

L'élément psychologique des crimes internationaux les plus graves

Rachel Grondin

Volume 33, numéro 3, 2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027422ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027422ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Grondin, R. (2003). L'élément psychologique des crimes internationaux les plus graves. *Revue générale de droit*, 33(3), 439–479.
<https://doi.org/10.7202/1027422ar>

Résumé de l'article

Cet article traitera de l'élément psychologique des crimes internationaux les plus graves — génocide, crime contre l'humanité et crime de guerre — selon le droit pénal international et selon le droit pénal canadien. La Cour pénale internationale, créée en juillet 1998 lors d'une conférence diplomatique à Rome, est compétente pour ces crimes internationaux, mais elle est complémentaire des juridictions pénales nationales. Dans la loi canadienne adoptée en juin 2000 pour mettre en oeuvre le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ces trois crimes internationaux les plus graves sont définis par un renvoi à la définition des mêmes crimes à ce Statut sans qu'aucune dérogation à la *Charte canadienne des droits et libertés* n'y soit prévue. Étant donné que le caractère subjectif de la *mens rea* de ces crimes est protégé par ce document constitutionnel, nous tenterons de découvrir, pour chacun de ces crimes, ce qui est compris comme élément psychologique et nous proposerons leur interprétation selon le droit pénal canadien.

Au Statut de Rome, il est affirmé qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables des crimes internationaux. Cette étude de l'état du droit pénal canadien concernant l'élément psychologique de ces crimes nous permet de conclure que, même si généralement, un critère subjectif est utilisé pour déterminer l'élément psychologique des trois crimes définis au Statut de Rome et qu'il peut s'appliquer intégralement au Canada, les tribunaux canadiens n'auront pas le pouvoir d'appliquer le critère objectif, exceptionnellement accepté en droit pénal international. Certaines disparités entre les décisions du tribunal national et de la Cour pénale internationale peuvent en résulter lors de la poursuite du même crime.

L'élément psychologique des crimes internationaux les plus graves

RACHEL GRONDIN

Professeure à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Cet article traitera de l'élément psychologique des crimes internationaux les plus graves — génocide, crime contre l'humanité et crime de guerre — selon le droit pénal international et selon le droit pénal canadien. La Cour pénale internationale, créée en juillet 1998 lors d'une conférence diplomatique à Rome, est compétente pour ces crimes internationaux, mais elle est complémentaire des juridictions pénales nationales. Dans la loi canadienne adoptée en juin 2000 pour mettre en œuvre le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ces trois crimes internationaux les plus graves sont définis par un renvoi à la définition des mêmes crimes à ce Statut sans qu'aucune dérogation à la Charte canadienne des droits et libertés n'y soit

ABSTRACT

This article examines the mental element of the most serious crimes of concern to the international community — genocide, crimes against humanity and war crimes — according to international criminal law and Canadian criminal law. The International Criminal Court, created in July 1998 at the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries in Rome, has jurisdiction in these international crimes but it is complementary to national criminal jurisdictions. The Canadian Act, adopted in June 2000 to implement the Rome Statute of the International Criminal Court, defines these three crimes by incorporating the definitions provided in the Rome Statute without any departure from the Canadian Charter of Rights and

prévue. Étant donné que le caractère subjectif de la mens rea de ces crimes est protégé par ce document constitutionnel, nous tenterons de découvrir, pour chacun de ces crimes, ce qui est compris comme élément psychologique et nous proposerons leur interprétation selon le droit pénal canadien.

Au Statut de Rome, il est affirmé qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables des crimes internationaux. Cette étude de l'état du droit pénal canadien concernant l'élément psychologique de ces crimes nous permet de conclure que, même si généralement, un critère subjectif est utilisé pour déterminer l'élément psychologique des trois crimes définis au Statut de Rome et qu'il peut s'appliquer intégralement au Canada, les tribunaux canadiens n'auront pas le pouvoir d'appliquer le critère objectif, exceptionnellement accepté en droit pénal international. Certaines disparités entre les décisions du tribunal national et de la Cour pénale internationale peuvent en résulter lors de la poursuite du même crime.

Freedoms. Considering that the subjective mens rea for these crimes is protected by this constitutional document, we will try to discover the mental element for each of these crimes and propose the way Canadian courts should interpret it.

According to the Rome Statute, it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes. This study of the mental element (mens rea) for these crimes in the Canadian criminal law context leads us to conclude that even if the use of the subjective criterion proposed by the Rome Statute is generally totally applicable by Canadian courts, these courts do not have the power to apply an objective criterion which is recognized in exceptional circumstances in international criminal law. Certain disparities in the decisions of the national court and the International Criminal Court could thus result in prosecution of the same crime.

SOMMAIRE

Introduction.....	442
I. L'élément psychologique particulier du génocide déterminé selon la Convention sur le génocide.....	444
A. L'élément psychologique encadré par le droit international...	445
1. Une source complémentaire	445
2. Une définition identique du génocide	447
B. L'élément psychologique du génocide : son caractère distinctif.....	450
1. Une intention spécifique.....	451
2. Une intention de détruire	455
3. Une intention relative à un groupe.....	456
II. L'élément psychologique du crime contre l'humanité : une <i>mens rea</i> à deux volets.....	457
A. La connaissance d'une attaque contre une population civile et de sa participation à cette attaque	459
B. L'intention de l'infraction sous-jacente.....	461
1. Le meurtre.....	461
2. L'extermination	462
3. Réduction en esclavage	463
4. Torture	464
5. Persécution	466
III. L'élément psychologique du crime de guerre coloré par le droit international humanitaire.....	468
A. La connaissance requise dans le contexte d'un conflit armé...	471
B. Des particularités de l'intention requise devant un adversaire	475
Conclusion	478

INTRODUCTION

Au nom de l'impunité, la responsabilité pénale individuelle est devenue un centre d'intérêt en droit international. Durant la dernière décennie, le droit pénal international a pris beaucoup de vigueur et, avec la création de la Cour pénale internationale permanente (C.P.I.), ce droit est appelé à se développer considérablement. Adopté en juillet 1998, le *Statut de Rome*¹ prévoyant la création de cette cour permanente sanctionne le rôle prioritaire du droit pénal national dans la poursuite du génocide, du crime contre l'humanité et du crime de guerre, les trois crimes relevant de la compétence de la C.P.I.² Avant cette entente internationale, la poursuite de ces crimes a rarement été intentée au Canada malgré le fait que certains individus qui en étaient présumés responsables possédaient la citoyenneté canadienne³. En ratifiant ce traité le 7 juillet 2000, le Canada s'est engagé à coopérer avec la C.P.I. dans les poursuites et enquêtes qu'elle mène relativement à ces crimes, qu'ils soient commis au pays ou hors du pays⁴. Par cet engagement, le Canada a aussi reconnu « qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux » et que la cour pénale internationale créée en juillet 1998 « est complémentaire des juridictions pénales nationales »⁵. Il partage

1. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale fut adopté lors d'une conférence diplomatique qui eut lieu à Rome le 17 juillet 1998, par une marge de 120 voix contre sept, avec 21 abstentions. U.N. Doc. A/CONF. 183/9. Au 31 décembre 2000, date limite pour sa signature, 139 États avaient signé le Statut. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Dans cet article, nous utiliserons l'expression *Statut de Rome* pour y référer.

2. La C.P.I. possède aussi une compétence de principe sur un autre crime grave, l'agression, qui n'est pas encore défini au *Statut de Rome*.

3. C'est seulement à la suite du dépôt du rapport Deschênes, le 30 décembre 1986 que le Canada a adopté des dispositions prévoyant la compétence des tribunaux canadiens sur le crime contre l'humanité et le crime de guerre (S.R.C. 1985, c. 30, 3^e supplément, art. 1). Ce rapport résumait les travaux de la commission d'enquête sur les crimes de guerre créée en 1985. Des mesures législatives définissant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité furent prévues aux paragraphes 7 (3.71) à 7 (3.77) C.cr. et donnaient ainsi compétence aux tribunaux canadiens sur ces crimes. Cependant, depuis 1995, au lieu d'intenter des poursuites pour ces crimes ayant été commis à l'étranger, le Canada a choisi de révoquer la citoyenneté et d'expulser du pays les présumés responsables.

4. *Statut de Rome, supra*, note 1, art. 86.

5. *Statut de Rome, supra*, note 1, par. 6 et par. 10 du préambule.

l'avis que la poursuite de ces crimes relève premièrement de la responsabilité des États.

Pour répondre à cette obligation internationale, le législateur canadien a adopté la *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et modifiant certaines lois en conséquences*⁶. Plusieurs lois canadiennes⁷ connexes au droit pénal ont été amendées en conséquences de cette mise en œuvre du *Statut de Rome*, mais aucun changement au droit pénal général concernant l'élément psychologique (*mens rea* en common law), ni aucune dérogation expresse à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸ n'a été prévu. Par ailleurs, maintes références au droit international s'y trouvent, que ce soit pour la définition des crimes, ou la prévision de moyens de défense⁹. L'étude des crimes définis dans cette loi de nature criminelle ne peut se faire sans consulter les règles du droit international.

Dans l'affaire *Finta*¹⁰, la seule fois où un verdict a été rendu à la suite d'une poursuite pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité intentée au Canada depuis le rapport Deschênes en 1986, l'accusé a été acquitté par le jury après que le juge président le procès eut soutenu, entre autres, que la *mens rea* pour ces crimes était *subjective*. Ce motif a été confirmé par la suite par la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême du Canada. Considérant l'état du droit pénal canadien relativement à la *mens rea* et à la suite de l'adoption de la *Loi CCHCG*, quel sera, pour un

6. S.C. 2000, c. 24 (48-49 Elizabeth II). Cette loi fut sanctionnée le 29 juin 2000 et est entrée en vigueur le 23 octobre 2000. Les dispositions du *Code criminel* définissant le crime de guerre et le crime contre l'humanité furent alors abrogées. Dans cet article, nous ferons référence au titre abrégé de cette loi (*Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*) et utiliserons les lettres CCHCG pour la désigner.

7. *Loi sur la citoyenneté*, L.R., ch. C-29; *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, 1992, ch. 20; *Code criminel*, L.R., ch. C-46; *Loi sur l'extradition*, 1999, ch. 18; *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, 1991, ch. 41; *Loi sur l'immigration*, L.R., ch. I-2; *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R. ch. 30; *Loi sur l'immunité des États*, L.R., ch. S-18; *Loi sur le programme de protection des témoins*, 1996, ch. 15.

8. *Charte canadienne des droits et libertés*, Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11); L.R.C. (1985).

9. *Loi CCHCG*, *supra*, note 6, art. 4(3)(4), 6(3)(4) et 11.

10. *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701.

tribunal canadien, l'élément psychologique des crimes internationaux relevant de la compétence de la C.P.I.? Nous tenterons de répondre à cette question en recherchant l'élément psychologique requis pour le génocide (I), le crime contre l'humanité (II) et le crime de guerre (III) selon la définition de ces trois crimes en droit pénal canadien.

I. L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE PARTICULIER DU GÉNOCIDE DÉTERMINÉ SELON LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE

Les décisions du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.) et du tribunal pénal pour le Rwanda (T.P.I.R.) constituent d'excellentes sources pour connaître l'état du droit concernant l'élément psychologique des crimes internationaux relevant de la compétence de la C.P.I. Ces dernières années, ces tribunaux *ad hoc* ont rendu d'importantes décisions relativement aux mêmes crimes que ceux définis par la *Loi CCHCG*. Malgré le fait qu'ils n'interprètent pas des définitions toujours identiques et que leur compétence est limitée selon le lieu et selon le temps, ces deux tribunaux appliquent le droit international coutumier¹¹. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre d'appel du T.P.I.R. a exprimé le désir d'élaborer une jurisprudence qui servirait de guide au-delà des tribunaux de La Haye et d'Arusha reconnaissant ainsi « son rôle d'unification du droit »¹². Les décisions de ces tribunaux portant sur le génocide ont d'autant plus de valeur qu'elles traitent d'un crime défini de façon identique dans les statuts créant le T.P.I.Y., le T.P.I.R. et la C.P.I., qui tous reprennent la définition prévue à l'art. II de la *Conven-*

11. Rapport du Secrétaire général de l'O.N.U. sur le *Statut du T.P.I.Y.* établissant le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, 3 mai 1993, DOC. ONU S/25704, par. 35; Rapport du Secrétaire général de l'O.N.U. sur le *Statut du T.P.I.R.* établissant le tribunal pénal international pour le Rwanda conformément au paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, 13 février 1995, DOC. ONU S/1995/134, par. 12.

12. *Le Procureur c. Akayesu*, (ICTR-96-4), T.P.I.R., Chambre d'appel, 1^{er} juin 2001, par. 22.

tion concernant la prévention et la répression du génocide auquel a adhéré le Canada¹³.

A. L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE ENCADRÉ PAR LE DROIT INTERNATIONAL

En application du principe de légalité selon lequel *nullum crimen sine lege*, une définition des crimes internationaux relevant de la compétence de la C.P.I. (sauf celle de l'agression) a été prévue au *Statut de Rome*. La formule utilisée aux paragraphes 4(3) et 6(3) de la *Loi CCHCG* pour décrire le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre renvoie à ces définitions. Chacun de ces crimes doit correspondre au même crime tel que l'entend « le droit international coutumier ou le droit international conventionnel » ou, dans le cas du génocide et du crime contre l'humanité, lorsque ce crime en est un aussi « en raison de son caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ». Le paragraphe 4 du même article précise qu'au 17 juillet 1998, la définition de ces crimes selon le droit international coutumier est celle prévue aux articles 6, 7 et 8(2) du *Statut de Rome*. Cette disposition législative interprétant le droit international coutumier à une date donnée contribue à clarifier et à préciser les éléments constitutifs de ces crimes répondant ainsi aux exigences du principe « *nullum crimen sine lege* ». De plus, ce renvoi au *Statut de Rome* introduit dans la législation canadienne tous les comportements qui sont de la compétence de la Cour pénale internationale. Comme le droit international coutumier se transforme, en général, plutôt lentement, ces définitions s'appliqueront probablement aux comportements commis plusieurs années après cette date.

1. Une source complémentaire

Pour les comportements perpétrés avant le 17 juillet 1998, le droit international coutumier à ce moment pourra

13. (1951) 78 U.N.T.S. 277. Cette convention, largement acceptée par les États, a été adoptée le 9 décembre 1948 et est entrée en vigueur le 12 janvier 1951. Le Canada y a adhéré le 3 septembre 1952.

être prouvé par les commentaires de spécialistes¹⁴. Ce droit n'est pas statique et « naît de la transformation progressive des instruments internationaux et des jurisprudences nationales en règles de portée générale »¹⁵. Afin de découvrir la *mens rea* requise pour les crimes définis à la *Loi CCHCG*, le juge canadien devra ainsi chercher à l'extérieur des lois canadiennes et puiser certaines informations dans des documents internationaux. Par ailleurs, ses conclusions ne peuvent déroger au droit interne. Même si les trois définitions des crimes données au *Statut de Rome* sont incorporées dans la *Loi CCHCG*, le juge canadien n'est pas lié par les autres dispositions de ce traité. Il n'est pas limité par la définition générale de l'élément psychologique prévue à l'article 30 du *Statut*.

Avant la création de la C.P.I. en 1998, l'élément psychologique des crimes internationaux était plutôt négligé en droit international. Peu d'experts de droit international se sont prononcés sur cet élément avant les décisions du T.P.I.Y. et du T.P.I.R. Les choses ont changé avec l'adoption de l'art. 9 du *Statut de Rome* prévoyant que « [l]es éléments des crimes aident la Cour à interpréter et à appliquer les articles 6, 7 et 8 et qu'[i]ls doivent être adoptés à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée des États Parties ». En juin 2000, la Commission préparatoire de la C.P.I. a produit un rapport sur les éléments des crimes décrivant l'élément psychologique requis pour chacune des façons de commettre les crimes relevant de la compétence de la C.P.I.¹⁶. Les observations qui y sont faites proviennent d'un compromis atteint à la suite de l'analyse du droit international humanitaire, des jugements et procès internationaux et nationaux portant sur le crime de guerre ainsi que des décisions du Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies, de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour interaméricaine de droits

14. La *Loi CCHCG* s'applique seulement aux comportements commis au Canada après son entrée en vigueur ou aux comportements commis à l'étranger avant ou après son entrée en vigueur.

15. *Le Procureur c. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), T.P.I.Y., Chambre d'appel, 15 juillet 1999, par. 292.

16. COMMISSION PRÉPARATOIRE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE, *Texte final du projet d'éléments des crimes*, PCNICC/2000/1/Add.2; ci-après, « la Commission »; adopté en septembre 2002.

de l'Homme¹⁷. Roger Clark, un participant à ce rapport, croit que la C.P.I. pourra difficilement s'en éloigner et que « many domestic systems will in turn be cross-fertilized by the experience »¹⁸.

2. Une définition identique du génocide

Le texte de la *Loi CCHCG* définissant le génocide renvoie directement au droit international :

Fait — acte ou omission — commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe identifiable de personnes et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un génocide selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel, ou en raison de son caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.¹⁹

À l'art. 6 du *Statut de Rome*, une définition plus détaillée du génocide le décrit comme « ... 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, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

17. K. DÖRMANN, « War Crimes in the Elements of Crimes », dans H. FISCHER, KRESS, LÜDER (éds.), 2001, p. 96. *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*.

18. R.S. CLARK, « The Mental Element In International Criminal Law: the Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences », (2002) 12 *Criminal Law Forum* 291, p. 292.

19. *Loi CCHCG*, *supra*, note 6, par. 4(3) et 6(3).

Cette dernière définition, que l'on retrouve aussi à l'art. 4 du *Statut du T.P.I.Y.* et à l'art. 2 du *Statut du T.P.I.R.*, fait partie du droit international coutumier depuis 1951, l'année de l'entrée en vigueur de la *Convention concernant la prévention et la répression du génocide*²⁰. C'est à ce moment que le génocide est devenu un crime à part entière, distinct du crime contre l'humanité tel que l'avait classifié le Tribunal de Nuremberg. Par ailleurs, cette convention n'a pas été souvent interprétée par les tribunaux depuis. Selon le chapeau de l'article définissant ce crime, son élément psychologique est « l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel ». Aucune préméditation ou planification n'est expressément exigée même s'il est plutôt rare qu'un génocide n'ait pas été prémédité. Une façon différente de commettre ce crime est prévue par chacun des paragraphes suivant ce texte.

Les définitions des crimes données aux articles 6, 7 et 8 du *Statut de Rome* ne prévoient pas expressément le détail de leur élément psychologique dans tous les cas, mais il est précisé, dans l'introduction générale du rapport de la Commission sur les éléments des crimes que, « [l]orsqu'il n'est pas fait mention, dans les éléments des crimes, d'un élément psychologique pour un comportement, une conséquence ou une circonstance particulière, il est entendu que l'élément psychologique pertinent, c'est-à-dire l'intention ou la connaissance ou l'une et l'autre, visé à l'art. 30 s'applique ». Selon cet article, seule une personne qui *entend* adopter le comportement interdit et causer la conséquence interdite ou est *consciente* que cette conséquence adviendra dans le cours normal des événements, tout en étant *consciente* qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements, possède l'état d'esprit essentiel à la responsabilité pénale. Cette définition de l'élément psychologique « par défaut » ne fait aucune référence à l'insouciance, pourtant reconnue comme une forme de *mens rea* en common law, mais elle correspond à l'interprétation qui en est faite en droit

20. *Supra*, note 13.

pénal canadien. La description de l'élément psychologique dans la partie du *Statut de Rome* concernant les principes généraux du droit pénal ne prévoit pas textuellement si l'intention ou la connaissance doivent être interprétées comme comprenant le « dolus eventualis » de droit civil ou plutôt l'« insouciance » de common law mais, peu importe l'interprétation utilisée, celle-ci aura généralement un caractère subjectif.

Même s'ils ne sont pas identiques, les concepts de « dolus eventualis » et d'« insouciance » se ressemblent et tous deux renvoient à l'état d'esprit de l'accusé. Le dol éventuel français est défini comme l'intention indirecte ou oblique alors que l'insouciance fait appel à la conscience du risque²¹. Le premier porte sur l'état d'esprit de la personne prévoyant la possibilité d'un résultat sans le désirer, alors que le deuxième vise plutôt le cas de la personne consciente du risque qu'une circonstance existe ou qu'un résultat va se produire. Ces deux expressions ne sont pas mentionnées au *Statut de Rome*, mais elles vont certainement être soulevées dans les débats devant la C.P.I.²². Kai Ambos, un juriste spécialisé en droit pénal international, les distingue en décrivant le « dolus eventualis » comme « [...] a kind of “conditional intent” by which a wide range of subjective attitudes towards the result are expressed and this, implies a higher threshold than recklessness »²³. Pour ce membre de la délégation allemande lors de la création de la C.P.I. à Rome, l'insouciance se situerait entre le « dolus eventualis » et la négligence. Cet auteur soutient que, de même que pour le « dolus eventualis », toute responsabilité pénale devant la C.P.I. ne peut provenir de l'insouciance vu que cet état d'esprit a été mis de côté lors d'une ébauche du *Statut de Rome* et que cette expression a été complètement exclue de la définition définitive de l'élément psychologique,

21. C. ELLIOTT, « The French Law of Intent and its Influence on the Development of International Criminal Law », (2000) 11 *Criminal Law Forum* 35 p. 41; R.S. CLARK, « The Mental Element in International Criminal Law : the Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences », *supra*, note 18, p. 301; K. AMBOS, « General Principles of Criminal Law in the Rome Statute », (1999) 10 *Crim. Law Forum* 1, p. 21.

22. S. CLARK, *supra*, note 18, p. 301.

23. K. AMBOS, *supra*, note 21, p. 21.

faute d'un consensus sur une signification commune. Pourtant, la définition de l'élément psychologique ne nous semble pas exclure l'insouciance interprétée en se référant à un critère subjectif, telle qu'elle est définie en droit pénal canadien. L'insouciance mise de côté serait celle se référant à la personne raisonnable comme elle a été interprétée par la Chambre des Lords en 1981²⁴.

B. L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DU GÉNOCIDE : SON CARACTÈRE DISTINCTIF

En principe, pour chacun des moyens sous-jacents dans la définition du génocide, l'intention et la connaissance de l'auteur relativement à tous les aspects de l'élément matériel du crime sont requises. Cependant, selon le rapport de la Commission concernant les éléments des crimes définis au *Statut de Rome*, l'élément psychologique du génocide par transfert forcé d'enfants se compose de l'intention de l'accusé de détruire alors qu'il « aurait dû savoir que la personne ou les personnes étaient âgées de moins de 18 ans »²⁵. Une telle interprétation est une exception à la définition générale de l'élément psychologique au *Statut de Rome*. En droit pénal canadien, une preuve de la connaissance des circonstances de la part de l'accusé est habituellement essentielle et un critère objectif ne peut s'appliquer « par défaut » pour déterminer l'élément moral de ces actes sous-jacents. La Cour suprême du Canada a conclu, dans un jugement majoritaire, que l'élément moral requis pour le crime de guerre et le crime contre l'humanité devait « relever d'un critère subjectif » étant donné les stigmates « accablants » rattachés à ces crimes²⁶. Elle est arrivée à cette conclusion dans une affaire traitant de poursuites pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre mais, étant donné la gravité identique, sinon supérieure du génocide, le même raisonnement peut s'appliquer pour cet

24. *R. v. Caldwell*, (1981) 73 Cr App R 13; *R. v. Lawrence*, (1981) 73 Cr App R 1.

25. COMMISSION PRÉPARATOIRE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE, *Texte final du projet d'éléments des crimes*, *supra*, note 16, art. 6(e).

26. *R. c. Finta*, *supra*, note 10, p. 813.

autre crime relevant de la compétence de la C.P.I. Le caractère subjectif de la *mens rea* du crime de guerre et du crime contre l'humanité s'applique *mutatis mutandis* pour le génocide. La connaissance subjective s'ajoute à l'intention spécifique de détruire un groupe constituant l'essence même de la définition du génocide²⁷.

1. Une intention spécifique

Différents adjectifs sont utilisés par la doctrine et la jurisprudence pour qualifier l'intention du génocide; celle-ci est décrite comme « une intention spécifique », « une intention spéciale », le « *dolus specialis* » ou « une intention particulière »²⁸. Cette intention se distingue de celle associée à l'*actus reus*, et elle ne correspond pas au degré d'intention requis. Elle va au-delà de l'acte pour désigner l'acte accompli avec un certain objectif. Cet état d'esprit n'est pas explicitement définie dans la Convention sur le génocide et, les travaux préparatoires relativement à cette convention sont très brefs sur le sujet. Un individu possédant la simple connaissance que son comportement causera probablement ou inévitablement la destruction n'est pas l'auteur principal d'un génocide. La destruction massive d'une population par insouciance n'est pas un génocide mais plutôt un crime de guerre. William Schabas, un auteur et spécialiste reconnu sur le génocide, précise que « the low end of recklessness » équivalant au *dolus eventualis* dans un système romano-germanique, n'est pas suffisant pour constituer l'intention « génocidaire »²⁹. L'intention requise doit être directe ou comprendre la certitude virtuelle, se traduisant plutôt par le *dolus directus* dans ce système, ce qui exclut la simple probabilité ou l'aveuglement volontaire de la common law.

27. W. SCHABAS, dans O. TRIFFTERER, (éd.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 109.

28. *Le Procureur c. Jelusic*, (IT-95-10), T.P.I.Y., Chambre d'appel, 5 juillet 2001, par. 45.

29. W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 212.

Le T.P.I.Y. et le T.P.I.R. ont reconnu dans plusieurs décisions que le génocide ne peut se commettre par insouciance³⁰. Pourtant, certains jugements laissent entendre que l'« insouciance » suffit pour celui *qui n'est pas l'auteur principal* de ce crime. Considérant que seule la connaissance du plan est exigée chez le complice du génocide, le T.P.I.R. a soutenu, dans l'affaire *Akayesu*, que la connaissance du plan « génocidaire » accompagnée de l'*actus reus* de la participation dans l'exécution du plan permet de conclure à la responsabilité pour le génocide même si le résultat effectif lui avait inspiré regret³¹. Le T.P.I.R. s'est fondé sur les propos suivants de Lord Devlin, un éminent juriste anglais, pour motiver sa décision :

If one man deliberately sells to another a gun to be used for murdering a third, he may be indifferent about whether the third person lives or dies and interested only in the cash profit to be made out of the sale, but can still be an aider or abettor.³²

Cette approche ne distingue pas le mobile de l'intention, alors qu'il est généralement admis en droit pénal international que le mobile n'est pas pertinent pour établir la *mens rea* du génocide. De même, le T.P.I.Y. a décidé dans l'affaire *Furundzija* qu'il n'est pas nécessaire que celui qui aide ou encourage possède la *mens rea* de l'auteur principal, en autant qu'il connaisse les circonstances³³. Cette interprétation de la *common law* peut se résumer par les propos suivants dans l'affaire *Tadic* :

[...] s'il peut être démontré ou déduit, par des éléments de preuve indirects ou autres que la présence a lieu en connais-

30. *Le Procureur c. Jelusic*, *supra*, note 28, par. 46; *Le Procureur c. Krstic*, (IT-98-33), T.P.I.Y., Chambre de 1^{re} instance I, 2 août 2001, par. 571; *Le Procureur c. Akayesu*, (ICTR-96-4), T.P.I.R., Chambre de 1^{re} instance I, 2 sept. 1998, par. 497; *Le Procureur c. Kambanda*, (ICTR-97-23), T.P.I.R., Chambre de 1^{re} instance I, 4 sept. 1998, par. 16; *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, (ICTR-95-1), T.P.I.R., Chambre de 1^{re} instance II, 21 mai 1999, par. 91; *Le Procureur c. Rutaganda*, (ICTR-96-3), T.P.I.R., Chambre de 1^{re} instance I, 6 déc. 1999, par. 59; *Le Procureur c. Musema*, (ICTR-96-13), T.P.I.R., Chambre de 1^{re} instance I, 27 janvier 2000, par. 164.

31. *Le Procureur c. Akayesu*, *supra*, note 30, par. 538-545.

32. *National Coal Board v. Gamble*, [1959] 1 Q.B. 11; [1958] 3 All E.R. 203, p. 209.

33. *Le Procureur c. Furundzija*, (IT-95-17/1), T.P.I.Y., Chambre de 1^{re} instance II, 10 décembre 1998, par. 243.

sance de cause et exerce un effet direct et substantiel sur la perpétration de l'acte illégal, elle suffit alors à fonder une conclusion de participation et à imputer la culpabilité pénale qui l'accompagne.³⁴

De tels motifs laissent entendre que la connaissance suffit et qu'une intention n'est pas nécessaire. Or, celui qui aide ou encourage doit aussi avoir l'intention de le faire.

Il découle de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*³⁵ qu'une intention spécifique, en plus de la connaissance, est requise de tous les participants. L'intention d'aider à la commission d'une infraction est essentielle au mode de participation pour fins d'aider (aiding). L'insouciance dont il est question dans les décisions du T.P.I.R. concernant l'affaire *Akayesu* et du T.P.I.Y. concernant l'affaire *Furundzija* est relative uniquement à la connaissance, alors que l'intention spécifique de destruction est nécessaire dans tous les cas de participation au génocide. Nous croyons que le T.P.I.Y. a insisté sur la connaissance, non pour conclure que seul cet état d'esprit était nécessaire, mais parce que des raisons de preuve l'exigeaient³⁶. Dans son rapport sur les éléments des crimes, la Commission précise, dès l'introduction générale, que « le terme *auteur* est neutre quant à la culpabilité ou à l'innocence; les éléments, y compris les éléments psychologiques appropriés, sont applicables *mutatis mutandis*, à toutes les personnes dont la responsabilité pénale peut relever des articles 25 et 28 du Statut »³⁷.

L'expression « comme tel » utilisée dans différents documents internationaux définissant le génocide peut être interprétée comme important l'exigence d'une certaine discrimination. Dans l'affaire *Kupreskic*, la Chambre de première instance du T.P.I.Y. a décrit l'intention du génocide comme une intention discriminatoire allant au-delà de l'intention de « persécution » laquelle est requise par l'une des façons de

34. *Le Procureur c. Dusko Tadic*, (IT-94-1-T), T.P.I.Y., Chambre de 1^{re} instance II, 7 mai 1997, par. 689.

35. *Supra*, note 13, Art. II.

36. W. SCHABAS, *Genocide In International Law*, *supra*, note 29, pp. 301-302.

37. COMMISSION PRÉPARATOIRE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE, *Texte final du projet d'éléments des crimes*, *supra*, note 16.

commettre un crime contre l'humanité³⁸. Par ailleurs, cette intention se distingue des « raisons personnelles » ou du mobile que peut avoir un individu. Le mobile porte uniquement sur ce qui pousse quelqu'un à agir, comme par exemple, la haine, le profit économique, les avantages sociaux et le pouvoir, alors que l'intention spécifique ayant un fondement discriminatoire vise plutôt le but que l'auteur veut atteindre.

Donnedieu de Vabres a déjà soutenu que « [l]a théorie du génocide [...] déroge du droit commun en ce qu'elle englobe le mobile dans la constitution légale du délit »³⁹. Cependant, son opinion n'a pas été retenue par le T.P.I.Y. considérant plutôt que l'intention discriminatoire de l'auteur excluant son mobile constitue l'élément psychologique essentiel du génocide. Selon la majorité des jugements sur le sujet, le mobile n'est pas pertinent pour conclure au génocide; c'est le fondement discriminatoire qui doit être prouvé même si l'un n'empêche pas l'autre. Comme c'est le cas en droit pénal canadien, le mobile ne correspond pas à l'élément psychologique et n'est pas essentiel à l'existence d'une responsabilité pénale selon le droit pénal international. La preuve d'un certain mobile peut permettre la preuve de la *mens rea*, mais cette seule preuve ne suffit pas à établir l'élément psychologique requis. Il n'y a pas génocide si l'intention de détruire est uniquement motivée par la conquête du territoire sans viser un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Par contre, celui qui va révéler l'appartenance de sa conjointe à un groupe ethnique en sachant que ceux à qui il fait cette révélation veulent détruire ledit groupe, participe certainement à un génocide s'il possédait aussi cette intention, même si son mobile était de se séparer de sa conjointe. Son intention peut se déduire de son choix d'identifier sa conjointe en raison de son appartenance à un groupe. Cette intention « de détruire » est essentielle au crime de génocide.

38. *Le Procureur c. Kupreskic et al.*, (IT-95-16), T.P.I.Y., Chambre de 1^{re} instance II, 14 janvier 2000, par. 636.

39. H. DONNEDIEU DE VABRES, « De la piraterie ou génocide... les nouvelles modalités de la répression universelle », *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert*, Paris, 1950, Tome 1, p. 245.

2. Une intention de détruire

Le génocide est une forme extrême de persécution faite dans l'intention de détruire un groupe. Ce crime est souvent décrit comme la pire sorte de persécution. L'expression « génocide », inventée par Raphaël Lemkin en 1944 pour identifier ce comportement, provient de « Genos » signifiant « race » en Grec, et de « Cide » signifiant « tuer » en Latin. Selon le texte de la *Convention concernant la prévention et la répression du génocide*⁴⁰, cette intention de détruire se limiterait à une destruction physique ou biologique qui ne comprendrait pas la destruction culturelle.

Le T.P.I.Y. a refusé de conclure au génocide dès qu'il y a nettoyage ethnique en maintenant que cette idée a été expressément écartée par la Sixième Commission de l'Assemblée générale⁴¹. Cette interprétation n'empêche pas de tenir compte de l'atteinte aux symboles culturels et religieux pour établir l'intention de détruire un groupe physiquement et admet que le nettoyage ethnique peut constituer une forme de génocide. Pourtant, l'Allemagne a adopté une interprétation plus dynamique considérant que rien au texte de loi ne limite la nature de la destruction⁴². La preuve d'une intention portant sur la destruction culturelle serait suffisante pour le tribunal allemand. Il est difficile de soutenir cette conclusion en droit pénal appliquant une interprétation stricte en cas d'ambiguïté. La décision judiciaire nationale la plus connue concernant une poursuite pour génocide, l'affaire *Eichmann*⁴³, ne donne pas d'information sur le sujet. Dans cette affaire, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur la nature de la destruction visée, car il était clairement établi que l'accusé connaissait, depuis le début, que la Solution Finale

40. *Supra*, note 13.

41. *Le Procureur c. Krstic, supra*, note 30, par. 576-580.

42. Voir Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 1290/99, 12 décembre 2000, par. (III)(4)(a)(aa) [traduction] : « la définition légale du génocide défend l'idée d'une protection légale qui, par delà l'individu, s'étend à l'existence sociale du groupe [...] l'intention de détruire le groupe [...] va au-delà de l'extermination physique et biologique [...] Pourtant, le texte de loi n'implique pas que l'intention du coupable soit d'exterminer physiquement au moins une partie importante des membres du groupe. »

43. *A-G Israël v. Eichmann*, District Court of Jerusalem, 36 I.L.R. 18 (1962) et Israeli Supreme Court, 36 ILR 277 (1962).

signifiait l'extermination des Juifs. Le texte de la *Loi CCHCG* définissant le génocide ne prévoit pas de limite relativement à la destruction, mais ce texte provient de la Convention sur le génocide qui énumère, dans la définition de ce crime, des actes se limitant à des aspects physiques et biologiques de la destruction d'un groupe⁴⁴.

3. Une intention relative à un groupe

Comme la victime du crime de génocide est, par nature, un groupe et non un individu, l'intention requise pour ce crime doit porter sur un groupe⁴⁵. Un comportement ne peut correspondre à un génocide que si un groupe était visé. La *Loi CCHCG* prévoit qu'il doit s'agir d'un groupe « identifiable » alors que, selon l'art. 6 du *Statut de Rome*, cette protection est limitée au groupe « national, ethnique, racial ou religieux ». Le texte canadien permet d'étendre le génocide au-delà de ces quatre groupes mais, comme le crime défini dans la *Loi CCHCG* est conditionnel à l'existence d'un génocide selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel, seule l'intention de détruire l'un des quatre groupes précisés au *Statut de Rome* est comprise par cette loi⁴⁶. Les autres groupes, tels les groupes politiques, économiques ou sociaux, ne sont pas protégés sous cette disposition.

Un groupe existe dès qu'il se trouve dans une région géographique donnée et qu'il se distingue par rapport à un autre peuple, peu importe s'il est minoritaire ou majoritaire. Une approche subjective permet de définir un groupe en se fondant sur son exclusion ou la stigmatisation par un autre groupe ou de cet autre groupe. Il est possible de conclure à la destruction d'un groupe même si l'extermination se limite à une région géographique et ne s'étend pas à tous les membres

44. *Convention sur la prévention et la répression du génocide, supra*, note 13, art. II.

45. *Le Procureur c. Akayesu, supra*, note 30, par. 521.

46. Un « groupe identifiable » est défini à l'art. 318(4) C.cr. concernant l'encouragement au génocide, comme « [...] toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique » mais il y est précisé que cette définition s'applique pour cet article seulement. Le crime dont il est question dans cette disposition se distingue de la participation au génocide selon la *Loi CCHCG*.

de celui-ci à travers le monde. Par ailleurs, selon le droit international coutumier, l'intention doit porter sur une destruction substantielle de ce groupe⁴⁷. La mort de tous les membres élités d'un groupe possédant des pouvoirs vitaux pour sa survie sera suffisante pour établir une condamnation de génocide. Toutefois, le meurtre de plus d'un membre du groupe est nécessaire. Le meurtre d'un seul individu parce qu'il est membre d'un certain groupe racial sera plutôt considéré comme un meurtre pour des motifs racistes et non un génocide⁴⁸. Aucun nombre précis de morts n'est exigé dans la définition du crime mais celui-ci peut faciliter la preuve de l'intention. Le nombre requis dans les faits est relatif à la grandeur du groupe.

Même si, historiquement, le comportement correspondant à un génocide a longtemps été considéré comme un crime contre l'humanité, ces deux crimes sont présentement définis de façon indépendante. *L'actus reus* du génocide et du crime contre l'humanité se recoupe mais la *mens rea* de ces deux crimes est distincte⁴⁹. Lorsque l'intention particulière du génocide est absente, le comportement sera peut-être considéré comme un crime contre l'humanité.

II. L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DU CRIME CONTRE L'HUMANITÉ : UNE *MENS REA* À DEUX VOLETS

La définition du crime contre l'humanité donnée à la loi canadienne *CCHCG* incorpore celle du droit international coutumier :

meurtre, extermination, réduction en esclavage, déportation, emprisonnement, torture, violence sexuelle, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain, d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes et, d'autre part, qui constitue, au moment et au lieu de

47. *Le Procureur c. Jelusic*, (IT-95-10), T.P.I.Y., Chambre de 1^{re} instance I, 14 décembre 1999, par. 82; *Le Procureur c. Krstic*, *supra*, note 30, par. 590-592.

48. W. SCHABAS, *supra*, note 29, p. 234.

49. A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, vol. 1, p. 339.

la perpétration, un crime contre l'humanité selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel, ou en raison de son caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnu par l'ensemble des nations, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.⁵⁰

Les éléments du crime contre l'humanité proviennent de plusieurs instruments par opposition au caractère codifié du crime de génocide, ce qui « [...] rend le concept du crime contre l'humanité difficile à appliquer dans la mesure où ses éléments constitutifs doivent être recherchés dans plusieurs instruments au fil desquels ils ont évolué »⁵¹.

L'art. 7 du *Statut de Rome* définissant ce crime selon le droit international coutumier au 17 juillet 1998, précise, dans son chapeau, qu'un crime contre l'humanité est « [...] l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ». Aussi, le par. 6(5) de la *Loi CCHCG* reconnaît que le crime contre l'humanité « [...] transgressait le droit international coutumier ou avait un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations » bien avant l'Accord de Londres de 1945, et plus précisément lors de la déclaration de la Deuxième Guerre mondiale. Sans déroger à la règle de la non-rétroactivité, le Canada peut ainsi tenter des poursuites pour ce crime commis à l'étranger avant cet accord et la *mens rea* requise sera déterminée par le droit international coutumier de cette époque.

Le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, le Statut du T.P.I.Y. ou le Statut du T.P.I.R. ne donnent pas explicitement l'élément psychologique requis pour le crime contre l'humanité. Cependant, plusieurs précisions concernant l'élément moral du crime contre l'humanité

50. *Loi CCHCG*, *supra*, note 6, par. 4(3) et 6(3). (Nos italiques).

51. M. BETTATI, « Le crime contre l'humanité », dans H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit International Pénal*, Cedin Paris X, Éditions A. PEDONE, 2000, p. 293.

selon le droit international coutumier d'une époque antérieure à juillet 1998 se trouvent dans la jurisprudence du T.P.I.Y. et du T.P.I.R. appliquant les règles de droit pénal pour l'interprétation de ce crime⁵². Ces deux tribunaux ont clairement établi que cet élément se compose de l'intention de commettre une infraction sous-jacente sachant qu'une attaque généralisée ou systématique est lancée contre une population civile et sachant que son acte fait partie ou risque de faire partie de cette attaque⁵³. La Commission a conclu, dans son rapport sur les éléments des crimes, que pour chacune des façons de commettre un crime contre l'humanité, il est nécessaire de faire la preuve que l'auteur « [...] savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie »⁵⁴. L'élément psychologique du crime contre l'humanité porte sur deux aspects de la définition du crime : l'état d'esprit requis par une des infractions énumérées, en plus de l'état d'esprit relatif à une attaque contre une population civile.

A. LA CONNAISSANCE D'UNE ATTAQUE CONTRE UNE POPULATION CIVILE ET DE SA PARTICIPATION À CETTE ATTAQUE

La définition du crime contre l'humanité sur laquelle plusieurs États se sont entendus à Rome le 17 juillet 1998, prévoit expressément que l'attaque dont l'acte interdit fait partie doit être générale ou systématique. Le texte adopté stipule explicitement que l'accusé doit connaître une telle attaque et il est implicite qu'il sache que son acte en faisait partie ou pouvait en faire partie dans le cours normal des événements. Une connaissance détaillée de cette attaque n'est

52. G. METTRAUX, « Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda », (2002) 43 *Harvard International Law Journal*, 241.

53. *Le Procureur c. Dusko Tadic*, *supra*, note 15, par. 250; *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, *supra*, note 30, par. 133; *Le Procureur c. Kordic et Cerkez*, (IT-95-14/2), T.P.I.Y., Chambre de 1^{re} instance III, 26 février 2001, par. 211; *Le Procureur c. Kunarac et al.*, (IT-96-23) T.P.I.Y., Chambre d'appel, 12 juin 2002, par. 102.

54. COMMISSION PRÉPARATOIRE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE, *Texte final du projet d'éléments des crimes*, *supra*, note 16.

pas exigée, mais l'accusé devait savoir qu'une population civile était visée. Selon l'interprétation donnée par la Chambre d'appel du T.P.I.Y. dans l'affaire *Kunarac*, l'accusé n'a pas besoin de connaître la politique à la base de cette attaque, ni de partager le but de l'attaque appliquant cette politique⁵⁵. Il est précisé au *Statut de Rome* qu'une attaque lancée contre une population civile signifie que les actes sont accomplis « [...] en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »⁵⁶. Ainsi, cette politique n'a pas à provenir d'un État ayant un statut officiel mais ce ne peut être le plan ou le dessein criminel d'un seul individu. Une telle explication définit le contexte spécial du crime contre l'humanité et l'élément psychologique particulier ne renvoie qu'à la connaissance à ce niveau. L'attaque doit viser la population civile sur laquelle porte la politique, mais l'accusé ne cherche pas nécessairement à atteindre cette population. C'est l'attaque qui doit être dirigée contre une population civile et non les actes de l'accusé; son intention de commettre l'infraction sous-jacente ne porte pas sur toute la population attaquée. Même si l'intention de commettre l'infraction sous-jacente ne vise pas toute la population attaquée, la *mens rea* de ce crime existe en autant que l'attaque elle-même était dirigée contre cette population.

Selon une jurisprudence constante du T.P.I.Y. et du T.P.I.R., le mobile n'est pas pertinent pour conclure à l'existence de la *mens rea* de ce crime. Il peut se commettre pour des raisons purement personnelles, bonnes ou mauvaises, en autant que l'accusé connaissait la nature de l'attaque dont son acte faisait partie. Même si un individu a agi pour un motif personnel qu'il considérait comme étant nécessaire, rien n'empêche de le condamner pour ce crime. *A contrario*, l'absence de mobile n'est pas une condition pour ce crime⁵⁷. L'accusé, qui ne savait pas que son comportement était inhumain et correspondait à un crime contre l'humanité, peut

55. *Le Procureur c. Kunarac et al.*, *supra*, note 53, par. 103.

56. *Statut de Rome*, *supra*, note 1, al. 7(2)a).

57. *Le Procureur c. Kunarac et al.*, *supra*, note 53, par. 103; *Le Procureur c. Dusko Tadic*, *supra*, note 15, par. 248-270; *Le Procureur c. Kordic et Cerkez*, *supra*, note 53, par. 187.

aussi être condamné pour ce crime. Relativement à une population civile, sa connaissance du contexte et son intention d'y participer suffisent sans que son intention de détruire le groupe dont fait partie la victime ne soit requise. Cette connaissance peut se déduire d'un ensemble de faits tels le rôle de l'accusé, son pouvoir et ses commentaires publiques. Toutefois, malgré sa connaissance du contexte, un individu ne possède pas l'élément psychologique associé au crime contre l'humanité sans avoir aussi l'intention de l'infraction sous-jacente.

B. L'INTENTION DE L'INFRACTION SOUS-JACENTE

L'art. 7 du *Statut de Rome* prévoit que le crime contre l'humanité peut être commis à l'occasion de plusieurs actes spécifiques. Certains des actes énumérés étaient déjà reconnus comme sous-jacents au crime contre l'humanité en droit international coutumier avant le 17 juillet 1998, mais d'autres actes ont été ajoutés à ce moment. Chacun d'eux possède une *mens rea* particulière devant être prouvée en plus de la *mens rea* générale découlant du chapeau de cet article⁵⁸.

1. Le meurtre

Comme à l'art. 7 du *Statut de Rome*, le *meurtre* est le premier acte énuméré dans la liste des actes sous-jacents du crime contre l'humanité défini dans la loi canadienne. Les statuts du T.P.I.Y. et du T.P.I.R. emploient plutôt l'expression « assassinat » mais, vu que dans les États de common law, le « meurtre » traite particulièrement de l'homicide pour avoir causé la mort avec l'intention d'atteindre ce résultat, cette dernière expression a été préférée au *Statut de Rome* pour traduire le sens appliqué en droit international coutumier. Le meurtre est défini dans les récentes décisions des tribunaux *ad hoc* comme le décès de la victime causé par un acte ou une omission de l'accusé avec l'intention de donner la mort ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique, dont celui-ci

58. Comme exemples de la *mens rea* particulière exigée pour les infractions sous-jacentes, nous ne traiterons que de quelques-uns des actes énumérés à l'art. 7 du *Statut de Rome*.

devait raisonnablement savoir qu'elles étaient susceptibles d'entraîner la mort⁵⁹. Dans un document remis par les États-Unis lors de la première session de la Commission préparatoire de la C.P.I. en février 1999, il est précisé que le meurtre est un crime contre l'humanité si « [...] l'accusé qui l'a commis avait l'intention de tuer une ou plusieurs personnes ou d'en causer la mort »⁶⁰. *A contrario*, son acte n'est pas un meurtre tel que l'entend la définition du crime contre l'humanité s'il a causé la mort d'une personne alors qu'il ne l'avait pas prévu.

2. L'extermination

La mort causée à grande échelle sera plutôt considérée comme une *extermination*, un acte qui est aussi énuméré à la définition du crime contre l'humanité. Ce crime international, n'exigeant pas l'intention spécifique du meurtre, a été reconnu expressément par le Tribunal de Nuremberg. L'extermination requiert l'intention de tuer une population ou une partie importante d'une population, alors que, pour le meurtre, cette intention ne porte que sur une seule personne⁶¹. Le T.P.I.R. a laissé entendre que le crime d'extermination présuppose la planification de sa commission mais croit que les actes d'extermination peuvent se faire intentionnellement, par insouciance ou par négligence grave⁶². Cependant, l'art. 30 du *Statut de Rome* donne une définition de l'intention sans mentionner expressément l'insouciance ou la négligence grave. Cette définition comprend toutefois l'insouciance interprétée de façon subjective mais non la négligence.

59. *Le Procureur c. Kvočka et al.*, (IT-98-30/1) T.P.I.Y., Chambre de 1^{re} instance I, 2 nov. 2001, par. 132; *Le Procureur c. Akayesu*, *supra*, note 30, par. 500; *Le Procureur c. Delalic, Music, Delic, Landzo (affaire dite « de Celibici »)*, (IT-96-21), T.P.I.Y., Chambre de 1^{re} instance IIquater, 16 nov. 1998, par. 439; *Le Procureur c. Blaskic*, (IT-95-14), T.P.I.Y. Chambre de 1^{re} instance I, 3 mars 2000, par. 153, 181, 217; *Le Procureur c. Krstic*, *supra*, note 30, par. 485; *Le Procureur c. Kordic et Cerkez*, *supra*, note 53, par. 234-236.

60. M. BETTATI « Le crime contre l'humanité », *supra*, note 51, p. 312.

61. M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 189-91 et 534-35; M. BETTATI, « Le crime contre l'humanité », *supra*, note 50, p. 313; FISCHER, HORST, KRESS, LÜDER (éds.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, *supra*, note 17, p. 75.

62. *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, *supra*, note 30, par. 146.

Aussi, l'extermination y est définie explicitement à l'al. 7(2)b) comme « [...] notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ». Cette explication prévoit un état d'esprit particulier relativement à l'imposition de conditions de vie, et l'emploi du terme « notamment » permet de conclure qu'elle n'est pas exhaustive et qu'il existe d'autres façons de commettre une extermination. Ce texte renvoie à l'adoption intentionnelle de toutes mesures permettant de conclure à l'intention spécifique de détruire une partie de la population. Selon cette définition, l'extermination se distingue du génocide du fait que la population n'est pas visée uniquement pour sa nationalité, sa race, son appartenance à une ethnie ou sa religion.

3. Réduction en esclavage

Le crime contre l'humanité peut aussi se commettre lors d'une *réduction en esclavage*. L'élément psychologique requis relativement à la réduction en esclavage est l'exercice intentionnel du pouvoir relié à la possession des victimes. Jugeant que l'élément matériel de cette infraction correspondait à « [...] l'exercice sur une personne de l'un quelconque ou de l'ensemble des attributs du droit de propriété » et que l'élément moral était « [...] l'intention d'exercer ces attributs », la Chambre d'appel du T.P.I.Y. a souscrit à la conclusion de la Chambre de première instance, dans l'affaire *Kunarac*, selon laquelle la détention des victimes pour une période prolongée afin de les utiliser pour des actes sexuels équivalait à une réduction en esclavage⁶³. Elle ajouta que l'al. 7(2)c) du *Statut de Rome* décrivant la réduction en esclavage comme « [...] le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété » reflétait le droit international coutumier sur la question. Une preuve de l'exercice intentionnel du pouvoir suffit pour établir la *mens rea* de cette infraction,

63. *Le Procureur c. Kunarac et al.*, *supra*, note 53, par 116 et 122.

étant donné que l'absence du consentement des victimes n'est pas, contrairement au viol, un élément requis.

4. Torture

Comme une absence de consentement des victimes pouvait se déduire des faits dans l'affaire *Kunarac*, le jugement traita aussi du viol. Il a été décidé que ce crime pouvait être considéré comme une forme de *torture* lorsque l'auteur possédait l'un des buts interdits par la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* en 1987⁶⁴. Une intention d'ordre sexuel n'est pas incompatible avec l'intention de commettre la torture. La Chambre d'appel déclara qu'il « [...] n'est pas nécessaire que les actes aient été commis uniquement dans l'un des buts prohibés par le droit international » en précisant que « [...] [s]i l'un des buts prohibés est atteint à travers le comportement en question, il importe peu que ce comportement visait également à atteindre un but non énuméré dans la définition »⁶⁵. En droit international, il est généralement admis que les buts qui y sont énumérés précisément, soit celui d'obtenir des renseignements ou des aveux, de punir, ou d'intimider ou de faire subir une discrimination pour un motif quelconque sont simplement cités à titre d'exemples et que cette énumération n'est pas exhaustive. Le fait d'humilier la victime ou une tierce personne peut constituer un but défendu de la torture selon l'esprit général du droit international humanitaire⁶⁶. Cette interprétation de la *mens rea* requise pour la torture peut aussi s'appliquer au Canada étant donné que l'article 269.1 C.cr. reprend la définition de la torture prévue à la Convention en requérant l'intention de commettre un acte « afin notamment » d'atteindre l'un de ces buts alors que la douleur ou les souffrances aiguës, physiques ou mentales est une conséquence logique de cet acte.

64. Res. 39/46 A.G.N.U. Cette convention, dont font partie plus de 150 États, a été adoptée le 10 décembre 1984 et est entrée en vigueur le 26 juin 1987. Le Canada l'a ratifiée le 24 juin 1987.

65. *Le Procureur c. Kunarac*, *supra*, note 53, par. 155.

66. *Le Procureur c. Furundzija*, *supra*, note 33, par. 162.

À la différence du *Statut du T.P.I.Y.*, la *Loi canadienne CCHCG* et le *Statut de Rome* élargissent la définition du crime contre l'humanité en ajoutant l'expression « violence sexuelle » dans les actes sous-jacents. Cette addition permet d'étendre ce crime grave aux comportements à caractère sexuel malgré l'absence d'une intention de pénétration, alors que pour les crimes commis avant le 17 juillet 1998, cette intention particulière doit être prouvée lorsque le comportement sous-jacent est identifié comme un viol et qu'il ne peut être considéré avec les « autres actes inhumains » de gravité comparable. Ces comportements peuvent aussi correspondre à une torture telle que prévue comme infraction sous-jacente mais, les faits datant d'avant 1987 ne seront pas généralement identifiés comme « torture » car le moment où celle-ci est devenue une infraction sous-jacente au crime contre l'humanité est incertain. Il est possible de prouver avec certitude que la « torture » est un crime international permettant l'exercice de la compétence universelle, seulement depuis l'entrée en vigueur de la Convention en 1987. Dans l'affaire *Pinochet*, la Chambre des Lords a décidé que la torture commise avant la Convention n'était pas un crime international permettant l'exercice de cette compétence⁶⁷. Avant les *Statuts du T.P.I.Y.* et du *T.P.I.R.*, la torture n'était pas énumérée dans la liste des infractions sous-jacentes au crime contre l'humanité. Pourtant, dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, elle a été incriminée en tant que crime contre l'humanité et crime de guerre parce que considérée comme « acte inhumain »⁶⁸.

Selon la définition de la « torture » prévue explicitement à l'al. 7(2)e) du *Statut de Rome*, une intention de causer une douleur ou des souffrances aiguës suffit sans que l'intention spécifique de faire souffrir la victime ne soit exigée. Cet état psychologique, conforme à la Convention, existe lorsque l'auteur a l'intention d'infliger une douleur ou des souffrances aiguës ou sait que de telles souffrances résulteront probablement de son comportement⁶⁹. Pourtant une intention spécifique est exigée dans l'interprétation du crime de guerre

67. *R. c. Bow Street Metropolitan Magistrate Ex parte Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827, [1999] 2 All E.R. 97.

68. E. DELAPLACE, « La torture » dans H. ASCENSIO *et al.*, *supra*, note 51, p. 370.

69. *Le Procureur c. Kuoka et al.*, *supra*, note 59, par. 137.

commis par « torture » afin de la distinguer de celle requise pour ce même crime commis par des « traitements inhumains », deux expressions utilisées de façon disjonctive au même alinéa 8(2)a)ii) du *Statut de Rome*. Pour le crime contre l'humanité, il n'y a aucune raison de s'éloigner de la définition de la Convention⁷⁰. Les « [...] autres actes inhumains de caractère analogue » sont aussi des infractions sous-jacentes au crime contre l'humanité selon un aliéna distinct que celui prévoyant la « torture » et la preuve d'une intention générale suffit dans ces cas⁷¹. Ainsi, une intention spécifique d'humiliation n'est pas nécessaire pour conclure à un outrage à la dignité. Cet outrage existe dès qu'une personne raisonnable aurait su que ses actions pouvaient créer l'humiliation, la dégradation ou toute atteinte quelconque à la dignité. Il suffit de prouver sa connaissance des conséquences éventuelles de son acte⁷². Il n'est pas nécessaire que l'accusé ait porté un jugement de valeur.

5. Persécution

Un crime contre l'humanité commis *par persécution* exige la preuve de motifs discriminatoires « [...] liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet »⁷³. Si le comportement reproché a été commis après le 17 juillet 1998, l'auteur doit avoir choisi les victimes en raison de leur appartenance à un groupe et doit avoir agi pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux, sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international. Avant cette date, les motifs de persécution reconnus en droit international coutumier se limitaient à des raisons politiques, raciales et religieuses. Le même comportement ne peut constituer un génocide que s'il est accompli avec l'intention spécifique de détruire un groupe. Les actes de persécution ont pour

70. FISCHER *et al.*, *supra*, note 17, p. 80.

71. *Le Procureur c. Blaskic*, *supra*, note 59, par. 243; *Le Procureur c. Kordic et Cerkez*, *supra*, note 53, par. 271; *Le Procureur c. Delalic, Mucic, Delic, Landzo (affaire dite « de Celibici »)*, *supra*, note 59, par. 543.

72. *Le Procureur c. Kunarac et al.* *supra*, note 50, par. 162-165.

73. *Statut de Rome*, *supra*, note 1, al. 7(2)g).

but d'assujettir des êtres humains à un mode de vie les empêchant de jouir des droits fondamentaux reconnus par la Charte des Nations Unies⁷⁴. Comme pour le génocide, les motifs de persécution ne doivent pas être confondus avec le mobile de l'auteur. Le mobile personnel de l'accusé n'est pas pertinent pour ce crime. Celui qui a refusé de nourrir les femmes dans un groupe à cause de leur appartenance au sexe féminin pourra être condamné du crime contre l'humanité même si le mobile de son comportement, sa haine pour les femmes, n'est pas prouvé. Sa haine pourra faciliter la preuve de son motif de persécution mais cette preuve peut se faire autrement.

Même si une intention discriminatoire est essentielle pour un crime contre l'humanité commis par persécution, une telle intention n'est pas une exigence générale de ce crime d'après le droit international coutumier⁷⁵. Selon les chartes créant les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et d'Extrême-Orient à la fin de la Deuxième Guerre mondiale, l'intention discriminatoire n'était pas un élément essentiel du crime contre l'humanité⁷⁶. Rien n'indique que cet élément soit devenu une nécessité avec le temps. La définition du crime contre l'humanité au *Statut de Rome* démontre que le droit international coutumier n'a pas limité mais plutôt étendu la notion de ce qui constitue ce crime. L'art. 3 du *Statut du T.P.I.R.* peut donner l'impression de la nécessité d'une intention discriminatoire mais cette disposition est plutôt de nature à prévoir la compétence du Tribunal et ne stipule pas une définition générale du crime contre l'humanité. Il y est prévu que le Tribunal est compétent pour juger toute « [...] attaque généralisée et systématique dirigée contre

74. La Charte comprend les instruments suivants : la Déclaration universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948, Rés.A/810; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U.3, n° 14531; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, R.T.N.U.171, n° 14668.

75. *Le Procureur c. Dusko Tadic*, supra, note 15, par. 288 et 305; *Le Procureur c. Akayesu*, supra, note 30, par. 465; *Le Procureur c. Kvočka et al.*, supra, note 59, par. 194.

76. Art. 6c) *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* et art. 5c) *Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient*.

une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse ». Cette limite s'explique dans le contexte de la création d'un tribunal *ad hoc* pour juger des événements survenus au Rwanda entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994. Par contre, le T.P.I.R. a déjà condamné une personne pour un crime contre l'humanité, même si le Procureur n'avait pas apporté une preuve hors de tout doute raisonnable d'une intention discriminatoire en précisant que « [...] la seule exception connue en droit international coutumier reste à cet égard celle relative aux cas de persécutions »⁷⁷. Le caractère discriminatoire exigé à l'art. 3 du Statut se rapporte à la nature de l'attaque et non à l'intention de l'accusé.

Toutefois, ce caractère discriminatoire rapproche le crime contre l'humanité et le génocide, même si l'intention discriminatoire pour des motifs précis dont il est question dans la définition du crime contre l'humanité commis par *persécution*, ne correspond pas tout à fait à l'élément psychologique du génocide. Tout en étant très élevé, cet état d'esprit n'est pas aussi sévère que celui requis pour le génocide⁷⁸. Une différence de gravité importante existe entre le génocide et le crime contre l'humanité commis par persécution. Ces deux crimes peuvent être commis sans lien avec un conflit armé, alors que l'autre infraction internationale définie aux par. 4(3) et 6(3) de la *Loi CCHCG* — le crime de guerre — ne peut être commise que dans le cadre d'un conflit armé.

III. L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DU CRIME DE GUERRE COLORÉ PAR LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Comme pour les deux autres crimes définis dans la *Loi CCHCG*, le crime de guerre y est décrit conditionnellement à sa reconnaissance en droit international coutumier ou en droit international conventionnel. Les origines de la notion du crime de guerre ne peuvent être retracées de façon certaine. Les façons de commettre un crime de guerre font par-

77. *Le Procureur c. Akayesu*, *supra*, note 12, par. 467.

78. *Le Procureur c. Kordic et Cerkez*, *supra*, note 53, par. 211-213; *Le Procureur c. Kupreskic et al.*, *supra*, note 38, par. 636.

ties du droit international coutumier⁷⁹. Peu d'information concernant son élément psychologique nous est fournie par le droit international lequel s'intéresse surtout à la responsabilité des États. La notion du crime de guerre n'acquiesce un sens clair en droit international contemporain qu'avec le jugement du Tribunal de Nuremberg. Sa définition en droit international coutumier est par nature évolutive et non statique mais, le législateur canadien a expressément stipulé qu'en date du 17 juillet 1998, elle correspond plus particulièrement à celle prévue au par. 8(2) du *Statut de Rome*⁸⁰. Cette définition comprend la plupart des violations aux Conventions de Genève de 1949 et son Protocole Additionnel I de 1977. Cependant, cette disposition représentant « [...] l'articulation la plus détaillée et la plus récente » du crime de guerre est un « [...] simple portrait-robot de ce crime en droit international général » et ne peut être considérée comme un « [...] instantané fidèle »⁸¹. En plus de comprendre les violations graves aux quatre Conventions de Genève de 1949, le crime de guerre est déterminé par des lois et coutumes applicables lors de conflits armés⁸².

Chacune des cinquante façons de commettre un crime de guerre énoncées au *Statut de Rome* comprend un élément psychologique, implicitement ou explicitement. Pour certaines d'entre elles, cet élément est plus ou moins général alors que pour d'autres, il est plus détaillé. Comme pour l'élément matériel, il s'interprète selon le droit international des conflits armés, que l'on reconnaît plus fréquemment aujourd'hui, sous le nom de droit international humanitaire⁸³. Chacune des violations graves énumérées aux alinéas 8(2) a)b)c) ou e) du

79. Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808(1993) du Conseil de sécurité, 3 mai 1993, Doc. ONU S/25704, par. 35; R.R. BAXTER, « Multilateral Treatises As Evidence of Customary International Law », (1965-66) 41 B.Y.I.L. 275.

80. Étant donné la longueur de ce paragraphe, nous n'en donnerons pas le texte dans cet article. Nous avons choisi de renvoyer le lecteur directement au *Statut de Rome*.

81. G. ABI-SAAB, R. ABI-SAAB, « Les crimes de guerre », dans ASCENSIO *et al.*, *supra*, note 51, pp. 275 et 285.

82. Les actes énumérés au *Statut de Rome* sont généralement prohibés par traités et occasionnellement par le droit coutumier.

83. E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 30.

Statut de Rome doit avoir été commise avec un état d'esprit défini selon le droit international des conflits armés, un droit complexe par son abondance de réglementations et son caractère évolutif. Différentes sources peuvent servir de guide pour compléter ce texte. En plus des conventions relatives ainsi que du droit coutumier, les décisions des deux tribunaux *ad hoc* de droit pénal international (le T.P.I.Y. et le T.P.I.R.) contribuent grandement à clarifier certains aspects de ce texte en appliquant le droit international coutumier du début des années 90. Aussi, le texte final du projet d'éléments des crimes élaboré récemment par la Commission identifie les éléments requis pour chacune des différentes façons de commettre un crime de guerre selon le *Statut de Rome*⁸⁴.

À la différence des articles concernant le génocide et le crime contre l'humanité au *Statut de Rome*, l'art. 8 définissant le crime de guerre ne comprend pas un paragraphe « chapeau » donnant explicitement les éléments psychologiques généraux pour toutes les infractions sous-jacentes. Les différentes violations à la base de ce crime se situent dans le cadre d'un conflit armé, mais elles sont regroupées en quatre différentes parties. Comme le chapeau de chacun des quatre alinéas pour chaque groupe ne réfère pas expressément à l'élément psychologique requis, l'art. 30 du *Statut de Rome*, définissant l'élément psychologique dans la partie portant sur les principes généraux du droit pénal, s'applique par défaut. À moins de disposition contraire, chacune des différentes violations doit se commettre avec une intention et une connaissance. Cependant, plusieurs façons de commettre un crime de guerre possèdent un élément psychologique particulier au domaine militaire⁸⁵. Ces particularités permettent souvent de distinguer le crime de guerre du simple crime civil et font partie intégrante de sa définition.

84. COMMISSION PRÉPARATOIRE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE, *Texte final du projet d'éléments des crimes*, *supra*, note 16.

85. Pour des limites d'espace, nous ne ferons pas une analyse exhaustive de l'élément psychologique de toutes les différentes façons de commettre un crime de guerre mais, nous traiterons de quelques cas dans le but d'en souligner certains aspects particuliers.

A. LA CONNAISSANCE REQUISE DANS LE CONTEXTE D'UN CONFLIT ARMÉ

Il est implicite aux quatre alinéas (a-b-c-e) du par. 8(2) du *Statut de Rome* que, pour toutes les infractions sous-jacentes, la connaissance qu'il s'agit d'un conflit armé est essentielle. Selon le droit pénal international coutumier, la connaissance qu'un conflit existe dans l'ensemble d'une région suffit sans avoir à connaître précisément l'existence d'un conflit armé dans chacune des municipalités où ce conflit fait rage⁸⁶. Sauf cette connaissance des circonstances de fait situant leur comportement dans le contexte d'un conflit armé, aucun autre élément psychologique commun n'est prévu pour toutes les violations stipulées aux quatre alinéas. Les alinéas a) et b) annoncent le rattachement des infractions énumérées à un conflit armé de caractère international alors que les alinéas c) et e) traitent des violations ne présentant pas cette caractéristique⁸⁷. Cette application du crime international à des situations ne possédant pas un attribut international est récente et la création d'alinéas distincts en fonction du caractère international ou pas du conflit n'ajoute rien concernant l'élément psychologique requis même si elle permet de préciser l'élément matériel du crime. La connaissance des faits donnant une telle qualité à un conflit n'est pas nécessaire en autant que l'auteur connaissait les circonstances constitutives d'un conflit armé. Toutefois, selon l'alinéa a), l'auteur doit posséder la connaissance des circonstances de fait donnant le statut de « personne protégée » ou de « bien protégé » lors des infractions qui y sont énumérées alors que pour les comportements dans le cadre de conflit ne possédant pas un caractère international tels que stipulés à l'alinéa c), l'auteur doit connaître les circonstances de fait établissant le statut de « personnes qui ne participent pas directement aux hostilités ».

La connaissance de la probabilité du résultat est généralement exigée, telle la perte de vies humaines, de blessures, de dommages aux biens ou de dommages « [...] manifestement

86. *Le Procureur c. Blaskic, supra*, note 59 par. 64.

87. Les alinéas d) et f) sont plutôt des dispositions interprétatives complétant respectivement les alinéas c) et e).

excessifs [...] » à l'environnement⁸⁸. Cependant, selon le rapport de la Commission sur les éléments des crimes, il ne serait pas nécessaire de connaître la probabilité de la mort ou la mise en danger de la santé lorsque cette conséquence résulte de mutilation ou d'expériences médicales ou scientifiques [8(2)b)x) et 8(2)e)xi)]. Par ailleurs, celui qui a employé des balles prohibées [8(2)b)xix)] commet un crime de guerre seulement s'il connaissait que « [...] la nature de ces balles était telle que leur emploi aggraverait inutilement les souffrances ou les blessures infligées ». Concernant le texte de l'art. 8(2)b)vii) du *Statut de Rome* interdisant l'« utilisation indue », la Commission a conclu que l'auteur possédait l'élément moral s'il « savait ou aurait dû savoir qu'une telle utilisation est interdite », précisant que cette conclusion découle de l'interaction entre l'art. 30 exigeant la connaissance, et l'art. 32 interdisant l'erreur de droit. Cependant, elle a prévu une exception à cette règle dans le cas de l'« utilisation indue » du drapeau, des insignes ou de l'uniforme des Nations Unies, décidant que le critère « aurait dû savoir » n'est pas applicable « du fait de la variété et du caractère réglementaire des interdictions pertinentes ». Elle ajoute, toutefois, que pour le crime de guerre relatif à l'enrôlement des enfants [8(2)b)xxvi) et 8(2)e)vii)], la connaissance de l'âge des enfants doit s'analyser selon un critère objectif. Dans son rapport, elle soutient que l'auteur de l'enrôlement des personnes âgées de moins de 15 ans possède l'état d'esprit coupable s'il savait ou « aurait dû savoir » que les jeunes personnes recrutées étaient âgées de moins de 15 ans. Une telle interprétation est une « disposition contraire » admissible devant la C.P.I. selon l'art. 30 du *Statut de Rome*, mais qu'un tribunal canadien ne peut appliquer sans déroger à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En common law, l'élément moral est présent sous la forme de l'intention quant au comportement et aux conséquences ou de l'insouciance quant aux conséquences. Ces états d'esprit sous-entendent la connaissance ou l'aveuglement volontaire quant aux circonstances, mais ne compren-

88. *Statut de Rome*, supra, note 1, al. 8(2)b)iv).

ment pas le mobile de l'accusé⁸⁹. Le juge Dickson de la Cour suprême du Canada a décrit l'état psychologique généralement requis pour les crimes de la façon suivante :

L'état mental requis pour qu'il y ait responsabilité pénale consiste dans la plupart des cas dans a) l'intention d'accomplir l'*actus reus* du crime, c'est-à-dire l'intention d'accomplir l'acte qui constitue le crime en question, ou dans b) le fait que la personne prévoit ou sait que son comportement entraînera probablement ou pourra entraîner l'*actus reus*, tout en acceptant le risque ou en y étant indifférente alors que, dans les circonstances, le risque est considérable ou injustifiable.⁹⁰

Il est une règle bien établie en common law que les différents états d'esprit requis sont prévus explicitement ou implicitement dans la définition de chaque crime⁹¹. La connaissance peut résulter d'une connaissance réelle ou d'un aveuglement volontaire lorsque l'accusé a préféré demeurer dans l'ignorance alors que plusieurs indices lui indiquaient que certaines circonstances pouvaient exister. L'aveuglement volontaire est un concept de common law différent de la connaissance présumée de droit civil laquelle n'a aucune application en droit criminel⁹². Sera reconnu à ce titre, seul l'état d'esprit ayant le caractère fautif de la connaissance réelle parce que l'accusé a refusé de s'informer délibérément sur une situation alors qu'il possédait des soupçons à cet égard. Cette création de la jurisprudence remplace la connaissance réelle mais elle se distingue de la négligence. Ainsi, une personne s'étant aveuglée volontairement peut être condamnée pour un crime contre l'humanité même si elle ne connaissait pas réellement le contexte de son acte⁹³. Par ailleurs, les

89. *Bamlaku c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 40, Cour fédérale IMM — 846 — 97, 16 jan. 1998; *Tutu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 74 F.T.R. 44 (Cour fédérale de 1^{re} instance, 93-A-287, 28 fév. 1994).

90. *Leary c. R.*, [1978] 1 R.C.S. 29, p. 34.

91. *Reg. c. Tolson*, [1889] C.L.C. 629; *Creighton c. R.*, [1993] 3 R.C.S. 3; *Renvoi : Motor Vehicule Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

92. *R. c. F.W. Woolworth Co. Ltd.*, (1975) 18 C.C.C. (2d)23 (C.A.Ont.); *R. c. Currie*, (1975) 24 C.C.C. (2d) 292 (C.A. Ont.); G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed., London, Stevens & Sons Ltd, 1978, p. 84.

93. *R. c. Finta*, *supra*, note 10, p. 819.

expressions « insouciance » et « aveuglement volontaire » ne sont aucunement prévues dans les définitions particulières des crimes données au *Statut de Rome* ou dans la définition générale de l'élément psychologique prévue à l'art. 30 de ce document. Cet article précise plutôt qu'il y a intention ou connaissance relativement à une conséquence lorsqu'une personne est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements⁹⁴.

Traditionnellement, la « négligence » n'était pas considérée, au Canada, comme une forme de *mens rea*, mais depuis plusieurs années, les tribunaux canadiens interprètent cette faute légale comme équivalant à un état d'esprit coupable en droit pénal⁹⁵. La *mens rea* peut se présenter sous forme d'intention ou d'insouciance interprétée selon un critère objectif. Il est reconnu toutefois que chaque crime n'exige pas nécessairement un élément psychologique du même degré. Ainsi, la *mens rea* du meurtre défini aux articles 229 et 230 C.cr. s'interprète de façon subjective, alors qu'un homicide involontaire coupable n'exige qu'une prévisibilité objective par rapport au fait d'avoir causé la mort⁹⁶. Dans l'affaire *Vaillancourt*, le juge Lamer, alors juge puîné à la Cour suprême du Canada, établissait en ces mots que la *mens rea* doit refléter la nature particulière de chaque crime :

Cependant, quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l'acte ou le résultat, il existe, quoiqu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question.⁹⁷

94. Art. 30(2)b) et 30(3) *Statut de Rome*.

95. *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *DeSousa c. R.*, [1992] 2 R.C.S. 944.

96. *R. c. Vaillancourt*, [1987] R.C.S. 636; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 663; *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; *Creighton c. R.*, *supra*, note 91.

97. *R. c. Vaillancourt*, *supra*, note 96, p. 653.

Le crime de guerre possède cette nature spéciale⁹⁸. Pour déterminer l'élément psychologique de ce crime, un tribunal canadien se doit d'appliquer un critère subjectif relativement à la connaissance requise et à l'intention particulière s'ajoutant à cette connaissance.

B. DES PARTICULARITÉS DE L'INTENTION REQUISE DEVANT UN ADVERSAIRE

Dans son rapport concernant les éléments des crimes, la Commission a présenté l'intention spécifique requise pour chaque façon de commettre un crime de guerre selon les règles du droit international humanitaire⁹⁹. Même si les tribunaux canadiens ne sont aucunement liés par ce texte, ils vont certainement s'en inspirer pour appliquer la même définition du crime de guerre. Ce rapport prévoit que certains cas d'attaque contre des personnes ou des biens [8(2)b)i)ii)iii)ix)xxiv) et 8(2)e)i) à iv)] exigent la preuve de l'intention de prendre ces personnes ou ces biens comme cibles, alors que le crime de guerre commis par « torture » [8(2)a)ii)-1 et 8(2)c)i)-4] requiert la preuve d'un but tel obtenir des renseignements ou des aveux, punir, intimider, contraindre, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination particulière. Il est alors permis d'étendre cette disposition à toutes les formes de discrimination interdite selon la *Convention contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants*, la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁰⁰.

En application de la *Convention internationale contre la prise d'otages*¹⁰¹, la Commission soutient que le crime de guerre commis par prise d'otages [8(2)a)viii) et 8(2)c)iii)] exige, la preuve de l'intention de « [...] l'auteur de contraindre

98. *R. c. Finta, supra*, note 10.

99. COMMISSION PRÉPARATOIRE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE, *Texte final du projet d'éléments des crimes, supra*, note 16, p. 28.

100. *Supra*, notes 63 et 73.

101. Res.34/146 A.G.N.U. Cette convention, adoptée le 17 décembre 1979, est entrée en vigueur au Canada le 3 janvier 1986.

un État, une organisation internationale, une personne physique ou morale ou un groupe de personnes à agir ou à s'abstenir d'agir en subordonnant expressément ou implicitement la sécurité ou la mise en liberté de ladite ou lesdites personnes à une telle action ou abstention ». Se prononçant sur le crime de guerre relativement à l'utilisation induue d'un pavillon parlementaire tel qu'il est interdit à l'al. 23f) du Règlement de La Haye¹⁰², elle énumère, dans la liste des éléments essentiels, le fait que « [...] l'auteur a procédé à cette utilisation pour feindre l'intention de négocier alors que telle n'était pas son intention », étant entendu que le pavillon parlementaire symbolise la demande de négociation en droit international des conflits armés. Aussi, pour l'utilisation induue des signes distinctifs prévus par la Convention de Genève, elle précise que cette utilisation doit être faite « à des fins combattantes », ce qui signifie que les objectifs de l'auteur étaient liés directement aux hostilités sans comprendre les activités médicales, religieuses ou analogues.

Dans le rapport de la Commission, on retrouve plusieurs autres particularités du droit international humanitaire colorant l'élément psychologique du crime de guerre. Ainsi, l'utilisation des boucliers humains [8(2)b)xxiii)] n'entraînera la culpabilité pour un crime de guerre que si l'accusé « [...] entendait mettre un objectif militaire à l'abri d'attaques ou couvrir, favoriser ou gêner des opérations militaires ». Le pillage pour s'être approprié de certains biens en temps de guerre [8(2)b)xvi) et 8(2)e)v)] requiert l'intention « [...] de spolier le propriétaire et s'approprier les biens en question à des fins privées ou personnelles » sans agir pour des objectifs militaires. Le déni de quartier [8(2)b)xii) et 8(2)e)x)] est un crime de guerre s'il a été fait pour « [...] menacer un adversaire ou pour conduire les hostilités sur la base qu'il n'y aurait pas de survivants ». Dans le cas de crime de guerre commis pour avoir tué, blessé par trahison [al. 8(2)b)xi) et

102. Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907.

8(2)e)ix)], l'intention de tromper la bonne foi ou la confiance est exigée. En droit international, la trahison ou la perfidie est une règle ancienne se définissant par l'acte trompant la bonne foi de l'adversaire¹⁰³.

Généralement, l'élément psychologique requis pour la plupart des façons de commettre un crime de guerre possède un caractère subjectif. L'état d'esprit de l'accusé lors de son comportement est déterminant dans plusieurs cas¹⁰⁴. Cependant, quelle que soit la position du droit pénal international sur le sujet, la *mens rea* des crimes de guerre s'interprète en vertu du droit pénal canadien lorsque la poursuite est prise devant un tribunal canadien. Tout en étant incorporé à la *Loi CCHCG*, l'article 8 du *Statut de Rome* définissant ce crime ne sera pas nécessairement interprété de façon identique par un tribunal national et par la Cour pénale internationale.

Selon les propos de Madame la juge McLachlin dans l'affaire *Creighton* devant la Cour suprême du Canada, la *mens rea* « subjective » est celle qui « [...] exige que l'accusé ait voulu les conséquences de ses actes ou que, connaissant les conséquences probables de ceux-ci, il ait agi avec insouciance face au risque », alors que la *mens rea* « objective » est considérée comme n'ayant rien « [...] à voir avec ce qui s'est passé effectivement dans l'esprit de l'accusé, mais concerne ce qui aurait dû s'y passer si ce dernier avait agi raisonnablement »¹⁰⁵. Une faute est objective parce qu'un individu, en raison de sa négligence ou de son inadvertance, a omis de se comporter comme une personne raisonnable. Pour un crime de *mens rea* subjective, l'état d'esprit de l'accusé au moment des faits, tels son intention ou son insouciance consciente, sa connaissance ou son aveuglement volontaire, doit nécessairement être prouvé.

Une personne ne peut être condamnée pour une infraction criminelle de nature aussi grave en l'absence d'une

103. E. DAVID, *supra* note 83, pp. 354-355; art. 37(1) Protocole Additionnel I, 1977.

104. *Statut de Rome*, *supra*, note 1, al. 8(2)b)xix), xi), xxiii) et al. 8(2)e)v), ix), x).

105. *R. c. Creighton*, *supra*, note 91, pp. 58-59.

preuve hors de tout doute raisonnable de son intention ou de son insouciance par rapport à son comportement et à ses conséquences ainsi que de sa connaissance ou de son aveuglement volontaire relativement aux circonstances pertinentes de ce crime. Même si, selon l'art. 30 du *Statut de Rome*, une disposition contraire à la nécessité de l'intention et de la connaissance peut être prévue pour les crimes qui y sont définis, une telle mesure violerait l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La *mens rea* subjective pour ces crimes est une garantie constitutionnelle à laquelle le Parlement ne peut se soustraire à moins d'une dérogation expresse selon les conditions de l'art. 33 de la Charte.

CONCLUSION

En incorporant la définition des crimes donnée au *Statut de Rome* dans une loi canadienne, l'élément psychologique stipulé dans ce texte international devra être prouvé lors d'une répression nationale. De façon générale, l'élément psychologique explicite des trois crimes définis au *Statut de Rome* peut s'appliquer intégralement au Canada. L'élément psychologique implicite de ces crimes tel qu'il est défini à l'art. 30 du Statut correspond à la *mens rea* subjective comme l'entend la Constitution canadienne. Cependant, l'insouciance et l'aveuglement volontaire font clairement partie de la *mens rea* subjective selon le droit pénal canadien alors que ces concepts ne sont pas définis à cet article. Pour certains crimes, comme le génocide par transfert forcé des enfants [art. 6e) *Statut de Rome*] ou le crime de guerre pour l'utilisation, la conscription ou l'enrôlement d'enfants [art. 8(2)b)xxvi) et 8(2)e)vii) *Statut de Rome*], une partie de l'élément psychologique est définie, selon le droit international, en fonction d'un critère objectif alors qu'une *mens rea* subjective est essentielle selon la *Charte canadienne des droits et libertés*. Lors d'une poursuite nationale pour un crime international relevant de la compétence de la C.P.I., le tribunal canadien doit chercher une *mens rea* subjective, même si la C.P.I. pourrait théoriquement condamner un individu pour un tel crime commis

en appliquant exceptionnellement un critère objectif relativement à sa connaissance. Dans ces cas, une intégration concernant l'élément psychologique n'est pas parfaite. Une certaine disparité est alors possible.

Rachel Grondin
Faculté de droit
Université d'Ottawa
57, Louis Pasteur
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800 poste 3249
Télec. : (613) 562-5121
Courriel : rgrondin@uottawa.ca