2022) en ligne : *La Libre* <lalibre.be/dernieres-depeches/afp/2022/03/02/ukraine-sur-le-site-du-massacre-de-babi-yar-une-frappe-russe-qui-remue-les-symboles-RFEJFYPC LZGPT EUZQBKJPH622A/>.

¹³⁰ Jacques Pezet, « Le mémorial juif de Babi Yar a-t-il été détruit par un bombardement russe à Kyiv ? » (2 mars 2022), en ligne : *Libération* <liberation.fr/checknews/le-memorial-juif-de-babi-yar-a-t-il-ete-detruit-par-bombardement-russe-a-kyiv-20220302_C4UJ3NZLO5CK3M7ZBBXC13P2JM/>.

¹³¹ Tiffany Wertheimer, « Babyn Yar: Anger as Kyiv's Holocaust memorial is damaged », *BBC* (3 mars 2022) en ligne : *BBC* <bbc.com/news/world-europe-60588885>.

¹³² CICR, « Protection des biens culturels – Questions & réponses » (30 octobre 2017), en ligne : *CICR* <icrc.org/fr/document/protection-des-biens-culturels-questions-reponses>; Sitavanc, *supra* note 23.

¹³³ « Attaquer nos biens culturels, c'est attaquer notre humanité » (30 octobre 2017), en ligne : *CICR* <icrc.org/fr/document/attaquer-nos-biens-culturels-revient-attaquer-notre-humanite>.

¹³⁴ John Letzing, « This is why it's crucial to track and preserve Ukraine's cultural heritage » (23 novembre 2022), en ligne : *World Economic Forum* <weforum.org/agenda/2022/11/this-is-why-it-s-crucial-to-track-and-preserve-ukraine-s-cultural-heritage/>.

¹³⁵ Gedeon, *supra* note 8.

les dimensions culturelles et psychologiques qu'impliquent de tels actes d'hostilité. Ainsi, recourir à des fins interprétatives à d'autres corpus de règles du droit international devrait permettre de renforcer la protection du patrimoine culturel en période de conflit armé, en approchant de manière éclairée ce qui permet, en période de conflit armé, de protéger *de facto* l'identité culturelle.

Outre la notion de dommage collatéral « psychologique » et la prise en compte de l'atteinte à certains droits culturels qui permettent d'interpréter le DIH sous le prisme des droits fondamentaux, l'étude des dispositions dérogatoires a également permis de mettre en exergue le caractère irremplaçable du patrimoine culturel. Le patrimoine culturel « prend son sens dans la transmission et la réception de souvenirs et de savoirs et la perte de ce dernier signifie qu'on doit faire le deuil de la possibilité de le transmettre »¹³⁶. De tels biens culturels ne peuvent donc pas être remplacés dans leur essence, malgré une envisageable reconstruction. Ainsi, les dispositions relatives à la sauvegarde – pendant aux mesures de protection notamment envisagées dans la *Convention de La Haye de 1954* en son article 3 –, consistent en des mesures à adopter *a priori* et jouent également un rôle central pour éviter que ces actes d'hostilité se concrétisent. Le conflit entre l'Ukraine et la Russie nous en offre d'ailleurs quelques illustrations, parmi lesquelles l'utilisation de sacs de sable pour recouvrir certains biens culturels¹³⁷ ou l'acheminement hors du territoire ukrainien de certaines œuvres d'art, afin de les mettre à l'abri, notamment en Espagne¹³⁸. L'adoption de mesures de sauvegarde dès le temps de paix semble constituer un élément tout aussi primordial afin d'assurer une protection effective des biens culturels lorsqu'un conflit armé se déclenche¹³⁹. On peut notamment penser à une « planification des mesures d'urgence pour assurer la protection des biens contre les risques d'incendie ou d'écroulement des bâtiments » ou à la « préparation de l'enlèvement des biens culturels meubles ou la fourniture d'une protection *in situ* adéquate »¹⁴⁰.

¹³⁶ Turku, *supra* note 26.

¹³⁷ Pauline Jacot, « Ukraine : course contre la montre pour sauver le patrimoine culturel », *Les Échos* (17 mars 2022), en ligne : *Les Échos* <lesechos.fr/monde/europe/ukraine-course-contre-la-montre-pour-sauver-le-patrimoine-culturel-1394365>.

¹³⁸ Caroline Drzewinski, « Menacés par la guerre en Ukraine, des chefs-d'œuvre modernistes trouvent refuge à Madrid », *RTBF* (28 novembre 2022) en ligne : *RTBF* <rtbf.be/article/menaces-par-la-guerre-en-ukraine-des-chefs-doeuvre-modernistes-trouvent-refuge-a-madrid-11112951>; Sandrine Morel, « À l'abri de la guerre, des œuvres de l'avant-garde ukrainienne sont exposées au Musée Thyssen-Bornemisza de Madrid », *Le Monde* (30 décembre 2022) en ligne : *Le Monde* <lemonde.fr/culture/article/2022/12/30/a-l-abri-de-la-guerre-des-uvres-de-l-avant-garde-ukrainienne-sont-exposees-au-musee-thyssen-bornemisza-de-madrid_6156133_3246.html>.

¹³⁹ Casier, *supra* note 34 aux pp 14-21.

¹⁴⁰ À titre exemplatif, sans que cela ne soit contraignant dans le cadre du conflit armé russo-ukrainien, voir *Deuxième protocole relatif à la Convention de la Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, *supra* note 86, art 5.