



Enquête nationale sur  
les femmes et les filles autochtones  
disparues et assassinées



# UNE ANALYSE JURIDIQUE DU GÉNOCIDE

un rapport  
supplémentaire

de

l'Enquête nationale sur les  
femmes et les filles  
autochtones disparues et  
assassinées



*Cette analyse juridique complémentaire représente l'opinion de l'Enquête nationale. Ces conclusions ont été élaborées avec le soutien de chercheurs.es universitaires, et d'avocats.es détenant une expertise relative au génocide et aux crimes internationaux. L'Enquête nationale tient à remercier spécifiquement les contributions de la Professeure Fannie Lafontaine, titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur la justice internationale pénale et les droits fondamentaux à l'Université Laval, de Amanda Gharemani, avocate spécialisée en droit international pénale et ancienne directrice juridique du Centre canadien pour la justice internationale et de Catherine Savard, candidate au LL.M à l'Université Laval. Elles sont respectivement directrice, chercheuse et assistante-coordonnatrice du Partenariat canadien pour la justice internationale.*

This publication is also available in English:

A Legal Analysis of Genocide: Supplementary Report of the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls

IMAGE DE COUVERTURE :

Nous adressons des remerciements particuliers aux artistes dont les œuvres figurent sur la page couverture de ce rapport :

Dee-Jay Monika Rumbolt (Snowbird), pour *Motherly Love*

Le Centre Saa-ust, pour l'œuvre communautaire de courtépointe à motif étoilé

Christi Belcourt, pour *This Painting is a Mirror*



<b>Section 1: INTRODUCTION</b>	1
<b>Section 2 : DÉFINIR « GÉNOCIDE »</b>	3
a) Le génocide en droit international : définition, sources et responsabilité	
b) L’histoire de la Convention sur le génocide et l’exclusion des perspectives autochtones	
c) Le génocide et l’exclusion traditionnelle des perspectives fondées sur le genre	
d) La nature particulière du génocide colonial	
<b>Section 3 : LES ACTIONS ET LES OMISSIONS DU CANADA : UN COMPORTEMENT GÉNOCIDAIRE (ACTUS REUS)</b>	13
a) Les groupes protégés	
b) Les comportements génocidaires – les cinq actes/omissions prohibés	
i. Droit applicable au génocide par meurtre	
ii. Droit applicable au génocide par atteinte grave à l’intégrité physique ou mentale	
iii. Droit applicable au génocide par soumission à des conditions d’existence devant entraîner une destruction physique	
iv. Droit applicable au génocide par imposition de mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe	
v. Droit applicable au génocide par transfert forcé d’enfants du groupe à un autre groupe	
c) Les politiques canadiennes comme éléments de l’ <i>actus reus</i>	
<b>Section 4 : L’INTENTION SPÉCIFIQUE DU CANADA DE DÉTRUIRE LES PEUPLES AUTOCHTONES (MENS REA)</b>	21
a) Qu’est-ce que l’« intention spécifique » pour un État?	
b) Que signifie l’intention de détruire un groupe protégé?	
c) L’intention du Canada de détruire les peuples autochtones	
<b>Section 5: CONCLUSION : LA RESPONSABILITÉ DU CANADA À L’ÉGARD DU GÉNOCIDE ET L’OBLIGATION DE RÉPARATION</b>	29
<b>Bibliographie</b>	37



## 1. INTRODUCTION

Le mandat de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles disparues et assassinées consiste à examiner les causes profondes de toutes les formes de violence perpétrées à l'encontre des femmes et des filles autochtones. L'Enquête nationale a établi que les structures et les politiques coloniales persistent aujourd'hui au Canada et qu'elles constituent l'une des causes profondes de la violence que subissent les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQA autochtones. Le rapport souligne que les vérités qui émanent des milliers d'histoires partagées devant l'Enquête nationale font état d'actes de génocide perpétrés contre les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQA autochtones :

La violence que révèlent les témoignages entendus par l'Enquête nationale équivaut à un génocide des Autochtones fondé sur la race, y compris les Premières Nations, les Inuits et les Métis, qui cible tout particulièrement les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQA. Ce génocide a pu être commis en raison des structures coloniales, comme en témoignent notamment la Loi sur les Indiens, la rafle des années 1960, les pensionnats indiens et les violations des droits de la personne ainsi que des droits des Autochtones. Ces structures ont mené directement à la hausse actuelle des taux de violence, de décès et de suicide que connaissent les populations autochtones.<sup>1</sup>

L'analyse juridique et la discussion contenues dans ce rapport complémentaire appuient cette conclusion.

L'Enquête nationale reconnaît que la détermination formelle de la responsabilité pour génocide doit être déterminée par des organes judiciaires. L'évaluation de la responsabilité individuelle et de celle de l'État exige un ensemble de preuves et doit être réalisée par un tribunal compétent chargé de cette tâche. L'Enquête nationale ne prétend pas démontrer pleinement tous les éléments de la politique génocidaire, car elle n'a pas entendu directement l'ensemble de la preuve. Toutefois, la preuve qu'a obtenue l'Enquête nationale donne de sérieuses raisons de croire que les politiques, les omissions et inactions passées et actuelles du Canada à l'égard des Premières Nations, des Inuits et des Métis équivalent à un génocide, ce qui constitue une violation des obligations internationales du Canada et engage sa responsabilité en vertu du droit international. Bien que ce rapport se limite à une analyse juridique du génocide, nos conclusions appellent à la réalisation d'études plus vastes sur d'autres crimes internationaux, notamment les crimes contre l'humanité.



À la section 2, nous discutons de la définition du « génocide ». Nous présentons les sources de l'interdiction en droit international ainsi que l'étendue de la responsabilité relative à la violation de cette règle, en faisant la distinction entre la responsabilité individuelle et celle de l'État. Nous donnons un bref historique de l'élaboration de cette définition dans le droit conventionnel et de son échec à intégrer les perspectives autochtones et celles fondées sur le genre. Puis, nous expliquons la nature particulière du « génocide colonial », qui diffère de la conception traditionnelle du génocide fondée sur l'exemple de l'Holocauste.

À la section 3, nous examinons les éléments matériels (*actus reus*) du génocide. Nous présentons les critères juridiques applicables à la détermination de la présence d'un groupe protégé (national, ethnique, racial ou religieux) et des cinq comportements génocidaires prohibés. Nous évaluons ensuite si les politiques, les actions et les omissions passées et actuelles du Canada en lien avec les Autochtones peuvent être considérées comme des actes de génocide.

À la section 4, nous regardons la définition et la nature de l'« intention génocidaire » en examinant la façon dont l'« intention spécifique de détruire » peut être évaluée lorsqu'il est question d'un État et non d'un individu. Nous analysons la signification de « destruction » dans la définition de génocide et évaluons ensuite l'existence d'une telle intention spécifique au Canada.

À la section 5, nous expliquons les conséquences de la violation du droit international par le Canada et précisons ses obligations en matière de réparation à l'endroit des Autochtones et particulièrement des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA.



## 2. DÉFINIR LE « GÉNOCIDE »

### a) Le génocide en droit international : définition, sources et responsabilité

L'interdiction du génocide se retrouve à la fois dans les traités internationaux et en droit international coutumier. Elle donne lieu à une responsabilité pénale individuelle et étatique.

La *Convention sur le génocide* définit « génocide » comme suit :

[...] 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<sup>2</sup>.

Les statuts constitutifs des divers tribunaux pénaux internationaux ont repris cette définition<sup>3</sup>.

L'interdiction du génocide, « un terme moderne pour un crime ancien<sup>4</sup> », n'est pas qu'une simple norme conventionnelle (prévue dans les traités). Elle a systématiquement été considérée comme une norme universelle et impérative du droit international coutumier : « [...] il est généralement admis que l'interdiction du génocide n'est pas une règle ordinaire du droit international et en est une de *jus cogens*. En fait, l'interdiction du génocide est depuis longtemps considérée comme l'un des rares exemples indiscutables du *jus cogens*<sup>5</sup>. » Les tribunaux pénaux internationaux ont reconnu les multiples sources de l'interdiction du génocide, à la fois en tant que norme conventionnelle, mais également comme droit international coutumier :

Bien que l'adoption de la Convention [sur le génocide] soit contemporaine de la création du terme « génocide », la Convention est considérée comme *la codification d'une norme de droit international bien établie*, que la jurisprudence allait rapidement élever au rang de norme impérative du droit international général (*jus cogens*)<sup>6</sup>.



Le commentaire accompagnant l'article 26 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* mentionne expressément que le génocide est l'une des normes impératives qui sont « clairement acceptées et reconnues<sup>7</sup> ».

Dans la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* du Canada, le terme « génocide » est défini de la façon suivante :

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<sup>8</sup>. »

La définition canadienne s'appuie en partie sur la définition qui se trouve dans la *Convention sur le génocide* et le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, deux traités internationaux auxquels le Canada est partie. Cependant, la loi nationale précise un élément important à la définition de « génocide » : les omissions – c'est-à-dire le défaut d'agir – peuvent constituer une conduite génocidaire. De plus et surtout, la définition canadienne s'appuie sur le droit international coutumier pour déterminer ce qui constitue un génocide et, comme elle n'énumère pas la liste des cinq actes punissables ni les groupes protégés et qu'elle ne définit pas l'intention de détruire, elle permet une interprétation du crime qui cadre avec l'évolution du droit international coutumier<sup>9</sup>.

La définition se divise en deux éléments juridiques essentiels : le comportement (*actus reus*) et l'intention (*mens rea*). L'*actus reus* se rapporte aux éléments objectifs de la définition et a deux composantes : (1) les comportements prohibés nommés dans la définition (meurtre, atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale, etc.) et (2) l'existence d'un groupe protégé contre qui le comportement est dirigé. La *mens rea* renvoie aux éléments subjectifs de la définition et comprend l'intention générale d'adopter un comportement interdit et l'intention précise de détruire le groupe protégé, en tout ou en partie.

**Dans la *Convention sur le génocide* et en droit international coutumier, le génocide est à la fois un crime entraînant la responsabilité pénale individuelle et un acte illicite entraînant la responsabilité étatique.** La plupart des développements du droit international au cours des dernières décennies ont abordé les crimes internationaux sous l'angle de la responsabilité pénale des individus et non de celle de l'État. Le principe de responsabilité pénale individuelle pour les crimes internationaux est né des procès de Nuremberg et de Tokyo, aux lendemains de



l'Holocauste. L'établissement par le Conseil de sécurité de l'ONU des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR), le développement de tribunaux hybrides internationalisés tels que celui pour la Sierra Leone, ainsi que la création d'une Cour pénale internationale, visaient à lever le voile étatique pour tenir des individus responsables. La criminalisation du génocide et des autres graves violations des droits humains, ainsi que l'établissement de mécanismes de mise en œuvre à l'échelle internationale et nationale, étaient certes nécessaires pour « donner corps à la célèbre maxime du Tribunal militaire international, selon laquelle “les infractions en droit international sont commises par des hommes et non par des entités abstraites, et ce n'est qu'en punissant les auteurs de ces infractions que l'on peut donner effet aux dispositions du droit international<sup>10</sup>” ».

**Toutefois, la responsabilité pénale individuelle des crimes internationaux ne remplace pas la responsabilité étatique. Au contraire, les deux formes de responsabilité sont de nature différente et sont complémentaires, en particulier dans des situations de violence organisée, systémique et coordonnée, souvent inhérente au génocide. L'Enquête nationale, sans exclure la possibilité que des individus puissent être tenus responsables de génocide au Canada, et prenant note des actes et omissions des provinces au sein du Canada, tire des conclusions sur la responsabilité du Canada en tant qu'État pour génocide, en vertu du droit international.**

Il existe peu de précédents en droit international quant à des situations où l'État commet un génocide via une violence structurelle, comme le colonialisme. La responsabilité de l'État en vertu de la *Convention sur le génocide* a historiquement été perçue comme étant limitée à prévenir et punir le génocide. Cependant, en 2007, la Cour internationale de justice (CIJ) a lu dans la *Convention* une obligation des États de *ne pas commettre* de génocide<sup>11</sup>. La CIJ a exploré la question de l'imputabilité des actes de génocide à un État – la Serbie – et a finalement déclaré que « les actes de génocide commis à Srebrenica ne [pouvaient] être attribués au défendeur en tant qu'ils auraient été le fait de ses organes ou de personnes ou entités totalement dépendantes de lui, et que, partant, ces actes n'engagent pas, sur ce fondement, sa responsabilité internationale<sup>12</sup>. » Même si ce jugement constitue un développement juridique important, ce précédent ne trouve qu'une application limitée dans le contexte canadien puisque les actes génocidaires ont été perpétrés par un groupe armé dont le degré de dépendance avec l'État serbe a été considéré insuffisant par la Cour.

Le contexte colonial canadien diffère du génocide de Srebrenica, car dans ce premier cas, les actes de génocide n'ont pas été commis par un groupe lié à l'État, mais plutôt au moyen de la mise en œuvre directe de politiques gouvernementales. **Comme tels, les actes de génocide perpétrés par l'application des politiques établies et maintenues par l'État canadien sont attribuables au**



**Canada en vertu des règles de droit international coutumier.** L'article 4 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* de la Commission du droit international, lequel constitue du droit international coutumier,<sup>13</sup> stipule que « [l]e comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État<sup>14</sup> ». Conformément à cet article, « [u]n organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État<sup>15</sup> ».

L'obligation des États de ne pas commettre de génocide tire son origine du droit international coutumier. Cette règle coutumière a été codifiée en grande partie dans la *Convention sur le génocide*, mais elle en demeure indépendante. Comme nous le verrons, les mêmes éléments matériels (*actus reus*) et mentaux (*mens rea*) composent le crime commis par un individu et le fait internationalement illicite perpétré par un État. Cependant, certaines distinctions fondamentales et inhérentes doivent être effectuées pour établir la responsabilité dans les deux cas.

Dans cette analyse, nous examinerons séparément les actions et les omissions qui sont constitutives de génocide ainsi que l'intention de commettre un génocide, afin de démontrer que les actions et les omissions passées et actuelles du Canada équivalent à un génocide. Ces conclusions prennent appui sur des interprétations existantes du droit international. Cependant, l'Enquête nationale juge important de d'abord situer l'état actuel du droit international pour illustrer ce qu'il a traditionnellement échoué à prendre en compte : les perspectives autochtones et celles fondées sur le genre.

#### **b) L'histoire de la *Convention sur le génocide* et l'exclusion des perspectives autochtones**

Le terme « génocide » a été créé par le juriste polonais Raphael Lemkin à partir du mot grec *genos*, qui signifie « race » ou « tribu », et *cide*, qui découle de la racine latine *cidere*, « tuer »<sup>16</sup>. Selon lui, le concept de génocide présentait un double aspect, l'un négatif et l'autre positif<sup>17</sup>. L'aspect négatif comprend la « destruction du profil national du groupe opprimé », après quoi s'ensuit l'« imposition [positive] du profil national de l'opresseur<sup>18</sup> ». Il a réalisé une importante analyse historique des atrocités perpétrées tout au long de l'histoire et a défini trois types de génocides : physique, biologique et culturel. Selon Lemkin, le génocide physique consiste à anéantir physiquement un groupe. le génocide biologique renvoie à la destruction de la capacité reproductive d'un groupe, et le génocide culturel entraîne la destruction des structures et des pratiques qui permettent à un groupe de vivre en tant que groupe<sup>19</sup>.



Le crime de génocide est devenu un enjeu important lors de la toute première séance de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) en 1946. Le dernier jugement du Tribunal de Nuremberg, rendu le 30 septembre et le 1<sup>er</sup> octobre 1946, a été critiqué pour ne pas punir adéquatement ce que plusieurs appelaient alors un « génocide commis en temps de paix »<sup>20</sup>. Ces critiques ont suscité une forte volonté politique de prévenir de nouvelles atrocités, ce qui a donné lieu à la résolution 96(I) sur le crime de génocide<sup>21</sup>. Suivant le concept élaboré par Lemkin, cette résolution définissait le génocide comme étant « un refus du droit à l'existence des groupes humains entiers, de même que l'homicide est le refus du droit à l'existence à un individu<sup>22</sup> ». L'AGNU a soutenu qu'un « génocide est un crime de droit des gens que le monde civilisé condamne<sup>23</sup> », et a chargé le Conseil économique et social (ECOSOC) « d'entreprendre les études nécessaires en vue de rédiger un projet de Convention sur le crime de génocide<sup>24</sup> ».

L'élaboration de ce qui allait devenir la *Convention sur la prévention et la répression du génocide*, peut être divisée en trois étapes. Premièrement, le Secrétariat de l'ONU, à la demande de l'ECOSOC, conformément à la Résolution 96(I), a produit une première ébauche de la Convention. Deuxièmement, cette ébauche a été modifiée par un comité spécial sous l'autorité de l'ECOSOC. Troisièmement, au cours des six derniers mois de l'année 1948, cette ébauche est devenue le point de départ des négociations lors de la Sixième Commission de l'AGNU. Deux des aspects les plus controversés à travers toutes les étapes de la rédaction concernaient l'inclusion du génocide culturel et le transfert forcé d'enfants, initialement envisagé comme « génocide culturel »<sup>25</sup>. **Dans ce contexte, il est remarquable de constater que tout au long du processus de rédaction et de négociations sur la question du génocide culturel, les perspectives autochtones ont été totalement ignorées et exclues des discussions.**

L'omission de la voix des Autochtones était plus qu'un simple oubli. Les États coloniaux, y compris le Canada, ont réclamé activement l'exclusion du « génocide culturel » de la Convention, sachant qu'ils commettaient, à tout le moins, ce type de génocide au moment même de la rédaction de la Convention. Ces pays ont affirmé que la protection des minorités devait plutôt relever des instruments de droit international des droits humains, et que l'inclusion du génocide culturel empêcherait la ratification universelle de la Convention. Le projet d'article III, qui concernait le génocide culturel, a éventuellement été retiré au cours des négociations de la Sixième Commission de l'Assemblée générale de l'ONU, par 25 voix contre 16 et 4 abstentions.

Malgré l'exclusion du génocide culturel comme type de génocide enchâssé dans la Convention, l'acte de transfert forcé d'enfants a été conservé en vertu de l'article 2(e) de la version finale du traité. Même si Lemkin avait initialement envisagé cet acte comme une forme de génocide culturel,



plusieurs pays participant aux négociations ont considéré que le transfert forcé d'enfants pouvait également être constitutif de génocide physique ou biologique<sup>26</sup>. La présence de l'alinéa (e) au sein de la Convention fait toujours l'objet de longs débats parmi les chercheurs et les juristes. Bien qu'il soit parfois perçu comme une « anomalie » en raison de l'historique de rédaction de la Convention<sup>27</sup>, certains avancent qu'il ouvre la voie à la reconnaissance du génocide culturel au sein de la Convention<sup>28</sup>.

**L'Enquête nationale croit que le débat qui oppose le « génocide culturel » et le génocide « réel » est trompeur, à tout le moins dans le contexte canadien. Évidemment, l'« anomalie » réside dans le fait que les Autochtones doivent composer avec les normes du droit international établies par des « États souverains » qui ont volontairement exclu leurs perspectives pour servir leurs propres intérêts. Quoi qu'il en soit, l'Enquête nationale est d'avis que la définition de « génocide » en droit international, sous sa forme actuelle, englobe les actions ainsi que les omissions passées et actuelles du Canada à l'égard des Autochtones.**

#### **c) Le génocide et l'exclusion traditionnelle des perspectives fondées sur le genre**

Non seulement la définition de « génocide », telle qu'elle figure dans la Convention, n'intègre pas les perspectives autochtones, mais elle n'aborde pas non plus les aspects cruciaux liés au genre au regard du génocide<sup>29</sup>. Une analyse du génocide au moyen d'une approche fondée sur le genre révèle que celui-ci « est étroitement lié à la planification et à la perpétration, par les auteurs, d'actes coordonnés qui forment le continuum de la violence génocidaire<sup>30</sup> ». En particulier, les actes destructeurs fondés sur le genre permettent à leurs auteurs de « maximiser l'effet destructeur du crime sur les groupes protégés<sup>31</sup> ». Malgré la prévalence et le caractère indispensable du genre dans la commission du génocide, les conséquences sexospécifiques du génocide demeurent largement sous-étudiées. Par conséquent, « l'expérience des femmes qui sont grandement touchées par le génocide est souvent réduite au viol et à d'autres actes de violence sexuelle, alors que l'expérience des hommes est communément et à tort limitée aux meurtres<sup>32</sup> ». **En fait, le génocide comprend différents actes létaux et non létaux, notamment des actes qui provoquent une mort lente<sup>33</sup>, et l'ensemble de ces actes ont des répercussions précises sur les femmes et les filles. Cette réalité doit être reconnue pour comprendre le génocide comme étant l'une des causes profondes de la violence contre les femmes et les filles autochtones au Canada.**

Le génocide rwandais et le jugement fondateur rendu dans l'affaire *Akayesu* en 1998 ont eu une incidence majeure sur la reconnaissance de la spécificité du genre liée à ce crime. Ce jugement a affirmé que « les viols et violences sexuelles constituent indubitablement des atteintes graves à l'intégrité physique et mentale des victimes et sont même, selon la Chambre, l'un des pires moyens



d'atteinte à l'intégrité de la victime, puisque cette dernière est doublement attaquée : dans son intégrité physique et dans son intégrité mentale<sup>34</sup> ». Au sujet de l'intention de détruire le groupe, la Chambre a affirmé que « [l]es viols ont eu pour effet d'anéantir physiquement et psychologiquement les femmes tutsies, leur famille et leur communauté. La violence sexuelle faisait partie intégrante du processus de destruction particulièrement dirigé contre les femmes tutsies et ayant contribué de manière explicite à leur anéantissement et à celui du groupe tutsi considéré comme tel<sup>35</sup> ». La Chambre a aussi conclu que « la violence sexuelle était une étape dans le processus de destruction du groupe tutsi, destruction de son moral, de la volonté de vivre de ses membres, et de leurs vies elles-mêmes<sup>36</sup> ».

Ce jugement représente également un important premier pas vers la reconnaissance de l'expérience de génocide propre aux femmes et aux filles, ce qui a ouvert la voie à de plus amples analyses de ce crime fondées sur le genre. **Cibler les victimes en fonction de leur genre détruit les fondements du groupe en tant qu'unité sociale et endommage de façon durable le tissu social du groupe. Un tel ciblage est inhérent à la destruction du groupe.** En conséquence, aux fins de son mandat, l'Enquête nationale souligne que la violence fondée sur le genre n'est pas qu'un simple « aspect dans l'histoire du génocide lui-même, mais elle constitue également un élément essentiel de notre compréhension [...] des vulnérabilités sociétales à long terme<sup>37</sup> ». **Le génocide est l'une des causes profondes de la violence à l'égard des femmes et des filles autochtones, non seulement en raison des actes génocidaires qui ont été et qui sont toujours perpétrés contre elles, mais aussi en raison de l'ensemble des vulnérabilités sociétales qu'il entretient et qui imprègnent tous les aspects de la société canadienne d'aujourd'hui.**

#### **d) La nature particulière du génocide colonial**

Le colonialisme est une forme unique de violence qui ne s'insère pas aisément dans la définition juridique internationale du *crime* de génocide. La façon dont les exigences juridiques ont été développées et appliquées pour établir la responsabilité individuelle, plutôt que la responsabilité de l'État, explique en partie pourquoi la compréhension juridique traditionnelle du génocide a souvent été considérée comme incompatible avec le génocide colonial.

Le modèle de l'Holocauste, sur lequel se fonde la définition, fournit un exemple limité de génocide, car il se caractérise par des tueries intenses et bien circonscrites dans le temps, calculées et coordonnées au sein d'un État-nation et bien planifiées par les dirigeants autoritaires ayant des convictions idéologiques. Bien que le colonialisme englobe plusieurs de ces éléments, une telle conception étroite du génocide ne permet pas d'inclure les expériences diverses vécues par les Autochtones partout au Canada et ailleurs dans le monde, et échoue à donner au génocide son



véritable sens. Nous allons insister sur trois aspects distinctifs du génocide colonial : sa nature, sa portée temporelle et géographique ainsi que son idéologie prônant la destruction.

Alors que les génocides ont fait l'objet d'examins judiciaires se penchant essentiellement sur la destruction physique mise en œuvre par une force létale (p. ex., l'Holocauste ou le génocide rwandais), les politiques coloniales au Canada ont souvent été ancrées dans des mesures létales, comme non létales, qui visaient à assimiler et à faire disparaître les populations autochtones<sup>38</sup>. En tant que produit de l'État-nation canadien naissant, les individus et les groupes autochtones devaient se soumettre aux gouvernements coloniaux dont l'objectif était de « donner aux colons un accès permanent aux territoires et aux ressources des Autochtones<sup>39</sup> ». Les politiques coloniales du Canada se traduisaient assurément par des actes de destruction physique, mais elles visaient également la soumission et l'obéissance des Autochtones par l'intermédiaire de mesures d'intégration et d'assimilation violentes et coercitives<sup>40</sup>. Ces politiques étaient mises en œuvre sporadiquement dans diverses communautés autochtones, avec une intensité variable, et dans plusieurs territoires géographiques et périodes de temps<sup>41</sup>. Comme l'ont écrit les chercheurs Andrew Woolford et Jeff Benvenuto, la prédominance des « formes de destruction axées sur la culture des groupes autochtones qui caractérisent le colonialisme canadien remet en question, dans les sphères publique et universitaire, la compréhension du génocide qui se limite à une tuerie<sup>42</sup> ».

Le génocide colonial est par ailleurs un processus lent. Contrairement aux paradigmes traditionnels du génocide, notamment l'Holocauste, le génocide arménien et le génocide rwandais qui se sont déroulés sur une période de 12 ans<sup>43</sup>, de 8 ans et de 3 ans respectivement, la destruction coloniale des Autochtones **a eu lieu insidieusement au fil des siècles. L'intention de détruire les Autochtones au Canada a été mise en œuvre graduellement et de façon intermittente à l'aide de différentes approches en fonction des diverses communautés autochtones. Ces actions et omissions ont compromis leurs droits à la vie et à la sécurité, ainsi que de nombreux droits économiques, sociaux et culturels. Ces actes non létaux n'en ont pas moins mené à la destruction, et, bien qu'ils ne cadrent pas dans la conception traditionnelle du génocide, ils n'en sont pas moins inclus dans sa définition. Ces politiques ont changé dans le temps et dans l'espace, ont pris différentes formes et sont toujours en cours. Dépourvu de date précise de début ou de fin pour délimiter ces politiques génocidaires, le génocide colonial n'est pas conforme aux notions populaires de génocide qui le conçoivent comme un événement déterminé et quantifiable<sup>44</sup>.**

**L'Enquête nationale est d'avis que le génocide au Canada peut être compris comme un « fait composite », lequel équivaut à « la violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite [...] ».**



Dans un tel cas, « la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale<sup>45</sup>. » Le commentaire relatif au *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État* approfondit cette idée :

Les faits composites [...] sont limités aux violations d'obligations qui concernent un ensemble de comportements et non des faits individuels en tant que tels. En d'autres termes, il s'agit essentiellement d'une « série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite ». À titre d'exemple, on citera notamment les obligations concernant le génocide, l'apartheid ou les crimes contre l'humanité, les actes systématiques de discrimination raciale [...]. Certains des faits illicites les plus graves au regard du droit international sont définis comme tels au vu de leur caractère composite<sup>46</sup>.

**Considérer le génocide au Canada comme un acte illicite perpétré par l'État pendant des décennies et au moyen de nombreuses actions et omissions qui, dans leur ensemble, violent la prohibition internationale du génocide nous permet de comprendre sa véritable nature en évitant toute confusion causée par un « copier-coller » inapproprié de la logique propre à la responsabilité pénale individuelle et aux génocides du type de l'Holocauste.**

Enfin, plusieurs interprétations de la définition juridique internationale du génocide s'accrochent à une position peu critique voulant que le génocide ne puisse être commis qu'au sein de régimes totalitaires et autoritaires. Inhérente à cette perception de la définition est la notion que le génocide a été orchestré par des individus (responsabilité pénale individuelle) défendant une idéologie réactionnaire et dérangée (intention spécifique), sans ingérence de mesures de protection de la démocratie et de l'État de droit<sup>47</sup>. Selon cette perception répandue, qu'on retrouve également dans les études comparatives sur les génocides, des pays comme les États-Unis et le Canada sont ironiquement considérés comme « des puissances rédemptrices sur la scène internationale, que ce soit en tant que catalyseurs de la libéralisation ou cavalerie à la rescousse des victimes des élites génocidaires et de leurs milices du "Tiers Monde"<sup>48</sup> ». Le chercheur et spécialiste des génocides Dirk A. Moses critique cette perception qui « ignore le fondement génocidaire des colonies de peuplement », y compris celles du Canada, et « ignore le sort des Autochtones<sup>49</sup> ».

L'idéologie raciste joue certes un rôle dans le colonialisme, et certains personnages historiques clés ont propagé cette idéologie raciste et se sont positionnés en faveur de la violente destruction physique et culturelle des Autochtones au Canada. Toutefois, réduire le colonialisme à la culpabilité individuelle nie la nature collective de la « conception coloniale<sup>50</sup> » et le fait que « des mécanismes bureaucratiques sont utilisés pour anéantir les cultures<sup>51</sup> » à la fois dans des contextes



démocratiques et totalitaires. Plutôt que d'être marquée par la mise en œuvre d'une politique génocidaire nationale et uniforme, l'histoire canadienne, avec ses aspirations fédéralistes, est imprégnée de diverses politiques d'effacement physique, structurel et juridique<sup>52</sup>, appliquées non seulement par des individus, mais aussi par l'État-nation émergent dans son ensemble.

**La nature insidieuse et graduelle de la disparition des Autochtones ainsi que l'absence de politiques nationales uniformes instituées par un individu totalitaire sont les éléments qui distinguent le génocide colonial de notre compréhension traditionnelle de ce qui constitue un génocide<sup>53</sup>. Malheureusement, ces facteurs distinctifs font en sorte que la conscience canadienne considère que les politiques coloniales du Canada sont certes racistes et mauvaises, mais ne les reconnaît pas comme étant génocidaires, ni en cours.**



### **3. LES ACTIONS ET LES OMISSIONS DU CANADA : UN COMPORTEMENT GÉNOCIDAIRE (*ACTUS REUS*)**

Comme mentionné précédemment, l'*actus reus* se rapporte aux éléments objectifs de la définition et a deux composantes : (a) l'existence d'un groupe protégé, contre qui (b) un comportement interdit, tel qu'énuméré dans la définition (ex. meurtre, atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale), est dirigé.

#### **a) Les groupes protégés**

Un élément fondamental du crime de génocide est que les victimes sont ciblées non pas en raison de leur identité individuelle, mais plutôt de leur appartenance à un groupe protégé<sup>54</sup>. La *Convention sur le génocide* identifie quatre groupes protégés : national, ethnique, racial et religieux. La Chambre de première instance du TPIR a précisé la signification objective de cette nomenclature : « le groupe national qualifie un ensemble de personnes considérées comme partageant un lien juridique basé sur une citoyenneté commune, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs<sup>55</sup>. » Le groupe ethnique qualifie « un groupe dont les membres partagent une langue ou une culture commune<sup>56</sup> ». Le concept de groupe racial est critiqué aujourd'hui, car la notion de « race » est souvent jugée « dépassée ou même fautive<sup>57</sup> » ; sa définition est « fondée sur les traits physiques héréditaires, souvent identifiés à une région géographique, indépendamment des facteurs linguistiques, culturels, nationaux ou religieux<sup>58</sup> ». Enfin, le « groupe religieux est un groupe dont les membres partagent la même religion, confession ou pratique de culte<sup>59</sup> ».

Une définition négative du groupe (i.e. qui définit le groupe comme englobant les individus n'appartenant pas au même groupe que l'auteur de la violence) est insuffisante; le groupe doit être identifié au moyen de caractéristiques positives. Cependant, une « approche strictement positive est susceptible de mener à la conclusion que seules les personnes qui correspondent précisément à l'une des catégories nommées dans la Convention sur le génocide peuvent être victimes d'un crime de génocide, tel qu'on le conçoit en droit international<sup>60</sup> ». Pour prévenir la négation pratique de l'applicabilité du génocide à plusieurs contextes, le concept de groupe protégé a été interprété de façon très large par la jurisprudence internationale. Dans le jugement relatif à l'affaire *Akayesu* en 1998, la jurisprudence du TPIR a démontré que même si les Tutsis ne correspondaient pas à la définition du groupe ethnique à première vue, ils constituaient bien un groupe protégé, car les colonisateurs belges les avaient différenciés des Hutus, notamment par l'établissement d'un système de cartes d'identité fondé sur cette distinction<sup>61</sup>. Cette distinction fut confirmée par l'autoperception des membres de chacun de ces deux groupes et par l'autoperpétuation de cette



identité distincte<sup>62</sup>. Ainsi, ces personnes répondent à la définition des groupes protégés, car ils sont dotés de caractéristiques stables et permanentes, plutôt que temporaires<sup>63</sup>.

À la suite du jugement rendu dans l'affaire *Akayesu*, la jurisprudence internationale a développé une conception subjective des groupes protégés, qui tient compte de la perception des auteurs des crimes et de celle des victimes. Dans l'affaire *Nchamihigo*, la Chambre de première instance du TPIR est allée jusqu'à affirmer qu'il suffisait « que la victime soit perçue par l'auteur du crime comme appartenant au groupe national, ethnique, racial ou religieux dont il visait l'anéantissement total ou partiel. Il n'est pas nécessaire que la victime appartienne réellement au groupe<sup>64</sup> ». Le fait que la victime considère qu'elle appartient au groupe peut aussi être pertinent dans certains cas<sup>65</sup>.

L'Enquête nationale souligne qu'une interprétation large de la notion de groupe protégé correspond à l'objet et aux buts de la *Convention sur le génocide*, ne s'écarte pas de son texte et n'a pas été contestée par les États<sup>66</sup>. Par conséquent, elle souscrit au point de vue mis de l'avant par la Commission internationale d'enquête sur le Darfour, qui considère qu'on peut « affirmer sans risque que cette interprétation extensive est désormais consacrée par le droit international coutumier<sup>67</sup> ».

Dans le contexte canadien, les Autochtones ne forment évidemment pas un groupe homogène. La Constitution canadienne reconnaît légalement trois catégories autochtones : les Inuits, les Métis et les Premières Nations. Toutefois, ces trois groupes recèlent une diversité incroyable. Sans entrer dans les détails des données statistiques, nous allons nous limiter à cet exemple : en 2016, plus de 70 langues autochtones, comprenant en une douzaine de familles linguistiques et témoignant de l'existence d'un nombre considérable de cultures au Canada<sup>68</sup>.

**Si nous devons examiner la relation du Canada avec chacun de ces groupes individuellement, ou dans le but d'intenter une poursuite pénale individuelle, nous pourrions conclure que des centaines des génocides ont été commis. Cependant, aux fins de la présente analyse sur la responsabilité du Canada en tant qu'État à l'égard du génocide colonial, l'Enquête nationale utilise le terme « Autochtones » de façon collective.**

**Au-delà de la question de savoir si les peuples autochtones constituent un groupe national, ethnique et/ou racial au sens de la définition discutée ci-haut, ce qui importe est que la conduite et les politiques du gouvernement canadien ont globalement visé les peuples autochtones comme un seul groupe et les ont considérés comme tels. Le génocide canadien a fait une « mosaïque de victimes »<sup>69</sup>, comme d'autres génocides reconnus l'ont fait<sup>70</sup>, et la diversité**



au sein des peuples autochtones au Canada ne doit pas être utilisée pour nier l'existence du génocide qui a été perpétré contre eux.

Les Autochtones peuvent possiblement entrer dans les trois catégories de groupes protégés mentionnés précédemment. Ils ont servi de cible en raison de leurs cultures, de leurs spiritualités et de leurs langues distinctes, ainsi que de leur occupation des territoires ancestraux. Ainsi, nous pouvons les considérer comme un groupe protégé aux fins de cette analyse.

#### **b) Les comportements génocidaires – les cinq actes/omissions prohibés**

Le fait de concevoir le génocide comme un crime commis principalement par l'entremise de tueries structurées minimise la complexité de la violence génocidaire et réduit la portée de sa véritable définition, qui comprend à la fois les méthodes de destruction mortelles et non mortelles. Nous (i) présenterons brièvement les grands principes juridiques établis par rapport aux comportements prohibés envisagés dans la définition du génocide, avant de nous (ii) tourner vers certains des témoignages entendus au cours des audiences de l'Enquête nationale. Ceux-ci, conjointement avec les conclusions des enquêtes et recherches précédentes, fournissent de nombreux éléments de preuve à l'effet que tous les actes énumérés ont été commis, même si, techniquement, il n'est nécessaire que d'en prouver un seul.

**Il convient de noter que dans le contexte du génocide colonial, où les politiques de l'État qui sont en place depuis des décennies se trouvent au cœur de l'établissement de la responsabilité de l'État quant au génocide, les preuves relatives à l'*actus reus* et à l'inférence de la *mens rea* tendent à se confondre. Par conséquent, la prochaine section portant sur l'intention spécifique de commettre un génocide comprend du contenu qui relève également de la composante relative à l'*actus reus*.**

En outre, l'Enquête nationale insiste sur le fait que son analyse ne doit pas être perçue comme un exercice permettant de documenter de façon exhaustive l'ensemble des comportements adoptés dans le cadre du génocide commis envers les peuples autochtones au Canada. **Elle met en lumière les comportements les plus fréquents qui ont été dévoilés lors de ses audiences et de ses entrevues, et elle examine ces comportements selon une conception du génocide qui est basée sur le genre et à la lumière des répercussions particulières de ce crime sur les femmes et les filles. Cette conception reconnaît que le génocide peut être perpétré par des actes létaux comme non létaux.** L'Enquête nationale déplore qu'en droit international « les progrès [...] ont été freinés alors que l'idée de considérer le “génocide comme un massacre” continue de s'imposer, tant dans les salles d'audience que dans les coulisses du pouvoir<sup>71</sup> ». Toutefois, la preuve



accumulée grâce aux puissants témoignages des survivantes qui se sont présentées devant l'Enquête nationale s'inscrit dans une prise de conscience globale de l'urgente nécessité de tenir pleinement compte des incidences genrées des cinq actes constitutifs de génocide.

### **i. Droit applicable au génocide par meurtre**

La conduite sous-jacente consistant à commettre le « meurtre de membres du groupe<sup>72</sup> » a été interprétée au sens large par les tribunaux pénaux internationaux : le terme anglais « *killing* » inclut toutes les formes d'homicide et doit donc être interprété dans un sens plus large que le terme « meurtre<sup>73</sup> ». Autrement dit, le terme « *killing* » est interchangeable avec l'expression « causé la mort de<sup>74</sup> ». La préméditation n'est pas requise pour que l'*actus reus* de génocide ait lieu<sup>75</sup>. Comme mentionné dans le rapport sur le genre et le génocide du Global Justice Center :

Le fait de tuer, souvent principalement des hommes et des adolescents, est l'acte de génocide privilégié. Par conséquent, les examens entourant la perpétration et le risque de génocide sont largement et inutilement axés sur le nombre de personnes tuées. Le génocide par meurtre est en fait une activité hautement fondée sur le sexe, où les hommes et les garçons sont ciblés pour des raisons différentes et tués de manière différente que les femmes et les filles<sup>76</sup>.

### **ii. Droit applicable au génocide par atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale**

L'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale comprend un large éventail d'actes de génocide non mortels. La jurisprudence l'a définie comme « un acte ou une omission intentionnel causant de grandes souffrances physiques ou mentales<sup>77</sup> ». Ce concept englobe, *inter alia*, « les actes de torture, que cette dernière soit physique ou mentale, les traitements inhumains ou dégradants, [...] la persécution<sup>78</sup> ». Il faut noter que « l'atteinte grave n'est pas nécessairement permanente et irréversible, mais qu'elle implique une souffrance allant au-delà du chagrin, de la gêne ou de l'humiliation passagère. Elle doit hypothéquer gravement et durablement la capacité de la victime à mener une vie normale et fructueuse<sup>79</sup> ».

Nous avons précédemment mentionné l'inclusion novatrice par le TPIR des violences sexuelles comme élément constitutif du génocide. Cette interprétation a par la suite été adoptée et inscrite en tant que préjudice physique ou mental grave, de concert avec la torture, dans les Éléments des crimes qui sont complémentaires au Statut de Rome<sup>80</sup>. Cette liste n'est pas exhaustive et comprend une variété d'autres comportements qui s'inscrivent dans cette définition, par exemple, l'expulsion



et le transfert forcé<sup>81</sup>. Au bout du compte, la gravité des souffrances doit s'apprécier au cas par cas, eu égard aux circonstances de l'espèce<sup>82</sup>.

### **iii. Droit applicable au génocide par soumission à des conditions d'existence devant entraîner une destruction physique**

La soumission à des conditions d'existence devant entraîner une destruction physique a été interprétée à de nombreuses occasions par les Chambres de premières instances du TPIY et du TPIR. Dans le jugement *Tolimir*, la Chambre de première instance et la Chambre d'appel du TPIY ont résumé la jurisprudence pertinente en affirmant que les actes fondamentaux suivants :

[...] constituent des méthodes de destruction qui ne tuent pas immédiatement les membres du groupe, mais qui, au bout du compte, cherchent à les détruire physiquement. Parmi les exemples de tels actes [...], on peut citer, *inter alia*, le fait de soumettre le groupe à un régime alimentaire de subsistance, le fait de ne pas fournir de soins médicaux adéquats, le fait d'expulser systématiquement les membres du groupe de leur domicile et, de manière générale, le fait de créer des conditions qui entraîneraient une morte lente, comme le manque nourriture, d'eau, de logement, de vêtements ou de moyens sanitaires appropriés ou de soumettre les membres du groupe à un travail ou à des efforts physiques excessifs<sup>83</sup>.

Les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale (CPI) fournissent une définition semblable : « L'expression "conditions d'existence" peut recouvrir, mais sans s'y limiter nécessairement, la privation délibérée des moyens indispensables à la survie, tels que nourriture ou services médicaux, ou expulsion systématique des logements<sup>84</sup>. » L'affaire *Al-Bashir* devant la CPI représente une application factuelle importante de cette définition. Dans son jugement, la Chambre préliminaire a affirmé que :

[...] les actes de contamination des puits et des pompes à eau et le transfert forcé de centaines de milliers de civils appartenant principalement aux groupes des Four, des Masalit et des Zaghawa, ainsi que la réinstallation de membres d'autres tribus alliées au gouvernement du Soudan dans les villages et sur les terres qu'ils ont quittés [...] ont été commis dans le but de promouvoir la politique sur le génocide, et que les conditions de vie imposées aux groupes des Four, des Masalit et des Zaghawa ont été prévues pour entraîner la destruction physique d'une partie de ces groupes ethniques<sup>85</sup>.



#### **iv. Droit applicable au génocide par imposition de mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe**

L'une des premières clarifications quant à la signification de l'expression « imposition de mesures » se retrouve dans l'affaire *Eichmann*, où la Cour a déclaré que cette expression pouvait être interprétée comme « la mise en œuvre effective des mesures, au moins au point de donner des ordres pour leur exécution<sup>86</sup> ». Cependant, l'expression « visant à » « suggère que la simple tendance subjective à prévenir les naissances suffit<sup>87</sup> ».

Les mesures prohibées en vertu de cet article ont été interprétées par des tribunaux *ad hoc* comme étant à la fois physiques et mentales. Les mesures physiques comprennent « la mutilation sexuelle, la pratique de la stérilisation, l'utilisation forcée de moyens contraceptifs, la séparation des sexes et l'interdiction des mariages<sup>88</sup> », alors que les mesures psychologiques peuvent comprendre, par exemple, les actes traumatisants à la suite desquels les victimes refusent de procréer. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance explique que, « [à] titre d'exemple, le viol peut être une mesure visant à entraver les naissances lorsque la personne violée refuse subséquemment de procréer, de même que les membres d'un groupe peuvent être amenés par menaces ou traumatismes infligés à ne plus procréer<sup>89</sup> ».

#### **v. Droit applicable au génocide par transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe**

Il existe peu de jurisprudence concernant l'acte sous-jacent de transfert forcé d'enfants. Selon les Éléments des crimes de la CPI, cet acte prohibé requiert que « [l]'auteur a transféré de force une ou plusieurs personnes » appartenant à un groupe national, ethnique, racial ou religieux en particulier à un autre groupe<sup>90</sup>. Les Éléments des crimes exigent en outre que la personne transférée soit âgée de moins de 18 ans, et que l'auteur le savait (ou aurait dû le savoir)<sup>91</sup>.

Dans le jugement *Akayesu*, la Chambre de première instance du TPIR a adopté une interprétation plutôt large de l'*actus reus* de transfert forcé d'enfants, affirmant « qu'il ne s'agit pas seulement de sanctionner un acte direct de transfert forcé physiquement, mais aussi de sanctionner les actes de menaces ou traumatismes infligés qui aboutiraient à forcer le transfert d'enfants d'un groupe à un autre<sup>92</sup> ». Cette approche a été codifiée dans les Éléments des crimes de la CPI, qui spécifient que le terme « de force » comprend « un acte commis en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un climat coercitif<sup>93</sup> ».



### c) Les politiques canadiennes comme éléments de l'*actus reus*

La nature unique du génocide colonial perpétré par un État par la mise en place et le maintien de politiques sur de longues périodes suppose un modèle de « domination et de déshumanisation<sup>94</sup> » qui permet la réalisation d'une multitude d'actes génocidaires. L'Enquête nationale n'a pas l'intention d'élaborer sur l'ensemble des éléments de l'*actus reus* du génocide ayant eu lieu au Canada durant les années d'application des politiques sanctionnées par l'État. L'Enquête nationale n'est pas un tribunal ni une cour de justice et n'a pas pu entendre directement l'ensemble considérable de preuves que cette détermination nécessiterait. Toutefois, les milliers de témoignages entendus par l'Enquête nationale durant son mandat sont imprégnés d'actes de génocide.

Les histoires de violence contre les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQIA prennent racine dans les événements du passé et font référence aux conséquences durables et générationnelles de ces événements. Les témoignages des survivantes suggèrent que les structures et les politiques coloniales, « comme en témoignent la *Loi sur les Indiens*, la rafle des années 60, les pensionnats indiens, les atteintes aux droits de la personne et aux droits des Autochtones, [...] [ont entraîné] une augmentation directe de l'incidence de la violence, des décès et du suicide chez leurs populations<sup>95</sup> ».

En particulier, les vérités entendues par l'Enquête nationale ont fait la lumière sur « l'incapacité [du Canada] à protéger [les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQIA autochtones] de l'exploitation, de la traite et de meurtriers reconnus; le décès de femmes en détention; la crise de la protection de l'enfance; les mauvais traitements physiques, sexuels et psychologiques infligés aux femmes et aux filles autochtones dans les institutions publiques; le refus d'octroyer le statut d'Indienne et l'appartenance aux Premières Nations; le retrait des enfants; les réinstallations forcées et leurs conséquences; le sous-financement chronique et délibéré de services sociaux essentiels; les stérilisations forcées; et bien d'autres<sup>96</sup> ». L'Enquête nationale considère que ces actes, en plus de nombreux autres et de ceux mentionnés ci-après dans la section portant sur le *mens rea*, se qualifient en tant qu'éléments de l'*actus reus* du génocide comme défini précédemment.

Elle mentionne en outre que ses conclusions sont cohérentes avec celles des précédentes commissions mises en place par l'État canadien, comme l'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones de 1991, la Commission royale sur les peuples autochtones de 1996, la Commission de mise en œuvre des recommandations sur la justice autochtone de 2001



et la Commission de vérité et réconciliation de 2015. Dans le cadre de leurs mandats respectifs, ces commissions ont mis en lumière les formes de violence passées et actuelles perpétrées par l'État canadien contre les peuples autochtones ainsi que les répercussions durables des politiques et structures coloniales maintenues jusqu'à aujourd'hui. L'absence de mise en œuvre de plusieurs, voire de la plupart, de leurs recommandations prouve encore davantage que le Canada continue de violer son obligation internationale de ne pas commettre de génocide. **Ces comportements prohibés, qui correspondent à au moins un des actes interdits visés par la définition du génocide, conjugués à l'intention spécifique de détruire dont il sera question dans la prochaine section, amènent l'Enquête nationale à conclure qu'il y a de sérieuses raisons de croire que le Canada est responsable d'un génocide commis contre les peuples autochtones.**



#### **4. L'INTENTION SPÉCIFIQUE DU CANADA DE DÉTRUIRE LES PEUPLES AUTOCHTONES (MENS REA)**

##### **a) Qu'est-ce que l'« intention spécifique » pour un État?**

L'intention génocidaire a historiquement été interprétée du point de vue de la responsabilité pénale individuelle. La détermination de la *mens rea* d'un État a fait l'objet de peu de jurisprudence. L'intention (ou *mens rea*) inhérente au crime de génocide, en ce qui concerne la responsabilité pénale individuelle, consiste en deux éléments distincts : une intention générale de commettre les actes sous-jacents et une intention spécifique de détruire un groupe en tout ou en partie<sup>97</sup>.

En ce qui a trait à la responsabilité de l'État pour le fait internationalement illicite de génocide, l'Enquête nationale considère que l'attribution d'une intention à un État de la même manière qu'elle pourrait être attribuée à une personne physique, tient en quelque sorte de la fiction<sup>98</sup>. Comme le fait valoir William Schabas, les États « n'ont pas d'intention spécifique. Les individus ont des intentions spécifiques. Les États ont des politiques. L'expression "intention spécifique" est utilisée pour faire référence au processus d'enquête, mais son véritable objet est la politique de l'État<sup>99</sup> ». Autrement dit, les politiques étatiques incarnent la *mens rea* de l'État. Ce qui explique pourquoi, selon Schabas, « lorsqu'on leur demande si des "actes de génocide ont été commis", des organes comme la Commission d'enquête sur le Darfour et la CIJ ne cherchent pas des individus marginaux; ils regardent plutôt du côté des politiques<sup>100</sup> ».

Cette interprétation de l'intention de l'État comme étant fondée sur des politiques est soutenue par des recherches universitaires supplémentaires. Comme Paola Gaeta l'explique :

Toutefois, pour que la responsabilité internationale de l'État soit engagée, il ne serait pas nécessaire de démontrer que l'État en tant que tel – ou au moins l'un de ses représentants – avait une intention génocidaire au sens où on l'entend en matière de justice pénale. Il s'agit d'une exigence qui ne concerne que la responsabilité pénale des individus. En l'absence de preuve directe de l'existence d'une politique de génocide, il suffirait de prouver qu'en raison de la forme que tend à prendre généralement la violence exercée, l'objectif ultime de la politique de l'État ne peut viser autre chose que la destruction comme telle du groupe ciblé<sup>101</sup>.

En revanche, la nécessité de prouver l'existence d'une politique génocidaire pour établir la responsabilité pénale individuelle a fait l'objet de débats. Sans entrer dans les détails de cette question complexe, la Chambre d'appel du TPIY, dans l'arrêt *Jelisić*, a établi que « l'existence



d'un plan ou d'une politique ne constitue pas un facteur juridique du crime », mais elle a reconnu que « dans le contexte de la preuve d'une intention spécifique, l'existence d'un plan ou d'une politique peut devenir un facteur important dans la plupart des cas<sup>102</sup> ». D'aucuns soutiennent qu'une politique sous-tend toujours la commission d'un génocide et qu'il s'agit soit d'une exigence formelle, soit, à tout le moins, d'un élément implicite mais nécessaire du crime<sup>103</sup>.

Les Éléments des crimes de la CPI ont également ajouté une composante contextuelle à la définition du génocide, exigeant que « [l]e comportement [s'inscrive] dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe, ou [puisse] en lui-même produire une telle destruction ». Dans l'affaire *Al-Bashir*, la Chambre préliminaire de la CPI a semblé interpréter le premier volet de cette exigence comme signifiant qu'une politique génocidaire devait nécessairement sous-tendre à la fois les actes génocidaires individuels et l'intention génocidaire<sup>104</sup>.

**Peu importe ce débat sur la responsabilité pénale individuelle, l'Enquête nationale est d'avis que l'intention spécifique de l'État de détruire un groupe protégé ne peut être prouvée que par l'existence d'une politique de génocide ou d'une ligne de conduite manifeste. Cela est particulièrement inévitable dans un contexte de génocide colonial où, comme mentionné précédemment, le fait internationalement illicite est plus lent, plus insidieux, structurel et systémique, et il s'étend souvent à plusieurs administrations et dirigeants politiques.**

La preuve nécessaire pour établir la *mens rea* d'un génocide est nécessairement complexe. En 2007, dans l'affaire *Serbie*, où il était question de la preuve de l'intention de l'État, la CIJ a affirmé ce qui suit :

Le *dolus specialis*, l'intention spécifique de détruire le groupe en tout ou en partie, doit être établi en référence à des circonstances précises, à moins que l'existence d'un plan général tendant à cette fin puisse être démontrée de manière convaincante; pour qu'une ligne de conduite puisse être admise en tant que preuve d'une telle intention, elle devrait être telle qu'elle ne puisse qu'en dénoter l'existence<sup>105</sup>.

De plus, la jurisprudence établie par des tribunaux *ad hoc* a précisé que l'intention spécifique peut :

[...] en l'absence de preuves explicites et directes, être déduite en raison d'un certain nombre de faits et de circonstances, comme le contexte général, la perpétration d'autres actes coupables systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le ciblage systématique des victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier ou la répétition des actes destructifs et discriminatoires<sup>106</sup>.



## b) Que signifie l'intention de détruire un groupe protégé?

L'Enquête nationale reconnaît que la portée exacte de l'intention de détruire un groupe protégé, en tout ou en partie, est controversée<sup>107</sup>. La conception traditionnelle de l'intention génocidaire, limitée à la destruction physique ou biologique d'un groupe, découle des travaux préparatoires de la Convention. Comme mentionné précédemment<sup>108</sup>, les États ont voté en faveur de l'exclusion de l'article 3 du projet de Convention, qui aurait codifié le génocide culturel. En conséquence, les tribunaux pénaux internationaux ont souvent invoqué les travaux préparatoires de la Convention pour appuyer l'opinion selon laquelle la définition devrait être interprétée de façon restrictive.

Toutefois, cette approche est de plus en plus critiquée. D'abord, elle n'est pas compatible avec les principes d'interprétation généraux établis dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Si les travaux préparatoires et les négociations entourant l'élaboration de la Convention datant de 1948 sont pertinents pour cerner la nature du concept de génocide, ils n'ont qu'une valeur juridique limitée : les travaux préparatoires ne sont pas considérés comme une source de droit international<sup>109</sup>. En tant que tels, ces textes ne peuvent être utilisés que comme moyens complémentaires d'interprétation, soit pour confirmer les interprétations faites conformément au sens ordinaire des termes du traité, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité, soit si une telle interprétation laisse le sens ambigu ou conduit à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable<sup>110</sup>. **Comme nous le démontrerons dans l'analyse qui suit, le fait d'interpréter l'intention génocidaire comme étant limitée à la destruction physique et biologique ne correspond pas au sens ordinaire du mot « détruire » dans son contexte (c'est-à-dire compte tenu des actes interdits) et à la lumière de l'objet et du but de la Convention. De plus, une interprétation restrictive du terme « détruire » mène à des résultats absurdes, particulièrement en ce qui concerne le transfert forcé d'enfants, mais aussi d'autres actes non létaux compris dans la Convention, qui peuvent difficilement être conciliés avec une destruction physique ou biologique<sup>111</sup>.**

Cette approche inclusive dans l'interprétation du terme « détruire » est exemplifiée par une tendance adoptée par les tribunaux nationaux allemands et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui ont conclu que l'intention génocidaire peut être interprétée comme incluant la destruction d'un groupe en tant qu'*unité sociale*. À la suite du génocide bosniaque, le procureur général fédéral allemand a ouvert des enquêtes relativement à environ 131 cas de génocide, dont plusieurs ont mené à des poursuites<sup>112</sup>. Dans l'affaire *Jorgić* de 1997, la Cour supérieure régionale à Düsseldorf a soutenu que « [l']intention de détruire un groupe, prise littéralement comme faisant partie des éléments du crime de génocide, comprend plus qu'une simple destruction physique-biologique<sup>113</sup> » et englobe également « la destruction du groupe en tant qu'unité sociale dans son



caractère distinctif, sa particularité et son sentiment d'appartenance commune<sup>114</sup> ». Cette interprétation était basée sur le sens littéral du génocide tel que prévu dans le droit national allemand, la *Convention sur le génocide* et les statuts des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. La Cour régionale a en outre conclu qu'à la lumière de la jurisprudence divergente du TPIY et du TPIR, « une compréhension du génocide allant au-delà de la destruction biologique-physique du groupe protégé était possible<sup>115</sup> ». Ces conclusions ont par la suite été confirmées en appel par la Cour fédérale et la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne<sup>116</sup>.

Malgré cette tendance émergente, la Chambre de première instance du TPIY, dans le jugement *Krstić*, a expressément rejeté le point de vue des tribunaux nationaux allemands. La Chambre de première instance a affirmé « qu'en dépit des développements récents, le droit international coutumier limite la définition du génocide aux actes visant à la destruction physique ou biologique de tout ou partie du groupe<sup>117</sup> ». Cette décision a été maintenue en appel, mais l'un des juges de la Chambre d'appel, le juge Shahabuddeen, a déposé une opinion en partie dissidente, dans laquelle il conclut que « l'intention de détruire le groupe en tant que tel peut être établie par la preuve de l'existence d'une volonté de le détruire, en tout ou en partie, autrement que physiquement à moins que la destruction physique du groupe ne soit exigée par le Statut<sup>118</sup> ».

Un an plus tard, en 2005, dans le jugement *Blagojević*, la Chambre de première instance du TPIY a accordé la préférence à cette opinion dissidente, gardant à l'esprit le précédent dans l'affaire *Jorgić* et le jugement *Akayesu* rendu par le TPIR, et a maintenu que :

Un groupe est défini non seulement par ses membres, mais aussi par son histoire, ses coutumes, par le lien unissant ses membres et celui qu'ils entretiennent avec leur terre et avec d'autres groupes. La Chambre de première instance considère que la destruction physique ou biologique d'un groupe est la conséquence probable de son transfert forcé lorsque celui-ci s'effectue de telle façon que le groupe ne peut se reconstituer<sup>119</sup>.

En d'autres termes, dans l'affaire *Blagojević*, la Chambre de première instance « a trouvé une intention de détruire physiquement le groupe par des actes visant à nuire à sa structure socioculturelle<sup>120</sup> », et a condamné Blagojević pour le crime de génocide<sup>121</sup>.

Dans l'affaire *Krajišnik* en 2006, la Chambre de première instance du TPIY a suivi le raisonnement du juge Shahabuddeen et a déterminé que le mot « détruire » « ne s'entend pas exclusivement de la destruction physique ou biologique des membres du groupe puisque celui-ci (ou une partie de celui-ci) peut être détruit par d'autres moyens, par exemple par la séparation des enfants du groupe



(ou d'une partie du groupe) ou par la rupture des liens qui unissent ses membres<sup>122</sup> ». Dans une importante note de bas de page, la Chambre de première instance du TPIY a souligné :

La destruction du groupe ne peut s'entendre uniquement de sa destruction physique ou biologique. Ses membres sont bien entendu des êtres physiques ou biologiques, mais les liens qui les unissent, de même que leur culture et leurs croyances par exemple, ne sont ni physiques ni biologiques. Par conséquent, on ne saurait raisonnablement ramener « l'intention de détruire » le groupe visé dans la Convention sur le génocide à l'intention de le détruire physiquement ou biologiquement, comme on a pu parfois le faire.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a éventuellement entendu l'affaire *Jorgić* et a maintenu les jugements des tribunaux allemands<sup>123</sup>. La CEDH a confirmé que le fait d'interpréter l'intention génocidaire en y incluant la destruction d'un groupe en tant qu'unité sociale était « conforme à l'essence » du crime de génocide<sup>124</sup>. La Cour a expliqué que :

[l]'on ne connaît pas de cas où les [tribunaux nationaux des États parties à la *Convention sur le génocide*] auraient défini le type de destruction d'un groupe que l'auteur doit avoir eu l'intention de commettre pour être jugé coupable de génocide et auraient ainsi répondu à la question de savoir si la notion d'"intention de détruire" ne recouvre que la destruction physique ou biologique ou si elle s'étend également à la destruction d'un groupe en tant qu'unité sociale<sup>125</sup>.

Le CEDH a confirmé que l'interprétation relativement large des tribunaux allemands quant à l'« intention de détruire un groupe en tant que tel » était « conforme au libellé de la disposition du code pénal définissant le crime de génocide lue dans son contexte et [n'était] pas déraisonnable<sup>126</sup>. »

**Après avoir examiné avec attention les divergences d'opinion et analysé de façon rigoureuse la définition actuelle du génocide en droit international, l'Enquête nationale est d'avis que l'intention spécifique de détruire comprend non seulement la destruction physique ou biologique, mais également, au minimum, la destruction d'un groupe en tant qu'unité sociale.** En plus des arguments tirés de la jurisprudence citée précédemment, l'Enquête nationale note, en particulier, que l'expression « en tant que tel » peut être interprétée comme faisant référence au groupe en tant qu'unité sociale<sup>127</sup>. Comme l'indique William Schabas « les termes employés dans la Convention peuvent certainement soutenir une telle interprétation [...]. Ils pourraient également, sans aucun doute, englober la destruction des communautés autochtones par une combinaison de violence, d'éradication de la vie économique et d'assimilation<sup>128</sup>. De plus,



l'acte de transfert forcé d'enfants ne s'inscrit pas dans une conception étroite se limitant à la destruction physique-biologique, pas plus que les autres actes interdits non mortels qui relèvent de cette définition.

À la suite de l'affaire *Krstić* entendue par le TPIY, certains chercheurs ont suggéré que la destruction biologique « devait alors être interprétée de façon à inclure le transfert forcé d'enfants<sup>129</sup> ». Toutefois, l'Enquête nationale croit que le génocide biologique – c'est-à-dire la destruction de la capacité d'un groupe à se reproduire – est incohérent avec la nature inhérente du transfert forcé d'enfants<sup>130</sup>. L'interdiction du transfert forcé d'enfants ne peut logiquement être interprétée qu'en relation avec l'objectif spécifique de détruire un groupe en tant qu'unité sociale<sup>131</sup>. Compte tenu de l'évolution récente dans le domaine juridique par rapport à cet élément du génocide, certains chercheurs croient qu'« il est probable que dans l'avenir, les tribunaux ou cours de justice accepteront cette perspective quant à l'intention de détruire s'ils estiment qu'elle est requise pour leur permettre de rendre justice<sup>132</sup> ».

L'Enquête nationale souscrit sans réserve au raisonnement juridique qui sous-tend l'idée que l'intention génocidaire comprend la destruction d'un groupe en tant qu'unité sociale, en plus de la destruction physique et biologique.

### c) **L'intention du Canada de détruire les peuples autochtones**

**L'histoire coloniale du Canada fournit de nombreuses preuves de l'existence d'une politique de génocide, une « série manifeste de comportements analogues » qui reflète une intention de détruire les peuples autochtones.** L'État canadien a été fondé sur des politiques coloniales génocidaires étroitement liées à la relation contemporaine que le Canada entretient avec les peuples autochtones. Les politiques canadiennes modernes perpétuent ces héritages coloniaux et ont donné lieu à des schémas clairs de violence et marginalisation des Autochtones et particulièrement des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA. Ces politiques sont documentées en détail dans *Réclamer notre pouvoir et notre place : Rapport final de la Commission d'enquête sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, Volume 1a, et incluent des pratiques telles que la sur-appréhension des enfants, l'insuffisance des politiques de protection, la stérilisation forcée et les impacts continus de *la Loi sur les Indiens*, ainsi que le maintien du *statu quo*.

**Ayant établi le caractère composite du fait internationalement illicite perpétré par le Canada pendant des décennies, en violation de la prohibition du génocide en droit international, l'Enquête nationale conclut également que le Canada, en tant qu'État, a fait preuve de la**



***mens rea* inhérente au crime de génocide. Le Canada a adopté une politique continue, dont les motivations ont pu varier, mais dont l'intention sous-jacente est demeurée la même, visant à détruire les peuples autochtones physiquement, biologiquement et en tant qu'unités sociales, témoignant ainsi de l'intention spécifique requise.**

Les politiques coloniales au Canada avaient pour objectif l'oblitération des différentes nations autochtones qui occupaient le territoire à ce moment, et ont posé une menace réelle à l'existence des communautés autochtones. À titre d'exemples tirés de faits documentés, soulignons que, tout au long des années 1700, les troupes coloniales ont participé à une « guerre biologique<sup>133</sup> » en distribuant des couvertures infectées par le virus de la variole dans les communautés autochtones « ce qui a eu pour effet de réduire la population de certaines d'entre elles de près de 50 %<sup>134</sup> ». Dans les années 1750, des primes pour les « scalps d'Indiens » étaient offertes en Nouvelle-Écosse, par proclamation officielle, pour encourager et récompenser le meurtre des Autochtones de cette province, c'est-à-dire les Mi'kmaq<sup>135</sup>. Plusieurs autres nations autochtones ont été persécutées et leurs membres assassinés, y compris les Beothuk, qui auraient été complètement éliminés dès la fin des années 1820<sup>136</sup>.

En plus des meurtres prémédités des peuples autochtones, il existait des politiques coloniales flagrantes qui ont causé d'importants préjudices physiques et psychologiques aux peuples autochtones et qui ont délibérément imposé aux communautés autochtones des conditions de vie visant leur destruction physique. Dans les années 1870, les troupes coloniales « ont refusé de fournir des vivres afin d'effectuer un nettoyage ethnique dans la vaste région allant de Regina à la frontière de l'Alberta au fur et mesure que le chemin de fer du Canadien Pacifique se développait<sup>137</sup> ». Dans les années 1880, les pensionnats indiens sanctionnés par le gouvernement ont été créés, et les enfants autochtones ont été retirés de force de leurs familles. Ils y ont été battus, torturés, violés, agressés, privés de nourriture, mis en isolation cellulaire; des maladies leur ont délibérément été transmises et des traitements médicaux ont été imposés. Au début des années 1900, dans les pensionnats indiens, les médecins gouvernementaux ont soumis les enfants autochtones à des expériences médicales inhumaines, notamment en mettant intentionnellement des enfants en santé en contact avec enfants infectés par la tuberculose, ce qui « a mené à des taux de mortalité variant de 30 % à 60 % chez les enfants forcés de fréquenter ces écoles<sup>138</sup> ».

Ces politiques historiques sont épouvantables dans la mesure où elles détruisent systématiquement les communautés autochtones, mais il est encore plus épouvantable de constater que plusieurs d'entre elles se poursuivent aujourd'hui sous une forme différente. Les conclusions de l'Enquête nationale font état des politiques contemporaines qui découlent clairement de l'époque coloniale et qui constituent une série manifeste de comportements analogues de l'État canadien actuel envers



les communautés autochtones. Ces comportements comprennent l'adoption de mesures proactives visant à détruire, à assimiler et à éliminer les peuples autochtones<sup>139</sup>, et incluent la négligence du gouvernement canadien d'assurer la sécurité, l'égalité et l'accès aux services essentiels, ce qui a eu des conséquences directes et potentiellement mortelles sur les communautés autochtones, en particulier sur les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQIA.



## **5. CONCLUSION : LA RESPONSABILITÉ DU CANADA À L'ÉGARD DU GÉNOCIDE ET L'OBLIGATION DE RÉPARATION**

Les milliers d'histoires de violence entendues dans le cadre de l'Enquête nationale durant les trois années intenses de son mandat ont permis de lever le voile sur l'existence d'un génocide commis par l'État canadien envers les peuples autochtones. Ce génocide a été rendu possible grâce aux structures et politiques coloniales qui ont été maintenues au fil des siècles jusqu'à ce jour et qui constituent une cause profonde de la violence actuelle à l'égard des femmes, des filles et des personnes 2ELGBTQQIA autochtones.

**Du point de vue juridique, ce génocide consiste un fait internationalement illicite composite qui implique la responsabilité de l'État canadien en vertu du droit international. Le Canada a manqué à ses obligations internationales par l'entremise d'une série d'actions et d'omissions prises dans leur ensemble, et ce manquement se poursuivra tant et aussi longtemps que des actes de génocide se produisent et que des politiques visant à la destruction sont maintenues.** En droit international, le Canada a le devoir de réparer les préjudices qu'il a causés et d'offrir aux peuples autochtones restitution, indemnisation et satisfaction. **Mais d'abord et avant tout, cette violation de l'une des plus importantes règles du droit international implique une obligation de cessation : le Canada doit mettre un terme à aux persistantes manifestations de violence et à l'oppression des peuples autochtones.**

Jusqu'à présent, l'échec du Canada à prêter l'oreille aux perspectives des Autochtones et à enrayer les violations flagrantes de leurs droits de la personne les plus fondamentaux, en particulier celles en lien avec la violence exercée envers les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQIA autochtones, a été remarquable. Le soi-disant champion du multiculturalisme et des droits fondamentaux a échoué lamentablement et volontairement à agir en réponse aux nombreuses recommandations qui ont été faites au fil du temps par une panoplie de différents acteurs, y compris les commissions qu'il a lui-même établies. Toutefois, écouter ce que ces voix ont à dire est bien plus qu'une simple démonstration de bonne volonté : il s'agit d'une obligation légale. Mettre fin à ce génocide et offrir les réparations requises nécessite de mettre pleinement en œuvre les Appels à la justice de cette Enquête nationale, et ce, sans attendre. Le Canada doit adopter une approche de décolonisation pour « résister aux influences du colonialisme et les renverser<sup>140</sup> » tout en reconnaissant et en éliminant les structures coloniales favorisant le racisme, l'oppression et les autres formes de violence envers les femmes et les filles.

Le Canada doit s'assurer que « toutes les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQQIA autochtones puissent avoir accès librement, de façon sécuritaire, permanente et concrète à leurs



cultures et à leurs langues afin de rétablir et de revitaliser leur culture et leur identité et se la réapproprier<sup>141</sup> ». Il doit faire en sorte que les droits à la santé et au bien-être, à la sécurité, à la justice, à la culture et à l'égalité des Autochtones soient reconnus, maintenus et respectés sur une base équitable.

Mettre fin au génocide canadien nécessite la mise en place d'un processus honnête et dynamique de décolonisation et d'autochtonisation des structures, des institutions, des lois et des politiques canadiennes. La mise en œuvre rapide et complète des Appels à la justice de l'Enquête nationale est essentielle pour enrayer la violence envers les femmes, les filles et les personnes 2ELGBTQIA autochtones. Ces mesures de réparation sont également requises par le droit international et découlent directement de la responsabilité du Canada dans la perpétration de ce génocide.

Il est temps de regarder la réalité en face: les politiques, actions et inactions coloniales passées et actuelles du Canada à l'égard des peuples autochtones constituent un génocide, lequel, conformément au droit liant le Canada, exige l'imputabilité. L'Enquête nationale espère que son analyse juridique et ses conclusions contribueront à la discussion nécessaire sur le génocide au Canada et suscitera de nouvelles recherches sur cette caractérisation de la violence coloniale, qui constitue une cause fondamentale de la violence subie par les femmes, les filles, et les personnes 2ELGBTQIA autochtones.



<sup>1</sup> Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, volume 1a, p. 54.

<sup>2</sup> *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 UNTS 277 (entrée en vigueur 12 janvier 1951), art II [*Convention sur le génocide*].

<sup>3</sup> Voir e.g. *Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie*, Rés CSNU 827 (1993), UNSCOR, 3217e sess, Doc NU S/RES/827 (1993), art 4 [Statut du TPIY], *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda* Res CSNU 955 (1994), UNSCOR, 3453e sess, Doc NU S/RES/955 (1994), art 2 [Statut du TPIR]; *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 UNTS 38544 (entrée en vigueur 1 juillet 2002), art 6 [Statut de Rome].

<sup>4</sup> Louis Rene Beres, “Justice and realpolitik: International law and the prevention of genocide” (1988) 33 Am J Intl Law 123 aux p 123–124 (notre traduction).

<sup>5</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Opinion individuelle du juge Lauterpacht, [1993] ICJ Rep 407 au para 100. Voir aussi *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)*, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, [2006] ICJ Rep 6 au para 64.

<sup>6</sup> *Procureur c Radislav Krstić*, IT-98-33-T, Jugement (2 Août 2001) au para 541 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance) [Krstić, première instance] (emphase ajoutée). Voir aussi e.g. *Procureur c Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, 95-1-T, Jugement et sentence (21 Mai 1999) au para 88 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance) [Kayishema, première instance].

<sup>7</sup> “Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session” (UN Doc A/56/10) in *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol 2, part 2 (New York: UN, 2001) à la p 85 [Articles et commentaires de la CDI] (notre traduction).

<sup>8</sup> *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, SC 2000, c 24, arts 4(3) et 6(3). Italiques ajoutés.

<sup>9</sup> Voir Fannie Lafontaine, *Prosecuting Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes in Canadian Courts* (Toronto: Carswell, 2012) aux p 160ss.

<sup>10</sup> Paola Gaeta, “On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?” (2007) 18:4 Eur J Intl Law 631 à la p 633 (notre traduction).

<sup>11</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, [2007] ICJ Rep 43 au para 166 [Serbie 2007]. Voir aussi Gaeta, *supra* note 10 aux p 632–633.

<sup>12</sup> *Ibid* au para 395. La Cour a jugé que les Serbes de Bosnie 1) n'étaient pas des “organes étatiques” du gouvernement serbe, 2) n'étaient pas sous la « direction et le contrôle » de l'État serbe et 3) n'avaient pas reçu d'aide ou assistance de la Serbie.

<sup>13</sup> *Serbie 2007*, *supra* note 11 au para 398.

<sup>14</sup> Articles et commentaires de la CDI, *supra* note 7, art 4 (notre traduction).

<sup>15</sup> *Ibid*, art 4(2).

<sup>16</sup> Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (New York: Columbia University Press, 1944) à la p 79 [Lemkin, *Axis Rule*].

<sup>17</sup> Leora Bilsky et Rachel Klagsbrun, “The Return of Cultural Genocide?” (2018) 29:2 Eur J Intl Law 373 at 378. Voir aussi *ibid*.

<sup>18</sup> Lemkin, *Axis Rule*, *supra* note 16 (notre traduction).

<sup>19</sup> Raphael Lemkin, “Genocide as a Crime under International Law” (sans date) Am Jew Hist S, Manuscript Collection P-154, Raphael Lemkin Collection, boîte 6, dossier 2 à la p 2.



<sup>20</sup> Voir e.g. Henry T King Jr, “Origins of the Genocide Convention” (2008) 40 Case W Res J Intl L 13 à la p 13 (notre traduction).

<sup>21</sup> Cette résolution a été présentée comme “nécessaire pour remédier à une lacune du procès de Nuremberg, qui avait laissé impunis les actes commis avant la guerre”: voir William A Schabas, “Origins of the Genocide Convention: From Nuremberg to Paris” (2008) 40 Case W Res J Intl L 35. Voir aussi *The Crime of Genocide*, GA Res 96 (I), UNGAOR, 1<sup>st</sup> sess, 55e séance plénière, UN Doc A/RES/260 (1946) aux p 188–189 [Résolution 96(I)].

<sup>22</sup> Resolution 96(I). Il est intéressant de rappeler que cette Résolution affirmait également qu’un refus « bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l’humanité, qui se trouve ainsi privée des apports **culturels** et autres de ces groupes [...] » (Emphase ajoutée.)

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Robert van Krieken, “Rethinking Cultural Genocide: Aboriginal Child Removal and Settler-Colonial State Formation” (2004) 75:2 Oceania 125 à la p 135.

<sup>26</sup> Sixième comité de l’AGNU, 3e session, 82e séance, UN Doc A/C.6SR.82 (1948).

<sup>27</sup> William A Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2nd ed (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) à la p 294 [Schabas, *Genocide*].

<sup>28</sup> Voir e.g. *ibid* à la p 294 (l’alinéa (e) « consacre ce qui est en réalité une forme de génocide culturel »); Claus Kreß, “The Crime of Genocide under International Law” (2006) 6:4 Int Crim L Rev 461 at 484 (« Cet acte prohibé est situé à la frontière avec ce qui est appelé génocide culturel »).

<sup>29</sup> Le préambule anglophone de la *Convention* exprime le but de “liberate mankind from [the] odious scourge of genocide” (emphase ajoutée).

<sup>30</sup> Global Justice Center, “Beyond Killing: Gender, Genocide, & Obligations Under International Law” (2018) à la p 2, en ligne (pdf): *Global Justice Center* <<http://www.globaljusticecenter.net/files/Gender-and-Genocide-Whitepaper-FINAL.pdf>> (notre traduction).

<sup>31</sup> *Ibid* (notre traduction).

<sup>32</sup> *Ibid* à la p 9 (notre traduction).

<sup>33</sup> *I.e.*, des actes qui ne “causent pas immédiatement la mort des membres du groupe”: voir Kayishema, ICTR-95-1-T, au para 116.

<sup>34</sup> *Procureur c Jean-Paul Akayesu*, 96-4-T, Jugement (22 Septembre 1998) au para 731 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance) [*Akayesu, première instance*]. Référence omise.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid* au para 732.

<sup>37</sup> Elisa von Joeden-Forger, “Gender and the Future of Genocide Studies and Prevention” (2012) 7:1 Genocide Studies and Prevention aux p 92-93 (notre traduction).

<sup>38</sup> Pam Palmater, “Genocide, Indian Policy, and Legislated Elimination of Indians in Canada” (2014) 3:3 Aboriginal Policy Studies 27 at 28, citant Dean Neu & Richard Therrien, *Accounting for Genocide: Canada’s Bureaucratic Assault on Aboriginal People* (Blackpoint, NS: Fernwood Publishing, 2003) à la p 8.

<sup>39</sup> Palmater, *supra* note 38 à la p 30 (notre traduction). Voir aussi Dirk A Moses, “Toward a Theory of Critical Genocide Studies” (18 Avril 2008), en ligne : *Online Encyclopedia of Mass Violence* <<https://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/en/document/toward-theory-critical-genocide-studies>> [Moses, “Critical Studies”].

<sup>40</sup> Palmater, *supra* note 38 à la p 31, citant Brian Titley, *A Narrow Vision: Duncan Campbell Scott and the Administration of Indian Affairs in Canada* (Vancouver: UBC Press, 1986) à la p 34.

<sup>41</sup> Andrew Woolford & Jeff Benvenuto, “Canada and colonial genocide” (2015) 17:4 J Genocide Res 373 à la p 374.

<sup>42</sup> *Ibid* à la p 375 (notre traduction).



- <sup>43</sup> Adara Goldberg, “Canada and the Holocaust” (6 Mai 2016), en ligne : *The Canadian Encyclopedia* <[www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/holocaust](http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/holocaust)>.
- <sup>44</sup> Woolford et Benvenuto, *supra* note 41 à la p 375.
- <sup>45</sup> Articles et commentaires de la CDI, art 15 (notre traduction).
- <sup>46</sup> Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, partie 2, à la p 62 (notre traduction).
- <sup>47</sup> Moses, “Critical Studies”, *supra* note 39.
- <sup>48</sup> *Ibid* (notre traduction).
- <sup>49</sup> *Ibid* (notre traduction).
- <sup>50</sup> Palmater, *supra* note 38 à la p 32 (notre traduction).
- <sup>51</sup> Palmater, *supra* note 38 à la p 34 (notre traduction).
- <sup>52</sup> *Ibid*.
- <sup>53</sup> Woolford et Benvenuto, *supra* note 41 à la p 375.
- <sup>54</sup> Voir la Résolution 96(I), *supra* note 22; la victime du crime de génocide est le group lui-même. Voir aussi *Procureur c Goran Jelisić*, IT-95–10-T, Jugement (14 Décembre 1999) au para 79 (Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie, Chambre de première instance) [*Jelisić Trial Jugement*]; Agnieszka Szpak, “National, Ethnic, Racial, and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals” (2012) 23:1 Eur J Intl Law 155 aux p 158–159.
- <sup>55</sup> *Akayesu*, première instance *supra* note 34 au para 512.
- <sup>56</sup> *Ibid* au para 513.
- <sup>57</sup> “Rapport de la Commission d’enquête internationale sur le Darfour au Secrétaire Général des Nations Unies” (Geneva: UN, 2005), au para 494 [Rapport Darfour].
- <sup>58</sup> *Akayesu*, première instance *supra* note 34 au para 514.
- <sup>59</sup> *Ibid* au para 515.
- <sup>60</sup> Szpak, *supra* note 54 à la p 159 (notre traduction).
- <sup>61</sup> *Akayesu*, première instance, *supra* note 34 au para 702.
- <sup>62</sup> *Ibid*.
- <sup>63</sup> Voir e.g. *Akayesu*, première instance, *supra* note 34 au para 516; Rapport Darfour, *supra* note 57 au para 501.
- <sup>64</sup> Szpak, *supra* note 54 à la p 162. Voir aussi *Procureur c Siméon Nchamihigo*, 01-63-T, Jugement et sentence (12 Novembre 2008) aux paras 329–338 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance).
- <sup>65</sup> *Procureur c Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, 96-3-T, Jugement et sentence (6 Décembre 1999) au para 56 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance) [*Rutaganta, première instance*]; *Procureur c Ignace Bagilishema*, 95-1A-T, Jugement (7 June 2001) au para 65 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance) [*Bagilishema, première instance*].
- <sup>66</sup> Rapport Darfour, *supra* note 57 au para 501,
- <sup>67</sup> *Ibid*. Voir aussi Szpak, *supra* note 54 à la p 161, 168; Johan D van der Vyver, “Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide” (1999) 23:2 Fordham Intl L J 286 à la p 306.
- <sup>68</sup> Statistics Canada, “The Aboriginal languages of First Nations people, Métis and Inuit: Census of Population, 2016” (2017) à la p 1, en ligne (pdf) : *Statistics Canada* <[www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/98-200-x/2016022/98-200-x2016022-eng.pdf](http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/98-200-x/2016022/98-200-x2016022-eng.pdf)>. Voir aussi e.g. The Royal Canadian Geographical Society in partnership with Canada’s National Indigenous Organizations, *Indigenous Peoples Atlas of Canada*, 4 vols (Ottawa: Canadian Geographic, 2018).
- <sup>69</sup> Voir Michael Berenbaum, éd, *A Mosaic of Victims: Non-Jews Persecuted and Murdered by the Nazis* (New York: New York University Press, 1990). Voir aussi Tamara Starblanket, *Suffer the Little Children: Genocide, Indigenous Nations and the Canadian State* (Gardena, CA: SCB Distributors, 2018) à la p 35 (notre traduction).



- <sup>70</sup> Par exemple, l'Holocauste ne visait pas uniquement la destruction des Juifs: les Nazis visaient aussi celle des Polonais et d'autres peuples slaves, ainsi que des homosexuels, etc. Voir Starblanket, *supra* note 69 à la p 35.
- <sup>71</sup> Global Justice Center, *supra* note 30 à la p 11 (notre traduction).
- <sup>72</sup> *Convention sur le génocide*, *supra* note 2, art 2 (a).
- <sup>73</sup> *Akayesu Trial Jugement* *supra* note 33 au para 500.
- <sup>74</sup> Cour pénale internationale, *Éléments des crimes*, ICC-ASP/1/3 at 108, UN Doc PCNICC/2000/1/Add.2 (2000), n 2 [Éléments des crimes].
- <sup>75</sup> *Procureur c Laurent Semanza*, 95-20-T, Jugement et sentence (15 mai 2003) au para 319 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance) [*Semanza*, première instance].
- <sup>76</sup> Global Justice Center, *supra* note 30 à la p 12 (notre traduction).
- <sup>77</sup> *Krstić*, première instance, *supra* note 6 au para 513.
- <sup>78</sup> *Akayesu*, première instance *supra* note 34 au para 504.
- <sup>79</sup> *Krstić*, première instance, *supra* note 6 au para 513. Voir aussi *Akayesu*, première instance *supra* note 34 au para 502 : l'atteinte n'a pas besoin d'être "permanente et irrémédiable." Mais voir *Semanza*, première instance, *supra* note 75 au para 321: l'« atteinte grave à l'intégrité mentale doit recouvrir une atteinte plus grave qu'une atteinte mineure ou temporaire aux facultés mentales de la victime ». Voir aussi *Kayishema*, première instance, *supra* note 6 au para 108; *Rutaganta*, première instance, *supra* note 65 au para 51; *Procureur c Alfred Musema*, 96-13-T, Jugement et sentence (27 janvier 2000) au para 156 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance) [*Musema*, première instance]; *Bagilishema*, première instance, *supra* note 65 au para 59.
- <sup>80</sup> Éléments des crimes, *supra* note 74, n 3.
- <sup>81</sup> *Procureur c Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Jugement (24 Mars 2016) au para 545 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance); *Procureur c Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2-A, Jugement (8 Avril 2015) au para 202 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) [*Tolimir*, appel]; *Krstić*, première instance, *supra* note 6 au para 513; *Kayishema*, première instance, *supra* note 6 à la p 113.
- <sup>82</sup> *Krstić*, première instance, *supra* note 6 au para 513.
- <sup>83</sup> *Tolimir*, appel, *supra* note 81 au para 225. Voir aussi e.g. *Akayesu*, première instance, *supra* note 34 aux paras 505–506; *Kayishema*, première instance, *supra* note 6 aux paras 115–116; *Rutaganta*, première instance, *supra* note 65 au para 52; *Musema*, première instance, *supra* note 79 au para 157; *Krstić*, appel, au para 25.
- <sup>84</sup> Éléments des crimes, *supra* note 74, n 4.
- <sup>85</sup> *Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-94, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest (12 Juillet 2010) aux paras 32–40, (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire).
- <sup>86</sup> *Attorney General of Israel v Adolf Eichmann*, (1961) Dist Court Jerusalem 40/61, 36 ILR 277 (Israël) au para 199 (notre traduction).
- <sup>87</sup> Claus Kieß, "The Crime of Genocide under International Law" (2006) 6:4 Int Crim L Rev 461 à la p 483 (notre traduction).
- <sup>88</sup> *Akayesu*, première instance *supra* note 34 aux paras 507–508. Voir aussi *Kayishema*, première instance, *supra* note 6 au para 117; *Rutaganda*, première instance, *supra* note 65 au para 53; *Musema*, première instance, *supra* note 79 au para 158.
- <sup>89</sup> *Akayesu*, première instance, *supra* note 34 au para 508.
- <sup>90</sup> Éléments des crimes, *supra* note 74, art 6 (e).
- <sup>91</sup> *Ibid.*
- <sup>92</sup> *Akayesu*, première instance, *supra* note 34 au para 509. Cette approche a été suivie par la jurisprudence subséquente. Voir *Kayishema*, première instance, *supra* note 6 au para 118; *Rutaganda*, première instance, *supra* note 65 au para 54; *Musema*, première instance, *supra* note 79 au para 159.
- <sup>93</sup> Éléments des crimes, *supra* note 74, n 5.
- <sup>94</sup> Starblanket, *supra* note 69 à la p 66 (notre traduction).



<sup>95</sup> Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*, volume 1a, p. 54.

<sup>96</sup> *Ibid*, p. 53.

<sup>97</sup> Kai Ambos, "What does 'intent to destroy' in genocide mean?" (2009) 91:876 *Int Rev Red Cross* 833 à la p 834.

<sup>98</sup> William A Schabas, "State Policy as an Element of International Crimes" (2008) 98:3 *J Crim Law Criminol* 953 à la p 971 [Schabas, "State Policy"].

<sup>99</sup> *Ibid* à la p 970 (notre traduction).

<sup>100</sup> *Ibid* (notre traduction).

<sup>101</sup> Gaeta, *supra* note 10 à la p 643 (notre traduction).

<sup>102</sup> *Procureur c Goran Jelisić*, IT-95-10-A, Jugement (5 Juillet 2001) au para 48 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) [Jelisić Appeals Jugement].

<sup>103</sup> Voir Antonio Cassese, "Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide?" in Paola Gaeta, éd, *The UN Genocide Convention: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2009) à la p 128.

<sup>104</sup> *Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 Mars 2009) aux paras 149-152 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire).

<sup>105</sup> *Serbia 2007*, *supra* note 11 au para 373. La CIJ a adopté la même position et a explicitement cité cet extrait dans *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Jugement du 3 février 2015, [2015] ICJ Rep 3 au para 417.

<sup>106</sup> *Jelisić*, appel, *supra* note 102 au para. 47, cité dans Rapport Darfour, *supra* note 56 au para 502.

<sup>107</sup> Kreß, *supra* note 28 à la p 481; William A Schabas, *Genocide in international law* (2009) à la p 271.

<sup>108</sup> Voir la section 2-b), ci-haut.

<sup>109</sup> *Statut de la Cour internationale de justice*, 18 avril 1946, 33 UNTS 993, art 38.

<sup>110</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 UNTS 331 (entrée en vigueur 27 janvier 1980), arts 31-32.

<sup>111</sup> Schabas, *Genocide*, *supra* note 37 à la p 294; Elisa Novic, "Physical-biological or socio-cultural 'destruction' in genocide? Unravelling the legal underpinnings of conflicting interpretations" (2015) 17:1 *J Genocide Res* 63 à la p 70.

<sup>112</sup> Ruth Rissing-van Saan, "The German Federal Supreme Court and the Prosecution of International Crimes Committed in the Former Yugoslavia" (2005) 3 *J Int Crim Just* 381 à la p 382.

<sup>113</sup> *Ibid* à la p 398 (notre traduction).

<sup>114</sup> Karolina Wierczynska, "Evolution of the Notion of Genocide in the Context of the Jurisdiction of the National Courts" (2006) 28 *Polish YB Intl L* 83 à la p 90 (notre traduction).

<sup>115</sup> Rissing-van Saan, *supra* note 112 à la p 398 (notre traduction).

<sup>116</sup> La Cour constitutionnelle fédérale a jugé que "the statutory definition of genocide defends a *supra*-individual object of legal protection, i.e. the social existence of the group [...]. [T]he intent to destroy the group [...] extends beyond physical and biological extermination [...]. The text of the law does not therefore compel the interpretation that the culprit's intent must be to exterminate physically at least a substantial number of the members of the group." 2 BvR 1290/99, 12 décembre 2000, para (III)(4)(a)(aa); cité dans *Krstić*, première instance, *supra* note 6 au para 579. Voir aussi Schabas, *Genocide*, *supra* note 37 à la p 272.

<sup>117</sup> *Krstić* première instance, *supra* note 6 au para 580.

<sup>118</sup> *Procureur c Radislav Krstić*, IT-98-33-A, Jugement (19 Avril 2004) aux paras 48, 55 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel). Voir aussi Kreß, *supra* note 28 au para 488.

<sup>119</sup> *Procureur c Vidoje Blagojević & Dragan Jokić*, IT-02-60-A, Jugement (17 janvier 2005) au para 666 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) [*Blagojević*, appel].

<sup>120</sup> Novic, *supra* note 112 à la p 68.



<sup>121</sup> *Blagojević*, appel, *supra* note 120 au para 122. Sa condamnation a été renversée en appel en raison d’une différente question de droit, la Chambre d’appel ayant considéré que sa connaissance des meurtres de masse, soit un élément essentiel dans cette affaire, n’avait pas été prouvée.

<sup>122</sup> *Procureur c Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-T, Jugement (27 Septembre 2006) au para 854 (Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

<sup>123</sup> *Jorgić v Germany*, No 74613/01, [2007] III ECHR 263, 47 EHRR 6.

<sup>124</sup> *Ibid* au para 103.

<sup>125</sup> *Ibid* au para 46

<sup>126</sup> *Ibid* au para 105.

<sup>127</sup> Kreß, *supra* note 28 à la p 487.

<sup>128</sup> Schabas, *Genocide*, *supra* note 37 à la p 271: “[I]es termes de la Convention peuvent certainement supporter une telle interprétation [...]” (notre traduction).

<sup>129</sup> Kreß, *supra* note 28 à la p 487 (notre traduction).

<sup>130</sup> Novic, *supra* note 112 à la p 70.

<sup>131</sup> *Ibid* à la p 77: “a ‘broader’ understanding of the mens rea would [...] certainly attribute to [...] some coherence [to the legal definition of genocide], if only to clarify the status of subparagraph (e).”

<sup>132</sup> Alberto Costi, “The 60th Anniversary of the Genocide Convention” (2008) 39 VUWLR 831 à la p 845 (notre traduction).

<sup>133</sup> Jordan Gill, “‘Extirpate this execrable race’: The dark history of Jeffery Amherst” (29 Avril 2017), en ligne : CBC News <[www.cbc.ca/news/canada/prince-edward-island/jeffery-amherst-history-complex-1.4089019](http://www.cbc.ca/news/canada/prince-edward-island/jeffery-amherst-history-complex-1.4089019)> (notre traduction).

<sup>134</sup> Palmater, *supra* note 39 à la p 32, citant American Medical Association, “Smallpox as a Biological Weapon: Medical and Public Health Management” (1999) 281 JAMQ 2127 à la p 2128 (notre traduction).

<sup>135</sup> Palmater, *supra* note 38 à la p 32. Cette proclamation n’a jamais été abrogée et est demeurée en vigueur jusqu’en 2018. Voir Alexander Quon, “Mi’kmaq elder calls for revocation of scalping proclamation” (2 Février 2018), en ligne : Global News <<https://globalnews.ca/news/4003961/mikmaq-elder-scalping-proclamation/>>.

<sup>136</sup> Palmater, *supra* note 38 à la p 32.

<sup>137</sup> James Dashuk, “When Canada Used Hunger to Clear the West” (19 Juillet 2013), en ligne : *The Globe and Mail* <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/when-canada-used-hunger-to-clear-the-west/article13316877/>> (notre traduction).

<sup>138</sup> Palmater, *supra* note 38 aux p 32–33 (notre traduction).

<sup>139</sup> *Ibid* à la p 32.

<sup>140</sup> Commission d’enquête sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, « Rapport intérimaire : Nos femmes et nos filles sont sacrées » (2017) à la p 22, en ligne : < (2017) at 22, online (pdf): ENFFADA <<http://www.mmiwg-ffada.ca/files/ni-mmiwg-interimreport-en.pdf>> (notre traduction).

<sup>141</sup> Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final de l’Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, volume 1b*, à la p 202.



## **6. BIBLIOGRAPHIE**

### **INSTRUMENTS JURIDIQUES**

- **Documents internationaux**

*Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*, 59 Stat 1031, 1055, 33 UNTS 993 (1945).

*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 9 December 1948, 78 UNTS 277 (entered into force 12 January 1951).

*Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, 2187 UNTS 38544 (entered into force 1 July 2002).

*Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, UNSC Res 955 (1994), UNSCOR, 3453th Sess, UN Doc S/RES/955 (1994).

*Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, UNSC Res CS 827 (1993), UNSCOR, 3217th Sess, UN Doc S/RES/827 (1993).

*Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, 1155 UNTS 331 (entered into force 27 January 1980).

- **Législation canadienne**

*Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, SC 2000, c 24.

### **JURISPRUDENCE**

- **Cour international de justice**

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, Order of 13 September 1993, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, [1993] ICJ Rep 407.



*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, [2007] ICJ Rep 43.

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia, Preliminary Objections)*, [1996] ICJ Rep 595.

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia)*, Judgement of 3 February 2015, [2015] ICJ Rep 3.

*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, [2006] ICJ Rep 6.

- **Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie**

*Prosecutor v Goran Jelisić*, IT-95-10-T, Judgment (14 December 1999) (Trial Chamber).

*Prosecutor v Goran Jelisić*, IT-95-10-A, Judgment (5 July 2001) (Appeals Chamber).

*Prosecutor v Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-T, Judgment (27 September 2006) (Trial Chamber).

*Prosecutor v Radislav Krstić*, IT-98-33-T, Judgment (2 August 2001) (Trial Chamber).

*Prosecutor v Radislav Krstić*, IT-98-33-A, Judgment (19 April 2004) (Appeals Chamber).

*Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Judgment (24 March 2016) (Trial Chamber).

*Prosecutor v Vidoje Blagojević & Dragan Jokić*, IT-02-60-A, Judgment (17 January 2005) (Appeals Chamber).

*Prosecutor v Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2-A, Judgment (8 April 2015) (Appeals Chamber).

- **Tribunal pénal international pour le Rwanda**

*Prosecutor v Alfred Musema*, 96-13-T, Judgment and Sentence (27 January 2000) (Trial Chamber).

*Prosecutor v Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, 95-1-T, Judgment and Sentence (21 May 1999) (Trial Chamber).

*Prosecutor v Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, 96-3-T, Judgment and Sentence (6 December 1999) (Trial Chamber).



*Prosecutor v Ignace Bagilishema*, 95-1A-T, Judgement (7 June 2001) (Trial Chamber).

*Prosecutor v Jean-Paul Akayesu*, 96-4-T, Judgement (22 September 1998) (Trial Chamber).

*Prosecutor v Laurent Semanza*, 95-20-T, Judgment and sentence (15 May 2003) (Trial Chamber).

*Prosecutor v Siméon Nchamihigo*, 01-63-T, Judgement and Sentence (12 November 2008) (Trial Chamber).

- **Cour pénale internationale**

*Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 March 2009) (Pre-Trial Chamber).

*Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-94, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest (12 July 2010) (Pre-Trial Chamber).

- **Autres juridictions**

*Attorney General of Israel v Adolf Eichmann*, (1961) Dist Court Jerusalem 40/61, 36 ILR 277 (Israel).

*Jorgić v Germany*, No 74613/01, [2007] III ECHR 263, 47 EHRR 6.

### **Sources secondaires**

- **Livres et monographies**

Abtahi, Hiram & Philippa Webb, *The Genocide Convention – The Travaux Préparatoires*, 2 vols. (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008).

Berenbaum, Michael, ed, *A Mosaic of Victims: Non-Jews Persecuted and Murdered by the Nazis* (New York: New York University Press, 1990).

Crawford, James, Alain Pellet & Simon Olleson, eds. *The Law of International Responsibility* (New York: Oxford University Press, 2010).

Daschuk, James, *Clearing the Plains: Disease, Politics of Starvation, and the Loss of Aboriginal Life* (Regina, SK: University of Regina Press, 2013).



Gaeta, Paola, ed, *The UN Genocide Convention: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

Jones, Adam, *Gendercide and Genocide* (Nashville, TN: Vanderbilt University Press, 2004).

Jørgensen, Nina H B, *The Responsibility of States for International Crimes* (Oxford: Oxford University Press), 2000.

Lafontaine, Fannie, *Prosecuting Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes in Canadian Courts* (Toronto: Carswell, 2012).

Lemkin, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (New York: Columbia University Press, 1944).

Llewellyn, Jennifer J, Mike DeGagné & Glen Lowry, eds, *Reconciliation & Canada's Indian Residential Schools in Context: Legal Perspectives, Government Documents & Related Texts* (Ottawa: Aboriginal Healing Foundation, 2015).

Moses, A Dirk, ed, *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History* (New York: Berghahn Books, 2010).

Neu, Dean & Richard Therrien, *Accounting for Genocide: Canada's Bureaucratic Assault on Aboriginal People* (Blackpoint, NS: Fernwood Publishing, 2003).

Novic, Elisa, *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

The Royal Canadian Geographical Society in partnership with Canada's National Indigenous Organizations, *Indigenous Peoples Atlas of Canada*, 4 vols (Ottawa: Canadian Geographic, 2018).

Schabas, William A, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2nd ed (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

Starblanket, Tamara, *Suffer the Little Children: Genocide, Indigenous Nations and the Canadian State* (Gardena, CA: SCB Distributors, 2018).

Stote, Karen, *An Act of Genocide: Colonialism and the Sterilization of Aboriginal Women* (Black Point, NS; Winnipeg, MB: Fernwood, 2015).



Titley, Brian, *A Narrow Vision: Duncan Campbell Scott and the Administration of Indian Affairs in Canada* (Vancouver: UBC Press, 1986).

- **Chapitres de livres**

Cassese, Antonio, “Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide?” in Paola Gaeta, ed, *The UN Genocide Convention: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2009) 128–38.

Cunneen, Chris, “State crime, the Colonial Question and Indigenous Peoples” in Alette Smuelers & Roelof Haveman, eds, *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes* (Antwerp: Intersentia Press, 2008) 159–180.

van den Herik, Larissa, “The Meaning of the Word ‘Destroy’ and its Implications for the Wider Understanding of the Concept of Genocide” in Harmen G van der Wilt, ed, *The Genocide Convention: The Legacy of 60 years* (Leiden: Brill Nijhoff, 2012) 51–58.

Lenzerini, Federico, “Reparations for Indigenous Peoples in International and Comparative Law: An Introduction” in Federico Lenzerini, ed, *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 3– 26.

Meron, Theodor, “The ICJ’s Opinion in Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro” in Theodor Meron, *The Making of International Criminal Justice: The View from the Bench: Selected Speeches* (Oxford: Oxford University Press, 2011) 231–35.

Nollkaemper, André, “State Responsibility For International Crimes: A Review Of Principles Of Reparation” in Aristotle Constantinides & Nikos Zaikos, eds, *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa* (Leiden: Brill Nijhoff, 2009) 487–518.

- **Articles de revues scientifiques**

Akhtar, Zia, “Canadian Genocide and Official Culpability” (2010) 10 Intl Crim L Rev 111.

Ambos, Kai, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?” (2009) 91:876 Int Rev Red Cross 833.

American Medical Association, “Smallpox as a Biological Weapon: Medical and Public Health Management” (1999) 281 JAMQ 2127.



Aquilina, Kevin & Klejda Mulaj, “Limitations in attributing state responsibility under the Genocide Convention” (2018) 17:1 *Journal of Human Rights* 123.

Barta, Tony, “Three Responses to ‘Can There Be Genocide Without the Intent to Commit Genocide?’” (2008) 10:1 *J Genocide Res* 111.

Beres, Louis Rene, “Justice and realpolitik: International law and the prevention of genocide” (1988) 33 *Am J Intl Law* 123.

Bilsky Leora & Rachel Klagsbrun, “The Return of Cultural Genocide?” (2018) 29:2 *Eur J Intl Law* 373.

Bruun, Lori Lyman, “Beyond the 1948 Convention – Emerging Principles of Genocide in Customary International Law” (1993) 17 *Md J Intl L* 193 (1993).

Costi, Alberto, “The 60<sup>th</sup> Anniversary of the Genocide Convention” (2008) 39 *VUWLR* 831.

Fournet, Caroline, “The Universality of the Prohibition of the Crime of Genocide, 1948-2008” (2009) 19 *Intl Crim Just. Rev* 132.

Gaeta, Paola, “On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?” (2007) 18:4 *Eur J Intl Law* 631.

Gibney, Mark, “Universal Duties: The Responsibility to Protect, the Duty to Prevent (Genocide) and Extraterritorial Human Rights Obligations” (2011) 3 *Global Resp Protect* 123.

Greenawalt, Alexander K A, “Rethinking Genocidal Intent: the Case for a Knowledge-Based Interpretation” (1999) 99 *Colum L Rev* 2259.

von Joeden-Forgery, Elisa, “Gender and the Future of Genocide Studies and Prevention” (2012) 7:1 *GSP* 89.

King, Henry T Jr, “Origins of the Genocide Convention” (2008) 40 *Case W Res J Intl L* 13 at 13.

Kress, Claus, “The Darfur Report and Genocidal Intent” (2005) 3 *J Int Crim Just* 562.

—, “The Crime of Genocide under International Law” (2006) 6:4 *Int Crim L Rev* 461 at 483.

—, “The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide” (2007) 18:4 *Eur J Intl Law* 619.



van Krieken, Robert, “Rethinking Cultural Genocide: Aboriginal Child Removal and Settler-Colonial State Formation” (2004) 75:2 *Oceania* 125.

Lemkin, Raphael, “Genocide as a Crime under International Law” (undated) *Am Jew Hist S*, Manuscript Collection P-154, Raphael Lemkin Collection, box 6, folder 2, at 2.

—, “Genocide” (1946) 15:2 *Am Scholar* 227.

Lewy, Guenter, “Can there be genocide without the intent to commit genocide?” (2007) 9:4 *J Genocide Res* 661.

MacDonald, David B & Graham Hudson, “The Genocide Question and Indian Residential Schools in Canada” (2012) 45:2 *Can J Political Sci* 427.

Matsunaga, Jennifer, “Two Faces of Transitional Justice: Theorizing the Incommensurability of Transitional Justice and Decolonization in Canada” (2016) 5:1 *Decolonization: Indigeneity, Education & Society* 24.

Milanović, Marko, “State Responsibility for Genocide” (2006) 17:3 *Eur J Intl Law* 553.

—, “State Responsibility for Genocide: A Follow-Up” (2007) 18:4 *Eur J Intl Law* 669.

Novic, Elisa, “Physical-biological or socio-cultural ‘destruction’ in genocide? Unravelling the legal underpinnings of conflicting interpretations” (2015) 17:1 *J Genocide Res* 63.

Palmater, Pam, “Genocide, Indian Policy, and Legislated Elimination of Indians in Canada” (2014) 3:3 *Aboriginal Policy Studies* 27.

Pauwelyn, Joost, “The Concept of a ‘Continuing Violation’ of an International Obligation: Selected Problems” (1995) 66:1 *British YB Intl L* 415.

Quigley, John, “International Court of Justice as a Forum for Genocide Cases” (2008) 40:1 *Case Western Reserve Journal of International Law* 243.

Rissing-van Saan, Ruth, “The German Federal Supreme Court and the Prosecution of International Crimes Committed in the Former Yugoslavia” (2005) 3 *J Int Crim Just* 381.

Rogers, Shayna, “Sexual Violence or Rape as a Constituent Act of Genocide: Lessons From the Ad Hoc Tribunals and a Prescription for the International Criminal Court” (2016) 48 *Geo Wash Intl L Rev* 265.



Schabas, William A, “Origins of the Genocide Convention: From Nuremberg to Paris” (2008) 40 Case W Res J Intl L 35.

—, “State Policy as an Element of International Crimes” (2008) 98:3 J Crim Law Criminol 953.

—, “Retroactive Application of the Genocide Convention” 4:2 U St Thomas J L & Pub Policy 36.

Sémelin, Jacques, “Around the ‘G’ Word: From Raphael Lemkin’s Definition to Current Memorial and Academic Controversies” (2012) 7:1 GSP 24.

Sharlach, Lisa, “Gender and genocide in Rwanda: Women as agents and objects of Genocide” (1999) 1:3 J Genocide Res 387.

Short, Damien, “Australia: a continuing genocide?” (2010) 12:1-2 J Genocide Res 45.

Sterio, Milena, “The Karadzic Genocide Conviction: Inferences, Intent, and the Necessity to Redefine Genocide” (2017) 31 Emory Intl L Rev 271.

Szpak, Agnieszka, “National, Ethnic, Racial, and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals” (2012) 23:1 Eur J Intl Law 155.

Tournaye, Cécile, “Genocidal Intent before the ICTY” (2003) 52:2 Intl Comp Law Q 447.

Triffterer, Otto, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such” (2001) 14 Leiden J Intl L 399.

van der Vyver, Johan D, “Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide” (1999) 23:2 Fordham Intl L J 286.

Wierczynska, Karolina, “Evolution of the Notion of Genocide in the Context of the Jurisdiction of the National Courts” (2006) 28 Polish YB Intl L 83.

Wildcat, Matthew, “Fearing social and cultural death: genocide and elimination in settler colonial Canada – an Indigenous perspective” (2015) 17:4 J Genocide Res 391.

Wolfe, Patrick, “Settler colonialism and the elimination of the native” (2006) 8:4 J Genocide Res 387.



Woolford, Andrew & Jeff Benvenuto, “Canada and colonial genocide” (2015) 17:4 J Genocide Res 373.

Wouters, Jan & Sten Verhoeven, “The Prohibition of Genocide as a Norm of Ius Cogens and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide” (2005) 5 Intl Crim L Rev 401.

### **Autres sources**

- **Documents des Nations Unies et internationaux**

*The Crime of Genocide*, GA Res 96 (I), UNGAOR, 1st Sess, 55th Plenary Mtg, UN Doc A/RES/260 (1946).

International Criminal Court, *Elements of Crimes*, ICC-ASP/1/3 at 108, UN Doc PCNICC/2000/1/Add.2 (2000)

UNGA Sixth Committee, 3rd Session, 82nd Meeting, UN Doc A/C.6SR.82 (1948).

- **Rapports**

Commission of Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls, “Interim report: Our Women and Girls are Sacred” (2017) at 22, online (pdf): *MMIWG* <<http://www.mmiwg-ffada.ca/files/ni-mmiwg-interim-report-en.pdf>>.

Global Justice Center, “Beyond Killing: Gender, Genocide, & Obligations Under International Law” (2018) at 2, online (pdf): *Global Justice Center* <<http://www.globaljusticecenter.net/files/Gender-and-Genocide-Whitepaper-FINAL.pdf>>.

“Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session” (UN Doc A/56/10) in *Yearbook of the International Law Commission 2001*, vol 2, part 2 (New York: UN, 2001).

“Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General” (Geneva: UN, 2005).

Royal Commission on Aboriginal Peoples, Georges Erasmus & René Dussault, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, 5 vols, (Ottawa: Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1996).



Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Truth and Reconciliation Commission of Canada: Final Report*, 6 vols, (Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015).

- **Pages web et autres ressources en ligne**

Dashuk, James, “When Canada Used Hunger to Clear the West” (19 July 2013), online: *The Globe and Mail* <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/when-canada-used-hunger-to-clear-the-west/article13316877/>>.

Gill, Jordan, “Extirpate this execrable race’: The dark history of Jeffery Amherst” (29 April 2017), online: *CBC News* <[www.cbc.ca/news/canada/prince-edward-island/jeffery-amherst-history-complex-1.4089019](http://www.cbc.ca/news/canada/prince-edward-island/jeffery-amherst-history-complex-1.4089019)>.

Goldberg, Adara, “Canada and the Holocaust” (6 May 2016), online: *The Canadian Encyclopedia* <[www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/holocaust](http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/holocaust)>.

Moses, Dirk A, “Toward a Theory of Critical Genocide Studies” (18 April 2008), online: *Online Encyclopedia of Mass Violence* <<https://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/en/document/toward-theory-critical-genocide-studies>>.

Quon, Alexander, “Mi’kmaq elder calls for revocation of scalping proclamation” (2 February 2018), online: *Global News* <<https://globalnews.ca/news/4003961/mikmaq-elder-scalping-proclamation/>>.

Statistics Canada, “The Aboriginal languages of First Nations people, Métis and Inuit: Census of Population, 2016” (2017) at 1, online (pdf): *Statistics Canada* <[www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/98-200-x/2016022/98-200-x2016022-eng.pdf](http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/98-200-x/2016022/98-200-x2016022-eng.pdf)>.