

L'OBLIGATION DE JUGER OU D'EXTRADER DANS LA PRATIQUE CONTEMPORAINE DU CANADA

Par Marie-Pierre Olivier*

Depuis quelques années, il existe, au sein de la communauté internationale, une volonté de punir les auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité au sein de la communauté internationale, telle que l'illustrent la création des tribunaux internationaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie et, plus récemment, la ratification à Rome du traité sur la constitution de la Cour criminelle internationale. Toutefois, il est raisonnable de se demander si cette volonté ne demeure qu'un vœu pieux. Voilà la question que cet article aborde plus particulièrement sous l'angle de l'obligation en droit international pour les États de juger ou d'extrader les auteurs de crimes internationaux, une obligation qui existe depuis de nombreuses années et qui se retrouve au sein de plusieurs conventions et traités internationaux. L'auteur en présente les sources ainsi que les conséquences pour les États parties, en analysant la prétention de certains internationalistes qu'il s'agirait d'une norme coutumière.

Après avoir mis en place la toile de fond de l'obligation de juger ou d'extrader, l'auteur examine la pratique canadienne en présentant les développements législatifs au Canada, plus particulièrement la *Loi sur l'extradition* et les modifications apportées au Code criminel. En ce qui a trait à ces dernières, l'auteur trace un bref historique des événements qui ont mené à leur adoption. La Charte canadienne des droits et libertés constitue un autre instrument législatif important et susceptible d'avoir un impact sur l'obligation de juger ou d'extrader. À ce titre, l'auteur analyse les différentes sections de la Charte pouvant être invoquées dans ce contexte ainsi que la façon dont ces sections ont été interprétées par les tribunaux canadiens.

Puisque le Canada a ratifié la majorité des conventions internationales ayant trait à

In the last few years, the international community has developed the will to punish the authors of crimes of war and crimes against humanity. Such a will has found expression in the establishment of international tribunals for the conflict in Rwanda and for the conflict in the Former Yugoslavia, as well as in the recent ratification in Rome of the treaty for the constitution of the International Criminal Court. Despite these developments, it is reasonable to ask whether this will doesn't in fact remain but a pious wish. This article examines the question from the angle of the obligation in international law for States to apprehend or extradite the authors of international crimes, an obligation which has existed for a number of years and which is found in many international conventions and treaties. Its sources as well as its implications for signatory States are presented by and the thesis advanced by some internationalists that the obligation to apprehend or to extradite should be classified as a customary norm is considered.

Having outlined the principles and purpose of the obligation to apprehend or to extradite, the author turns to the Canadian practice and examines relevant legislation such as the *Extradition Act* and recent changes to the Criminal Code. In doing so, the author traces a brief account of the historical developments that led to the adoption of the Criminal Code modifications. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* constitutes another important legislative instrument that is bound to impact the way in which the international obligation is carried out in Canada. The author looks at the relevant sections of the Charter as well as their interpretation by Canadian tribunals.

Given the fact that Canada has ratified a majority of the international conventions dealing with the obligation to apprehend or to extradite and that the instruments necessary for the performance of this

* B.C.L. et LL.B. (1997), Université McGill. L'auteur tient à remercier René Provost professeur à l'Université McGill pour les conseils judicieux et les encouragements prodigués tout au long de la rédaction de ce texte. Ce texte est le gagnant du Concours Matthieu-Bernard de la SQDI pour l'année 1998.

l'obligation de juger ou d'extrader les auteurs de crimes internationaux et que les instruments nécessaires pour s'en acquitter sont inclus dans la législation canadienne, comment se fait-il que les cas de procès ou d'extradition pour crimes internationaux soient si peu répandus ? Après avoir analysé la politique canadienne actuelle, l'auteur conclut qu'il existe un fossé entre les intentions et la pratique, et formule des recommandations pour l'avenir en vue de modifier la législation et surtout la pratique de sorte que le Canada puisse s'acquitter plus efficacement de ses obligations internationales. De telles modifications sont impératives à l'heure où le droit pénal s'internationalise.

obligation are included in its legislation, how is it possible that instances of apprehensions or extradition are so rare? After analysing the current Canadian policy, the author concludes that a gap exists between the intentions and the practice and formulates recommendations aimed at present domestic legislation but mostly at present Canadian practice in order for Canada to fulfil its international obligations more efficiently. Such changes are imperative in a world where criminal law is undergoing a rapid process of internationalisation.

En 1992, Léon Mugesera, ancien conseiller du gouvernement rwandais, lançait sur les ondes de la radio rwandaise un appel au génocide des Tutsis. Quelque temps plus tard, les morts se comptaient par milliers au Rwanda. Léon Mugesera ne croupit pas présentement dans une prison africaine dans l'attente de son procès; c'est dans la ville de Québec qu'il vit paisiblement, entouré de sa famille. «Les criminels de guerre nazis se trouvent au Canada. Le Canada est le refuge secret des Nazis»¹. Des commentaires comme celui-ci, que l'on entend trop souvent, sont-ils justifiés²? Que penser de l'attitude du gouvernement canadien qui amène une situation telle que celle de Léon Mugesera à se produire?

La communauté internationale semble de plus en plus encline à qualifier certains crimes de crimes internationaux individuels. La réprobation unanime et universelle de ces actes a amené la création du principe de juridiction universelle, une juridiction exceptionnellement étendue accordée aux États pour la punition de ces crimes. Ce concept a pour but de faciliter la punition des crimes internationaux individuels, mais il semble encore flotter au niveau théorique, bien au-dessus de l'action concrète des États. L'obligation de juger ou d'extrader, que l'on exprime souvent par la maxime «*Aut dedere, aut judicare*» et qui découle du principe de juridiction universelle, suscite l'intérêt en ces temps où le droit pénal s'internationalise de plus en plus. Non seulement les discussions se poursuivent-elles en vue de créer un tribunal pénal international permanent, mais deux tribunaux *ad hoc* ont été mis sur pied dernièrement pour s'occuper du cas du Rwanda et de l'ex-Yougoslavie³. La responsabilité individuelle se voit donc accorder de plus en plus d'importance, et, dans ce contexte, la collaboration entre les États joue un rôle capital dans l'arrestation et la poursuite des auteurs de crimes du droit international. C'est pourquoi plusieurs conventions multilatérales imposent aux États l'obligation de juger ou d'extrader ces individus, puisque cette technique représente la seule façon de s'assurer que justice soit faite où qu'ils se trouvent. Cette obligation revêt une telle importance que certains auteurs prétendent que sa reconnaissance aurait atteint le statut de droit coutumier.

Des drames ont éclaté à travers le monde depuis la dernière grande guerre et les gens se déplacent, les meilleurs comme les pires. Certains d'entre eux trouvent refuge au Canada. Comment le Canada traite-t-il les criminels du droit international établis en son territoire? C'est la question que nous nous poserons ici, en nous demandant surtout ce qui devrait être fait en plus. Après avoir tenté d'établir la base juridique de l'obligation de juger ou d'extrader en droit international, nous verrons quelles sont les mesures législatives implantées par le Canada pour faciliter la mise en oeuvre de ses obligations

¹ «Canada is where the Nazis are. Canada is the unknown haven for Nazis. Everybody knows about Argentina, but nobody knows about Canada». Ces paroles sont de Steve Rambam, détective qui se consacre à la recherche des criminels de guerre nazis. Voir C. Turner, «Hunting for Nazis in Canada» *Los Angeles Times* (13 janvier 1973), en ligne : LEXIS (News, PAPERS).

² Le 2 février 1997, la chaîne CBS a présenté l'émission «60 Minutes» où l'on affirmait également que le Canada est un refuge pour les criminels de guerre.

³ Ces tribunaux ont été créés par résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies. Voir les résolutions Rés. CS 827, Doc. off. CS NU (1993) pour l'ex-Yougoslavie et Rés. CS 955, Doc. off. CS NU (1994) pour le Rwanda.

internationales. Les mesures législatives les plus connues demeurent les amendements au *Code criminel*, consacrant sa compétence pour juger les responsables de ces actes lorsque ces derniers se trouvent au Canada⁴. Toutefois, cet article n'est à peu près plus utilisé depuis que la décision dans *R. c. Finta*⁵ a rendu son application quasi-impossible. Nous examinerons les implications qu'a eu ce changement de cap du gouvernement canadien occasionné par ce jugement. Nous verrons également qu'il existe d'autres lois en droit canadien dont on ne parle que trop peu, mais dont l'utilisation pourrait résoudre certains problèmes. Nous nous demanderons par la suite si le Canada devrait adopter d'autres lois ou modifier la législation existante en accord avec les nouveaux développements au niveau international, notamment dans ses relations avec les deux tribunaux *ad hoc* pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie. La *Charte canadienne des droits et libertés*⁶ joue elle aussi un rôle important dans les procédures pénales, tout comme en matière d'extradition, car ses garanties s'appliquent aux ressortissants étrangers en territoire canadien et, de ce fait, ses dispositions peuvent entrer en contradiction avec les engagements pris par le Canada sur la scène internationale.

L'examen de l'obligation de juger ou d'extrader en droit canadien nous permettra d'observer diverses facettes du système juridique, mais également politique, qui se mêlent de façon serrée dans le domaine du traitement des criminels du droit international.

I. Sources de l'obligation de juger ou d'extrader en droit international

L'obligation de juger ou d'extrader est d'abord créée au niveau international, par le biais de traités multilatéraux ou même en vertu du droit coutumier, avant d'être transposée par les États dans leur droit interne. Cette obligation constitue une forme de juridiction inhabituelle pour les États et illustre la volonté de soumettre certains criminels à une juridiction internationale puisque la nature de leurs actes est telle qu'elle suscite la réprobation de la communauté internationale tout entière.

A. Crimes internationaux individuels et juridiction universelle

La notion de crimes du droit international vient modifier l'ordre établi traditionnellement en matière de juridiction pénale. Selon les principes de souveraineté, la juridiction des États sur les individus est limitée à quatre types⁷: la juridiction territoriale, personnelle active, personnelle passive et «protective». La juridiction territoriale apparaît comme le principe le plus évident, puisqu'il fait en sorte qu'un État a le pouvoir de juger les individus ayant commis un crime sur son territoire. La juridiction

⁴ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 7 (3.71) à 7 (3.76) [ci-après C. cr.].

⁵ [1994] 1 R.C.S. 701 [ci-après *Finta*].

⁶ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

⁷ Voir M.C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht-Boston, Martinus-Nijhoff, 1992 à la p. 511.

personnelle active permet à un État de juger l'un de ses ressortissants ayant commis un crime à l'étranger, tandis que la juridiction personnelle passive donne à l'État dont les ressortissants ont été victimes des actes d'un étranger la capacité de poursuivre cet individu⁸. Quant à la juridiction «protective», elle s'applique dans un cas où un ressortissant étranger a commis des actes qui portent atteinte à l'intégrité territoriale et la sécurité d'un autre État. Ces bases traditionnelles d'exercice de la juridiction ont toutes en commun l'exigence d'un lien entre l'État et le crime. Le principe de juridiction universelle, quant à lui, permet à un État de juger un ressortissant étranger dont le crime a été commis à l'extérieur de son territoire sur des personnes également étrangères. Puisque cette forme de juridiction étendue va à l'encontre des principes traditionnels, il est important de s'attarder sur ses sources.

1. CONVENTIONS MULTILATÉRALES

Le Canada est partie à quelques conventions multilatérales qui imposent l'obligation de juger ou d'extrader⁹, les plus explicites sur ce point étant sans doute les *Conventions de Genève*¹⁰.

a) *Conventions de Genève*

Les *Conventions de Genève* créent d'abord, pour les États membres, une obligation générale de «respecter et de faire respecter» le droit international humanitaire¹¹. Mais au-delà de cette exigence somme toute assez vague, les quatre conventions, dans un article qui leur est commun¹², imposent, en termes on ne peut plus clairs, l'obligation de juger devant leurs propres tribunaux ou d'extrader vers un autre État membre prêt à poursuivre les responsables de violations graves des *Conventions* :

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales à appliquer aux personnes ayant

⁸ Ce principe a été appliqué dans l'arrêt *Steamship Lotus (France c. Turquie)*, (1927), C.P.J.I. (Sér. A.) no 10 à la p. 4 où huit ressortissants turcs ont été tués lors d'une collision entre un navire turc et un navire français. La Turquie désirait poursuivre le capitaine du navire français. La Cour internationale de justice a reconnu que les deux États avaient une juridiction concurrente puisque les actes du ressortissant français ont eu des effets sur des ressortissants turcs.

⁹ Les principales étant la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277 [ci-après *Convention sur le génocide*] et la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 23 I.L.M. 1027, modifiée par 24 I.L.M. 535 [ci-après *Convention contre la torture*]. Voir également *infra* I.A.2.

¹⁰ *Conventions de Genève du 12 août 1949*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31.

¹¹ Cette expression se retrouve à l'article I des quatre conventions et à l'article 1 du *Protocole additionnel I de 1977*. L. Boisson de Chazourmes et L. Condorelli traitent en détail de cette obligation dans «Quelques remarques à propos de l'obligation des États de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances"» dans C. Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève-La Haye, Martinus Nijhoff, 1984 aux pp. 17-35.

¹² Art. 49, 50, 129 et 146.

commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant.

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les référer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues à sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.

Les quatre *Conventions* contiennent une liste de ces infractions graves¹³, parmi lesquelles nous retrouvons, entre autres, l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, les expériences biologiques et le fait de causer volontairement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé¹⁴.

Selon les commentaires de Jean Pictet, cet article crée trois obligations pour l'État partie : adapter sa législation interne, rechercher les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions graves des *Conventions de Genève* et traduire ces personnes en justice devant ses propres tribunaux ou les extradier vers un État membre concerné¹⁵. Les *Conventions* établissent l'obligation de rendre le droit interne conforme au droit humanitaire, exprimant par là une volonté de «nationaliser»¹⁶ le droit humanitaire. Pour en arriver à cette fin, il est nécessaire que les États, non seulement puissent, mais surtout aient le devoir de juger les responsables d'infractions graves.

Si l'on examine l'application pratique des *Conventions de Genève* en droit interne selon la division en trois parties de Jean Pictet, nous pouvons tout d'abord constater que le premier aspect, soit l'adaptation de la législation, est respecté par plusieurs États¹⁷. Le Canada est partie aux *Conventions de Genève* et a, lui aussi, incorporé celles-ci dans son droit interne¹⁸. La *Loi sur les conventions de Genève* a pour but d'intégrer toutes les dispositions des quatre *Conventions* et du *Protocole additionnel de 1977* en reprenant le texte de ces instruments. De plus, le Canada reconnaît par cette loi que ses tribunaux internes ont compétence pour juger les auteurs d'infractions graves,

¹³ Art. 50, 51, 130 et 147.

¹⁴ Pour une liste complète des infractions graves énumérées dans chaque convention, voir A. Dieng, «La mise en oeuvre du droit international humanitaire : Les infractions et les sanctions» dans *Le droit face aux crises humanitaires*, vol. 1, Bruxelles - Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995, 311 à la p. 373.

¹⁵ J. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1952-59 à la p. 590.

¹⁶ Condorelli et Boisson de Chazourmes, *supra* note 11 à la p. 25.

¹⁷ Voir A. Dieng, *supra* note 14 à la p. 326. Parmi les États ayant modifié leur législation interne, mentionnons l'Australie qui a mis en place le *War Crimes Amendment Act of 1988*, lequel ne s'applique toutefois qu'aux crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale et la Belgique qui a promulgué une loi le 16 juin 1993, Moniteur belge, 5 août 1993 à la p. 17751. En 1991, le Royaume-Uni a adopté le *War Crimes Act*, qui a créé un remous dans l'opinion publique, pour permettre la poursuite des responsables de violations graves. Tout récemment, le 21 août 1996, les États-Unis ont ajouté à leur législation le *War Crimes Act*, Pub.L. no 104-192, laquelle loi leur permet de juger les responsables de violations des *Conventions de Genève*.

¹⁸ *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. 1985, c. G-3, modifiée par L.C. 1990, c. 14.

même si les actes ont été commis à l'étranger¹⁹. Les amendements apportés au *Code criminel*²⁰ visaient également l'intégration de ce même type d'obligation en droit interne, puisqu'ils accordent au Canada la juridiction sur les individus ayant commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité à l'étranger. Le Canada traite donc, du moins en matière législative, le principe de juridiction universelle contenu dans les *Conventions de Genève* comme une obligation internationale qu'il a transposée en droit interne.

La jurisprudence internationale ne nous fournit que peu d'exemples d'application du deuxième volet, soit l'obligation de rechercher les responsables d'infractions graves. Les tribunaux français ont récemment eu à traiter de cette question dans l'affaire *Javor et al. c. X.*²¹ Des ressortissants bosniaques, rescapés des camps de détention serbes, se sont constitués partie civile dans une poursuite contre les Serbes qui les ont torturés. Les ressortissants serbes en cause ne se trouvant pas en territoire français à ce moment, les demandeurs invoquaient l'obligation pour la France, en vertu des *Conventions de Genève*, de rechercher ces individus. Le juge de première instance s'est d'abord déclaré compétent pour entendre l'action, mais la Cour d'appel a renversé ce jugement. Le problème provient du fait que la France, si elle est partie aux *Conventions de Genève*, n'a toutefois pas adopté de loi incorporant les *Conventions* en droit interne. C'est pourquoi la Cour d'appel conclut :

[Q]ue les obligations précitées [rechercher et juger les auteurs d'infractions graves] ne pèsent que sur les États parties et qu'elles ne sont pas directement applicables en droit interne. [...] [E]n l'absence d'effet direct des dispositions précitées des quatre Conventions de Genève et à défaut d'un texte de droit interne, les juridictions françaises sont incompétentes pour connaître des infractions prévues par les quatre Conventions de Genève lorsqu'elles sont commises à l'étranger, par des auteurs étrangers, sur des victimes étrangères²².

Cette situation demeure assez exceptionnelle, puisque la question de l'application des *Conventions de Genève* survient, la plupart du temps, alors que l'auteur se trouve sur le territoire de l'État.

C'est ce qui nous amène au troisième aspect des obligations créées par les *Conventions de Genève* en matière de responsabilité individuelle, soit l'obligation de juger ou d'extrader. Cette obligation illustre clairement le principe de compétence universelle. La juridiction universelle a notamment été affirmée dans l'affaire *Eichmann*²³ où la Cour suprême d'Israël a reconnu sa compétence pour juger un criminel de guerre

¹⁹ « [...] Lorsqu'il est allégué qu'une personne a commis l'infraction visée au paragraphe (1), des procédures peuvent être engagées à l'égard de celle-ci dans toute circonscription territoriale au Canada, que l'accusé soit ou non présent au Canada, et il peut subir son procès et être puni à l'égard de cette infraction comme si elle avait été commise dans cette circonscription [...] ». *Ibid.* à l'art. 3(2).

²⁰ Voir les art. 7 (3.71) et 7 (3.76) C.cr. Nous reviendrons sur ces dispositions dans la deuxième partie.

²¹ 24 novembre 1994, Cour d'appel de Paris, reproduite dans (1995) 85 *Rivista di diritto internazionale* 827 [ci-après *Javor*]. Voir également R. Maison, «Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes» (1995) 6 J.E.D.I. 260.

²² *Ibid.* à la p. 829.

²³ *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Sup. Ct., 29 mai 1962, 36 I.R.L. 277 [Israël].

nazi²⁴. Les États-Unis ont également agi en vertu de ce principe en permettant l'extradition vers Israël de John Demjanjuk, lui aussi un criminel de guerre nazi²⁵. Malgré le texte on ne peut plus clair, les poursuites en vertu des *Conventions de Genève* demeurent rares. Néanmoins, le 25 novembre 1994, la Haute Cour danoise a condamné Refik Saric, réfugié au Danemark, à huit ans de prison pour les crimes qu'il a commis dans un camp de détention croate. Le tribunal a jugé Saric en vertu du code pénal danois, mais a justifié sa compétence en vertu des *Conventions de Genève*²⁶. Récemment, le 28 février 1997, ce fut au tour de l'Allemagne d'entreprendre des poursuites criminelles contre deux ressortissants serbes de Bosnie, Nikola Jorgic, dont les actes, commis alors qu'il était à la tête de brigades nationalistes serbes, ont causé la mort de plusieurs personnes, ainsi que Novislav Djajic, accusé de crimes reliés au génocide, au meurtre et à l'emprisonnement. Les autorités allemandes ont offert de remettre l'accusé au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, mais celui-ci a décliné l'offre en raison de sa charge de travail déjà imposante²⁷. Toujours en relation avec le conflit yougoslave, un autre ressortissant serbe, Goran Grabez, se trouve présentement devant les tribunaux suisses pour répondre à des accusations de torture et de meurtre. Le tribunal international pour l'ex-Yougoslavie n'a pas demandé sa remise même s'il l'a inculpé²⁸. Le Royaume-Uni, après la mise en oeuvre du *War Crimes Act*, a entrepris des poursuites contre un ancien criminel de guerre nazi, Szymon Serafinowicz, accusé du meurtre de Juifs durant la Seconde Guerre mondiale. Ces procédures ont toutefois dû être arrêtées après que le jury ait déclaré l'accusé inapte à subir son procès²⁹. Il est à noter que sous l'autorité de la même loi, l'Écosse a, quant à elle, refusé de loger des accusations contre 13 individus, faute de preuves suffisantes³⁰. L'Australie a également entrepris des poursuites contre un criminel de guerre nazi en vertu de sa loi de 1989³¹.

Nous pouvons donc constater que les *Conventions de Genève* représentent la base la plus solide de la juridiction universelle et créent pour le Canada l'obligation de juger ou d'extrader les auteurs d'infractions graves aux *Conventions*. La pratique au niveau international demeure toutefois peu répandue et surtout, ne produit que peu de résultats concrets.

²⁴ Voir É. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994 à la p. 593.

²⁵ *Demjanjuk c. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (6th Cir. 1985) cert. denied, 475 U.S. 1016 (1986).

²⁶ Voir Maison, *supra* note 21 à la p. 262.

²⁷ « Trial of Serb charged with complicity in genocide opens in Germany » *Deutsche Presse-Agentur* (25 février 1997), en ligne : LEXIS (News, WIRES).

²⁸ Reuter, «Swiss put Bosnian Serb on Trial», Genève, 11 avril 1997; Reuter, «Swiss Trial Begins in Confusion», Lausanne, 15 avril 1997.

²⁹ «UK abandons war crimes trial» *AFX (London)* (17 janvier 1997), en ligne : LEXIS (News, PAPERS). Il semble que M. Serafinowicz, 86 ans, souffrait de la maladie d'Alzheimer.

³⁰ W.E. Schmidt, «Scotland Will Not Prosecute 17 Nazi Suspects» *The New York Times* (6 février 1994) 21.

³¹ *Polyukhovich c. Commonwealth of Australia*, (1991) 101 A.L.R. 545; C. Milne, «L3.5m Trial Awaits High Court Test of War Crime Law's Validity», en ligne : NEXIS (World, News & Analysis).

b) *Conventions multilatérales visant à enrayer un problème précis*

D'autres conventions internationales renferment elles aussi l'obligation de juger ou d'extrader, mais de façon moins explicite que les *Conventions de Genève*. Parmi ces traités, auxquels le Canada a adhéré, nous pouvons mentionner, parmi les plus importants, la *Convention pour la répression et la suppression du crime de génocide*³², la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*³³, la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*³⁴, la *Convention des Nations-Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*³⁵, la *Convention sur la prévention et la répression des infractions commises contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*³⁶ ainsi que la *Convention pour la répression des actes illicites contre la sécurité de l'aviation civile*³⁷.

Ces instruments traitent certains actes comme des crimes internationaux individuels et prévoient la punition des responsables. Toutefois, le principe de juridiction universelle y est moins fermement ancré que dans le cas des *Conventions de Genève*. Par exemple, les parties à la *Convention sur le génocide* s'engagent simplement à prendre les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application de la *Convention* et à prévoir des sanctions pour les responsables de génocide³⁸. Pour ce qui est de la juridiction sur les auteurs de génocide, l'article 6 prévoit que ceux-ci seront traduits «devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la Cour criminelle internationale qui sera compétente». Puisque le rêve d'une Cour criminelle internationale ne semble toujours pas en voie de devenir réalité, le seul État compétent pour juger l'individu reste celui où les actes ont été commis. Éric David conteste toutefois cette interprétation restrictive. Il affirme que la formulation de l'article 6 signifie simplement que l'État où le crime a été commis a *priorité* pour juger les auteurs, ce qui n'exclut pas la juridiction des autres États³⁹. Quant à savoir si tous les États ont véritablement une obligation de juger ou d'extrader les auteurs de génocide, Éric David

³² 78 R.T.N.U. 277 R.T. Can. 1949 n° 27, (1951), ratifiée par le Canada 3 septembre 1952. 123 États parties au 1er avril 1997 [ci-après *Convention sur le génocide*].

³³ R.T. Can. 1987 n° 36, Doc. N.U. A/39/51, 197 (1984). Ratifiée par le Canada le 24 juin 1987. 102 États parties au 1er avril 1997 [ci-après *Convention contre la torture*].

³⁴ L'article 12 prévoit: «Tout État partie prend en outre les mesures nécessaires pour affirmer sa juridiction sur le crime décrit dans la présente Convention lorsque le délinquant présumé se trouve dans sa juridiction et que l'extradition n'est pas accordée [...]».

³⁵ *Conférence des Nations Unies pour l'adoption d'une Convention contre le trafic illicite de drogues et de substances psychotropes*, Doc. NU E/Conf.82/15 (19 décembre 1988) ratifiée par le Canada le 5 janvier 1991.

³⁶ R.T. Can. 1977 n° 43, Rés. AG 3166 (XXVIII), Doc. off. AG NU, 28^e sess, Supp. n° 30, Doc. NU A/9030 (1973) 1.

³⁷ 23 septembre 1971, 974 R.T.N.U. 177, R.T. Can. 1973 n° 6, (ratifiée par le Canada le 26 janvier 1973). On y a ajouté le *Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation*, 27 I.L.M. 627 (ratifiée par le Canada le 6 août 1989) qui étend l'obligation de juger ou d'extrader à d'autres actes.

³⁸ *Convention sur le génocide*, *supra* note 32, art. 5.

³⁹ David, *supra* note 24 à la p. 621. Selon lui, cette interprétation serait appuyée par les travaux préparatoires qui parlent d'un droit pour l'État de juger l'un de ses ressortissants en raison d'actes commis sur son territoire.

affirme que ceci irait dans le sens de l'évolution du droit international⁴⁰, mais rien pour l'instant ne nous permet d'avancer qu'une telle obligation est reconnue présentement.

La *Convention contre la torture* est plus précise au sujet de l'obligation de juger ou d'extrader et spécifie, à l'article 5.2: «Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître lesdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas [...]». L'obligation est ici très claire, mais notons qu'on ne va pas ici aussi loin que dans les *Conventions de Genève* où est incluse l'obligation de rechercher les individus et où l'on spécifie, quant à l'extradition, que celle-ci doit se faire vers un pays qui a produit des charges suffisantes.

La *Convention pour la suppression du crime d'apartheid* prévoit elle aussi ce type d'obligation⁴¹, mais le Canada ne l'a toutefois pas ratifiée⁴².

Les différents traités examinés semblent refléter une tendance visant à donner une plus grande importance à l'obligation de juger ou d'extrader, pour permettre d'établir solidement le principe de juridiction universelle, en l'absence d'un tribunal international.

2. L'OBLIGATION DE JUGER OU D'EXTRADER EN TANT QUE NORME COUTUMIÈRE

De l'avis de certains auteurs, l'obligation de juger ou d'extrader les criminels du droit international aurait atteint le statut de norme coutumière; nous examinerons ici cet argument⁴³. Tout d'abord, même si un débat oppose les tenants des doctrines volontariste et classique⁴⁴, il est clairement établi que deux éléments doivent se trouver réunis pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une norme coutumière internationale, soit l'élément matériel et l'élément psychologique⁴⁵. L'élément matériel se traduit par la pratique des États : celle-ci doit être constante, générale et uniforme⁴⁶. Les actes des États, appelés précédents, dont il faut tenir compte afin de déterminer l'existence d'une coutume sont ceux «qui ont une incidence sur les relations internationales»⁴⁷. Parmi eux,

⁴⁰ *Ibid.* à la p. 622.

⁴¹ 1051 R.T.N.U. 14868. L'article 4 prévoit que les États s'engagent à «prendre des mesures législatives, judiciaires et administratives pour poursuivre, faire juger et punir conformément à leur juridiction les personnes responsables ou accusées des actes définis à l'article II de la présente Convention, qu'elles résident ou non sur le territoire de l'État dans lequel les actes ont été perpétrés, et qu'il s'agisse de ressortissants de cet État ou d'un autre État [...]».

⁴² 100 États parties au 1er avril 1997.

⁴³ Nous sommes conscients du fait que la formation d'une norme coutumière est un processus complexe et sur lequel les auteurs ne s'entendent pas tous, mais une analyse approfondie de cette question dépasserait le cadre de notre analyse.

⁴⁴ Ce débat porte principalement sur l'ordre des étapes à suivre dans le processus de formation d'une norme coutumière. Voir Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, 5e éd. par A. Pellet et P. Dallier, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.

⁴⁵ La Cour internationale de Justice a appliqué ces deux critères pour la reconnaissance d'une norme coutumière dans les *Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne) c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas*, [1969] C.I.J. Rec. 3.

⁴⁶ Voir J.-M. Arbour, *Droit international public*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1992 aux pp. 36-38.

⁴⁷ Nguyen Quoc Dinh, *supra* note 44 à la p. 317.

l'on retrouve les décisions judiciaires, la législation, les actes des agents diplomatiques, ainsi que les traités⁴⁸. Les actes des organisations internationales peuvent également être considérés, soit parce que les organisations contribuent elles-mêmes à la formation du droit international, soit parce que leurs actes représentent indirectement les actes des États⁴⁹. L'élément psychologique, exprimé par le terme *opinio juris*, est plus difficile à cerner, puisqu'il représente le sentiment pour les États d'agir en conformité avec une règle de droit par laquelle ils sont liés.

Si l'on analyse tout d'abord l'élément matériel au regard de l'obligation de juger ou d'extrader, il faut s'attarder aux précédents dans ce domaine. Les traités multilatéraux peuvent être considérés comme des précédents, mais sans que leur ratification, même massive, soit suffisante en soi pour justifier une pratique générale et constante. En ce sens, les *Conventions de Genève* rassemblent 188 États parties⁵⁰ et aucun de ces États n'a émis de réserve quant à l'obligation de juger ou d'extrader les auteurs d'infractions graves. Au niveau interne, les États sont encore peu nombreux à avoir instauré une loi leur permettant de poursuivre les criminels du droit international; quant à la jurisprudence en ce sens, les quelques cas relevés plus haut apparaissent comme des exceptions. C'est ce qui pourrait amener à conclure que l'élément matériel, dans le cas de l'obligation de juger ou d'extrader, n'existe tout simplement pas⁵¹. Ce à quoi les auteurs Bassiouni et Wise répondent qu'il faut envisager l'élément matériel d'une façon différente pour voir que la pratique des États n'est pas nécessairement le facteur déterminant: l'aspect normatif, notamment les actes des organisations internationales, possède une valeur tout aussi importante⁵². Par exemple, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté les *Principles of International Co-Operation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity*⁵³, qui prévoient, à l'article 5, que les États doivent collaborer entre eux en vue de l'extradition des criminels⁵⁴ ainsi que la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*⁵⁵. Les travaux de la Commission de droit international peuvent être considérés dans la mesure où ils reflètent une tendance, qui peut éventuellement mener à la codification du droit coutumier⁵⁶. Le projet de *Code sur les crimes contre la paix et la*

⁴⁸ Voir Arbour, *supra* note 46 à la p. 39.

⁴⁹ Nguyen Quoc Dinh, *supra* note 44 à la p. 318.

⁵⁰ Au 1er avril 1997. Les Nations Unies, quant à elles, comptent 185 membres.

⁵¹ C'est l'avis de Theodor Meron qui juge que le manque de constance dans la pratique des États rend moins convaincant l'argument selon lequel l'obligation aurait atteint le statut de droit coutumier. Voir T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989 à la p. 61.

⁵² C. Bassiouni et E.M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Boston, Martinus Nijhoff, 1995 à la p. 46.

⁵³ Rés. AG 3074 (XXVIII), Doc. off. AG NU, 28e sess., Supp. n° 30A, 778, Doc. NU A/9030/Add.1 (1973).

⁵⁴ *Ibid.*, art. 5. Cet article prévoit que l'auteur de crime de guerre ou de crime contre l'humanité devrait être jugé, en règle générale, dans l'État où les crimes ont été commis. Les États doivent donc s'entendre sur la question de l'extradition. Toutefois, la formulation de cet article ne semble pas exclure la juridiction universelle.

⁵⁵ Rés. AG 2391 (XXIII), Doc. off. AG NU, 23e sess., Supp. n° 18, Doc. NU A/7218 (1968) 40. L'article III prévoit que : «Les États parties à la présente Convention s'engagent à adopter toutes les mesures nécessaires, d'ordre législatif ou autre, qui seraient nécessaires en vue de permettre l'extradition, conformément au droit international, des personnes visées par l'article II de la présente Convention [auteurs de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité].»

⁵⁶ Pour plus de détails sur la codification des normes coutumières, voir Nguyen Quoc Dinh, *supra* note 44 aux

sécurité de l'humanité prévoit l'obligation de juger ou d'extrader⁵⁷ les auteurs de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, lesquels comprennent le génocide, les agressions, les crimes contre l'humanité, les attaques contre les Nations unies et leur personnel et les crimes de guerre⁵⁸.

L'élément psychologique, quant à lui, est beaucoup plus difficile à démontrer, puisqu'il faudrait déterminer, lorsque les États agissent, si leurs actes sont motivés par le sentiment de se conformer à une règle de droit.

Si l'on conclut que l'obligation de juger ou d'extrader elle-même n'existe pas en tant que norme coutumière, il semble que le principe de juridiction universelle sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ait atteint ce statut. La cour, dans l'arrêt *Eichmann*, l'a reconnu lorsqu'elle a affirmé que la juridiction territoriale des États prévue à l'article 6 de la *Convention sur le génocide* n'était pas exhaustive⁵⁹. Éric David soutient également cette théorie en donnant l'exemple de la Belgique, où l'on a, en 1947, édicté une loi donnant aux tribunaux militaires la juridiction pour connaître les crimes de guerre⁶⁰, avant la mise en oeuvre des *Conventions de Genève*. Selon lui, il s'agit de l'illustration de l'application directe en droit interne d'une règle coutumière internationale⁶¹. Au Canada, la Commission d'enquête sur les crimes de guerre valide implicitement la théorie du droit coutumier en niant l'effet rétroactif des modifications à apporter au Code criminel lorsqu'elle énonce que: «[...] l'extermination d'une population civile, par exemple, était, en vertu des lois de toutes les nations dites civilisées, un crime aussi grand en 1940 qu'il peut l'être aujourd'hui»⁶². C'est ce qui amène Cherif Bassiouni à prétendre que la règle de «aut dedere aut judicare» représente une règle de *jus cogens*. En effet, si les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont reconnus comme faisant partie du *jus cogens*, donc revêtant une grande importance pour les États afin de respecter l'ordre public international, il en serait de même pour l'obligation de juger ou d'extrader les auteurs de ces crimes⁶³.

pp. 328-33.

⁵⁷ Voir l'article 9. La Commission de droit international s'appuie, pour justifier le principe de juridiction universelle, sur les divers traités multilatéraux prévoyant l'obligation de juger ou d'extrader. On affirme que: « Any State Party in whose territory an alleged offender is present is competent to try the case [...]. In the absence of a request for extradition, the custodial State would have *no choice* but to submit the case to its national authorities for prosecution » [nos italiques]. Voir (1994) 46 (1) *Annuaire de la Commission de droit international*.

⁵⁸ Ces crimes sont respectivement détaillés aux articles 17 à 20 du projet de *Code sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, *ibid.*

⁵⁹ Bassiouni, *supra* note 7 à la p. 520.

⁶⁰ David, *supra* note 24 à la p. 589.

⁶¹ *Ibid.* à la p. 590.

⁶² Commission d'enquête sur les criminels de guerre, *Rapport. 1ère Partie : Publique*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986 à la p. 170 [ci-après Commission Deschênes]. Voir également J. Rikhof, «Crimes Against Humanity, Customary International Law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda» (1995) 6 *N.C.L.J.* 233.

⁶³ «A number of rules prohibiting international offenses (such as aggression, genocide, and serious breaches of international humanitarian law) are widely held to constitute rules of *jus cogens* [...]. In so far as it constitutes a rule of customary international law with respect to these offenses, the same might be said of the principle *aut dedere aut judicare*», Bassiouni et Wise, *supra* note 52 à la p. 52.

La preuve du statut de règle coutumière de *aut dedere aut judicare* n'est pas encore faite, mais il semble que l'on puisse du moins prétendre que le principe de juridiction universelle pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité a atteint ce niveau. Pour le Canada, ceci pourrait étendre sa compétence pour juger les individus soupçonnés d'apartheid, puisque l'apartheid est défini, la plupart du temps, comme un crime contre l'humanité⁶⁴. Nous avons mentionné plus haut que le Canada n'était pas partie à la *Convention contre l'apartheid*. Toutefois, puisque le *Code criminel* retient, comme définition de crime contre l'humanité, un «[acte] constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations»⁶⁵, le Canada pourrait donc exercer sa juridiction sur les responsables de crimes d'apartheid se trouvant sur son territoire, sans être partie à la convention.

II. Analyse de la pratique et des politiques canadiennes au regard de l'obligation de juger ou d'extrader

Après avoir examiné les sources internationales des obligations canadiennes, nous verrons ce que le Canada fait, non seulement pour les intégrer en droit interne, mais surtout pour les mettre en application.

A. Législation canadienne mise en place

La plupart des traités multilatéraux prévoient que les États membres doivent prendre les mesures nécessaires au niveau interne afin de respecter leurs obligations internationales. Ces mesures se traduisent d'abord par l'adoption de lois intégrant les modalités des traités en droit interne; nous examinerons la façon dont le Canada s'est conformé à cette exigence. Nous évaluerons également l'impact des lois canadiennes déjà existantes, telles que la *Loi sur l'extradition*⁶⁶ et la *Charte*, sur l'obligation de juger ou d'extrader.

1. MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE CRIMINEL

a) *Arrière-plan historique*

En 1985, le gouvernement canadien a mis sur pied une commission d'enquête⁶⁷, présidée par Monsieur le juge Jules Deschênes, afin de faire la lumière sur la présence au Canada de criminels de guerre de la Seconde Guerre mondiale. Grâce aux recomman-

⁶⁴ Voir entre autres le *Projet de code sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, *supra* note 58, art. 18.

⁶⁵ Art. 7 (3.76) C.cr.

⁶⁶ *Loi concernant l'extradition des criminels fugitifs*, L.R.C. 1985, c. E-23, mod. par L.C. 1992, c. 13 [ci-après *Loi sur l'extradition*].

⁶⁷ Commission Deschênes, *supra* note 62.

dations de la Commission Deschênes, des modifications ont été apportées au *Code criminel* afin de faciliter la poursuite au Canada des auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité commis à l'étranger. Avant l'ajout de ces nouvelles dispositions, la législation canadienne ne fournissait pas les outils nécessaires pour permettre de respecter l'obligation internationale de juger ou d'extrader ces individus.

Parmi les lois existant avant la mise sur pied de la Commission Deschênes, se retrouvait la *Loi sur les crimes de guerre*⁶⁸, laquelle est d'ailleurs toujours en vigueur, puisqu'elle n'a pas été abrogée et que la Loi modifiant le *Code criminel* n'en fait pas mention. La Commission Deschênes a toutefois conclu qu'aucune poursuite ne pouvait être intentée contre les criminels de guerre nazis en vertu de cette loi⁶⁹. La raison première de son inefficacité réside dans le fait que la loi est conçue pour s'appliquer aux cas de procès militaires tenus en temps de guerre⁷⁰. En effet, les poursuites en vertu de cette loi se tiennent devant un tribunal militaire convoqué par «un officier commandant des forces du Canada»⁷¹. De plus, les *Règlements concernant les crimes de guerre (Canada)*⁷², contenus en annexe de la loi, prévoient l'applicabilité de la peine de mort. David Matas affirme néanmoins que ces problèmes étaient surmontables et qu'il aurait été possible, avec quelques modifications, d'adapter la *Loi sur les crimes de guerre* de façon à rendre possible la poursuite des criminels de guerre nazis⁷³. Même si les modifications apportées avaient permis la poursuite des criminels de guerre nazis, ce n'est pas suffisant pour que le Canada se conforme à ses obligations internationales, puisque la définition de «crime de guerre» se limite à une «infraction aux lois ou usages de guerre, commise pendant toute guerre à laquelle le Canada a participé ou peut participer»⁷⁴. Les crimes contre l'humanité ne sont pas couverts par la juridiction créée par la *Loi sur les crimes de guerre*, non plus que les actes commis dans le cadre de conflits internes auxquels le Canada est complètement étranger.

Nous avons mentionné en première partie la *Loi sur les conventions de Genève*, laquelle approuve les *Conventions* et semble représenter une autre base de juridiction pour les tribunaux canadiens sur les auteurs de crimes commis à l'étranger. Cette loi n'a toutefois pas été interprétée comme créant une telle juridiction. La Cour d'appel de l'Ontario a décidé, dans *R. and Federal Republic of Germany c. Rauca*⁷⁵, que cette loi n'était pas applicable : «Not only is the Geneva Conventions Act not a statute of general application, but it is a piece of substantive law, which does not have a retroactive effect»⁷⁶. Le juge ne donne toutefois aucune raison au soutien de cette interprétation. Rappelons que cette affaire concernait la demande d'extradition par la République fédérale allemande d'un criminel de guerre nazi se trouvant au Canada. La Commission

⁶⁸ L.C. 1946, c. 73.

⁶⁹ Commission Deschênes, *supra* note 62 à la p. 132. Pour une analyse de cette loi, voir L.C. Green, «Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity» (1988) 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 217.

⁷⁰ Commission Deschênes, *ibid.*

⁷¹ *Loi sur les crimes de guerre*, *supra* note 69 à l'art. 4(1).

⁷² Annexe de la *Loi sur les crimes de guerre*, L.C. 1946, c. 73.

⁷³ D. Matas, *Justice Delayed: Nazi War Criminals in Canada*, Toronto, Summerhill Press, 1987 à la p. 125.

⁷⁴ *Supra* note 72 à l'art. 2(f).

⁷⁵ (1983) 34 C.R. 97 (Ont. C.A.).

⁷⁶ *Ibid.* à la p. 121.

Deschênes, après analyse des opinions de différents auteurs, en vient elle aussi à la conclusion qu'aucune poursuite ne peut être entreprise en vertu de la *Loi sur les Conventions de Genève*⁷⁷. La Commission Deschênes examine les *Conventions de Genève*, plus particulièrement leur article 2 commun, et dit que «rares sont les cas où il serait plus difficile de déduire du texte une intention implicite d'une application rétroactive»⁷⁸. Par conséquent, puisque les *Conventions de Genève* n'ont pas d'effet rétroactif, les individus ayant commis des infractions graves avant leur entrée en vigueur ne peuvent être poursuivis en vertu de la *Loi sur les Conventions de Genève*. Tous ne sont pas d'accord avec cette interprétation. En édictant cette loi, le Canada a incorporé en droit interne son engagement international quant à la poursuite ou l'extradition des auteurs d'infractions graves. Une théorie veut que les *Conventions*, tout comme la loi canadienne, ne soient que la codification du droit coutumier. Si l'on accepte la théorie voulant que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité existaient en vertu du droit coutumier bien avant les Conventions de Genève, il faut conclure que la *Loi sur les Conventions de Genève* donne juridiction aux tribunaux canadiens dans ces cas⁷⁹. La Commission Deschênes soulève seulement le problème de la non-rétroactivité et ne semble pas prétendre que la *Loi sur les Conventions de Genève* ne puisse être utilisée pour entreprendre une poursuite en général. Il est intéressant de noter que cette loi a été modifiée en 1990, non seulement pour ajouter les dispositions du *Protocole additionnel de 1977*, mais également pour éliminer l'exigence de double infraction contenue à l'article 3(1) de la loi originale⁸⁰. Cette mesure semble être destinée à reconnaître les infractions graves comme infractions en droit canadien et, par le fait même, à rendre la poursuite des auteurs présumés plus aisée⁸¹. Donc, puisque les *Conventions de Genève* ainsi que la loi canadienne s'appliquent aux actes commis après leur entrée en vigueur, elles pourraient permettre la poursuite des auteurs «modernes» d'infractions graves, si celles-ci ont été commises lors d'un conflit international. Par exemple, elle pourrait servir de base à la compétence des tribunaux canadiens pour juger les auteurs d'infractions graves commises en ex-Yougoslavie, à partir du moment où ce conflit est qualifié de conflit international. La *Loi sur les Conventions de Genève* reste toutefois peu mentionnée en général, comme si les conclusions de la Commission Deschênes avaient entraîné l'idée qu'elle est

⁷⁷ Commission Deschênes, *supra* note 62 aux pp. 132-36.

⁷⁸ *Ibid.* à la p. 135.

⁷⁹ David Matas est de cet avis. Voir Matas, *supra* note 73 à la p. 127.

⁸⁰ Art. 3(1). «Toute infraction grave à une des conventions de Genève de 1949 [...], qui constituerait, si elle était commise au Canada, une infraction au *Code criminel* ou à une autre loi du Parlement du Canada constitue une infraction au *Code criminel* ou à cette autre loi si elle est commise à l'extérieur du Canada.»

Cet article est remplacé par:

Art. 3(1). «Quiconque commet, au Canada ou ailleurs, une infraction grave [...] est coupable d'un acte criminel et passible :

- a) dans le cas où il y a eu mort d'une personne, de l'emprisonnement à perpétuité;
- b) dans les autres cas, d'un emprisonnement maximal de quatorze ans».

⁸¹ Lors de la présentation du projet de loi à la Chambre des Communes, le secrétaire parlementaire du secrétaire d'État aux Affaires extérieures a décrit comme suit l'effet de la modification: «[L]e projet de loi C-25 propose simplement de modifier la loi de 1965 sur les *Conventions de Genève* de façon qu'elle dispose que toutes les infractions graves [...] deviennent des infractions directes aux lois canadiennes»; Canada, *Débats de la Chambre des communes* (25 janvier 1990) à la p. 7448.

inapplicable, un point c'est tout. Il serait toutefois étrange que l'on ait pris la peine de modifier la loi de cette façon si on l'avait véritablement considérée comme inutilisable.

Le travail de la Commission Deschênes ayant permis d'établir la présence de criminels de guerre au Canada et l'impuissance des tribunaux en vertu des lois canadiennes existantes, le gouvernement canadien décide, suivant ainsi les recommandations de la Commission, d'apporter des amendements au Code criminel afin d'y importer le principe de juridiction universelle. La Commission Deschênes a en effet conclu que le Code criminel représente l'outil le plus efficace et ne retient pas la solution qui vise à modifier la *Loi sur les crimes de guerre* ou la *Loi sur les Conventions de Genève*⁸².

Les modifications, qui se retrouvent aujourd'hui aux articles 7(3.71) et (3.76), permettent aux tribunaux canadiens d'exercer leur juridiction sur l'auteur d'un acte constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, dès qu'il se trouve en territoire canadien, même si cet acte a été commis à l'étranger et que l'auteur est un ressortissant étranger. Le crime contre l'humanité est défini comme suit :

Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait - acte ou omission - inhumain d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration et d'autre part, soit constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations⁸³.

Quant au crime de guerre, le Code criminel en donne la définition suivante :

Fait - acte ou omission - commis au cours d'un conflit armé international qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration et constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel applicable à de tels conflits⁸⁴.

Les nouveaux articles reprennent, à quelques différences près, les recommandations de la Commission Deschênes. Celle-ci spécifiait d'abord, dans sa définition de crime contre l'humanité, que l'infraction pouvait avoir eu lieu *en temps de paix ou de guerre passée ou future*⁸⁵. Le Code criminel ne mentionne pas cette phrase littéralement, mais, en mentionnant «l'époque» à laquelle l'acte a été commis, semble impliquer un effet rétroactif. La Commission cherchait visiblement à contourner les problèmes de rétroactivité dont souffre la *Loi sur les Conventions de Genève*, tout en créant une loi qui soit à la fois conforme à la *Charte* et son article 11(g) et applicable à tous les crimes, passés ou futurs. L'article 11(g) de la *Charte* prévoit que l'accusé a le droit «de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est

⁸²Commission Deschênes, *supra* note 62 aux pp. 167-75.

⁸³Art. 7(3.76) C.cr.

⁸⁴*Ibid.*

⁸⁵Commission Deschênes, *supra* note 62 à la p. 179.

survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international [...]». La Commission Deschênes précise donc que les modifications n'ont pas pour objectif de criminaliser des actes qui n'étaient pas des crimes au moment de leur perpétration et retient, entre autres, l'argument du droit coutumier, selon lequel les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité étaient considérés comme répréhensibles même avant leur codification dans les *Conventions de Genève*⁸⁶.

Les dispositions du Code criminel posent toutefois une limite: l'article 7(3.71) spécifie qu'il est nécessaire que l'infraction reprochée ait constitué une infraction en vertu du droit canadien à cette époque⁸⁷. Cette précision ne devrait pas nuire à la poursuite, puisque, la plupart du temps, les individus sont accusés de crimes tels que le meurtre et le vol, par exemple⁸⁸, lesquels se retrouvaient déjà inscrits en droit canadien.

Il est également intéressant de noter le traitement réservé au crime de génocide. La définition de crime contre l'humanité de l'article 7(3.71) ne mentionne pas explicitement le terme «génocide» parmi la liste des actes constituant un crime contre l'humanité. L'infraction d'incitation au génocide se retrouve à l'article 318 du *Code criminel* et prévoit une définition précise :

[...]l'un ou l'autre des actes suivants commis avec l'intention de détruire totalement ou partiellement un groupe identifiable, à savoir :

- a) le fait de tuer des membres du groupe;
- b) le fait de soumettre délibérément le groupe à des conditions de vie propres à entraîner sa destruction physique⁸⁹.

L'article 7(3.71) C.cr. parle de l'assassinat ou l'extermination d'un groupe identifiable de personnes, mais sans indiquer la nécessité de l'intention de détruire ce groupe. Toutefois, l'article 318 C.cr. précise que la définition qui y est contenue ne concerne que l'infraction en cause. Est-ce à dire que le standard de preuve sera différent selon que l'individu est accusé d'avoir fomenté le génocide ou s'il a lui même commis le génocide ? La *Convention sur le génocide* contient la même exigence d'intention de détruire le groupe identifiable⁹⁰. On pourrait donc croire que celle-ci sera requise dans le cas d'une poursuite en vertu de 7(3.71) C.cr.

Les modifications apportées au *Code criminel* sont nées du besoin de remédier au problème des criminels de guerre de la Seconde Guerre mondiale; toutefois, ces articles

⁸⁶*Ibid.* à la p. 170.

⁸⁷Michèle Jacquart relève ce fait dans «La notion de crime contre l'humanité en droit international contemporain et en droit canadien» (1990) 21 R.G.D. 607 à la p. 643. Selon elle, les tribunaux interpréteront cette disposition à la lumière du droit international applicable, c'est-à-dire en conformité avec les conventions multilatérales reconnaissant la juridiction universelle.

⁸⁸Si l'on prend l'exemple de Imre Finta, celui-ci a été accusé de séquestration, de vol qualifié, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable. Voir *Finta*, *supra* note 5.

⁸⁹Art. 318(2) C.cr.

⁹⁰*Convention sur le génocide*, *supra* note 32 à l'art. 2. Les statuts des tribunaux internationaux pour le Rwanda (art. 2) et l'ex-Yougoslavie (art. 4) reprennent intégralement la définition de génocide contenue dans la convention.

signifient la reconnaissance par le Canada de ses obligations internationales, notamment celle de juger les criminels du droit international se trouvant sur son territoire, et leur incorporation en droit interne.

b) *Interprétation des dispositions du Code criminel par les tribunaux*

Quelque temps après l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, le premier accusé se retrouvait devant les tribunaux. Imre Finta, ancien capitaine de la Gendarmerie royale de Hongrie, était inculpé, en vertu des nouveaux articles du *Code criminel*, d'une série de crimes contre l'humanité et d'une série de crimes de guerre. La procédure du Code criminel prévoit que la juridiction du tribunal est établie en vertu des articles 7(3.71) et 7(3.76), mais les accusations portées contre l'individu doivent faire partie des infractions au Code criminel de l'époque. En l'espèce, Finta a été accusé de séquestration, de vol qualifié, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable, conformément au Code criminel applicable à ce moment⁹¹. Finta a été acquitté en première instance⁹² et le jugement a été maintenu par la Cour d'appel de l'Ontario⁹³. En appel, la Cour suprême du Canada, dans une décision rendue par quatre juges contre trois dissidents, a rejeté l'appel de la Couronne, confirmant ainsi l'acquiescement de Finta⁹⁴. La Cour suprême a toutefois reconnu à l'unanimité la constitutionnalité des articles 7(3.74) et 7(3.76) C.cr.⁹⁵ La Cour a établi que la dérogation à l'article 15 C.cr. - prévoyant la défense d'obéissance à la loi - qu'autorise l'article 7(3.74) C.cr. ne viole pas les principes de justice fondamentale, puisque «l'acte criminel est d'une nature telle que, non seulement la désapprobation de la société est fondée, mais l'acte ne peut être justifié par le moyen de défense exclu»⁹⁶. Quant à la prétention selon laquelle les dispositions du *Code criminel* portent atteinte à l'article 15 de la *Charte*, du fait que les auteurs de crimes commis à l'étranger ne sont pas traités de la même façon que tous les autres criminels, le juge Cory rejette cet argument en disant que «la différence apparente de traitement ne repose pas sur une caractéristique personnelle, mais sur le lieu du crime»⁹⁷. L'aspect rétroactif des dispositions est également conforme aux articles 7 et 11 de la *Charte*, puisque la Cour reconnaît que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont condamnés par toutes les nations, même si, au moment où ils ont été commis, les dispositions législatives ne permettaient pas leur punition⁹⁸. Les juges rejettent l'argument selon lequel les dispositions portent

⁹¹ *Code criminel*, S.R.C. 1927, c. 36.

⁹² *R. c. Finta*, 69 O.R. (2d) 557.

⁹³ *R. c. Finta*, (1992) 73 C.C.C. (3d) 65.

⁹⁴ Pour une analyse de l'arrêt *Finta*, voir I. Cotler, «Commentaire d'arrêt : *R. c. Finta*» (1996) 90 A.J.I.L. 460 et D. Matas, «The Case of Imre Finta» (1994) 34 U.N.B.L.J. 281.

⁹⁵ L'intimé avait formé un pourvoi incident par lequel il prétendait que les articles 7(3.74) et 7(3.76) C. cr. devaient être déclarés inconstitutionnels puisqu'ils allaient à l'encontre des articles 7, 11(a), 11(b), 11(d), 11(g), 12 et 15 de la *Charte*.

⁹⁶ *Finta*, *supra* note 5 à la p. 865, le juge Cory. De plus, le juge Cory précise que l'article 7(3.74) ne crée pas une obligation, il accorde une faculté de condamner l'accusé malgré cette défense.

⁹⁷ *Ibid.* à la p. 875.

⁹⁸ *Ibid.* aux pp. 870-74. Le juge Cory cite H. Kelsen, «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law» (1947) Int'l L.Q. 153, qui affirme que:

Puisque les actes illégaux en droit international, à l'égard desquels l'entente de Londres

atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable (alinéa 11(b)) et au droit d'être présumé innocent (alinéa 11(d))⁹⁹.

La décision de la Cour suprême, si elle a admis la constitutionnalité des dispositions en cause, a toutefois posé des conditions d'application difficiles à rencontrer. Tout d'abord, le juge Cory, les juges Gonthier, Major et Lamer souscrivant à ses motifs, affirme qu'une condamnation pour crimes contre l'humanité ou crime de guerre nécessite que la connaissance subjective par l'accusé de la nature de ses actes soit prouvée. Selon lui, «déclarer quelqu'un coupable d'une infraction alors qu'il n'a pas été établi hors de tout doute raisonnable qu'il connaissait l'existence de conditions donnant à ses actions cette dimension requise de cruauté et de barbarisme viole les principes de justice fondamentale»¹⁰⁰.

L'autre conclusion du juge Cory qui pose un obstacle aux poursuites éventuelles, a trait aux moyens de défense qui peuvent être invoqués par l'accusé. En effet, l'on reconnaît la disponibilité du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres supérieurs ainsi que la défense d'agent de la paix prévue à l'article 25 C.cr. Le juge Cory spécifie que ces moyens de défense ne peuvent être invoqués lorsque les ordres sont «manifestement illégaux», mais demeurent accessibles à l'accusé lorsque celui-ci peut prouver qu'il n'avait pas la liberté morale de refuser¹⁰¹.

2. LA LOI SUR L'EXTRADITION

L'obligation de juger ou d'extrader implique que le Canada doit extrader le criminel du droit international vers un pays qui en fait la demande; ce n'est qu'en cas de refus qu'il doit le juger. Les procédures d'extradition sont régies par la *Loi sur l'extradition* et les traités d'extradition bilatéraux entre le Canada et plusieurs pays. Quelques questions se posent en ce qui a trait à la relation entre la *Loi sur l'extradition* et l'obligation de juger ou d'extrader. Tout d'abord, il faut se demander vers quel pays le criminel peut-il être extradé et, deuxièmement, ce qu'il faut faire pour faciliter les procédures entre le Canada et les États avec qui il n'existe pas de traité d'extradition.

a établi une responsabilité criminelle individuelle, étaient également des plus blâmables du point de vue moral, et que les auteurs de ces actes étaient certainement conscients de leur nature immorale, on peut difficilement considérer que la rétroactivité de la loi appliquée à leur égard est tout à fait contraire à la justice, qui exigeait la punition de ces hommes, en dépit du fait que, dans le cadre du droit positif, ils ne pouvaient être punis à l'époque où ils ont commis les actes rendus punissables rétroactivement.

⁹⁹*Ibid.* aux pp. 874-75, le juge Cory. Les trois juges dissidents concluent, à la p. 768, que : «Le régime créé par le législateur aux par. 7(3.71) à (3.77) du *Code* ne prive pas l'accusé de ses droits d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale».

¹⁰⁰*Ibid.* à la p. 764. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin, dissidents, placent le seuil de l'élément subjectif beaucoup plus bas : «[I]l faut [...] que l'accusé ait envisagé la qualité *factuelle* de l'infraction [...]». Quiconque commet intentionnellement ou sciemment un homicide involontaire coupable ou un enlèvement a démontré la culpabilité morale requise pour un acte inhumain».

¹⁰¹*Ibid.* aux pp. 828-46.

a) *Vers quels pays le Canada doit-il autoriser l'extradition ?*

Traditionnellement, pour que le Canada puisse accéder à une demande d'extradition, quatre conditions doivent être satisfaites. D'abord, l'infraction reprochée a été commise sur le territoire de l'État demandeur. Ensuite, l'infraction constitue un crime dans l'État demandeur et, troisièmement, elle constitue également un crime au Canada.

En dernier lieu, l'infraction fait partie de la liste contenue dans le traité d'extradition entre les deux pays¹⁰². Si nous retenons ces critères, le Canada pourrait se voir dans l'obligation de refuser une demande d'extradition qui n'est pas conforme aux quatre prérequis et, par le fait même, agirait en contradiction avec ses obligations internationales. En effet, le principe de juridiction universelle, exprimé entre autres dans les *Conventions de Genève*, prévoit que tous les États ont un intérêt suffisant pour traduire l'auteur présumé d'infractions graves devant leurs tribunaux. N'importe quel État partie aux *Conventions de Genève* pourrait donc demander au Canada l'extradition d'un individu accusé d'infractions graves, à condition qu'il soit intéressé à la poursuite et qu'il ait retenu des charges suffisantes contre lui¹⁰³. La base traditionnelle de juridiction en tant que territoire où a eu lieu l'infraction n'existe donc plus. Le meilleur exemple d'une demande d'extradition de ce genre demeure l'affaire *Demjanjuk*¹⁰⁴ où Israël a demandé aux États-Unis l'extradition d'un criminel de guerre nazi qui s'était réfugié en territoire américain. Les actions reprochées ne se sont pas produites en Israël, mais Israël était prêt à entreprendre des poursuites contre Demjanjuk. Les tribunaux américains ont accédé à la demande. Il est important de noter que le traité d'extradition entre les États-Unis et Israël permettait d'accorder l'extradition même lorsque le crime a été commis à l'extérieur du territoire de l'État requérant¹⁰⁵.

La Commission Deschênes a examiné la question sous l'angle des requêtes présentées par Israël. Elle en est venue à la conclusion que les demandes faites par Israël pour obtenir l'extradition de criminels nazis devraient se voir accorder une réponse positive, en vertu du principe de juridiction universelle¹⁰⁶. Pour ce faire, la Commission recommande la modification de l'Accord d'extradition entre le Canada et Israël, de façon à «laisser un pouvoir discrétionnaire à l'exécutif de l'État requis, [...] lorsque l'État requérant affirme sa compétence extraterritoriale»¹⁰⁷. La modification proposée n'en est donc pas une applicable à tous les États. Il est toutefois difficile d'envisager une modification générale, puisque ce n'est pas la *Loi sur l'extradition* qui prévoit le critère

¹⁰²Ces critères sont tirés de A.W. LaForest, *Extradition To and From Canada*, 3e éd., Aurora, Canada Law Book, 1991 à la p. 49. Le quatrième critère est rigoureusement appliqué. A titre d'exemple, mentionnons le cas de Jacon Lutjens dont l'extradition était réclamée par le gouvernement néerlandais. Puisque la liste contenue dans le traité prévoyait le meurtre, mais pas l'aide à l'ennemi, le Canada a refusé l'extradition (Lutjens a finalement vu sa citoyenneté révoquée et a été déporté). Voir D. Matas, «Prosecution in Canada for Crimes Against Humanity» (1990) 11 N.Y.L. School Int'l & Comp. L. 347 à la p. 347.

¹⁰³Art. 49, 50, 129 et 146.

¹⁰⁴*Supra* note 25.

¹⁰⁵Voir Commission Deschênes, *supra* note 62 à la p. 101.

¹⁰⁶*Ibid.* à la p. 102.

¹⁰⁷*Ibid.*

de juridiction territoriale, mais bien les traités d'extradition eux-mêmes. La *Loi sur l'extradition* existe d'abord afin de régulariser la procédure, et précise, quant à la partie concernant les traités d'extradition qu'«elle a pour effet de suppléer aux dispositions d'un tel traité et non d'y déroger»¹⁰⁸. Si l'on ajoutait un article dans la loi permettant l'extradition vers un pays prêt à poursuivre, mais sans que l'infraction en cause n'ait été commise sur son territoire, ceci irait à l'encontre des modalités des traités.

Les tribunaux canadiens ont interprété assez largement la notion de territoire dans l'exemple le plus connu d'extradition d'un criminel de guerre, l'affaire *Rauca*¹⁰⁹. Rauca a été accusé par la République fédérale allemande de collaboration à l'assassinat de milliers de personnes, lesquels actes se sont produits en Lituanie en 1941. La Lituanie faisait alors partie du territoire conquis par les Allemands. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'extradition vers la République fédérale allemande pouvait être accordée: «In our opinion, territory as used in the treaty under consideration includes those areas occupied by and under the de facto control of Germany during World War II»¹¹⁰.

Il est intéressant de noter que le *Traité type d'extradition* des Nations Unies¹¹¹ ne prévoit pas explicitement l'extradition obligatoire dans les cas où la juridiction universelle est invoquée. Selon l'article 4, le fait que le crime ait été commis à la fois à l'extérieur du territoire de l'État requérant et du territoire de l'État requis peut constituer un motif pour refuser l'extradition, à moins que l'État requis, d'après sa législation en place, ait juridiction sur l'accusé¹¹². Si l'on accepte le principe de juridiction universelle, l'État requis ne pourrait pas refuser l'extradition d'un criminel du droit international s'il a incorporé ce principe en droit interne, puisque, de ce fait, il a lui-même compétence pour juger l'accusé.

Dans l'état actuel de la législation, il semble impossible que le Canada accède à la requête d'un État qui désirerait juger un criminel du droit international en vertu des *Conventions de Genève*, par exemple, sans que les crimes n'aient été commis sur son territoire.

¹⁰⁸ *Loi sur l'extradition*, supra note 6, art. 3.

¹⁰⁹ Supra note 75.

¹¹⁰ *Ibid.* à la p. 125. La Cour reconnaît également que les circonstances sont uniques dans le cas présent, puisque l'on a affaire à un criminel de guerre : «[T]he Federal Republic of Germany has recognized that it has an obligation to punish German personnel who committed such crimes and that it is a proper place (although perhaps not the only one) for the trial of men and women charged with such offences, for a German national is by the German law punishable there for such offenses».

¹¹¹ *Traité type d'extradition*, adopté par le Huitième congrès des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime et le traitement des délinquants, La Havane, 27 août au 7 septembre 1990.

¹¹² *Ibid.* Art. 4. «Extradition may be refused in any of the following circumstances: [...] e) If the offense has been committed outside the territory of either Party and the law of the requested State does not provide for jurisdiction over such an offence committed outside its territory».

b) *Extradition vers les pays avec lesquels le Canada n'a pas de traité d'extradition*

La partie II de la *Loi sur l'extradition* régit la procédure à suivre dans un cas où l'État requérant et le Canada n'ont pas signé de traité d'extradition. Tout d'abord, le gouverneur général doit déclarer, par proclamation, que la partie II de la loi s'applique au pays requérant¹¹³. L'article 37(1) prévoit que le ministre de la Justice peut ensuite délivrer un mandat d'extradition contre un ressortissant étranger si le crime dont il est accusé figure sur la liste de l'annexe III. En d'autres termes, lorsqu'il n'y a pas de traité d'extradition entre le Canada et l'État requérant, le ministre peut exercer sa discrétion quant à la décision d'accorder ou non l'extradition, mais seulement après la proclamation du gouverneur général. L'une des différences majeures entre la procédure en présence d'un traité d'extradition et celle qui prévaut lorsqu'il n'existe pas de traité réside dans les exigences qu'imposera le Canada avant de délivrer le mandat d'extradition. En effet, lorsqu'un traité d'extradition a été signé, le Canada n'enquête pas sur le système judiciaire de l'État requérant¹¹⁴. Comme l'a fait remarquer le juge La Forest dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*¹¹⁵, «[n]ous ne signons des traités qu'avec les États qui peuvent nous assurer que leur système de justice pénale est équitable et offre aux accusés des protections suffisantes en matière de procédure».

Un argument intéressant, examiné par la Commission Deschênes, a été présenté par la Pologne à l'appui de sa demande d'extradition d'un criminel de guerre nazi: on a prétendu que la *Convention sur le génocide* représentait un traité d'extradition. La Commission affirme que la définition de traité contenue à l'article 2 de la *Loi sur l'extradition* comprend non seulement les traités bilatéraux, mais également les conventions multilatérales¹¹⁶. Elle spécifie toutefois que trois conditions doivent être remplies: le Canada et l'État requérant doivent être parties à la convention, la convention doit prévoir des mesures d'extradition et pouvoir être considérée comme une convention d'extradition et, finalement, elle doit s'appliquer à des actes qui correspondent à la définition de crimes de guerre¹¹⁷. Pour ce qui est de la *Convention sur le génocide*, après l'examen d'opinions divergentes, l'on a jugé que la deuxième partie de l'article 7, si elle prévoyait l'extradition, ne la rendait pas pour autant obligatoire. La prétention selon laquelle la *Convention sur le génocide* représente un traité d'extradition est donc rejetée par la Commission¹¹⁸.

¹¹³ *Loi sur l'extradition*, *supra* note 66, art. 35.

¹¹⁴ Voir La Forest, *supra* note 101 à la p. 351. L'accusé ne peut pas invoquer que le système judiciaire du pays où il est extradé est inéquitable.

¹¹⁵ [1991] 2 R.C.S. 779 à la p. 845 [ci-après *Kindler*].

¹¹⁶ La définition de «traité» est la suivante: «traité, convention ou arrangement conclus par Sa Majesté avec un État étranger et liant le Canada en matière d'extradition de criminels fugitifs». Voir Commission Deschênes, *supra* note 62 aux pp. 104-05.

¹¹⁷ *Ibid.* à la p. 110.

¹¹⁸ *Ibid.* à la p. 108. La Commission Deschênes a jugé que si l'on avait véritablement voulu rendre l'extradition obligatoire dans la *Convention sur le génocide*, *supra* note 32, les parties auraient utilisé une formulation plus explicite.

La Commission Deschênes s'est ensuite tournée vers les *Conventions de Genève* afin de déterminer si celles-ci constituaient un traité au sens de la *Loi sur l'extradition*. Elle constate que les trois conditions mentionnées plus haut sont remplies et que, par conséquent, les *Conventions de Genève* peuvent être considérées comme un traité d'extradition¹¹⁹. Selon la Commission Deschênes, lorsqu'un pays avec qui le Canada n'a pas de traité d'extradition est partie aux *Conventions de Genève*, et que l'individu faisant l'objet de la demande d'extradition est accusé d'une infraction grave, les *Conventions de Genève* font office de traité bilatéral - pour les infractions graves seulement - et permettent au Canada d'accueillir la demande. Nous ne possédons toutefois pas d'exemples tirés de la pratique canadienne d'une telle utilisation des *Conventions de Genève*. Notons que l'article 8(2) de la *Convention contre la torture* prévoit explicitement que la convention peut constituer un traité d'extradition en l'absence de traité bilatéral¹²⁰.

Les avenues sont donc limitées pour les pays n'ayant pas signé de traité d'extradition avec le Canada. Par exemple, si le Rwanda, avec qui le Canada n'a pas de traité, tente d'obtenir l'extradition de Léon Mugesera, sa requête sera soumise à la procédure régulière prévue à la partie II de la *Loi sur l'extradition*. En effet, il ne peut pas invoquer la *Convention sur le génocide*, qui n'est pas considérée comme un traité, ni les *Conventions de Genève*, puisque les actes de Léon Mugesera ne sont pas des infractions graves commises dans le cadre d'un conflit armé international.

3. INFLUENCE DE LA CHARTE

Les conventions internationales prévoient que, lorsque les États s'acquittent de leur obligation de juger ou d'extrader, ils doivent le faire en conformité avec leur législation interne¹²¹. Au Canada, la *Charte*, loi suprême de ce pays, jouera donc un rôle important. Nous avons mentionné plus haut qu'en ce qui concerne les poursuites pénales, la Cour suprême a confirmé la validité constitutionnelle des articles du Code criminel¹²². Nous traiterons donc ici des questions soulevées par la *Charte* en matière d'extradition.

Pour ce qui est des citoyens canadiens, la cour d'appel de l'Ontario, dans *Rauca*, a reconnu que leur extradition porte atteinte à l'article 6(1) de la *Charte* qui prévoit que: «Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir». Cette atteinte a cependant été justifiée en vertu de l'article 1¹²³.

¹¹⁹*Ibid.* à la p. 112.

¹²⁰*Convention contre la torture*, *supra* note 33, art. 8(2): «Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il peut considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne lesdites infractions».

¹²¹Voir les *Conventions de Genève*, *supra* note 10, art. 49, 50, 129 et 146, la *Convention sur le génocide*, *supra* note 32, art. 7 et la *Convention contre la torture*, *supra* note 33, art. 8(2).

¹²²Voir *Finta*, *supra* note 5.

¹²³*Rauca*, *supra* note 75 à la p. 121: «When [...] Canada's obligations to the international community [are] considered and the history of such legislation in free and democratic societies examined, in our view, the burden of establishing that the limit imposed in the Extradition Act and the treaty on s. 6(1) of the Charter is a reasonable one demonstrably justified in a free and democratic society has been discharged[...].»

C'est dans l'arrêt *Singh c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*¹²⁴ que la Cour suprême établit que les garanties prévues par la *Charte* s'appliquent aux ressortissants étrangers se trouvant en sol canadien. Les droits fondamentaux prévus aux articles 7, 11 et 12 de la *Charte* ont été réclamés par des criminels étrangers réfugiés au Canada¹²⁵. Un criminel étranger se trouvant au Canada et faisant l'objet d'une demande d'extradition peut donc invoquer la *Charte* en disant que le fait de l'extrader porterait atteinte aux principes de justice fondamentale¹²⁶. Cet argument est particulièrement utilisé, en conjonction avec l'article 12 qui interdit les châtiments cruels et inusités, dans les cas où l'accusé risque la peine de mort. Même si la peine de mort a été abolie par le Canada, elle demeure en vigueur dans plusieurs pays. Il faut se demander ce qui arrive lorsque le Canada est saisi d'une demande d'extradition visant un criminel du droit international en sachant que celui-ci risque la peine de mort dans l'État requérant. Doit-il refuser l'extradition ?

La Cour suprême a eu à examiner ce type d'argument, notamment dans les affaires *Kindler*¹²⁷ et *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*¹²⁸. *Kindler* était un meurtrier américain réfugié au Canada dont les États-Unis ont demandé l'extradition. Il risquait la peine de mort aux États-Unis suite à ses crimes et il a donc prétendu que son extradition représentait à la fois une atteinte à l'article 7 de la *Charte* ainsi qu'une peine cruelle et inusitée au sens de l'article 12. La majorité des juges de la Cour a rejeté cette dernière prétention¹²⁹. Pour ce qui est de l'article 7, le test établi par la Cour avec lequel on doit évaluer s'il y a ou non violation est le suivant : «savoir si l'application de la peine par l'État étranger "choque suffisamment" la conscience canadienne»¹³⁰. Le juge McLachlin insiste sur le fait que la peine de mort, même si elle est abolie au Canada, n'est pas uniformément considérée comme inacceptable, même à l'intérieur du pays¹³¹. De plus, en évaluant les actes d'une violence extrême commis par *Kindler* et *Ng* par rapport à la peine qui les attend peut-être, l'extradition ne choque pas la conscience¹³². Le juge La Forest décrit même la situation de la façon suivante : «[L]a question qui nous est posée en l'espèce est de savoir si le fait de livrer des personnes qui ont été accusées du pire genre de crime et qui sont passibles de la peine de mort aux États-Unis choque la conscience»¹³³. Il répond à cette question par la négative. On constate que le standard est

¹²⁴[1985] 1 R.C.S. 177 [ci-après *Singh*].

¹²⁵Pour un examen des articles de la *Charte* en relation avec les procédures d'extradition, voir A.J. Spencer, «Fugitive Rights: The Role of the Charter in Extradition Cases» (1993) 51 U.T. Fac. L. Rev. 54.

¹²⁶L'article 7 de la *Charte*, *supra* note 6, prévoit que : «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale».

¹²⁷*Supra* note 115.

¹²⁸[1991] 2 R.C.S. 858.

¹²⁹*Kindler*, *supra* note 115 à la p. 831, le juge La Forest et à la p. 846, le juge McLachlin. Seul le juge Cory, aux pp. 817-18, a affirmé que la peine de mort constituait une peine cruelle et inusitée, puisqu'il s'agit de la «profanation ultime de la personne en sa qualité d'être humain ou c'est l'anéantissement de l'essence même de la dignité humaine».

¹³⁰*Ibid.* à la p. 849. Ce test a été établi par l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500 à la p. 522 [ci-après *Schmidt*].

¹³¹*Kindler*, *ibid.* à la p. 851.

¹³²*Ibid.* à la p. 852.

¹³³*Ibid.* aux pp. 835-36.

élevé pour qu'une extradition impliquant le risque de peine capitale soit jugée comme contrevenant aux principes de justice fondamentale. Rappelons toutefois que ces affaires concernaient des criminels américains et qu'un traité d'extradition existe entre le Canada et les États-Unis. Les juges soulignent le fait que le système judiciaire américain respecte les droits fondamentaux, même si les sentences sont différentes de celles qui sont imposées au Canada¹³⁴.

La Cour européenne des Droits de l'Homme [ci-après C.E.D.H.] a eu à traiter de cette question dans l'arrêt *Soering*¹³⁵ où les États-Unis demandaient au Royaume-Uni l'extradition d'un jeune homme accusé de plusieurs meurtres. Vu la nature de ses crimes, Soering risquait la peine de mort à la suite de son procès, et c'est pourquoi le Royaume-Uni posait comme condition à l'extradition la promesse par les États-Unis que la peine de mort ne serait pas appliquée. L'équivalent de l'article 12 de la *Charte* dans ce cas-ci est l'article 3 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*¹³⁶ qui prévoit que «nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants». La C.E.D.H. en est venue à la conclusion que le risque de subir la peine de mort porte atteinte à l'article 3 et rend l'État requis responsable de cette violation même si la peine n'est pas appliquée sur son territoire¹³⁷. L'approche de la C.E.D.H. est donc plus encline à faire peser sur l'État requis les conséquences qui attendent l'extradé dans l'État requérant.

En appliquant les conclusions de la majorité dans *Kindler* et *Ng* au cas des criminels de guerre et contre l'humanité, nous croyons qu'il est improbable que les tribunaux canadiens interdisent l'extradition de ces individus sous prétexte qu'ils risquent la peine de mort dans l'État requérant et que ceci contrevient aux principes de justice fondamentale. En effet, le juge La Forest qualifie de «pires crimes» les meurtres perpétrés par *Kindler* et *Ng* et affirme que le risque d'une condamnation à la peine de mort ne choque pas la conscience. On peut penser que, *a fortiori*, dans le cas des crimes de guerre et contre l'humanité, qui sont reconnus par la communauté internationale comme étant véritablement les pires crimes, le risque de peine capitale ne choquerait pas la conscience. Notons qu'aux États-Unis, où la peine de mort est toujours appliquée dans certains États, certains auteurs ont prévu la réticence éventuelle de plusieurs pays à accorder l'extradition dans un cas où le criminel risque la peine de mort. C'est pourquoi on a suggéré que des amendements soient apportés au *War Crimes Act*, qui établit la juridiction des tribunaux américains sur les criminels de guerre et contre l'humanité étrangers en vertu des *Conventions de Genève*. Ces amendements auraient créé une exception à l'application de

¹³⁴«En Pennsylvanie et en Californie, le système juridique a été établi par un gouvernement démocratique et comprend des protections importantes conférées par un document prévoyant des droits constitutionnels qui a plus de deux siècles. [...] Le Canada fait preuve de confiance dans l'équité des systèmes de justice des autres pays en concluant des traités avec eux», *ibid.* aux pp. 852-53, le juge La Forest.

¹³⁵(1989) 11 E.H.R.R. 439.

¹³⁶213 R.T.N.U. 223.

¹³⁷«[P]areille décision [l'extradition] peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité d'un État contractant au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'État requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants», *Soering*, *supra* note 135.

la peine de mort dans de tels cas, mais la proposition n'a pas été retenue dans la version finale de la loi¹³⁸.

Pour ce qui est de l'article 11, la Cour suprême a refusé d'accorder les garanties procédurales qui y sont prévues, en raison de la portée extra-territoriale que l'on attribuerait ainsi à la *Charte*¹³⁹. En effet, on ne peut pas exiger de l'État étranger qu'il offre aux criminels exactement la même protection qu'offre le Canada. L'article 11 s'applique lorsque les problèmes procéduraux proviennent des actions gouvernementales canadiennes, mais pas lorsque les irrégularités, au sens de la définition canadienne, se produiront à l'étranger¹⁴⁰. Toutefois, l'on peut imaginer la situation où les problèmes procéduraux qui surviendront dans l'État requérant sont tellement flagrants que l'article 11 de la *Charte* devrait s'appliquer de façon à empêcher l'extradition. Amanda Spencer suggère que dans l'application du test à savoir si l'extradition «choque la conscience canadienne», l'on tienne compte de toutes les conséquences qui attendent l'individu à l'étranger, y compris les garanties procédurales prévues à l'article 11¹⁴¹. Par exemple, dans le cas de Léon Mugesara, il semble que même si le Canada en venait à le déporter - on ne parle pas ici d'extradition - cette décision ne serait pas exécutée, puisque Mugesera risquerait de ne pas subir un procès équitable au Rwanda en raison du fait que ses ennemis sont toujours au pouvoir, ce qui irait à l'encontre de l'article 11¹⁴². On peut penser que dans le cas d'une requête d'extradition faite par le Rwanda, le Canada serait réticent à accéder à la demande pour cette raison.

B. La politique canadienne actuelle au regard de l'obligation de juger ou d'extrader

Nous avons vu que, malgré quelques problèmes d'application, tous les instruments législatifs sont en place au Canada afin de permettre la poursuite ou l'extradition des criminels du droit international. Toutefois, l'arrêt *Finta* allait sonner le glas des projets de poursuites pénales au Canada. En effet, les moyens de défense acceptés par la Cour suprême rendaient impossible la condamnation de criminels de guerre et contre l'humanité. Si l'acquittement est certain, pourquoi s'engager dans une poursuite? C'est le

¹³⁸Prepared Statement of Mark S. Zaid, esq. Before the House Judiciary Committee Subcommittee on Immigration and Claims, LEXIS (WORLD, NEWS & ANALYSIS). «However, as is well known, most nations of the world oppose the death penalty and would refuse to extradite a suspected war criminal to the United States for trial based on, among other reasons, the possibility that the individual might be sentenced to death and, in the interim, languish on death row for many years. [...] Therefore, I would propose that the statute be amended to provide that in instances where the United States seeks the extradition of an individual suspected of committing a war crime from a State whose laws, or the extradition treaty in force, prohibits the extradition of the individual due to the possible sentence of death, the death penalty will not be applied in such cases».

¹³⁹*Schmidt*, supra note 130.

¹⁴⁰Voir Spencer, supra note 125 à la p. 70.

¹⁴¹*Ibid.* à la p. 72.

¹⁴²F. Berger, «Mugesera ne pourra pas être déporté à la suite de son enquête» *La Presse [de Montréal]* (17 janvier 1996) A6. En pratique, aucune situation de ce genre n'est survenue, à ce jour, où les tribunaux canadiens auraient interdit l'expulsion d'un présumé criminel de guerre pour violation des garanties prévues par la *Charte*.

raisonnement qu'a adopté le Ministère de la justice du Canada, son enthousiasme refroidi, modifiant ainsi sa tactique. Les trois autres poursuites entreprises contre des criminels de guerre nazis se sont abruptement terminées. Dans le cas de Stephen Reistetter, la Couronne s'est vue dans l'obligation de retirer les accusations en 1991, après le décès de témoins importants. Michael Pawlowski, accusé d'avoir collaboré à l'assassinat de 400 Juifs durant la Seconde Guerre mondiale, a bénéficié d'un arrêt des procédures en 1992, puisque la cour a refusé l'admission des témoignages enregistrés sur bande vidéo à l'étranger. Quant à Radislav Grujicic, les accusations de complicité dans l'enlèvement et le meurtre de communistes pesant contre lui ont dû être retirées, puisqu'il devenait impossible d'aller de l'avant avec le procès en raison de sa santé déclinante¹⁴³. Le Ministère de la Justice annonce, quelque temps après le verdict de la Cour suprême dans *Finta*, qu'il abordera la question des criminels de guerre sous un tout autre angle: la déportation et la révocation de leur citoyenneté¹⁴⁴. Deux ans plus tard, cette stratégie n'a toujours pas changé, même si le ministère reconnaît qu'il «revoit la législation pour veiller à ce que l'on puisse continuer à traduire les criminels de guerre devant les tribunaux»¹⁴⁵. Nous ne possédons aucun renseignement au sujet de ces modifications en cours, et le ministre de la justice Allan Rock, lorsqu'on lui a récemment demandé, à la Chambre des Communes, ce qui était fait par rapport aux criminels de guerre, s'en est tenu aux procédures de déportation et de dénaturalisation¹⁴⁶.

Le gouvernement canadien agit, entre autres, en vertu de l'article 19 de la *Loi sur l'immigration*¹⁴⁷ lequel rend inadmissibles les personnes «dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration»¹⁴⁸. Cet article permet de refuser l'entrée au Canada à ces personnes et d'ordonner leur expulsion. Par exemple, c'est ce qui a été décidé dans le cas de Léon Mugesera, où l'arbitre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné son expulsion parce qu'il a menti dans sa demande d'asile et qu'il est coupable

¹⁴³D. Matas et P. Marcus, «Prosecuting War Criminals : Canada's Record Has So Far Been a Dismal Failure» *Ottawa Citizen* (13 mai 1992) A11; S. Bindman, «Canada Finally on the Right Track, Nazi Hunter Says» *Ottawa Citizen* (17 mars 1997) A4.

¹⁴⁴Ministère de la Justice, Communiqué de presse, «Federal Government Announces WWII Crimes Strategy» (31 janvier 1995).

¹⁴⁵Voir Ministère de la Justice, Communiqué de presse, «Le point sur les procédures contre les criminels de guerre» (3 février 1997).

¹⁴⁶La question a été posée par un député du Parti réformiste à la suite de la diffusion du reportage préparé par «60 Minutes» au réseau ABC. Le ministre Rock déclare : «[I] est très difficile d'agir en passant par le droit pénal - le gouvernement s'est engagé à commencer à examiner, d'ici avril 1997, 12 cas d'expulsion et de dénaturalisation lorsqu'il existe des preuves de complicité dans des crimes de guerre». *Débats de la Chambre des Communes* (11 février 1997) à la p. 7579.

¹⁴⁷L.R.C. 1985, c. I-2.

¹⁴⁸*Ibid.*, art. 19(1)(j). Le paragraphe 19(1) l) prévoit que sont inadmissibles les personnes qui «à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l'humanité, au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission n'est nullement préjudiciable à l'intérêt national».

d'incitation au génocide¹⁴⁹. Mugesera a toutefois la possibilité de faire appel de cette décision - et c'est ce qu'il a fait - ce qui allongera le processus de plusieurs mois s'il poursuit ses démarches jusqu'à la Cour suprême. En attendant, il jouit toujours de son statut de réfugié et vit au Québec.

Pour ce qui est des personnes soupçonnées de crimes de guerre qui ont déjà obtenu leur citoyenneté canadienne, le gouvernement peut révoquer leur citoyenneté et les expulser en vertu de l'article 10(1) de la *Loi sur la citoyenneté*¹⁵⁰. Il s'agit des 12 cas que le Ministère de la justice s'est engagé à examiner. Des procédures ont été entreprises, entre autres, contre Antanas Kenstavicius, 89 ans et Joseph Nemsila, 83 ans. Dans le cas de Nemsila, la *Loi de l'immigration* de 1910 prévoit que les immigrants reçus qui ont passé cinq ans ou plus au Canada ne peuvent plus être déportés par la suite, sauf pour des raisons de trahison ou de trafic de drogue¹⁵¹. Cette loi est demeurée en vigueur jusqu'en 1978, mais elle protège Nemsila¹⁵². La Couronne en appelle présentement de cette décision qui pourrait, si elle n'est pas renversée, rendre la déportation des criminels de guerre nazis à toutes fins impossible. Parmi les autres individus visés par les procédures, l'on retrouve Helmut Oberlander, 71 ans, Erichs Tobiass, 84 ans, Johann Dueck¹⁵³ ainsi que Wasily Bogutin, 87 ans¹⁵⁴. Les États-Unis, avant la mise en oeuvre de leur nouvelle loi, avaient la même approche face aux criminels de guerre que celle du Canada présentement. Les États-Unis ne s'étant pas dotés d'une loi interne permettant la poursuite des criminels étrangers, ils ont entrepris contre eux des procédures de dénaturalisation et d'expulsion¹⁵⁵. Ils ont aujourd'hui remédié à cette situation, mais la loi n'a pas encore eu l'occasion d'être appliquée.

¹⁴⁹Selon l'arbitre, Mugesera savait, en toute objectivité, qu'il s'était rendu coupable d'un crime contre l'humanité et qu'il ne l'a pas dit dans sa demande. Voir M.-C. Lortie, «La Commission de l'immigration ordonne l'expulsion de Mugesera» *La Presse [de Montréal]* (12 juillet 1996) A8.

¹⁵⁰Art. 10(1). «[...] [L]e gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport du ministre que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l'intéressé, à compter de la date qui y est fixée : a) soit perd sa citoyenneté; b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.»

¹⁵¹La *Loi de l'immigration*, L.R.C. 1927, c. 93, art. 2(e)(i), prévoit que : «Le domicile au Canada ne peut s'acquérir, pour les fins de la présente loi, que par un séjour d'au moins cinq ans au Canada par une personne qui y est débarquée aux termes de la présente loi».

¹⁵²La présente *Loi sur l'immigration*, *supra* note 146, prévoit, à l'article 123, que les personnes ayant acquis le domicile canadien avant le 10 avril 1978 ne peuvent être déportées pour cause d'un acte commis à cette date, qui n'aurait pas constitué un motif de déportation sous la loi de cette époque.

¹⁵³«Old law lets war crimes suspect stay in Canada», (Internet, <http://www.southam.com/nmc/waves/depth/warcrimes/nemsilla071995.html>).

¹⁵⁴S. Bidman, «Ottawa Proceeds With Case to Deport Suspected Nazi Despite Court Ruling» *The Gazette [Montreal]* (18 juillet 1996) A12. Les cas de Oberlander, Dueck et Tobiass seront entendus par la Cour suprême prochainement, non pas sur le fond, mais en raison d'une rencontre entre un membre haut placé du Ministère de la Justice et le juge en chef de la Cour fédérale pour discuter de ces cas. Les allégations d'atteinte à l'indépendance judiciaire seront présentées à la Cour suprême.

¹⁵⁵Pour une analyse de la situation américaine avant l'entrée en vigueur du *War Crimes Act*, voir J.W. Moeller, «United States Treatment of Alleged Nazi War Criminals: International Law, Immigration Law, and the Need for International Cooperation» (1985) 25 *Va J. Int'l L.* 793.

Le ministre Rock affirme qu'il fera tout pour que le Canada ne soit pas considéré comme un refuge pour les criminels de guerre¹⁵⁶, mais la voie de la déportation ne semble pas la meilleure solution. En effet, la déportation ne remplace certainement pas les poursuites pénales et, même s'il est tentant de confondre les deux procédures, elle n'est pas un substitut à l'extradition¹⁵⁷. Donc, dans les faits, le Canada cherche simplement à se débarrasser d'individus dont la présence est gênante et ternit sa réputation à l'étranger. Lors de la déportation, l'État qui déporte l'individu ne se demande pas si celui-ci subira un procès dans le pays d'accueil; l'important est qu'il quitte le Canada.

Cette attitude de la part du gouvernement canadien pourrait paraître temporaire, en attendant que l'on trouve un moyen efficace de contourner les conséquences de *Finta* et de reprendre les poursuites pénales. Toutefois, le discours du Ministère de la justice demeure, encore aujourd'hui, centré sur ces mesures de révocation de la citoyenneté et de déportation. N'oublions pas que l'un des obstacles importants aux poursuites pénales est le coût élevé de tels procès. En effet, la preuve et les témoins se trouvent à l'étranger et un procès juste et équitable si loin des lieux du crime entraîne des dépenses substantielles pour le Canada. Évidemment, l'État où s'est produit le crime est souvent mieux placé que quiconque pour juger les responsables, mais, lors de l'expulsion, le Canada ne s'assure aucunement que le procès aura véritablement lieu. Il est également étonnant de constater que les criminels de guerre nazis occupent toujours la part la plus importante des discours, alors que les nouveaux criminels de guerre et contre l'humanité ne sont que peu mentionnés¹⁵⁸. Pourtant, il semble que le Ministère de l'immigration ait repéré environ deux cents personnes soupçonnées d'avoir été impliquées dans des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité qui se sont introduites au Canada au cours des dix dernières années. De ce nombre, seulement 15% ont été déportées¹⁵⁹.

C. Recommandations pour l'avenir

L'obligation de juger les criminels du droit international existe pour le Canada, mais nous avons pu constater que la législation interne ne permet pas toujours au gouvernement canadien de la respecter. La communauté internationale ne sanctionnera probablement pas le Canada à cause de son inaction, mais si le gouvernement canadien veut continuer à affirmer la place du pays en tant que défenseur des droits de la personne, des gestes concrets devront être posés. Des modifications devraient être apportées au niveau législatif, notamment afin de rendre possibles les poursuites pénales. Sans oublier

¹⁵⁶*Débats de la Chambre des Communes*, *supra* note 146.

¹⁵⁷«The aims of extradition and deportation are clearly distinct. The object of extradition is to return a fugitive offender to the country which has requested him for trial or punishment for an offence committed within its jurisdiction. Deportation, on the other hand, is governed by the public policy of the state that wishes to dispose of an undesirable alien». LaForest, *supra* note 102 à la p. 42. Voir également Matas, *supra* note 73 à la p. 137.

¹⁵⁸David Matas reconnaît qu'il est nécessaire d'agir, et pas seulement en ce qui a trait aux criminels nazis: «The fact is, when there are outflows of refugees, there are war criminals. Canada must act in defense of human rights by prosecuting war criminals found in Canada. [...] War criminals must not be able to hide in Canada or abuse Canada's refugee system». K. O'Hara, «Canada: Group calls for war crimes prosecutions», 17 juin 1994, LEXIS (WORLD, ARCNEWS).

¹⁵⁹Voir J. Brown, «Action Delayed Against 200 Modern War Criminals» *Ottawa Citizen* (10 février 1997).

les nouvelles procédures au niveau international, notamment en ce qui a trait aux tribunaux internationaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie, lesquelles viennent créer d'autres obligations pour le Canada. Le Canada devrait-il, comme l'ont fait plusieurs États, mettre en oeuvre de nouveaux instruments pour répondre à ces exigences internationales ?

1. MODIFICATIONS À APPORTER À LA LÉGISLATION ACTUELLE

Le Canada devrait, tout d'abord, prendre des mesures afin de faciliter l'extradition vers les États qui ont, eux, le désir de poursuivre ces individus, ce qui reste la procédure la plus efficace du point de vue technique de l'obtention de la preuve. Comme nous l'avons vu, le problème se situe surtout au niveau des relations entre le Canada et les pays avec lesquels il n'a pas de traité d'extradition. Certains suggèrent de remédier à cette situation par l'adoption d'un plus grand nombre de traités d'extradition, surtout avec les pays où des conflits récents ou des régimes dictatoriaux ont pu donner lieu à des crimes du droit international¹⁶⁰. Toutefois, l'adoption d'un traité est une procédure longue et complexe qui risque de ne pas régler le problème. Les conventions internationales devraient être examinées avec plus d'attention afin de voir si elles peuvent remplacer, pour les infractions qui y sont prévues, le traité bilatéral.

Si l'extradition est impossible, ou s'il n'y a tout simplement pas de demande, il serait nécessaire, pour que le Canada puisse respecter ses obligations internationales, de modifier le *Code criminel* afin de faciliter les poursuites pénales, même si la décision rendue dans l'arrêt *Finta* semble difficile à contourner. Toutefois, si l'on interdit spécifiquement dans le *Code* le recours à la défense d'agent de la paix ou d'obéissance aux ordres supérieurs, des problèmes risquent de survenir, notamment au regard de la *Charte*. En effet, l'arrêt *Finta* a permis d'établir que la possibilité de trouver l'accusé coupable malgré que celui-ci ait agi conformément à la loi en vigueur au moment et au lieu de l'infraction¹⁶¹, ne portait pas atteinte aux principes de justice fondamentale, mais rien ne garantit que les tribunaux en arriveraient à la même conclusion avec la défense d'agent de la paix ou d'obéissance aux ordres supérieurs. Le juge Cory a fait une longue analyse de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs et il est d'avis que ce moyen de défense ne peut pas être considéré comme inclus dans celui de l'obéissance à la loi¹⁶². De plus, même si la cour reconnaît que la défense ne peut pas être invoquée lorsque les ordres sont manifestement illégaux, la question de la liberté morale d'obéir ou non aux ordres doit quand même être examinée. Ce critère de liberté morale a trait à la *mens rea* nécessaire pour commettre un acte criminel. Si l'accusé n'a pas la liberté morale de refuser d'agir, la *mens rea* n'est pas présente et il ne peut donc pas être reconnu coupable d'avoir commis l'infraction¹⁶³. Accorder au tribunal la discrétion de condamner l'accusé même

¹⁶⁰David Matas préconise cette approche; D. Matas, «Human rights and Foreign Policy», Conférence présentée à la Faculté de droit de l'université McGill, Montréal, 22 janvier 1997 [non publié].

¹⁶¹Art. 7(3.74) C.cr.

¹⁶²«[L]a suppression du droit automatique d'invoquer l'obéissance à la loi de facto n'a aucun effet sur le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur», *Finta*, supra note 5 à la p. 840.

¹⁶³*Ibid.* à la p. 838.

si celui-ci invoque la défense d'obéissance aux ordres supérieurs pourrait aller à l'encontre des principes de base du droit pénal canadien et de l'article 11(d) de la *Charte* qui garantit à l'accusé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable.

Les poursuites pénales ont été écartées dans le cas des auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité de la Seconde Guerre mondiale¹⁶⁴, mais les conséquences de *Finta* ne rendent pas impossibles, théoriquement, toutes les poursuites. Par exemple, si l'on reprend l'exemple de Léon Mugesera, une poursuite pénale serait tout à fait envisageable. Nous avons mentionné que son expulsion pourrait être interdite en raison du fait qu'il ne bénéficierait pas d'un procès juste et équitable au Rwanda. À ce moment, que fait le Canada ? Les articles 7(3.71) et (3.76) du *Code criminel* permettent de poser des accusations contre Léon Mugesera. En effet, l'appel au génocide était reconnu comme un crime en droit canadien au moment où les actes reprochés se sont produits¹⁶⁵. Les soupçons qui pèsent contre lui présentement sont importants, puisque l'arbitre de la Commission de l'immigration, après une enquête différente de celle d'un procès criminel, il est vrai, a conclu que : «Après analyse du discours et ayant considéré toute la preuve présentée, je détermine que M. Mugesera a tenu un discours qui constitue une incitation à la violence et à la haine ethnique, une invitation à la chasse aux opposants politiques et au meurtre des Tutsis»¹⁶⁶. À première vue, la défense d'obéissance aux ordres supérieurs n'apparaît pas dans ce cas-ci comme un obstacle aux procédures pénales.

Nous sommes d'avis que les actions canadiennes actuelles dans le domaine des crimes du droit international sont centrées de façon trop importante sur le sort des criminels de guerre nazis et sur les conséquences de la décision rendue par la Cour suprême dans *Finta*. Les criminels des régimes modernes commettent des actes tout aussi répréhensibles et choquants même si la publicité qui les entoure est moins grande. Les dispositions du *Code criminel* demeurent toujours utilisables et nous avons vu que la *Loi sur les Conventions de Genève*, tout en étant limitée aux infractions graves, permet la poursuite des auteurs devant les tribunaux canadiens. Une plus grande volonté politique serait nécessaire afin de faire respecter les obligations internationales du Canada, en se rappelant que le fait de déporter les criminels du droit international n'est pas une panacée et n'est pas suffisant pour permettre au Canada d'avoir la conscience tranquille.

¹⁶⁴Les travaux accompagnant le communiqué de presse du 31 janvier 1995 indiquent, à propos de l'arrêt *Finta*: «For the World War II cases, this decision has made prosecution of these crimes much more difficult and less likely», *The Investigation of War Crimes in Canada*, 31 janvier 1995. De même, le *Rapport annuel de la Commission Deschênes*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1995 à la p. 12, précise : «The Supreme Court of Canada decision dismayed those seeking the prosecution of war crimes and crimes against humanity, particularly groups seeking prosecution of crimes from the World [W]ar II era. [...] The failure to secure any criminal convictions in the cases brought to court, the defence opened up by the Supreme court decision, and the reduction in the size and status of the War Crimes Unit have virtually ruled out any further criminal proceedings for crimes from the World War II era».

¹⁶⁵Art. 318(1) C.cr.

¹⁶⁶Décision de l'arbitre Pierre Turmel, Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Voir M.-C. Lortie, *supra* note 149.

2. ADOPTION DE NOUVELLES LOIS

Les tribunaux internationaux créés par les Nations Unies pour juger les auteurs de violations commises au cours des conflits au Rwanda et en ex-Yougoslavie [ci-après T.P.I.] viennent ajouter un nouveau type de procédure pour les États. En effet, le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ainsi que celui du Tribunal pour le Rwanda prévoient la primauté de la compétence des T.P.I. et obligent les États à collaborer avec eux en ce qui a trait à l'arrestation, la détention et la remise des accusés¹⁶⁷. Même si le Conseil de sécurité des Nations Unies a agi en vertu de l'article VII de la *Charte des Nations Unies* lorsqu'il a mis sur pied les T.P.I., cela ne signifie pas pour autant que les États doivent accéder aux demandes de remise sans aucune référence à leur législation interne. Il faut s'interroger à savoir si la demande de remise d'un accusé par les T.P.I. est traitée de la même façon qu'une demande d'extradition de la part d'un État. La Commission de droit international a qualifié les T.P.I. de «prolongation de la juridiction nationale»¹⁶⁸, ce qui signifie que la remise d'un accusé au T.P.I. ne serait pas l'équivalent d'une extradition, puisque l'individu ne se retrouve pas devant une juridiction étrangère. Toutefois, dans les faits, l'État doit quand même soustraire un individu qui se trouve sur son territoire à sa juridiction pour l'envoyer devant un autre tribunal. C'est pourquoi plusieurs États ont instauré une loi spéciale pour régulariser leurs relations avec les T.P.I. et prévoir les procédures de remise d'un accusé¹⁶⁹. Les États-Unis ont procédé, quant à eux, par la voie d'un *Agreement* conclu avec les deux T.P.I., puis par une loi pour le mettre en oeuvre¹⁷⁰. Cette attitude des États démontre bien que, non seulement ils ne considèrent pas les T.P.I. comme une prolongation de leur juridiction, mais ils traitent la remise d'un accusé comme une forme d'extradition, qui doit respecter leur législation interne¹⁷¹.

Le Canada n'a toujours pas adopté de loi semblable. Est-ce à dire que les résolutions du Conseil de sécurité sont considérées comme étant directement applicables en droit interne ? L'article 2 de la *Loi sur les Nations Unies*¹⁷² prévoit que:

¹⁶⁷ *Statut du tribunal (ex-Yougoslavie)*, art. 29 et *Statut du tribunal (Rwanda)*, art. 28. Le Rapport du Secrétaire général insiste sur le caractère obligatoire de cette disposition et précise que : «[A]n order by a Trial Chamber for the surrender or transfer of persons to the custody of the International Tribunal shall be considered to be the application of an enforcement measure under Chapter VII of the Charter of the United Nations»; Doc. off. SC NU, 48^e sess., supp. S/25704, Doc. NU S/25704 (1993).

¹⁶⁸ Voir F. Lattanzi, «Répression pénale des crimes du droit international» dans *Le droit face aux crises humanitaires*, *supra* note 14 à la p. 154.

¹⁶⁹ Mentionnons, entre autres, la France, l'Italie, le Danemark, la Suède, les États-Unis, la Suisse, l'Espagne, la Norvège, la Finlande, la Bosnie, l'Allemagne, la Turquie, le Royaume-Uni et les Pays-Bas.

¹⁷⁰ Publ. L. No 104-106, 110 Stat. 486 (1996). Pour une analyse de cette loi, voir R. Kushen et K.J. Harris, «Surrender of Fugitives by the United States to the War Crimes Tribunals for Yugoslavia and Rwanda» (1996) 90 A.J.I.L. 510.

¹⁷¹ Sur cette question, voir Lattanzi, *supra* note 168 aux pp. 149-58. La loi française, par exemple, affirme dès son article 2 la compétence des autorités françaises: «Les auteurs ou complices des infractions mentionnées à l'article 1er peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises s'ils sont trouvés en France». La demande de remise, dont la procédure est régie par l'article 3, doit respecter des exigences précises; *Loi n° 95-1 du 2 janvier 1995*, J.O., 3 janvier 1995, 71.

¹⁷² L.R.C. 1985, c. U-2.

Le gouverneur en conseil peut prendre les décrets et règlements qui lui semblent utiles pour l'application d'une mesure que le Conseil de Sécurité des Nations Unies, en conformité avec l'article 41 de la Charte des Nations Unies [...], invite le Canada à mettre en oeuvre pour donner effet à l'une de ses décisions.

À ce jour, aucun décret ni règlement n'a été mis en oeuvre en relation avec les résolutions du Conseil de sécurité qui ont créé les T.P.I. Les lois spéciales adoptées par les États deviennent une forme de traité d'extradition spécifique aux T.P.I.; puisque le Canada ne possède pas de telle loi, il faut se demander de quelle façon sera reçue une demande de remise d'un accusé. Les résolutions du Conseil de sécurité n'ayant pas d'application immédiate en droit interne canadien, les procédures entre le Canada et les T.P.I. risquent fort de se dérouler de la même façon qu'une demande d'extradition de la part d'un pays avec qui le Canada n'a pas de traité. Cependant, une telle procédure nous apparaîtrait illogique, puisque les Nations Unies, même si on ne les considère pas comme une prolongation de la juridiction nationale, demeurent un organisme soutenu par les États et qui agit au nom de la communauté internationale. Les T.P.I. se situent à un niveau différent de celui d'un État dont le Canada ne connaît pas le système judiciaire. Nous sommes d'avis que le Canada, qui soutient publiquement et financièrement les T.P.I., devrait adopter une loi lui permettant de faciliter ses relations avec eux et éviter ainsi des procédures longues et complexes. Toutefois, une loi spéciale n'empêche pas l'État de refuser la remise. En effet, les lois adoptées ont pour but de faciliter les procédures, mais les exigences constitutionnelles demeurent toujours en vigueur¹⁷³. Si la remise d'un accusé risque de porter atteinte à ses droits fondamentaux garantis par la *Charte*, le Canada pourrait se voir obligé de refuser d'accéder à la requête d'un T.P.I. et, par conséquent, agirait en violation de ses obligations internationales.

* * *

Nous pourrions conclure cette analyse en disant simplement que le Canada viole présentement l'obligation bien établie de juger ou d'extrader les auteurs de crimes du droit international, mais une telle conclusion serait simpliste. Véridique, sans doute, mais peu représentative de la réalité internationale. En effet, le comportement du gouvernement canadien n'est ni mieux ni pire que celui des autres États. Il faudrait donc blâmer le concept même de juridiction universelle, qui, de la façon dont il est présentement perçu, donne l'impression que les États ont la permission, s'ils en ont envie, de juger des criminels étrangers devant leurs tribunaux, mais sans que l'aspect coercitif ne soit ressenti. Le Canada, comme plusieurs autres États, a pris des mesures législatives lui permettant de poursuivre les criminels de guerre et les criminels contre l'humanité. En pratique, les résultats de cette législation se soldent par quatre poursuites entreprises, une seule menée

¹⁷³«Despite the terms of the applicable Security Council resolutions, which on their face admit of no exceptions to the duty of states to surrender fugitives, the procedure devised by the United States could result in the denial of surrender in a given case and perhaps in the violation of a U.S. obligation under international law»; Kushen et Harris, *supra* note 170 à la p. 518.

à terme et aucune condamnation. Il y a là violation des obligations internationales, puisque en l'absence de demande d'extradition, des poursuites auraient dû être entreprises contre tous les auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité se trouvant au Canada. La solution qui consiste à se débarrasser de ces individus en les expulsant ne remplit pas les exigences internationales et l'attitude canadienne est blâmable sur ce point; mais que l'État prêt à assumer tous les coûts et toute la complexité des procédures que nécessite le procès d'un individu pour des crimes commis à l'étranger se lève. Peu sont prêts à passer de la convention ratifiée à l'actuelle poursuite devant leurs tribunaux.

Le principe de juridiction universelle a pour fondement la réprobation internationale unanime de certains actes; mais dans les faits, les États ne sentent pas le besoin de porter des accusations criminelles contre quelqu'un pour un crime qui ne les touche en rien, du simple fait que cet individu a eu la malencontreuse idée d'échouer sur leur territoire¹⁷⁴. En attendant la mise sur pied d'un tribunal pénal international permanent, qui représenterait à notre avis le système le plus efficace, il est nécessaire que les États fassent preuve d'une plus grande volonté au niveau politique, afin que ces grands criminels, dont, au fond, personne ne veut, ne demeurent pas impunis. Les groupes de pression devront se faire entendre et insister pour que les gouvernements appliquent de façon concrète et efficace l'obligation de juger ou d'extrader pour en arriver à ce que l'on pourra véritablement qualifier de juridiction *universelle*.

¹⁷⁴Voir Matas, *supra* note 73 à la p. 149.