

LA DOUBLE ATTRIBUTION DE LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE GÉNOCIDE*

Par Gabrielle Dion^{**},
Maude Martin-Chantal^{***} et
Marlene Yahya Haage^{****}

La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* prévoit que les individus et les États peuvent se voir attribuer une responsabilité pour avoir commis directement ou indirectement des actes de génocide. La décision *Bosnie c. Serbie* est par ailleurs venue confirmer l'existence d'obligations pour l'État partie à la *Convention de 1948* de s'abstenir de prévenir ou de commettre directement ou indirectement un acte de génocide. Ainsi, une responsabilité pénale individuelle et une responsabilité de nature civile étatique peuvent cohabiter sous la même convention, *a fortiori*, pour le même génocide. Depuis les premiers procès pour crime de génocide, de multiples controverses sont survenues quant à l'exigence de la preuve de l'intention spécifique pour ce crime, soit l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Le présent article développe deux aspects du crime de génocide, soit l'attribution de la responsabilité à l'État et à l'individu et l'exigence de preuve de l'intention spécifique. Une brève revue de la *Loi sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité* au Canada conclut notre contribution.

The *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* creates a responsibility towards both individuals and state parties to abstain from directly or indirectly committing acts of genocide. In the *Bosnia v. Serbia* judgment, the International Court of Justice confirmed the existence of a state's obligation to abstain from directly and indirectly committing acts of genocide. It is therefore possible that a criminal responsibility for an individual co-exists with a civil responsibility of a state for the same crime, namely genocide. Since the first genocide trials, various controversies have emerged concerning the requirement of a specific intent to destroy in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group. This article analyses the crime of genocide in two parts: the states' and individuals' responsibility for the crime of genocide and the importance of the proof of a specific intent in every genocide trial. This article will conclude with a brief overview of the Canadian *Crimes against Humanity and War crimes Act*.

* Lors de la rédaction de cet article, les auteures étaient étudiantes de deuxième année du Baccalauréat en droit civil à l'Université du Québec à Montréal (UQAM). Depuis 2007, elles ont toutes trois terminé leurs études de premier cycle. Les auteures tiennent à remercier les professeurs André Riendeau et Bruce Broomhall.

** Gabrielle Dion est étudiante à la maîtrise en droit international à l'UQAM. Elle est également coordonnatrice de la Clinique internationale de défense des droits humains de l'UQAM (CIDDHU).

*** Maude Martin-Chantal poursuit un diplôme en études notariales à l'Université de Montréal.

**** Marlene Yahya Haage est étudiante à la maîtrise en droit international à l'UQAM. Elle est également chercheuse au Centre de recherche sur le droit international et la mondialisation de l'UQAM (CÉDIM).

Au cours du siècle dernier, dans le cadre de campagnes génocidaires, des millions d'individus ont été froidement assassinés en raison de leur appartenance à un groupe identifiable de personnes, de leur ethnie, de leur race, de leur religion ou encore de leur identité nationale. Un système de protection a donc dû être mis en place pour protéger ces individus. C'est ainsi qu'au milieu du XX^e siècle, la communauté internationale, désireuse d'enrayer ce « crime sans nom [Notre traduction] »¹, a adopté la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*². Les objectifs principaux de cette *Convention* sont d'abord de définir plus précisément un ensemble d'obligations juridiques contraignantes pour les États parties et les individus en matière de génocide³, de prévoir des moyens juridiques nationaux et internationaux afin de faire respecter ces obligations et prohibitions par les individus et finalement, de s'assurer que les différends entre les États, relatifs à leur responsabilité au regard de la *Convention*, soient portés devant la Cour internationale de justice (CIJ) en vue de leur règlement⁴.

Mais qu'entend-t-on par génocide? Selon une école de pensée, le génocide serait reconnu comme un crime du droit des gens, aussi appelé *jus gentium*, c'est-à-dire le droit naturel que la raison a établi entre tous les êtres humains⁵. D'autre part, certains affirment que le crime de génocide est une prohibition basée sur la volonté des États ayant décidé de se soumettre à certains accords internationaux en s'engageant à ne pas commettre de génocide. Les deux écoles de pensée s'entendent néanmoins pour qualifier le génocide de crime de *jus cogens*. Quoi qu'il en soit, ce crime international est avant tout une négation du droit à l'existence de groupes humains identifiables⁶, comme l'exprime l'article II de la *Convention de 1948*, qui le définit comme un « acte commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »⁷. Par ailleurs, le crime de génocide a longtemps fait partie des crimes contre l'humanité, comme le montre l'interprétation du terme « génocide » dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana*⁸. Toutefois, ces deux concepts diffèrent quant au fait que les crimes contre l'humanité

¹ Citant Winston Churchill, voir William A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 à la p.14 [Schabas, *Genocide*].

² *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951) [*Convention de 1948*].

³ *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, au para. 163, en ligne : Cour internationale de justice <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>> [*Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*].

⁴ *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, « Mémoire de la Bosnie » (15 avril 1994) à la p. 193, en ligne : Cour internationale de justice <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/8615.pdf>> [« Mémoire de la Bosnie »].

⁵ *Ibid.* à la p. 192.

⁶ *Convention de 1948*, *supra* note 2, art. II.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Décision quant à la requête du procureur (21 mai 1999) au para. 89 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance II) [*Procureur c. Kayishema et Ruzindana*]; voir également Nina H. B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, 1^{ère} éd., New York, Oxford University Press, 2000 à la p. 119.

se caractérisent par l'*actus reus* et le génocide se base plutôt sur l'élément psychologique.

Comme l'annonce la définition du génocide à l'article II de la *Convention de 1948*, celle-ci a été créée dans le but de protéger certains groupes vulnérables bien identifiés. Après de longs débats sur l'inclusion de certains groupes sous la protection de la *Convention de 1948*, les États parties ont décidé de protéger les groupes nationaux, ethniques, raciaux et religieux, en excluant les groupes politiques. Cette définition ne devrait-elle pas élargir son champ de protection, compte tenu de la mouvance vers de nouvelles idéologies, croyances et cultures propre aux dernières décennies? Une protection plus large devrait-elle être accordée afin d'assurer une justice pour les futures victimes, qu'elles soient handicapées, homosexuelles, membres d'un groupe linguistique ou ayant des convictions politiques particulières⁹? Certains évènements historiques ont montré l'importance d'élargir la définition de génocide aux groupes susmentionnés, qui auraient également besoin d'une protection, dans la mesure où ils sont également susceptibles de faire l'objet de persécutions : prenons l'exemple de l'Allemagne sous le régime nazi, où des groupes homosexuels et handicapés ont été tués en raison de leurs caractéristiques propres. Néanmoins, l'inclusion de ces groupes dans cette définition ne serait peut-être pas la meilleure voie pour leur assurer une réelle protection. L'adoption d'une convention régissant les crimes contre l'humanité serait sans doute une solution plus opportune. Dans cette perspective, certains pays ont adopté des lois nationales régissant les crimes contre l'humanité, tels le Canada et l'Argentine.

Sachant maintenant à qui s'adresse la *Convention de 1948*, quelles obligations établit-elle? Tout d'abord, la *Convention de 1948* crée des obligations différentes pour les États et pour les individus. Concernant l'individu, l'ensemble des États parties a convenu de l'existence d'une responsabilité individuelle aux termes de la *Convention*¹⁰. Les actes punissables pour un individu sont le génocide, l'entente en vue de commettre le génocide, l'incitation directe et publique à commettre ce crime, la tentative et la complicité¹¹. Pour ce qui est de la responsabilité étatique, une analyse en profondeur de la *Convention de 1948* est impérative. Les obligations de protection, de prévention et de punition du génocide sont explicites en vertu de celle-ci. L'obligation pour un État de ne pas commettre de crime de génocide n'est cependant pas reconnue explicitement dans la *Convention*. Toutefois, le 26 février 2007, la CIJ a rendu une décision appuyant une telle interprétation de la *Convention de 1948*, faisant ainsi place à la responsabilité étatique pour la commission directe de génocide¹².

Le génocide se distingue aussi des autres crimes internationaux par ses exigences en matière de preuve, qui sont plus élevées. En effet, l'une des dimensions du génocide est l'exigence de la preuve de l'intention spécifique, ou le *dolus*

⁹ Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 130.

¹⁰ *Convention de 1948*, *supra* note 2, art. IV (« [I]es personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers »).

¹¹ *Ibid.*, art. III.

¹² *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 3.

specialis. Cet élément essentiel est inclus dans le premier alinéa de la définition de génocide de la *Convention de 1948* : « [d]ans la présente [c]onvention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux »¹³.

Néanmoins, en 2006, les développements jurisprudentiels de certains tribunaux internationaux ont laissé penser qu'il serait possible de passer outre cette preuve de l'intention spécifique pour un crime de génocide¹⁴. Tel que nous le mentionnerons ultérieurement, le droit à un procès juste et équitable s'en est vu, par ailleurs, grandement amoindri. Heureusement, cette conception n'a pas fait l'unanimité au sein de la communauté internationale, étant donné que c'est cette preuve de l'intention spécifique qui caractérise le crime de génocide. Puisque certains auteurs expriment la nécessité de la preuve de cette intention spécifique, nous tâcherons d'illustrer leur position et les solutions qu'ils proposent.

Depuis l'adoption du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*¹⁵, qui traite notamment du génocide, plusieurs pays ont incorporé la sanction de ces crimes dans leurs ordres juridiques internes. Une telle incorporation du *Statut de Rome* est nécessaire puisque les poursuites devant la Cour pénale internationale (CPI) ne sont envisageables que de façon complémentaire aux institutions nationales¹⁶. C'est ainsi que le Canada a adopté en 2000 la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*¹⁷. Par cette loi, le Canada s'est muni de la compétence universelle, lui permettant ainsi de poursuivre les auteurs de crimes internationaux commis à l'étranger ou sur son territoire. En 2007, le premier procès sous cette loi a eu lieu à Montréal; le Rwandais Désiré Munyaneza est accusé de crimes de guerre, crimes contre l'humanité et de génocide. S'inscrivant dans le cadre du droit international existant, le Canada tente de mettre fin à l'impunité sur son territoire. Néanmoins, le gouvernement canadien s'est attiré plusieurs critiques, puisque près de huit cents criminels de guerre demeurent toujours impunis au pays¹⁸.

La première partie de cet article se penche sur la possibilité d'attribuer la responsabilité pour crime de génocide à un individu en même temps qu'à un État (I). La nature de cette responsabilité est différente : pour l'individu, elle s'apparente à la responsabilité pénale, tandis que pour l'État, elle relève plutôt d'une responsabilité de

¹³ *Convention de 1948*, supra note 2, art. II.

¹⁴ *Le Procureur c. Karemera*, ICTR-98-44-AR73, Décision relative à la requête de Karemera en extension de délai pour répondre à l'appel interlocutoire du procureur (16 juin 2006) (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel) [*Procureur c. Karemera*].

¹⁵ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3, à l'art. 25 (2) (entrée en vigueur : 1^{er} juin 2002) [*Statut de Rome*].

¹⁶ *Ibid.*, art. 13-14.

¹⁷ *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.R.C. 2000, c. C-45.9, (sanctionnée le 29 juin 2000) [*Loi de 2000*].

¹⁸ « Premier procès pour crimes de guerre en 15 ans » *La Presse canadienne* (25 mars 2007), en ligne : La Presse canadienne <<http://www.cyberpresse.ca/article/20070325/CPACTUALITES/70325028/1019/CPACTUALITES>> [« Premier procès »]; Commission Deschênes, *Les criminels de guerre*, n° 87-3F, 16 octobre 1998, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/873-f.htm#E.%20Le%20rapport-T>>; R. c. *Désiré Munyaneza*, 2005 CS, No500-73-002500-052 (acte d'accusation) en ligne : GRÉPIH <<http://www.er.uqam.ca/nobel/grepih/carnet>>.

nature civile. Dans une deuxième partie, nous traitons des exigences de la preuve en matière de génocide, qui se distinguent de celles des autres crimes : l'intention spécifique est partie essentielle de ce crime et demeure un élément devant, encore aujourd'hui, être prouvé (II). Nous abordons brièvement, en troisième partie, la situation canadienne en matière de génocide (III).

I. Génocide : à qui la responsabilité?

La *Convention de 1948* a pour principal but d'enrayer l'impunité en matière de génocide par l'attribution d'une responsabilité individuelle et étatique. La responsabilité du premier acteur, soit l'individu, n'a pas suscité de réel débat. Tous les États parties se sont entendus pour affirmer que la *Convention de 1948* permettait aux États de poursuivre leurs nationaux et de leur imposer des sanctions. Quant à la responsabilité étatique, les objections et les tergiversations ont cependant été multiples.

A. La responsabilité individuelle

1. LES ORIGINES DE LA RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE

La notion selon laquelle des individus peuvent être pénalement responsables de certains actes qui constituent des crimes de droit international, indépendamment des lois de leurs États respectifs, est une notion récente. La responsabilité individuelle a fait son apparition lors de l'élaboration des principes de Nuremberg¹⁹; au regard du droit international, l'individu n'existait auparavant pas indépendamment de l'État, auquel il était rattaché par un lien de nationalité. Connu sous le nom de « *The Nuremberg Revolution* »²⁰, le jugement²¹ de Nuremberg, est notamment célèbre pour cette citation : « [c]e sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international »²². Ainsi, les individus sont maintenant des sujets du droit international, et peuvent donc être poursuivis personnellement non seulement par les tribunaux nationaux, mais également par les tribunaux pénaux internationaux.

Analysons maintenant plus précisément la responsabilité de l'individu pour génocide. Contrairement à la responsabilité étatique, celle de l'individu ne soulève pas de controverses en droit international. Elle est généralement acceptée par tous les

¹⁹ *Accord concernant la poursuite et le châtime des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279 (entrée en vigueur : 8 août 1945).

²⁰ Pierre-Marie Dupuy, « International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State » dans Antonio Cassese, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court*, t. II, New York, Oxford University Press, 2002, 1085 à la p. 1086.

²¹ Jorgensen, *supra* note 8 à la p. 139.

²² *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1^{er} octobre 1946*, vol. 1, Nuremberg, 1949.

États et est consacrée, entre autres, dans le *Statut de Rome*²³, qui a compétence en matière de génocide, ainsi que dans les statuts de plusieurs tribunaux pénaux internationaux²⁴ et dans la *Convention de 1948*.

La responsabilité individuelle, en matière de génocide, est de nature pénale²⁵; la *Convention de 1948* ne laisse planer aucun doute à ce sujet. En effet, la définition du crime de génocide comprise à l'article II de la *Convention* distingue nettement les deux dimensions du crime, soit l'*actus reus* et la *mens rea*. De fait, le chapeau de cet article, qui énonce « l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel », définit la *mens rea* nécessaire, alors que les cinq sous-paragraphes du même article énoncent les actes constitutifs du crime de génocide²⁶. La présence de ces deux dimensions montre que la responsabilité retenue contre les individus en matière de génocide est une responsabilité pénale. Par conséquent, cette forme de responsabilité implique la présomption d'innocence de l'accusé, jusqu'à preuve du contraire; cette preuve devant être faite hors de tout doute raisonnable.

La *Convention de 1948* énumère, dans son article III, les actes pouvant engager la responsabilité de l'individu²⁷ alors que l'article II mentionne, entre autres, la liste des actes constituant un génocide, c'est-à-dire l'*actus reus*²⁸. Cette liste est limitative²⁹: les autres éléments de l'article III traitent plutôt des modes de participation au crime de génocide punis par la *Convention de 1948*, comme la complicité ou la tentative. Pour que la responsabilité directe d'un crime de génocide soit établie, le procureur doit prouver que les éléments matériels de l'un des actes énumérés à l'article II de cette *Convention* ont été perpétrés, et qu'outre la *mens rea* particulière à l'acte criminel, cet acte a été commis contre un des groupes visés par la *Convention de 1948*, dans l'intention spécifique de détruire ce groupe, en tout ou en partie, comme tel³⁰. Afin de mieux cerner les contours de la responsabilité individuelle en matière de génocide, nous décomposons les éléments matériels de ce crime et traitons ensuite de l'intention requise.

²³ *Statut de Rome*, supra note 15, art. 25 (2) (« [q]uiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent statut »).

²⁴ *Ibid.*, art. 6; *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, Doc. off. CS NU, 49^e année, 3454^e séance, Annexe, Doc. NU S/RES/955 (1994), art. 2; *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Doc. off. CS NU, 48^e année, 3217^e séance, Annexe, Doc. NU. S/RES/827 (1993), art. 4.

²⁵ Schabas, *Genocide*, supra note 1 à la p. 151.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Il s'agit de la commission du génocide, de l'entente en vue de commettre le génocide, d'une incitation directe et publique à commettre le génocide, de la tentative de génocide et de la complicité dans le génocide.

²⁸ Il s'agit du meurtre des membres du groupe; d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe; à la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle; de mesures visant à entraver les naissances au sein de ce groupe; au transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. Tous ces actes ayant été commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel.

²⁹ Schabas, *Genocide*, supra note 1 à la p. 155.

³⁰ *Le Procureur c. Bagilishem*, ICTR-95-1A-T, jugement (7 juin 2001) au para. 55 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance) [*Procureur c. Bagilishem*].

2. L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DU GÉNOCIDE

Le génocide se distingue des autres crimes en ce qu'il est constitué de deux *mens rea*. La première est celle de l'acte criminel en tant que tel. Par exemple, le meurtre doit être le résultat d'un acte intentionnel et volontaire, le but recherché étant la mort de la victime. La seconde est une *mens rea* spéciale, ou *dolus specialis*, du crime de génocide. Dans l'arrêt *Akayesu*, la Cour définit le *dolus specialis* du génocide comme suit :

[l]e dol spécial d'un crime est l'intention précise, requise comme élément constitutif du crime, qui exige que le criminel ait nettement cherché à provoquer le résultat incriminé. Dès lors, le dol spécial du crime de génocide réside dans "l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel".³¹

Ainsi, les actes énumérés à l'article II de la *Convention de 1948*, même réalisés avec l'intention requise pour ces actes, ne peuvent entraîner une responsabilité pénale individuelle pour génocide que si l'intention de détruire le groupe, en tout ou en partie, est aussi présente au moment de la commission de cet acte³². Nous traiterons plus amplement de la *mens rea* spécifique du crime de génocide dans la deuxième partie de ce texte.

3. LES ÉLÉMENTS DU CRIME DE GÉNOCIDE

a) *Le meurtre des membres du groupe*

La notion de « meurtre » a donné lieu à des discussions au sein des tribunaux internationaux, en raison de la différence entre les versions anglaise et française de la *Convention de 1948*. En effet, le mot « meurtre » en français, donc homicide intentionnel, est traduit en anglais par le terme « killing », soit « tuer », qui référerait seulement à l'acte de donner la mort, de façon intentionnelle ou non. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a finalement décidé qu'en cas de doute sur l'interprétation des textes de loi, celle-ci doit jouer en faveur de l'accusé³³. L'acte dont il est question à l'article II (a) de la *Convention de 1948* est par conséquent le meurtre, soit le fait de donner la mort intentionnellement et illégalement. Certains auteurs sont également de cet avis, et affirment qu'en raison de leur gravité, les actes criminels énoncés à l'article II de la *Convention de 1948* ne peuvent résulter d'un acte innocent qui aurait provoqué la mort de personnes; ils requièrent en effet un acte illégal et intentionnel³⁴. L'individu n'a cependant pas besoin de vouloir

³¹ *Le Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement (2 septembre 1998) au para. 498 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance) [*Procureur c. Akayesu*].

³² John Quigley, *The Genocide Convention: An International Law Analysis*, Hampshire (Royaume-Uni), Ashgate, 2006 à la p. 96.

³³ Jorgensen, *supra* note 8 au para. 102.

³⁴ Quigley, *supra* note 32 à la p. 96.

consciemment la mort d'une personne lorsqu'il commet un de ces actes; pour autant qu'il soit conscient que son comportement causera la mort, il est coupable de meurtre. Sachant cela, il n'est toutefois pas nécessaire de prouver la préméditation pour un crime de génocide³⁵.

Les éléments matériels de cet acte criminel ont été définis comme les suivants : il y a mort d'individu, la mort résulte d'un acte ou d'une omission de l'accusé et la victime est membre du groupe visé par le génocide³⁶. Soulignons que dans l'énonciation de l'acte, l'expression « membres du groupe » n'implique pas forcément la mort de plus d'une personne dudit groupe³⁷. En effet, la dimension quantitative du crime de génocide, soit l'intention de détruire un groupe en tout ou en partie, appartient à l'élément moral du crime. L'élément matériel, lui, ne nécessiterait la mort que d'une seule personne. C'est ainsi qu'est opérée une distinction entre un génocide et un crime de génocide, le premier étant constitué par la mort d'une masse de personnes et le second pouvant résulter de la mort d'une seule personne, entendu que les deux doivent être exécutés avec l'intention spécifique requise. Le Tribunal pénal international de l'ex-Yougoslavie (TPIY), dans l'arrêt *Krstić*, adhère aussi à cette idée³⁸.

b) *L'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe*

Les tribunaux *ad hoc*, en particulier le TPIR, ont grandement contribué à l'interprétation de la notion « d'atteinte grave à l'intégrité ou mentale de membres du groupe », qui peut résulter d'actes de torture physique ou mentale, de traitements inhumains ou dégradants, de viols, de violences sexuelles ou de persécution³⁹. À cette définition se sont aussi ajoutés les mutilations et les interrogatoires avec bastonnades accompagnés ou non de menaces de mort⁴⁰. Dans l'arrêt *Kayishema et Ruzindana*, le TPIR est allé plus loin encore en intégrant les actes qui ont pour effet de porter gravement atteinte à la santé de la victime, de la défigurer ou de provoquer des altérations graves de ses organes externes, internes ou sensoriels⁴¹. Par ailleurs, ces atteintes ne nécessitent pas un préjudice permanent et irrémédiable⁴², sauf en ce qui concerne l'atteinte grave à l'intégrité mentale d'un membre du groupe, à propos duquel le TPIR a indiqué qu'elle « [devait] recouvrir une atteinte plus grave qu'une atteinte mineure ou temporaire aux facultés mentales de la victime »⁴³. Pour prouver l'*actus reus*, la poursuite doit démontrer qu'une ou plusieurs victimes ont en effet

³⁵ *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 501.

³⁶ *Le Procureur c. Semanza*, ICTR-97-20-T, jugement (15 mai 2003) au para. 319 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance II) [*Procureur c. Semanza*].

³⁷ Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 160.

³⁸ *Le Procureur c. Krstić*, IT-98-33, jugement (2 août 2001) au para. 685 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance) [*Procureur c. Krstić*] (« [le génocide] [peut] également se traduire par le meurtre d'une ou de quelques personnes »).

³⁹ *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 504.

⁴⁰ *Ibid.* aux para. 711-12.

⁴¹ *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, *supra* note 8 au para. 109.

⁴² *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 502.

⁴³ *Procureur c. Semanza*, *supra* note 36 au para. 321.

souffert de préjudices physiques ou mentaux. Ensuite, la preuve de la *mens rea* suppose qu'au moment des faits, l'accusé devait avoir l'intention de porter une atteinte grave à l'intégrité mentale ou physique de la victime ainsi que l'intention spécifique de détruire un groupe, en tout ou en partie⁴⁴. Cette intention peut être déduite du nombre de victimes ou de la nature des blessures. En plus de prendre en compte les actes ayant causé des blessures physiques et/ou psychologiques, le TPIY, dans l'affaire *Krstić*, a aussi considéré les efforts entrepris pour éradiquer la culture d'un groupe, comme un signe de l'intention de détruire ce groupe⁴⁵. En somme, la destruction des cibles culturelles peut fournir la preuve que ces actes d'atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale des victimes ont été commis dans l'intention de détruire le groupe⁴⁶.

c) *La soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle*

Les termes « soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle » ne réfèrent pas à une volonté de destruction immédiate des membres du groupe, mais plutôt à l'élaboration de moyens de destruction qui, à plus ou moins long terme, visent leur destruction physique⁴⁷. Ces moyens peuvent comprendre la soumission d'un groupe à un régime alimentaire de subsistance, à l'expulsion systématique des logements, à la réduction des services médicaux en dessous d'un seuil minimal⁴⁸ et au viol⁴⁹. En outre, le Secréariat des Nations unies a interprété ce concept comme visant des situations qui condamneraient les membres du groupe à mourir à petit feu, notamment en les privant de logements et de vêtements adéquats, en leur refusant l'accès à des installations sanitaires et à des soins médicaux, ou en les assujettissant à des travaux excessifs ou encore les contraignant à déployer des efforts physiques⁵⁰, dès lors que ces mesures sont de nature à entraîner la destruction du groupe, en tout ou en partie. Contrairement au meurtre et aux atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe, cet acte criminel ne nécessite pas la preuve d'un résultat⁵¹. Les infractions de meurtre ou d'atteinte à l'intégrité ou mentale de membres du groupe, en vertu des deux premiers paragraphes de l'article II de la Convention de 1948, comprennent comme conséquences, des blessures physiques ou mentales à des

⁴⁴ *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, *supra* note 8 au para. 112-13.

⁴⁵ *Procureur c. Krstić*, *supra* note 38 au para. 580 (« [I]a Chambre de première instance fait toutefois remarquer que la destruction physique ou biologique s'accompagne souvent d'atteintes aux biens et symboles culturels et religieux du groupe pris pour cible, atteintes dont il pourra légitimement être tenu compte pour établir l'intention de détruire le groupe physiquement. La Chambre considérera donc en l'espèce la destruction délibérée de mosquées et de maisons appartenant aux membres du groupe comme une preuve de l'intention de détruire ce groupe »).

⁴⁶ Quigley, *supra* note 32 à la p. 105.

⁴⁷ *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 505.

⁴⁸ *Ibid.* au para. 506.

⁴⁹ *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, *supra* note 8 au para. 116.

⁵⁰ Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary*, New York, Institute of Jewish Affairs, 1960 à la p. 123.

⁵¹ Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 167.

individus ou encore la mort⁵². Cette soumission peut être un acte de commission (obligation de travaux forcés) ou d'omission (affamer le groupe), en autant qu'il soit intentionnel⁵³. La recherche de l'intention de la soumission du groupe à de telles conditions d'existence est importante, car celles-ci ne peuvent résulter d'un manque d'attention, de négligence ou d'inhumanité. En de tels cas, on ne pourrait poursuivre les coupables pour génocide, bien que leurs actes soient hautement répréhensibles⁵⁴. Par ailleurs, lorsque le génocide est commis par omission, il semble difficile d'établir le minimum qu'un État ou un individu avait à fournir à un groupe, en terme de quantité de nourriture, de soins médicaux ou de logements adéquats.

d) *Les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe*

Les premières mesures auxquelles nous pensons, lorsque l'on évoque l'empêchement des naissances, sont la stérilisation et l'avortement. Cependant, il en existe bien d'autres, comme la séparation des sexes et la prohibition des mariages⁵⁵, les mutilations sexuelles, le contrôle forcé des naissances et le viol⁵⁶, qui sont des mesures aussi contraignantes et qui entraînent un résultat semblable. De plus, ces mesures peuvent aussi être d'ordre psychologique, par exemple lorsque, suite à des menaces, des traumatismes ou un viol, une personne refuse subséquemment de procréer⁵⁷. En outre, cet acte criminel ne requiert pas une preuve de résultat, l'*actus reus* consistant dans l'imposition de mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe⁵⁸.

e) *Le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe*

Concernant le transfert forcé d'enfants, la *Convention de 1948* exige la preuve d'un résultat, soit qu'il y ait bel et bien eu transfert d'enfants du groupe visé par le génocide à un autre groupe⁵⁹. Ce transfert peut être dû à un acte direct de transfert forcé, mais peut aussi être le fruit de menaces ou des traumatismes infligés aux membres du groupe, qui aboutiraient à forcer le transfert d'enfants du groupe à un autre⁶⁰. Le terme « enfant » peut sembler vague, la *Convention de 1948* n'en offrant guère de définition. Cependant, pour que ce transfert forcé d'enfants ait un sens en tant qu'acte génocide, il faut qu'il soit mené envers de très jeunes enfants, le but recherché par une telle manœuvre étant de leur faire perdre leur identité culturelle⁶¹.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.* à la p. 170.

⁵⁴ Quigley, *supra* note 32 à la p. 91.

⁵⁵ Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 170.

⁵⁶ *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 507.

⁵⁷ *Ibid.* au para. 508.

⁵⁸ Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 173.

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 176.

⁶⁰ *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 509; *Le Procureur c. Musema*, ICTR-96-13, jugement (27 janvier 2000), au para. 159 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance).

⁶¹ Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 176.

Pour ce faire, ces enfants seront élevés au sein du nouveau groupe, apprenant sa langue, prenant part à sa culture et pratiquant sa religion, jusqu'à perdre toute référence à leur culture d'origine. Cette perte d'identité n'est pas assurée pour des enfants plus vieux, qui assimileront cette nouvelle culture moins facilement, étant déjà imprégnés de leur culture d'origine.

Somme toute, il existe une responsabilité individuelle pour génocide en droit international, l'objectif étant, pour la poursuite, de prouver *l'actus reus* du crime et les deux *mens rea* du défendeur au moment de la commission du crime. Les forums adéquats pour la poursuite des individus pour génocide sont les tribunaux nationaux ou internationaux. Habituellement, les tribunaux internationaux n'interviennent pas lorsqu'une affaire fait l'objet d'une enquête ou d'une poursuite dans un système judiciaire national, sauf si ces procédures ne sont pas menées de bonne foi.

B. La responsabilité étatique

Les diverses qualifications des violations des obligations internationales des États ont constamment été source de débats. La volonté de tenir les États responsables de leurs actes a mené à la rédaction du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*⁶². Ce *Projet d'articles* ne crée pas de nouvelles obligations dans le chef des États, mais codifie les coutumes en la matière. Au cours des années quatre-vingt-dix, la Commission du droit international (CDI) a écarté la possibilité de tenir un État pénalement responsable lors de la rédaction dudit *Projet d'articles*; une responsabilité de nature civile est par conséquent devenue la seule voie possible. C'est en analysant la décision de la CIJ, *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*⁶³, de même que la terminologie de la *Convention de 1948*⁶⁴ et du *Projet d'articles*⁶⁵ que nous en arriverons au corollaire d'une responsabilité étatique.

1. LA RESPONSABILITÉ ÉTATIQUE AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL

Le *Projet d'articles* reflète la volonté de la CDI, et partant de la communauté internationale, de voir la responsabilité d'un État engagée en cas de violation de ses obligations internationales. Il est donc possible de tenir un État responsable des faits illicites qu'il commet, étant donné la valeur contraignante des obligations auxquelles il contrevient⁶⁶. La rédaction de la *Convention de 1948* a suscité de grandes

⁶² *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc. off. AG NU, 56^e sess., supp. n° 10, Doc. NU A/56/10 (2001) [*Projet d'articles*].

⁶³ *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 3.

⁶⁴ *Convention de 1948*, *supra* note 2.

⁶⁵ *Projet d'articles*, *supra* note 62.

⁶⁶ *Ibid.* (il est à noter que le *Projet d'articles* n'a actuellement aucune valeur contraignante pour les États, mais reflète plutôt la volonté de la communauté internationale de remédier à l'impunité des États. Nous reviendrons plus en détail sur ledit projet).

divergences d'opinions quant à portée et à son champ d'application⁶⁷. Les travaux ayant mené à l'élaboration de la *Convention* se sont soldés par la reconnaissance d'obligations s'imposant aux États en matière de génocide.

Dans la décision *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, rendue le 26 février 2007, la CIJ a confirmé l'existence d'une responsabilité étatique en vertu de la *Convention de 1948* :

la Cour affirme donc que les parties contractantes sont tenues en vertu de la Convention de ne pas commettre, par l'intermédiaire de leurs organes ou de personnes ou groupes de personnes dont le comportement leur est attribuable, le génocide ni aucun des autres actes énumérés à l'article III. En conséquence, si un organe de l'État ou une personne ou un groupe de personnes dont les actes sont juridiquement attribuables à l'État en question commet l'un des actes prohibés par l'article III de la Convention, la responsabilité internationale de celui-ci est engagée.⁶⁸

En l'espèce, la Serbie n'a pas vu sa responsabilité retenue pour la commission d'un génocide⁶⁹ puisque la Bosnie ne s'est pas acquittée de son fardeau de preuve. La CIJ a constaté « qu'il n'a pas été établi que les massacres de Srebrenica aient été commis par des personnes ou de entités ayant la qualité d'organes du défendeur »⁷⁰ et « qu'il n'a pas été établi que ces massacres aient été commis selon les instructions ou les directives d'organes de l'État défendeur, ni que ce dernier ait exercé un contrôle effectif sur les opérations »⁷¹. Notons qu'il s'agit malgré tout d'une avancée considérable en droit international : cette décision en faveur d'une responsabilité étatique en matière de génocide vient créer un précédent, ouvrant ainsi la voie à de futures poursuites envers les États.

Différentes dispositions dans la *Convention de 1948* réitèrent la possibilité de ces poursuites étatiques. Son article premier⁷² énonce que les États parties s'engagent à « prévenir et punir » le crime de génocide. Il doit l'interdire par des mesures

⁶⁷ Voir Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 419 (la majorité des États maintenait l'application de ladite convention exclusivement aux individus. Le Royaume-Uni fut un des seuls États à prétendre qu'elle était destinée aux États et en aucun cas aux individus).

⁶⁸ *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 3 au para. 179.

⁶⁹ *Ibid.* au para. 417 (la Serbie a cependant été tenue responsable de la violation de ses obligations de prévention et de répression du crime de génocide).

⁷⁰ *Ibid.* au para. 413.

⁷¹ *Ibid.* (conformément au principe de contrôle effectif, la Bosnie n'a pas réussi à prouver ce contrôle exercé par la Serbie. La Cour a, par contre, conclu à une violation par la Serbie de son obligation de prévenir et de réprimer le crime de génocide et à une violation de l'obligation de se conformer à des mesures conservatoires données par la Cour); voir aussi *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), [1986] C.I.J. rec. 14 au para. 65 (« [p]our que la responsabilité juridique [des États-Unis] soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires [menées par les *contras*] au cours desquelles les violations en question se seraient produites »).

⁷² *Convention 1948*, *supra* note 2, art. I (l'article I de la *Convention de 1948* est ainsi libellé : « [L]es Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens qu'elles s'engagent à *prévenir et à punir* [Nos italiques] »).

coercitives et en empêcher la perpétration. Les articles IV à VIII contiennent les obligations spécifiques relatives à la prévention et la punition des crimes de génocide. On y mentionne les obligations d'adopter des mesures législatives afin de protéger les groupes identifiables de personnes, celle de punir les auteurs de crimes de génocide, celle d'extrader ces auteurs ou encore celle de saisir les organes compétents, afin qu'ils prennent les mesures nécessaires pour prévenir ou réprimer les actes génocidaires⁷³. Mais comment un État peut-il empêcher la survenance d'un génocide sur son territoire sans que celui-ci soit également soumis à la même restriction de ne pas commettre un tel crime? Cela semble très paradoxal. Lors des différents débats entourant l'adoption de la *Convention de 1948*, le Royaume-Uni a également soutenu cette prétention. Selon celui-ci, l'article I laisse croire à une obligation pour les États de ne pas commettre de génocide⁷⁴. Toujours dans la décision rendue le 26 février 2007, la CIJ a affirmé que l'emploi des termes « prévenir » et « punir » sous-entend également l'obligation pour l'État de ne pas commettre de génocide⁷⁵.

La *Convention de 1948* prévoit trois cas de figures possibles en matière de différends entre les États parties, au titre de son article IX⁷⁶. Les deux premiers types de différends, relatifs à l'interprétation et l'application de la *Convention de 1948*, ne permettent pas d'imposer à l'État une quelconque obligation, sauf suite à une décision de la CIJ. Toutefois, l'ajout du terme « exécution » dans ce même article suppose que l'État doit respecter ses obligations au regard de la *Convention de 1948*. La CIJ a soutenu la même thèse dans l'arrêt rendu le 26 février 2007⁷⁷; l'exécution s'applique à l'État, sans quoi on aurait uniquement fait allusion à l'interprétation et à l'application de ladite *Convention* dans l'article IX⁷⁸.

Toujours en vertu de l'article IX de la *Convention de 1948*, l'emploi des termes « la responsabilité d'un État en matière de génocide » permet de tenir un État responsable de génocide ou de tout autre acte énuméré à son article III. Dans le cas où les États participant aux débats entourant l'adoption de la *Convention de 1948* auraient voulu exonérer tout État d'une forme de responsabilité en tant qu'auteur d'un génocide, cette volonté aurait dû se traduire par l'emploi d'autres termes. Dans l'arrêt *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, la CIJ soutient que nous aurions dû lire à l'article IX le membre de phrase suivant : « la responsabilité d'un État pour ne pas avoir prévenu ou puni le génocide »⁷⁹. Le libellé de l'article IX doit donc être interprété de façon extensive, de façon à inclure la responsabilité de l'État en cas de perpétration de génocide par celui-ci. Ainsi, l'article IX fait implicitement référence à la notion de

⁷³ *Ibid.* art. IV-VIII; voir aussi *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 3 aux para. 144, 159.

⁷⁴ Quigley, *supra* note 32 à la p. 223.

⁷⁵ *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 3 aux para. 166-67.

⁷⁶ *Convention 1948*, *supra* note 2, art. IX (l'article IX se lit comme suit : « [I]es différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un des quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend [Nos italiques] »).

⁷⁷ *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 3.

⁷⁸ *Ibid.* au para. 168.

⁷⁹ *Ibid.* au para. 169.

responsabilité de l'État⁸⁰. Dans ce cas d'espèce, la Cour se rallie aux arguments de la Bosnie : « [i]t traced the drafting history of Article IX to argue that [s]tates are responsible before the court for their own perpetration of genocide, not only for failing to punish individuals »⁸¹. Cependant, l'article IX n'envisage aucune responsabilité pénale étatique contrairement à la responsabilité individuelle⁸². D'ailleurs, une responsabilité de nature civile est plus réaliste, car elle permet de dédommager les victimes du génocide et pose un moins grand problème sur le plan de la compétence des cours internationales, au contraire de la responsabilité pénale.

2. LA CONSÉCRATION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE ÉTATIQUE POUR GÉNOCIDE

Les États ont, dès le début des travaux préparatoires de la *Convention de 1948*, mentionné leur intention d'attribuer une responsabilité civile aux États, pour manquement à leurs obligations découlant de la *Convention de 1948*. Une convention pourrait, dans un tel cas, difficilement s'interpréter en des termes contraires à la volonté initiale de ses États parties⁸³. Quant à une ouverture sur la responsabilité pénale de l'État, une poursuite civile reste l'issue la plus pragmatique. Dans le mémoire de la Bosnie, cette prétention est également ressortie : « [a]ux termes de la *Convention de 1948* et du *Statut de la Cour*, la poursuite de l'État est une action civile »⁸⁴. On y mentionne également que

[le] droit international de la responsabilité des États reconnaît aussi que la responsabilité des États s'apparente à la responsabilité civile dans les ordres juridiques internes, alors que la responsabilité des individus en droit international s'apparente à la responsabilité pénale dans les systèmes nationaux.⁸⁵

La nature des conséquences que s'attirent les États fautifs, telles qu'elles figurent dans le *Projet d'articles*, soutient aussi le principe de la responsabilité civile de l'État. La « cessation »⁸⁶ du fait internationalement illicite de même que la « réparation »⁸⁷ sont les deux solutions adoptées en cas de non-respect de la part d'un État de ses obligations internationales. La « cessation » et la « réparation » étant deux termes employés uniquement en matière civile, aucune responsabilité pénale ne peut donc être déduite de ces articles.

⁸⁰ Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 434; voir aussi Quigley, *supra* note 32 à la p. 224.

⁸¹ Quigley, *ibid.* à la p. 222.

⁸² James Crawford, Rapporteur spécial, *First Report on State Responsibility*, Doc. off. CDI NU, 50^e sess., Doc A/CN.4/490ADD.2 (1998) au para. 61.

⁸³ Conformément aux règles d'interprétation des traités en droit international, voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, aux art. 31-32 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

⁸⁴ «Mémoire de la Bosnie», *supra* note 4 au para. 211.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Projet d'articles*, *supra* note 62, art. 30.

⁸⁷ *Ibid.*, aux art. 31, 35-37.

3. UNE RESPONSABILITÉ PÉNALE POUR GÉNOCIDE

Le droit international reconnaît depuis longtemps la responsabilité civile des États, mais pour ce qui est des « crimes » commis par ceux-ci, la question est toujours controversée. Actuellement, l'interprétation de la *Convention de 1948* s'effectue en grande partie à la lumière des débats ayant mené à son adoption. Cependant, ne devrions-nous pas revoir la *Convention de 1948* selon l'état actuel du droit international? Certains auteurs soutiennent cette approche : « *the development in customary law since that of the concept of penal responsibility of states may be used to re-interpret Article IX as calling for penal responsibility* »⁸⁸. Certes, la majorité des États ont ratifié cette *Convention*, à condition d'y retrouver uniquement des dispositions civiles quant à leur responsabilité en matière de génocide⁸⁹. L'argument central d'une telle conception est que le caractère abstrait de l'État le rend difficilement condamnable d'un crime de génocide. Par conséquent, la référence à une responsabilité pénale ne figure pas explicitement dans la *Convention de 1948*⁹⁰.

L'article premier de la *Convention de 1948*⁹¹ renferme deux ouvertures à la responsabilité pénale d'un État. Le génocide, de par sa qualification de « crime », exprime la nature pénale de cette infraction. Il n'est cependant pas uniquement qualifié de crime simple. Dans cet article, on y définit le génocide comme un « crime du droit des gens ». Cette désignation du génocide est une indication quant à la possibilité de tenir un État responsable pour ce crime. Un crime du droit des gens s'impose directement aux États, sans devoir obtenir leur consentement préalable. Il y a donc une interdiction de commettre le génocide par un État. Dans l'arrêt *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, la Cour affirme qu'étant donné que les États ont accepté la qualification du génocide comme crime du droit des gens, ils ont donc implicitement accepté de s'y soumettre⁹².

La question de la preuve constitue également un obstacle à la responsabilité pénale étatique. Selon les États, l'intention requise en matière de génocide ne peut leur être imputée. Cependant, nous croyons que cela serait possible d'un point de vue théorique. La responsabilité de l'État pourrait être retenue pour les actes de ses organes, agents, fonctionnaires. L'intention peut donc être prouvée à travers ces individus représentant l'État. Néanmoins, le fardeau de la preuve devrait être beaucoup plus élevé. L'intention de commettre le génocide ou un des actes cités à l'article III de la *Convention de 1948* devrait s'étendre à la totalité du gouvernement pour démontrer une volonté collective de l'État de commettre un de ces crimes. La

⁸⁸ Quigley, *supra* note 32 à la p. 232.

⁸⁹ C'est à compter de la dernière étape de l'élaboration de la *Convention* que les dispositions concernant la responsabilité des États pour génocide ont été introduites sous l'article IX; «Mémoire de la Bosnie», *supra* note 4 au para. 202; *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 3 au para. 211; voir aussi Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 434.

⁹⁰ Schabas, *Genocide*, *ibid.* à la p. 418.

⁹¹ *Convention de 1948*, *supra* note 2, art. I (l'article I de la *Convention de 1948* stipule que « [l]es Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un *crime du droit des gens*, qu'elles s'engagent à *prévenir et à punir* [Nos italiques] »).

⁹² *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 3 au para. 166.

preuve de la connaissance et du cautionnement, par les membres du gouvernement, des actes proscrits par la *Convention de 1948* doit être démontrée hors de tout doute raisonnable pour pouvoir leur imputer une responsabilité pénale. Par contre, aucune sanction pénale n'est possible si un État était trouvé coupable de génocide, vu l'impossibilité pratique de soumettre l'entité abstraite qu'est l'État à une peine d'emprisonnement, par exemple. De plus, un autre problème intervient : aucune juridiction internationale n'est dotée d'un réel pouvoir contraignant à l'égard des États⁹³.

Le chapitre III de la deuxième partie du *Projet d'articles* codifie les violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général. En situant le contenu de l'article 40 dans une section à part et en le distinguant des autres faits illicites, soit sous le chapitre III, les législateurs ont probablement voulu établir une distinction entre les différentes obligations internationales des États. Le premier alinéa de cet article codifie ainsi les violations graves d'obligations de normes impératives. Ces violations graves de normes de *jus cogens* laissent une ouverture possible à une responsabilité pénale de l'État. Le deuxième alinéa qualifie la notion de violations « graves » par un « manquement flagrant ou systématique » à l'exécution de l'obligation par l'État responsable. Ces termes ont une plus grande portée que de simples violations. Nous supposons donc que le fardeau de la preuve sera plus exigeant que dans le cas de violations contenues dans le chapitre III de la première section du *Projet d'articles* sur la responsabilité des États. Les conséquences en cas de violation de l'article 40 du *Projet d'articles* sont également différentes de celles se retrouvant aux articles 30 et 31. Seule une coopération pour mettre fin à ces violations par des moyens licites et codifiés est prévue comme conséquence particulière d'une violation grave d'une obligation de l'article 40⁹⁴. Cette conséquence peut autant être utilisée dans un régime civil que pénal.

Le *Projet d'articles* démontre donc la volonté de la société internationale de tenir l'État responsable de ses actes illégaux selon le droit international. Le *Projet d'articles* reste pourtant plutôt équivoque quant à la responsabilité pénale d'un État. Par ailleurs, ce texte n'a pour l'instant aucune valeur contraignante pour les États.

Néanmoins, les conséquences pour l'État, en cas de manquement à ses obligations internationales, peuvent être considérables. On peut évoquer la possibilité de rupture des relations diplomatiques, d'embargo et de contre-mesures à l'encontre de celui-ci. L'atteinte à son image sur le plan international constitue également une des conséquences. Une responsabilité pénale étatique devrait être reconsidérée; les conséquences d'une responsabilité de nature civile ne représentant pas une justice suffisante pour des crimes de génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre. Le fait de tenir un État pénalement responsable de génocide le stigmatiserait probablement plus que lorsque sa responsabilité civile est retenue.

⁹³ *Ibid.* au para. 210.

⁹⁴ *Projet d'articles*, *supra* note 62, art. 40 (2) (l'article 40 impose également aux autres États de ne pas reconnaître comme licite « une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation »).

C. Coexistence de la responsabilité individuelle et étatique

L'article 4 des *Draft Codes of Crimes against the Peace and Security of Mankind* établit une distinction entre la responsabilité de l'individu et celle de l'État. Il s'agit de deux responsabilités indépendantes l'une de l'autre. Dans un rapport proposé à la CDI, on y mentionne :

*[u]nder the Draft Articles, states as juridical entities may incur responsibility if they breach fundamental rules of conduct securing a civilized state of affairs in international relations. Additionally, for the same acts, those who hold leadership positions in the government machinery of such states may be made accountable in their individual capacity... There is no denying the fact that rules imposing obligations upon states must be framed differently from the rules that address individuals.*⁹⁵

Rappelons toutefois que la poursuite d'un individu pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'exonère pas l'État d'une responsabilité pour un acte ou une omission attribuable à celui-ci en droit international⁹⁶. L'article 4 des *Draft Codes of Crimes against the Peace and Security of Mankind* vient clairement établir ce principe :

*[t]he fact that the present Code provides for the responsibility of the individuals for crimes against the peace and security of mankind is without prejudice to any question of the responsibility of states under international law.*⁹⁷

Il existe une différence entre les actes commis par des individus et les actes qui sont organisés ou dirigés par un gouvernement⁹⁸. Cette distinction est importante afin de déterminer, au cas par cas, s'il s'agit d'un crime individuel ou s'il s'agit d'un crime à la fois individuel et attribuable à l'État. Dès qu'un individu ou un groupe de personnes utilise l'appareil de l'État, la responsabilité de l'État peut être engagée.

En droit international, la responsabilité de l'État est distincte de celle de l'individu. En pratique, on observe quand même un lien entre la responsabilité de l'individu et celle de l'État. Tout d'abord, dans la plupart des cas récents, c'est la poursuite d'un individu qui entraîne la poursuite de l'État⁹⁹. De plus, l'État a

⁹⁵ *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Doc. off. AG NU, 48^e sess., Doc. NU ILC(XLVIII)/DC/CRD.3 (1996) [*Draft code of 1996*]; voir aussi *Jorgensen, supra* note 8 à la p. 140.

⁹⁶ *Jorgensen, ibid.* à la p. 141.

⁹⁷ *Titles and texts of articles on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Doc. off. AG NU, 48^e sess., Doc. NU A/CN.4/L.532 (1996); voir aussi *Jorgensen, ibid.* à la p. 144.

⁹⁸ *Draft Code of 1996, supra* note 95, art. 20; voir aussi *Jorgensen, ibid.* à la p. 150.

⁹⁹ *Jorgensen, ibid.* à la p. 141.

l'obligation de poursuivre les individus soupçonnés de crimes internationaux. S'il ne le fait pas, sa responsabilité peut être retenue.

À ce jour, on peut établir la responsabilité de l'individu et de l'État pour des crimes de génocide. Ces actes peuvent être imputés deux fois, soit à l'individu et à l'État (principe de non-exclusivité/double attribution). Par exemple, en plus de la responsabilité pénale d'un individu, la responsabilité de l'État peut être retenue, parce que les agents de l'État ont commis des crimes qui vont à l'encontre du droit international humanitaire, ou parce qu'ils ont tout simplement omis d'arrêter ou de prévenir ces actes. Enfin, les deux responsabilités peuvent co-exister, l'une à côté de l'autre :

[t]hey equally show that the same type of wrongful acts, like aggression or genocide, can give rise to two distinct types of responsibility coming under mutually autonomous legal regimes, the first constituting the individual responsibility of physical persons who are the culprits or the givers of the orders, the second that of the [s]tate in the name of which these same acts were committed.¹⁰⁰

En revanche, il n'y a pas de hiérarchie entre les cours internationales. Le fait qu'un individu soit responsable internationalement n'engage pas nécessairement la responsabilité de l'État, et vice versa. De même, la CPI ne peut se fonder sur des décisions prises par les cours nationales, mais peut les prendre en considération¹⁰¹.

Le comportement de l'État, en tant qu'entité juridique, est évalué par une norme objective. Le principe de réparation s'applique seulement aux États et les sanctions contre un individu étaient souvent laissées au droit interne du pays. L'individu, maintenant devenu sujet de droit international, n'est plus à l'abri des poursuites pénales et ne peut dès lors trouver refuge dans son droit national :

[a]ccordingly, the new designation of the individual as a person potentially to be held responsible in public international law, today by the Ad Hoc Tribunals set up by the UN Security Council and tomorrow by the International Criminal Court, has ended by designating the individual as a full subject of public international law, eligible to defend his rights, but also to have render account (respondere) for the breach of obligations incumbent on him vis-à-vis other individuals.¹⁰²

Pourtant, une coexistence de ces deux types de responsabilités ne serait-elle pas possible sous la même *Convention*? C'est principalement à cette conclusion que nous arrivons après l'analyse des différents articles de ladite *Convention*. Dans l'arrêt *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, la CIJ a infirmé la position de la Serbie quant à l'impossibilité de retrouver des dispositions de nature civile et pénale sous la même

¹⁰⁰ Dupuy, *supra* note 20 à la p. 1098.

¹⁰¹ André Nollkaemper, « Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law » (2003) 52 I.C.L.Q 615 à la p. 628 et s.

¹⁰² Dupuy, *supra* note 20 à la p. 1098.

convention. Selon la CIJ, la coexistence de dispositions de deux systèmes juridiques sous la même convention est possible¹⁰³.

Une fois cette responsabilité attribuée, les règles de la preuve en matière pénale prennent une importance capitale. La preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* n'est bien entendu pas contestée. Cependant, celle de la *mens rea* spécifique ne semble pas homogène dans la jurisprudence actuelle.

II. La *mens rea* spécifique en matière de génocide

Le crime de génocide, comme beaucoup d'autres crimes, nécessite l'*actus reus* et la *mens rea*. L'*actus reus* est l'acte physique de commission d'un crime, alors que la *mens rea* est l'intention de le commettre. Les deux éléments nécessaires pour établir la *mens rea* – l'élément mental de tous les crimes de droit international, incluant le génocide – sont la connaissance du crime et l'intention de le commettre, tel que stipulé à l'article 30 du *Statut de Rome*¹⁰⁴. Toutefois, l'intention ou la connaissance peuvent suffire à prouver la *mens rea*. Il s'avérerait en effet beaucoup plus difficile de prouver l'intention spécifique s'il était nécessaire de démontrer ces deux éléments¹⁰⁵. Si la préméditation semble nécessaire à la perpétration d'un génocide, un tel plan n'est pas un élément requis pour établir la présence de la connaissance ou de l'intention¹⁰⁶. Le TPIR a confirmé cette notion : « *although a specific plan to destroy does not constitute an element of genocide, it would appear that it is not easy to carry out a genocide without a plan or organization* »¹⁰⁷.

A. Les deux facettes de la *mens rea* : la connaissance et l'intention requises

L'accusé doit avoir connaissance des circonstances du crime¹⁰⁸. La définition du crime de génocide nécessite un degré de connaissance de l'objectif poursuivi et une conduite criminelle, et non la simple connaissance de l'existence d'un plan¹⁰⁹. Par exemple, la personne doit avoir la connaissance qu'en posant certains actes, elle contribue à la destruction d'un groupe protégé. Quant à l'intention, elle est définie à l'article II de la *Convention de 1948*, et sa nécessité est réaffirmée à l'article 30 du *Statut de Rome*. L'intention peut être admise lorsqu'une personne veut causer certains effets, ou lorsqu'elle peut prévoir que ces effets résulteront de la commission ou de l'omission de certains actes. Par contre, les termes « dans l'intention » qui

¹⁰³ *Bosnie c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 3 au para. 170.

¹⁰⁴ *Statut de Rome*, *supra* note 15, art. 30; Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 207.

¹⁰⁵ Otto Triffterer, « Genocide: Its particular Intent to Destroy in Whole or in part the Group as Such » (2001) 14:2 *Leiden J. Int'l L.* 399.

¹⁰⁶ Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 207 (« [i]ndeed, while exceptions cannot be ruled out, it is virtually impossible to imagine genocide that is not planned and organized either by the [s]tate itself or by some clique associated with it »).

¹⁰⁷ *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, *supra* note 8 au para. 94; Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 209.

¹⁰⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 15, art. 30 (3); Schabas, *ibid.* à la p. 207.

¹⁰⁹ Schabas, *ibid.* à la p. 210.

apparaissent à l'article II de la *Convention de 1948* font plus que qualifier le génocide de crime intentionnel; ils donnent une description précise de l'intention requise¹¹⁰, soit « l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »¹¹¹.

Ainsi, une personne ne peut pas être coupable d'un crime de génocide si la preuve de l'intention nécessaire n'est pas établie : « [*e*]ven where an act itself appears criminal, if it was purely accidental, or committed in the absence of intent to do harm or knowledge of the circumstances, then the accused is innocent »¹¹².

Un individu qui n'a pas connaissance des circonstances ne pourra par ailleurs être déclaré coupable d'un crime de génocide; il pourrait néanmoins l'être pour des voies de fait ou un meurtre dans un tribunal national¹¹³.

B. L'intention spécifique du génocide

En plus de la preuve de la connaissance ou de l'intention, la poursuite devra démontrer le *dolus specialis*, soit l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe identifiable de personnes. Ce degré d'intention, requis par l'article II de la *Convention de 1948*, est parfois décrit comme une « intention spécifique » ou une « intention spéciale »¹¹⁴. Cette intention spécifique est utilisée en droit commun pour différencier les infractions qui sont d'intention générale de celles qui exigent une intention plus spécifique¹¹⁵. Le premier paragraphe de l'article II de la *Convention de 1948* décrit l'intention spécifique de la manière suivante : « l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »¹¹⁶. Pour prouver un crime de génocide, il ne faut alors pas se contenter de démontrer l'intention qu'avait l'accusé d'accomplir les infractions en cause, mais qu'il les a accomplies ou voulait les accomplir avec l'intention directe de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel¹¹⁷. C'est pourquoi la CIJ décrit le crime de génocide comme étant unique, en raison de l'élément du *dolus specialis* qu'il exige¹¹⁸.

Si le *dolus specialis* n'est pas prouvé, l'acte pourra certes être puni, mais non en tant que crime génocidaire¹¹⁹. Il pourrait être qualifié de crime contre l'humanité

¹¹⁰ *Ibid.* à la p. 214.

¹¹¹ *Convention de 1948*, *supra* note 2, art. 2.

¹¹² Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 206.

¹¹³ *Ibid.* à la p. 210.

¹¹⁴ *Ibid.* à la p. 217.

¹¹⁵ *Ibid.* à la p. 218.

¹¹⁶ *Ibid.* à la p. 220.

¹¹⁷ *Ibid.* à la p. 218; *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 497.

¹¹⁸ Schabas, *Genocide*, *ibid.* à la p. 218; voir aussi William A. Schabas, « The Jelisić Case and the *Mens Rea* of the Crime of Genocide » (2001) 14 *Leiden J. Int'l L.* 125 à la p. 128 [Schabas, « Jelisić »]; voir aussi *Le Procureur c. Kambanda*, ICTR 97-23-S. jugement (4 septembre 1998) au para. 91 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance).

¹¹⁹ Schabas, *Genocide*, *ibid.* à la p. 219; voir aussi *A-G Israel c. Eichmann* (1968), 36 *I.L.R.* 18 (District court of Jérusalem), au para. 25 (« *under the Convention a special intention is requisite for its commission, an intention that is not required for the commission of crimes against humanity* »).

ou simplement de crime réprimé par une loi nationale¹²⁰. C'est le cas des exécutions arbitraires ou des infractions commises dans un dessein autre que celui de détruire un groupe identifiable de personnes, ou encore envers un groupe non compris dans la définition de génocide.

*The Trial Chamber therefore concludes that it has not been proven beyond all reasonable doubt that the accused was motivated by the *dolus specialis* of the crime of genocide¹²¹. In explanation, the Trial Chamber said "he killed arbitrarily rather than with the clear intention to destroy a group".¹²²*

La raison pour laquelle on inclut ce critère très exigeant est que la simple participation d'un individu à un génocide n'est pas suffisante pour l'accuser de ce crime. C'est le cas du soldat qui suit les ordres d'un supérieur et qui commet une ou plusieurs des infractions mentionnées dans la *Convention de 1948*, mais qui ne possède aucune volonté spécifique d'éliminer le groupe contre lequel il commet ces actes¹²³. Le *dolus specialis* étant absent de ce crime, une condamnation pour génocide est impossible.

Cinq crimes de génocide sont répertoriés dans l'article II de la *Convention de 1948*. Ces crimes sont : (a) le meurtre; (b) l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres d'un groupe; (c) la soumission intentionnelle d'un groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle; (d) des mesures visant à entraver les naissances au sein d'un groupe; et (e) le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. Ces crimes exigent tous le *dolus specialis*. Par exemple, dans le cas de la soumission intentionnelle d'un groupe à des conditions pouvant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, cet acte doit être fait dans le dessein d'entraîner la destruction du groupe. Qu'un groupe soit soumis à des conditions funestes ne suffit pas à établir le génocide : la volonté de destruction de ce groupe doit conditionner la perpétration de ces actes. Les descriptions des crimes recensés à l'article II montrent la nature intentionnelle de ces actes, qui impliquent la conscience des conséquences possibles. Ces crimes ne peuvent survenir accidentellement ou résulter d'une simple négligence¹²⁴, n'importe quelle personne raisonnable pouvant en prévoir les conséquences. Dans le cas du paragraphe (d), les mesures visant à entraver les naissances ne doivent viser que le groupe qui en a été victime, et ce, de manière intentionnelle.

Ce n'est que lorsque l'intention spécifique est établie que l'on peut parler de crime de génocide. Par exemple, en 1938, nous n'aurions pu juger Hitler pour crime de génocide, même s'il avait déjà tué plusieurs personnes, puisque son intention de

¹²⁰ Schabas, *Genocide, ibid.* à la p. 214.

¹²¹ *Le Procureur c. Jelusic*, I T-95-10-T, jugement (14 décembre 1999) au para. 108 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

¹²² Schabas, « Jelusic », *supra note* 118 à la p. 129.

¹²³ *Ibid.* à la p. 130.

¹²⁴ *Ibid.*; voir aussi *Code of crimes against the Peace and security of Mankind*, Doc. off. AG NU, 48^e sess., Doc. NU A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (1996).

détruire en tout ou en partie le peuple juif n'était pas encore établie. C'est seulement lors de la célèbre nuit de Cristal (*Reichskristallnacht*) que son intention génocidaire est devenue claire et que la présence d'un génocide a été confirmée. À partir de cette nuit, des arrestations auraient dû survenir, permettant de déclencher un processus de poursuites judiciaires, et non pas attendre huit ans plus tard, lors des procès de Nuremberg.

C. Les raisons de l'exigence d'une intention spécifique en matière de génocide

Le législateur, principalement dans les pays civilistes, caractérise certains crimes en droit national avec un deuxième élément mental, soit le *dolus specialis*. C'est justement cette intention qui rend le crime de génocide si odieux. Ainsi, pour éviter d'autres crimes spécifiques, une personne doit être reconnue coupable d'avoir eu une telle intention. En général, il y a différents degrés de culpabilité et de sanctions pénales selon l'état d'esprit d'un individu. Afin de sanctionner cette intention spécifique avec une peine plus sévère, le législateur différencie les crimes intentionnels de ceux qui ne le sont pas. Le meurtre est un exemple classique; les législations de plusieurs États envisagent différents degrés de culpabilité selon la disposition mentale de la personne qui commet ce crime. L'homicide involontaire est une forme d'homicide qui n'est pas complètement accidentelle, mais qui résulte d'une grave négligence de la part de l'accusé¹²⁵. La raison principale pour laquelle les États condamnent le crime de génocide plus sévèrement qu'un meurtre ou que des voies de faits graves est la même qui fait qu'un meurtre intentionnel est différencié d'un homicide involontaire¹²⁶. Souvent, c'est pour pouvoir infliger une peine plus sévère à des crimes commis avec une intention spéciale. Dans certains cas, la peine de mort a été rétablie, après avoir été abolie, pour pouvoir sanctionner le crime de génocide plus sévèrement qu'un simple meurtre. Selon le professeur Schabas,

*“ordinary” murder normally exposes the offender to the maximum penalty available in the domestic legal system, generally lengthy imprisonment up to and including life imprisonment or even the death penalty, leaving little room for an even more severe sanction. In the two major domestic cases of genocide prosecution since 1948, namely that of Adolph Eichmann in Israel in 1961 and of the Rwandan génocidaires in 1998, capital punishment was reintroduced after a period of de facto abolition for ordinary crimes in order to address this issue.*¹²⁷

D. L'exclusion de la négligence et le critère de prévisibilité

Dans certains jugements, l'accusé a été déclaré coupable parce qu'il savait ou aurait dû prévoir que l'acte commis allait détruire, en tout ou en partie, un groupe

¹²⁵ Schabas, *Genocide*, supra note 1 à la p. 206.

¹²⁶ *Ibid.* aux pp. 206-07.

¹²⁷ *Ibid.* à la p. 207 (il est à noter que le Rwanda a aboli la peine de mort le 8 juin 2007).

national, ethnique, racial ou religieux, comme tel¹²⁸. De même, dans les *Éléments de crime* de la CPI¹²⁹, on mentionne que l'accusé aurait dû savoir que cette façon d'agir aurait eu pour conséquence de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel, ou que ces actes étaient similaires à d'autres actes commis contre le même groupe. Le critère « aurait dû savoir » est souvent utilisé pour décrire des crimes commis par négligence. Toutefois, un crime de génocide ne peut en aucun cas être commis par négligence¹³⁰. Même si la suggestion d'ajouter les termes « aurait dû savoir » ou toute autre expression qui établit la négligence a subsisté pendant les différents travaux préparatoires, elle n'a pas été retenue dans la version finale de la *Convention de 1948*¹³¹.

E. L'exception jurisprudentielle à la nécessité de la preuve de l'intention spécifique

Tel que mentionné précédemment, l'intention spécifique est un élément caractérisant le crime de génocide. Néanmoins, dans l'arrêt *Karemera*¹³², rendu en 2006, le TPIR a conclu que la preuve de l'intention spécifique n'était plus nécessaire en faisant le constat judiciaire du génocide au Rwanda.

1. LE CONSTAT JUDICIAIRE DANS LES TRIBUNAUX COMME PRATIQUE ÉCONOMIQUE

La méthode du constat judiciaire est utilisée dans les tribunaux nationaux et internationaux lorsqu'un fait est si connu qu'il n'est pas sujet à une contestation raisonnable, ou qu'il peut être facilement vérifié, à l'aide de sources sûres¹³³. La fonction du constat judiciaire est principalement de deux ordres. Premièrement, elle permet l'efficacité du système judiciaire, en épargnant aux avocats le devoir de prouver des faits connus, tendant ainsi à réduire la durée et les coûts du procès¹³⁴. Deuxièmement, le constat judiciaire permet aux tribunaux de maintenir une uniformité dans leur interprétation des faits¹³⁵. Il est plausible que ce constat présente aussi quelques dangers, sinon il serait employé beaucoup plus souvent dans les systèmes judiciaires. D'abord, le constat judiciaire contourne certaines normes désignées pour protéger les défendeurs, telle la nécessité de la force probante d'un fait¹³⁶. De plus, cette méthode a déjà été utilisée pour soutenir des idées ou des

¹²⁸ *Ibid.* à la p. 212; voir aussi *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 519.

¹²⁹ *Finalized draft text of the Elements of Crimes*, Doc. off. CP NU, 5^e sess., Doc. NU PCNICC/2000/L.1/INF/Add.2.

¹³⁰ Schabas, *Genocide*, *supra* note 1 à la p. 212.

¹³¹ Schabas, « Jelisic », *supra* note 118 à la p. 133.

¹³² *Procureur c. Karemera*, *supra* note 14.

¹³³ Ralph H. Mamiya, « Taking Judicial Notice of Genocide? The Problematic Law and Policy of the Karemera Decision » (novembre 2006) à la p. 3, en ligne : Social Science Research Network <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=949572>.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.* à la p. 5.

¹³⁶ *Ibid.*

stéréotypes. Ainsi, aux États-Unis, les tribunaux ont fait le constat judiciaire de notions racistes et fallacieuses à propos de la supériorité blanche, pour supporter la ségrégation aux États-Unis ou en Afrique du Sud¹³⁷. Les Tribunaux *ad hoc* (le TPIR et le TPIY) reconnaissent deux moyens de faire ce constat de certains faits, à travers les articles 94 (A) et 94 (B) de leur *Règlement de procédure et de preuve*¹³⁸. La règle de l'article 94 (A) permet le constat de faits de notoriété publique, alors que la règle de l'article 94 (B) permet le constat de faits admis lors d'autres affaires portées devant le tribunal.

2. L'ARRÊT *KAREMERA* : L'AVÈNEMENT DU CONSTAT JUDICIAIRE DE GÉNOCIDE

L'arrêt *Karemera* a été rendu plusieurs années après la création du TPIR, où de nombreuses causes se sont étirées en longueur, notamment en raison du caractère distinctif de la preuve de l'intention spécifique du génocide. De fait, l'arrêt *Karemera* ne fera pas exception. Les accusés, Édouard Karemera, Mathieu Ndirumpatse et Joseph Nzirorera, sont poursuivis pour crime de génocide, d'entente en vue de commettre le génocide, d'incitation directe et publique à commettre le génocide, ainsi que de complicité dans le génocide. Suite à de multiples délais dans le procès et en vue d'accélérer celui-ci, le procureur a fait une demande de constat judiciaire de six faits de notoriété publique¹³⁹, conformément à l'article 94 (A) du *Règlement de procédure et de preuve*¹⁴⁰ du TPIR. La règle 94 (A) de ce règlement énonce que « [l]a Chambre de première instance n'exige pas la preuve de ce qui est de notoriété publique, mais en dresse le constat judiciaire »¹⁴¹. Il y a cependant un problème, qui a conduit au rejet partiel de la demande du procureur par la Chambre de première instance : le fait numéro six établit qu'« entre le 6 avril 1994 et le 17 juillet 1994, il y a eu un génocide au Rwanda, contre le groupe ethnique tutsi »¹⁴². Le Tribunal de première instance a refusé la demande du procureur pour deux motifs. Tout d'abord, le constat judiciaire du fait numéro six ne serait pas pertinent, l'existence d'une campagne nationale de génocide au Rwanda n'étant pas un fait à prouver. Par ailleurs, ce constat allégerait le fardeau de la preuve du procureur, celui-ci ayant allégué dans son acte d'accusation la responsabilité des défendeurs pour les crimes survenus à travers le Rwanda.

Le procureur a fait appel de cette décision et a obtenu gain de cause. La Chambre d'appel a en effet renversé la décision de la Chambre de première instance

¹³⁷ A. Leon Higginbotham Jr., F. Michael Higginbotham et S. Sandile Ngcobo, « *De Jure* Housing Segregation in the United States and South Africa: The Difficult Pursuit for Racial Justice » [1990] U. Ill. L. Rev. 747 aux pp. 763, 824, 867; voir aussi Mamiya, *supra* note 133 à la p. 5.

¹³⁸ *Règlement de procédure et de preuve* [1995], Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 94 (A), (B) en ligne : Tribunal pénal international pour le Rwanda <<http://69.94.11.53/FRENCH/rules/120196/6.htm>> [*Règlement du TPIR*].

¹³⁹ *Procureur c. Karemera et al.*, ICTR-98-44-R94, Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice, Rule 94 of the Rules of Procedure and Evidence (9 novembre 2005) (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance III) [*Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice*].

¹⁴⁰ *Règlement du TPIR*, *supra* note 138.

¹⁴¹ *Ibid.*, art. 94 (A).

¹⁴² *Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice*, *supra* note 139 au para. 7.

et dressé, par cette occasion, le constat judiciaire du fait numéro six¹⁴³. La Chambre d'appel a affirmé tout d'abord que l'application de la règle 94 (A) du *Règlement du TPIR* n'est pas facultative. Une fois que la Chambre de première instance conclut à la notoriété publique d'un fait, elle doit en dresser le constat judiciaire¹⁴⁴. La Chambre d'appel a ensuite établi que le sixième fait se qualifie pour le constat judiciaire en vertu de la règle 94 (A), affirmant que personne ne peut valablement douter qu'il y ait eu en 1994 « une campagne de massacres visant à détruire l'ensemble ou au moins une très grande fraction de la population tutsie du Rwanda, qui [...] était un groupe protégé »¹⁴⁵. La Chambre d'appel a appuyé cette affirmation en indiquant que l'existence d'un génocide au Rwanda a été établie par plusieurs jugements rendus par le TPIR, ainsi que par un nombre considérable de livres, d'articles, de rapports et de décisions de juridictions nationales¹⁴⁶. Finalement, la Chambre d'appel a rejeté les motifs de la Chambre de première instance, les qualifiant au passage de « curieusement contradictoires »¹⁴⁷. Le premier motif invoqué par la Chambre de première instance, soit que la preuve de l'existence d'un génocide n'est pas pertinente pour le plaidoyer du procureur, est réfuté par la Chambre d'appel, qui est d'avis que cette preuve présente indubitablement un intérêt pour la thèse du procureur¹⁴⁸. Elle affirme que c'est un élément nécessaire de cette thèse, quoiqu'il ne suffise pas, à lui seul, pour l'établir. Pour condamner un accusé de génocide, la Chambre de première instance doit avoir reçu la preuve de ses actes et de son intention. La Chambre estime que l'existence d'une campagne génocidaire dans un lieu donné est pertinente, car elle aide à comprendre les circonstances entourant les actes des accusés et donc, leurs intentions. La Chambre d'appel désavoue ensuite le deuxième motif de la Chambre de première instance, à savoir que dresser un constat judiciaire en l'espèce reviendrait à alléger indûment la charge de la preuve qui incombe au procureur. Elle indique que le constat judiciaire, en supprimant l'obligation de produire la preuve de ce qui est déjà de notoriété publique, crée un autre moyen pour le procureur de s'acquitter de sa charge. En effet, le procureur demeure tenu d'établir que les faits énoncés dans l'acte d'accusation constituent un génocide, mais aussi que la conduite et l'état mental des accusés les rendent coupables de génocide¹⁴⁹. Elle a aussi précisé que ce constat judiciaire ne constitue pas une violation des droits procéduraux des accusés, sans toutefois expliciter cette assertion¹⁵⁰. En définitive, la Chambre d'appel déclare que la Chambre de première instance a refusé à tort de dresser le constat judiciaire du fait

¹⁴³ *Procureur c. Karemera*, *supra* note 14 au para. 38.

¹⁴⁴ *Procureur c. Semanza*, ICTR-97-20-A, jugement (20 mai 2005) (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel) au para. 194 (« [l']article 94 (A) du Règlement fait "obligation de dresser le constat judiciaire d'informations" notoires. L'expression "de notoriété publique" s'applique aux faits qui ne sont pas raisonnablement l'objet d'une contestation. En d'autres termes, il s'agit de faits communément admis ou universellement connus, tels que de grands faits historiques, des données géographiques ou les lois de la nature. Ces faits doivent non seulement être largement connus, mais aussi échapper à toute contestation raisonnable »).

¹⁴⁵ *Procureur c. Karemera*, *supra* note 14 au para. 35.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.* au para. 36.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

numéro six et lui ordonne de le faire. Cette décision est particulièrement importante, puisqu'il s'agit du premier constat judiciaire de l'existence d'un génocide par un tribunal international¹⁵¹.

Cette décision de la Chambre d'appel du TPIR a suscité de vives réactions chez les juristes, notamment les avocats de la défense. Soulignons que cette décision crée un précédent, qui risque d'avoir des répercussions sur la jurisprudence du TPIR, ainsi que sur la procédure criminelle internationale. Cette décision pourrait être suivie par d'autres tribunaux pénaux internationaux. Dans un tel cas, cette décision empêcherait, dans les causes soumises au TPIR, toute discussion sur la survenance d'un génocide au Rwanda¹⁵².

3. LA CRITIQUE DE L'ARRÊT *KAREMERA*

Premièrement, la Chambre d'appel fait valoir dans sa décision qu'une fois qu'un fait a été qualifié de notoriété publique, la Chambre de première instance a l'obligation d'en faire le constat judiciaire. Cette qualité de « notoriété publique » du génocide est contestée, autant par la doctrine¹⁵³ que par la jurisprudence du TPIR. De fait, dans l'arrêt *Semanza*, le Tribunal a indiqué que malgré la profusion de rapports officiels, incluant ceux des Nations unies, la question de l'existence du génocide est si fondamentale qu'une preuve formelle devait être produite pour la supporter¹⁵⁴.

Analysons maintenant le premier motif de la Chambre d'appel, à savoir que la preuve d'une campagne génocidaire nationale est un élément nécessaire, quoique non suffisant, selon l'avis du procureur. Selon certains auteurs, cette prétention est fautive, la survenance d'une campagne génocidaire n'étant pas un élément du crime de génocide, pas plus que celui de la conspiration ou de la complicité pour crime de génocide¹⁵⁵. En effet, comme nous l'avons établi précédemment, la preuve de la participation à un génocide est de trois ordres. Premièrement, l'accusé doit avoir commis l'*actus reus* du crime (le meurtre, le transfert forcé d'enfants, etc.), ensuite, les victimes du crime doivent faire partie d'un des groupes protégés (national, ethnique, racial ou religieux) et finalement, le défendeur doit avoir agi avec la *mens rea* nécessaire au crime de génocide, soit « l'intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »¹⁵⁶. L'existence d'une campagne génocidaire nationale ne tend donc à prouver aucun des éléments du crime¹⁵⁷. En outre, l'existence d'une telle campagne, même contre des membres d'un groupe protégé, avec l'intention spécifique de les détruire, ne contribue pas à prouver

¹⁵¹ Mamiya, *supra* note 133 à la p. 15.

¹⁵² Brittan Heller, « Noticing Genocide » (2006) 116 Yale L.J. 101 à la p. 104.

¹⁵³ Mamiya, *supra* note 133 à la p. 18.

¹⁵⁴ *Procureur c. Semanza*, ICTR-97-20-I, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice and Presumption of Facts pursuant to Rules 94 and 54 (3 novembre 2000) (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance) au para 36.

¹⁵⁵ Kevin Jon Heller, « International Decision, Prosecutor v. Karemera et al. (ICTR) » (2006) 101 A.J.I.L 1 à la p. 5.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

que c'est précisément l'accusé qui les a tués, ni à prouver qu'il avait cette intention spécifique de le faire¹⁵⁸. Cet illogisme est encore plus évident pour le crime de participation directe au génocide, qui ne requiert aucune preuve de l'action d'autres individus que l'accusé¹⁵⁹. Cette prétention de la Cour d'appel ne rencontre donc pas la norme de l'article 89 (C) du *Règlement du TPIR*, qui indique que « la Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent dont elle estime qu'il a valeur probante ».

La seconde prétention de la Chambre d'appel, déjà énoncée dans d'autres décisions, est que l'existence d'une campagne génocidaire nationale est pertinente, car on y trouve des circonstances permettant de comprendre les actes de l'accusé. Cela reviendrait à dire que l'existence d'une campagne génocidaire nationale enjoindrait au scepticisme envers les prétentions de l'accusé selon lesquelles il n'aurait pas commis de génocide, ce qui est totalement en contradiction avec le principe de la présomption d'innocence¹⁶⁰. On suppose ici qu'un défendeur accusé de génocide dans un climat génocidaire a plus de chance d'être coupable qu'un défendeur accusé du même crime, dans un climat « non-génocidaire ». En bref, même si on suppose que l'existence d'une campagne génocidaire pourrait être pertinente, la valeur probante de la campagne comme « circonstance permettant d'interpréter les actes de l'accusé » ne fait pas le poids face au préjudice qui pourrait en résulter pour le défendeur¹⁶¹.

Là où l'arrêt *Karemera* devient particulièrement dangereux, c'est lorsqu'on le conjugue avec l'arrêt *Akayesu*¹⁶². Dans *Karemera*, la Chambre d'appel affirme que le constat judiciaire d'une campagne nationale de génocide ne soustrait pas le procureur à l'obligation de prouver que le défendeur ait agi avec l'intention spécifique nécessaire au crime de génocide. Là où le bât blesse, c'est que le TPIR a énoncé dans l'arrêt *Akayesu* que l'intention spécifique du défendeur peut être déduite de l'action des autres :

[c]est la raison pour laquelle, à défaut d'aveux de la part d'un accusé, son intention peut se déduire d'un certain nombre de faits. Par exemple, la Chambre estime qu'il est possible de déduire l'intention génocidaire ayant prévalu à la commission d'un acte particulier incriminé de l'ensemble des actes et propos de l'accusé, ou encore du contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, que ces autres actes soient commis par le même agent ou même par d'autres agents.¹⁶³

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ « [A] lone individual can theoretically commit genocide » dans *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-A, (1^{er} juin 2001) (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel), au para. 84. Heller, *supra* note 153.

¹⁶⁰ Kevin Jon Heller, *supra* note 155 à la p. 8.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 523.

Conséquemment, la poursuite pourrait demander au Tribunal de faire le constat d'une campagne génocidaire nationale, suivant l'arrêt *Karemara*, et ensuite soutenir que le Tribunal devrait déduire l'intention spécifique du défendeur de ladite campagne génocidaire, conformément à l'arrêt *Akayesu*¹⁶⁴. Si cette demande est acceptée par le Tribunal, la poursuite aura « prouvé » l'intention spécifique du défendeur sans avoir introduit aucune preuve particulière quant à l'intention spécifique de l'accusé¹⁶⁵. Certains auteurs sont d'avis que cette situation est non seulement hypothétique, mais pourrait bien devenir réelle. En fait, dans l'arrêt *Akayesu*, le TPIR a déjà exprimé l'idée que l'intention spécifique du défendeur pouvait être déduite au-delà de tout doute raisonnable du fait qu'un génocide ait été commis envers le groupe ethnique tutsi au Rwanda en 1994¹⁶⁶. Cependant, dans ce cas, le Tribunal demandait au procureur de prouver qu'une campagne génocidaire avait en effet eu lieu¹⁶⁷. Depuis l'arrêt *Karamera*, cette preuve n'est même plus nécessaire¹⁶⁸. L'étendue du danger dépendra des accusations pesant sur le défendeur. Il sera minimal si le défendeur est accusé de participation directe au génocide, car le procureur devra toujours prouver que le défendeur a commis l'*actus reus* du crime¹⁶⁹. Au contraire, le danger sera à son paroxysme quand le défendeur sera accusé d'entente en vue de commettre un génocide, car le procureur n'a à prouver d'autres actions que la participation à l'entente elle-même¹⁷⁰. De cette situation pourrait découler des jugements erronés et l'emprisonnement d'innocents. En somme, les avantages d'un constat judiciaire rendu au titre de l'article 94 (A) –comme l'augmentation de l'efficacité des tribunaux, la réduction des coûts et l'élimination des argumentations rejetant la survenance d'un génocide au Rwanda en 1994 – bien que réels, ne peuvent avoir préséance sur le droit des défendeurs à un procès équitable.

4. LES ALTERNATIVES AU CONSTAT JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE GÉNOCIDE

Étant donné les lacunes et les risques inhérents au constat judiciaire sous la règle 94 (A), une meilleure approche pourrait être celle de l'article 94 (B) du *Règlement de preuve et de procédure* du TPIR¹⁷¹. En effet, l'application de cet article est plus encadrée par la jurisprudence du Tribunal, qui a interprété les termes « faits admis »¹⁷². Par exemple, un tribunal ne pourra faire le constat judiciaire d'un fait, sous 94 (B), que s'il a déjà été examiné et jugé à travers un processus judiciaire

¹⁶⁴ Kevin Jon Heller, *supra* note 155 à la p. 9.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 730.

¹⁶⁷ *Ibid.* aux para. 112-29.

¹⁶⁸ Kevin Jon Heller, *supra* note 155 à la p. 9.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.* à la p. 26.

¹⁷² *Procureur c. Ntakirutimana et al.*, ICTR-96-10-T et ICTR-96-17-T, Decision on the Prosecutor Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts (22 novembre 2001) (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel) au para. 26.

complet¹⁷³. Ainsi, le tribunal ne pourra faire le constat judiciaire de faits qui résultent d'un plaidoyer de culpabilité, ni d'admissions volontaires de faits, produits par le défendeur durant le procès¹⁷⁴. De plus, le tribunal ne peut faire le constat judiciaire de faits qui proviennent de jugements qui sont en appel¹⁷⁵. Par ailleurs, le paragraphe (B) de l'article 94 est discrétionnaire, c'est-à-dire que la chambre de première instance peut décider de dresser ou non le constat judiciaire de faits admis lors d'autres affaires portées devant le tribunal et en rapport avec l'instance¹⁷⁶. Toutefois, cette discrétion ne doit pas être exercée d'une manière à nuire à l'accusé et à son droit à un procès équitable¹⁷⁷. Finalement, le point le plus intéressant est que l'article 94 (B) crée une présomption que le fait est véridique, présomption que la partie adverse peut contredire pendant le procès¹⁷⁸. Cela le différencie grandement de l'article 94 (A), en vertu duquel un fait, une fois déclaré de notoriété publique, doit être considéré comme prouvé par le tribunal et les parties. L'article 94 (B) apporte ainsi une plus grande protection des droits des défendeurs, mais aussi une façon de résoudre les difficultés inhérentes à la norme de « notoriété publique » de l'article 94 (A)¹⁷⁹. En plus, cette approche permet aux tribunaux de faciliter les procès et permet au moins à un tribunal d'établir clairement les faits, fournissant ainsi des réponses à ceux qui contestent l'existence d'un génocide¹⁸⁰. Finalement, l'utilisation de l'article 94 (B) peut se faire facilement par les tribunaux *ad hoc*, étant déjà une règle établie¹⁸¹.

5. LA NÉCESSITÉ DE LA PREUVE DE L'INTENTION SPÉCIFIQUE DANS L'OPTIQUE DU DROIT FONDAMENTAL À UN PROCÈS JUSTE ET ÉQUITABLE

Nous sommes d'avis que, dans l'optique d'offrir un procès juste et équitable et *a fortiori*, en raison du risque de préjudice et des peines encourues, la preuve de l'intention spécifique du crime de génocide, soit l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux, est toujours requise. Il est important de mentionner qu'à aucun moment la Chambre d'appel du TPIR n'a réfuté l'exigence de l'intention spécifique du génocide, l'idée n'étant donc pas de remettre en question la nécessité de prouver cet élément. Le TPIR n'a sûrement pas envisagé la dangerosité de ses arrêts, lorsque pris ensemble. Le crime de génocide n'a pas besoin d'être de notoriété publique pour qu'un tribunal établisse qu'un tel crime est survenu et pour en punir les instigateurs. Ainsi, la preuve de l'intention spécifique des accusés de

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.* au para. 28.

¹⁷⁸ *Procureur c. Milosevic*, IT-02-54-AR73.5, Décision relative à l'appel interlocutoire interjeté par l'accusation contre la décision relative à la requête visant à faire dresser constat judiciaire de faits admis dans d'autres affaires rendue le 10 avril 2003 par la Chambre de première instance - opinion des juges majoritaires (28 octobre 2003) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

¹⁷⁹ Mamiya, *supra* note 133 à la p. 26.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

détruire, en tout ou en partie, un groupe protégé est nécessaire. Le TPIR, dans *Akayesu*, était aussi de cet avis :

[L]a Chambre considère que le fait qu'un génocide ait bien été commis en 1994 au Rwanda, et même plus particulièrement à Taba, ne saurait l'influencer quant à ses conclusions dans la présente affaire. Il s'agit pour elle uniquement d'apprécier la responsabilité pénale individuelle de l'Accusé pour les crimes qui lui sont reprochés, dont celui de génocide, et dont la preuve doit être rapportée par l'Accusation. Malgré l'incontestable atrocité des crimes commis au Rwanda en 1994, les Juges se doivent d'examiner les faits présentés en toute sérénité et de toujours garder à l'esprit la présomption d'innocence. En effet, la gravité des charges retenues rend d'autant plus nécessaire un examen scrupuleux et minutieux de tous les éléments à charge et à décharge, dans le cadre d'un procès équitable et respectueux de tous les droits de l'accusé.¹⁸²

III. Qu'en est-il au Canada?

Après la Deuxième Guerre mondiale, un large mouvement international contre l'impunité a pris racine. Les crimes internationaux restant la plupart du temps impunis, des mesures ont dû être prises par les États pour renverser cette tendance et éviter que les auteurs de crimes internationaux ne se réfugient en territoire étranger. Selon le Centre canadien pour la justice internationale, il y aurait au moins huit cents criminels de guerre et personnes responsables de violations des droits de la personne vivant au Canada¹⁸³. Désireux de ne pas faire du Canada un refuge pour les criminels internationaux, le gouvernement canadien a retenu les poursuites pénales parmi les moyens lui permettant de respecter ses engagements en la matière. Dans cette optique, le Canada a adopté en 2000 la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*¹⁸⁴, se dotant ainsi de la compétence universelle, instrument qui permet la poursuite d'individus auteurs de crimes internationaux commis à l'étranger et qui se trouvent en territoire canadien¹⁸⁵. C'est principalement en raison de la gravité de ces crimes que les États comme le Canada se sont munis d'une telle compétence¹⁸⁶.

¹⁸² *Procureur c. Akayesu*, *supra* note 31 au para. 129.

¹⁸³ « Premier procès », *supra* note 18.

¹⁸⁴ *Loi de 2000*, *supra* note 17.

¹⁸⁵ *Ibid.*, art. 6 (1) (la compétence universelle du Canada se retrouve plutôt en son article 8 (b), selon lequel « après la commission présumée de l'infraction, l'auteur se trouve au Canada ». L'article 8 (a) i)- iv) de la *Loi de 2000* donne compétence à la Cour pour poursuivre l'accusé si à l'époque de l'infraction « soit lui-même est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire, soit lui-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel État à titre civil ou militaire, soit la victime est un citoyen canadien, soit la victime est un ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé »).

¹⁸⁶ Le Canada, malgré la date d'entrée en vigueur de sa loi d'incorporation, peut poursuivre pour des crimes commis avant 2000 puisque la responsabilité des individus pour ces crimes relève du droit coutumier, mais l'état du droit, quant à lui, est figé au moment de la perpétration des crimes. Sur la compétence universelle, voir notamment Amnesty international, « Compétence universelle, 14 principes pour l'exercice effectif de la compétence universelle » (juin 1999), en ligne : Amnesty international <<http://web.amnesty.org/library/print/FRAIOR530011999>>.

L'adoption de la *Loi de 2000* constitue pour le Canada le moyen d'incorporer le *Statut de Rome* à son droit national, obligation qu'il s'est engagé à respecter en ratifiant ledit statut. Avant son adoption, le Canada optait plutôt pour l'extradition des accusés dans le pays où le crime avait été commis, n'ayant pas compétence envers ces criminels¹⁸⁷. C'est ce que le Canada a tenté de faire en 2005 dans l'affaire de Léon Mugesera, qui était soupçonné d'incitation publique et directe au génocide¹⁸⁸. Dans cette affaire, la demande d'extradition en territoire rwandais a été accordée par la Cour suprême du Canada, celle-ci considérant que son discours du 22 septembre 1992 représentait de l'incitation publique à la haine envers les Tutsis¹⁸⁹. Toutefois, Mugesera a pu suspendre son extradition en invoquant des risques de torture, de traitement abusif, d'assassinat et de procès inéquitable¹⁹⁰.

La *Loi de 2000* permet maintenant de poursuivre un individu ayant commis des actes de génocide, d'incitation à commettre le génocide, de complicité et d'inaction des supérieurs hiérarchiques et des chefs militaires ayant connaissance des violations de ladite loi. Contrairement à la *Convention de 1948*, la responsabilité étatique y est absente en raison de l'absence d'une entité supérieure à l'État canadien sur le plan national.

Quant au fardeau de preuve, il sera sensiblement différent de celui de la *Convention de 1948* puisque, comme nous l'avons démontré précédemment, à la fois une responsabilité pénale individuelle et une responsabilité civile étatique y sont présentes¹⁹¹. Ainsi, contrairement à la *Convention de 1948*, seule une preuve hors de tout doute raisonnable, soit de nature pénale, sera permise puisque seuls des individus peuvent être poursuivis en vertu de la *Loi de 2000*.

Toutefois, les éléments de crimes sont en tous points identiques à ceux de la *Convention de 1948*. L'incorporation littérale, dans la *Loi de 2000*, de la définition de « génocide » tirée de ladite *Convention* nous permet d'en tirer une telle conclusion. Il

¹⁸⁷ *Mugesera c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), (2004), 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100 [*Mugesera c. Canada*].

¹⁸⁸ *Ibid.* Annexe I, Résumé des allégations du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (dossier de l'appelant, vol. 38, p. 7629-7630), au para (A) (« Léon Mugesera est une personne décrite à l'al. 27(1)(a.1)(ii). En incitant d'autres personnes à commettre des meurtres, il a commis un acte qui constitue au Rwanda une infraction suivant le par. 91(4) et l'art. 311 du *Code pénal* rwandais et qui constituerait au Canada une infraction au sens des art. 22 et 235 et de l'al. 464a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. »); *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 151, R.T. Can. 1969 n° 6 à l'art. 1 (entrée en vigueur : 22 avril 1954) (l'article 1 (F)(a) de cette *Convention* déclare son régime inapplicable à un étranger soupçonné de crime contre la paix, de crime de guerre ou de crime contre l'humanité); William A. Schabas, « Mugesera v. Minister of Citizenship and Immigration » (1999) 93:2 Am. J. Int'l L 529 à la p. 530 (Mugesera serait donc coupable sous l'article III (c) de la *Convention de 1948* pour incitation publique au génocide).

¹⁸⁹ Discours du Dr. Mugesera Léon, Réunion de l'assemblée du parti au Rwanda, 22 novembre 1992, en ligne : Dr. Mugesera Léon <<http://www.urubuga.net/Mugesera-fr1.pdf>>.

¹⁹⁰ Trial Watch, « Léon Mugesera », en ligne : Trial Watch <http://www.trial-ch.org/fr/trial-watch/profil/db/legal-procedures/leon_mugesera_696.html>. (initialement, Mugesera avait réussi à suspendre les procédures d'expulsion en invoquant les risques de peine de mort au Rwanda s'il était poursuivi par les tribunaux rwandais. Toutefois, la peine de mort a été abolie le 8 juillet 2007. Il s'agit donc des nouveaux motifs invoqués par Mugesera depuis lors).

¹⁹¹ Voir ci-dessus aux sections I.A et I.B.

serait en effet illogique d'y incorporer la définition littéralement, sans toutefois accepter les éléments de crime qu'implique l'emploi de ces termes, ce qui inclut notamment l'intention spécifique. De plus, l'amendement du *Code criminel*¹⁹² canadien, au paragraphe 3.76 de l'article 7, pour y inclure la notion d'élément intentionnel et d'attaque systématique, permet aussi de déduire l'existence de l'intention spécifique requise en matière de génocide dans le système pénal canadien.

Plusieurs interrogations concernant la *Loi de 2000* sont toujours en suspens. Le premier procès en vertu de la *Loi de 2000* a débuté en 2005, par le dépôt de l'acte d'accusation de Désiré Munyaneza, pour les chefs d'accusation de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, qu'il aurait commis au Rwanda¹⁹³. Cette poursuite devrait sans aucun doute éclaircir les controverses entourant la loi, son application et surtout, son interprétation. La décision du juge Denis sera rendue prochainement dans cette affaire.

Dans un procès comme celui de Munyaneza, la Cour n'est pas contrainte de rendre une décision en conformité avec celle du TPIR. Elle n'est pas non plus contrainte de suivre les interprétations données par les tribunaux internationaux *ad hoc*, quoiqu'il est fort probable que sa décision dans l'affaire *Munyaneza* se base sur ces dernières. Puisque le jugement *Munyaneza* sera rendu avant le verdict de la CPI dans son premier procès traitant de génocide, toute interprétation de cette dernière ne pourra être utilisée dans la présente affaire.

* * *

Selon la *Convention de 1948*, tant les individus que les États peuvent se voir attribuer une responsabilité pour avoir commis directement ou indirectement des actes de génocide. Le droit international prévoit clairement une responsabilité individuelle pour ce crime, ce qui fait l'objet d'un consensus. Une fois la *Convention de 1948* ratifiée par un État, l'individu ne peut se soustraire à d'éventuelles poursuites en se servant du droit national comme paravent. Le droit international considère le crime de génocide comme étant un danger tel pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales que tout individu doit être poursuivi pour s'assurer que le crime commis ne reste pas impuni.

La décision de la *Bosnie c. Serbie* est venue confirmer l'existence d'obligations pour l'État partie à la *Convention de 1948* de prévenir ou de s'abstenir de commettre directement ou indirectement un acte de génocide. De ce fait, il pourra être tenu responsable de génocide en vertu d'une forme de responsabilité rappelant celle des pays civilistes. À ce jour, les seules sanctions émises à l'encontre d'un État tenu responsable par la CIJ sont des ordonnances de cessation des actes, l'octroi de

¹⁹² *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

¹⁹³ Trial Watch, «Acte d'accusation déposé par le Procureur général du Canada, *Sa Majesté la Reine c. Munyaneza*», 2005, en ligne : Trial Watch <http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legalprocedures/desire_munyaneza_423.html>.

réparations ou de compensations financières. Malgré que certains auteurs se soient empressés de soulever la tendance de la CIJ à prendre des décisions se rapprochant du système pénal, il est prématuré de parler de responsabilité pénale étatique sous le régime de ladite *Convention*. Ainsi, une responsabilité pénale individuelle et une responsabilité étatique de nature civile peuvent cohabiter sous la même convention, *a fortiori*, pour le même génocide.

Le crime de génocide est non seulement particulier en raison de sa gravité, mais aussi du fait de la présence d'une intention spécifique de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Sans cet élément psychologique additionnel, nous parlerions de meurtres ou de crimes contre l'humanité. Certains tribunaux internationaux ont rendu, au courant des dernières années, des jugements laissant croire que la preuve de l'intention spécifique ne ferait plus partie du fardeau de preuve dont doit s'acquitter le procureur. Cette intention pourrait dorénavant découler du constat judiciaire concluant à la présence d'un génocide et aux intentions spécifiques des personnes dans l'entourage de l'accusé. Malgré ce courant minoritaire sur la question de l'intention spécifique, il s'avère essentiel, dans l'esprit d'un procès juste et équitable, de prouver l'intention spécifique, et ce, à chaque nouveau procès.

Pour respecter ses obligations en matière de génocide de même que celles découlant de sa ratification du *Statut de Rome*, le Canada a adopté la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* en 2000. Quelques années plus tard, le premier procès a eu lieu avec la mise en accusation de Désiré Munyaneza. Plusieurs critiques persistent toujours quant à la pertinence de tenir un tel procès d'un point de vue financier et juridictionnel. Ces critiques mettront-elles un frein à d'éventuelles poursuites par le Canada sous le coup de cette loi? Ou ce dernier continuera-t-il sa lancée contre l'impunité en poursuivant les nombreux autres criminels de guerre trouvant refuge en territoire canadien?

