

**Avis du Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles
au sujet de la qualification de l'Holodomor en droit international,
à l'invitation de la Commission des Relations Extérieures de la Chambre
15 juillet 2022**

Le Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles a été invité par la Commission des relations extérieures de la Chambre, par un courriel du 16 juin 2022, à rendre un avis écrit au sujet des deux propositions de résolution suivantes :

- Proposition de résolution relative à la commémoration du 90^{ème} anniversaire de la grande famine en Ukraine (1932/1933) « Holodomor » (DOC 55 2479/1 et 2).
- Proposition de résolution relative à la reconnaissance en tant que génocide du « Holodomor » (DOC 55 1518/001).

Ces deux propositions ont notamment pour objet d'inviter le gouvernement fédéral à reconnaître les faits en question comme un « crime contre l'humanité perpétré contre le peuple ukrainien et l'humanité » (DOC 55 2479/1 et 2) et comme un « génocide contre le peuple ukrainien » (DOC 55 1518/001). Le présent avis portera sur ces deux propositions de qualification et mettra en évidence certaines questions que de telles qualifications soulèvent au regard du droit international. Ces questions renvoient principalement au caractère rétroactif de telles qualifications (1), à l'intention qui caractérise ces crimes (2) et à l'usage de qualifications à caractère pénal dans le cadre de lois mémorielles (3).

1. Peut-on appliquer à des faits qui se sont déroulés en 1932-1933 les qualifications de crimes contre l'humanité ou de génocide ?

Les crimes contre l'humanité et le crime de génocide ont été définis par des traités internationaux adoptés au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale.

Le crime de génocide a été originellement défini par la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide adoptée en 1948, ratifiée par la Belgique en 1949 et entrée en vigueur en 1951. Selon l'article II de cette Convention, dont les termes ont été repris 50 ans plus tard pour définir le crime de génocide dans le Statut de la Cour pénale internationale, qui lie la Belgique depuis 2002,

« le crime de génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux 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 ».

Les crimes contre l'humanité ont quant à eux été originellement définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe passé entre le Royaume-Uni, les Etats-Unis d'Amérique, la France et l'URSS le 8 août 1945 ainsi que dans le statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient adopté le 19 janvier 1946. Le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg était ouvert à « tous les gouvernements des Nations Unies » et la Belgique y adhéra le 5 octobre 1945, comme l'ont fait également 18

autres Etats. Cette définition, d'abord destinée à guider le travail de ces tribunaux, a ensuite été adoptée par la Commission du droit international des Nations Unies, parmi les principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal en 1950, à l'invitation de l'Assemblée générale des Nations Unies (résolution (95) I). L'adoption de cette définition par la Commission du droit international lui a ainsi octroyé une reconnaissance internationale. Les crimes contre l'humanité ont été définis à cette occasion comme

« L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes ».

Si la définition contemporaine du crime de génocide est restée similaire à celle qui avait été imaginée en 1948, la définition des crimes contre l'humanité a fait l'objet d'une évolution importante, à l'occasion de l'établissement du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) en 1994. Le Statut du TPIR en a précisé et étendu la portée en abandonnant la nécessité de relier leur perpétration à un crime contre la paix ou un crime de guerre et en permettant de les réprimer qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix. Ces éléments se retrouvent dans l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale. Selon cette disposition, on entend par crime contre l'humanité

« l'un quelconque des actes ci-après commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

- a) meurtre;
- b) extermination;
- c) réduction en esclavage;
- d) déportation ou transfert forcé de population;
- e) emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international;
- f) torture;
- g) viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée et toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable;
- h) persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;
- i) disparitions forcées de personnes;
- j) crime d'apartheid;
- k) autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale ».

Le crime de génocide et les crimes contre l'humanité ont donc été définis originellement par des accords adoptés respectivement en 1948 et 1945 et ces définitions sont entrées en vigueur pour la Belgique quelques années plus tard.

Il faut relever que les deux propositions de résolution qui se trouvent à la base de la demande d'avis se réfèrent formellement à ces qualifications juridiques de nature pénale, pour reconnaître la tragédie du Holodomor, ce qui soulève des difficultés fondamentales au regard au principe de non-rétroactivité. Ce principe concerne à la fois les traités internationaux, qu'on ne peut appliquer à des faits antérieurs à leur entrée en vigueur, et les crimes internationaux, pour lesquels on ne peut condamner des individus si de tels crimes n'étaient pas définis comme tels au moment de la commission des faits.

Pour ce qui est du principe de non-rétroactivité des traités, il est formulé par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, dont l'article 28 rappelle qu'

« [à] moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date ».

Cette convention lie la Belgique depuis qu'elle l'a ratifiée en 1992. Le principe de non-rétroactivité des traités qu'elle formule présente une nature coutumière et existait bien avant sa codification au sein de la Convention de Vienne de 1969.

Pour ce qui est du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, il s'agit d'un principe qui est reconnu à la fois en droit belge (article 4 du Code pénal belge) et en droit international à travers de nombreuses conventions relatives aux droits humains qui lient la Belgique, comme c'est notamment le cas de la Convention européenne des droits de l'homme depuis 1955 (Article 7§1) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques depuis 1983 (Article 15 §1). Ce principe avait déjà été formulé en 1948 dans la Déclaration universelle des droits de l'homme dont l'article 11§2 prévoit que « nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international ».

Il est vrai que les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo ont qualifié de crimes contre l'humanité des actes commis à partir de 1939, en dépit du fait que cette catégorie de crimes n'a été consacrée en droit international qu'au moment où les statuts de ces tribunaux ont été adoptés, en 1945 et 1946, respectivement. Ces deux juridictions ont toutefois lié, dans leurs décisions, les crimes contre l'humanité à la commission de crimes de guerre et de crimes contre la paix compris comme des violations de règles coutumières et/ou conventionnelles existant au préalable (en se référant notamment au Règlement de La Haye de 1907 et au Pacte Briand-Kellog de 1928). Ce faisant, ces Tribunaux ont respecté le principe de non-rétroactivité des infractions pénales.

En application de ces principes, il paraît donc difficile de qualifier de crime de génocide ou de crimes contre l'humanité des faits qui se sont déroulés en 1932-1933, à une époque où de telles qualifications ou de tels crimes n'existaient pas encore comme tels en droit international.

2. Quelle est l'intention requise pour qu'on puisse qualifier une famine imposée de génocide ou de crimes contre l'humanité ?

Les crimes contre l'humanité et le génocide sont des infractions pénales qui requièrent la réunion de deux éléments : un comportement spécifique (*actus reus*) et une intention

particulière (*mens rea*). L'intention nécessaire pour qu'on puisse retenir de telles qualifications mérite d'être précisée.

Pour ce qui est du crime de génocide, l'intention requise est celle de détruire, en tout ou en partie, le groupe visé en tant que tel. Comme le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) l'a souligné dans l'affaire *Krstic* —du nom du général jugé par le Tribunal en raison du rôle qu'il a joué dans les événements qui se sont déroulés dans l'enclave musulmane de Bosnie de Srebrenica et ses environs entre le 11 juillet et le 1^{er} novembre 1995, « le génocide est l'un des crimes les plus odieux qui soient, et sa gravité a pour corollaire l'exigence stricte d'une intention spécifique » (TPIY, *Krstic*, 19 avril 2004, § 134). Cela implique que des actes entraînant la mort d'individus composant le groupe visé, perpétrés avec la conscience que ces actes pourraient probablement entraîner la mort des individus, ne suffit pas en soi à démontrer l'existence d'une intention génocidaire, même dans l'hypothèse d'un nombre élevé de victimes. Comme l'a indiqué le TPIY dans la même affaire,

« Ainsi, une campagne aboutissant au massacre, en différents lieux d'une vaste zone géographique, d'un nombre fini de membres d'un groupe protégé pourrait ne pas mériter la qualification de génocide, en dépit du nombre élevé de victimes, parce qu'il n'apparaît pas que les meurtriers aient eu l'intention de s'en prendre à l'existence même du groupe, comme tel » (TPIY, 2 août 2001, § 590).

La jurisprudence internationale a établi qu'il n'était pas nécessaire que l'intention génocidaire concerne l'ensemble du groupe visé. Elle peut concerner une partie seulement de ce groupe, à condition toutefois que le nombre d'individus ciblés soit considérable (TPIR, *Kayishema et Ruzindana*, 21 mai 1999, § 97) ou que la partie du groupe visé soit substantielle (TPIY, *Jelusic*, 14 décembre 1999, § 82).

Dans l'affaire de *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* opposant la Croatie à la Serbie, la Cour internationale de Justice (CIJ) a précisé que l'intention peut être établie tout d'abord sur la base de déclarations ou de documents des autorités concernées explicitant la nature génocidaire du projet poursuivi. Elle peut également découler de la matérialité et de l'ampleur des faits, qui doivent toutefois être d'une nature telle que « l'intention de détruire le groupe, en tout ou en partie, doit être la seule déduction raisonnable que l'on puisse faire de la ligne de conduite » suivie par les autorités concernées (CIJ, 3 février 2015, §§ 143-148 et 417). Le standard de preuve est ainsi très exigeant. Par ailleurs, la Cour a écarté la possibilité d'inclure dans la définition du génocide ce que l'on désigne comme le « génocide culturel », consistant à faire en sorte que le groupe concerné « cesse de fonctionner en tant qu'entité ». La CIJ a souligné à ce propos que la convention sur le génocide ne vise que « les actes accomplis dans l'intention de parvenir à la destruction *physique ou biologique* du groupe » (§ 136).

Au-delà des problèmes de rétroactivité indiqués plus haut, il apparaît délicat pour la Chambre de procéder à une qualification (celle de génocide) qui implique d'établir l'existence d'une intention génocidaire dans le chef des responsables soviétiques de l'époque. La preuve d'une telle intention exigerait en effet une analyse détaillée des preuves documentaires pertinentes (à supposer qu'elles soient accessibles) et des circonstances qui ont entouré l'Holodomor. À défaut d'une telle analyse, la qualification de ces faits comme génocide serait incontestablement difficile à soutenir en droit.

Pour ce qui est des crimes contre l'humanité, l'intention requise n'est pas aussi spécifique que pour le crime de génocide. Il faut toutefois montrer, pour pouvoir engager la responsabilité d'une personne pour de tels crimes, qu'elle a adopté l'un des comportements constitutifs de crimes contre l'humanité et qu'elle « savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie » (Elements de crimes, adoptés par l'Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 2002, p. 5). Cela ne signifie pas qu'il faut prouver qu'elle avait connaissance de toutes les caractéristiques ou de tous les détails caractérisant le plan ou la politique ciblant la population civile (*ibidem*). Mais il faut en tout état de cause prouver l'intention de mener une attaque de l'ampleur particulière des crimes contre l'humanité, qui renvoie à un nombre élevé de victimes, à une large portée territoriale ou au caractère méthodique et organisé de leur perpétration. A nouveau, au-delà des problèmes de rétroactivité indiqués plus haut, il ne paraît à tout le moins pas évident pour la Chambre de procéder à une telle qualification.

3. La reconnaissance de l'Holodomor comme crime dans le contexte des lois mémorielles

Les deux propositions sous examen s'inscrivent dans le cadre de lois mémorielles, adoptées depuis le début des années 1990. L'adoption de ce type de lois n'a pas été sans poser diverses difficultés, et il convient d'en rappeler certaines, pour éclairer utilement le débat sur la reconnaissance de l'Holodomor par la Chambre.

De manière schématique, il est permis d'identifier deux grands types de lois/résolutions mémorielles. Les premières sont celles emportant l'incrimination de la négation ou de la minimisation grossière de faits ayant fait l'objet d'une reconnaissance par une juridiction internationale comme constituant un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre (loi du 23 mars 1995 relative au génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, la loi du 5 mai 2019 «portant des dispositions diverses en matière pénale», modifiant la loi Moureaux de 1981). Les secondes sont celles qui se limitent à reconnaître un événement historique tragique, en référence à une qualification juridique attribuée par le Parlement lui-même (Résolution relative au génocide des Arméniens de Turquie en 1915, adoptée par le Sénat le 26 mars 1998; Résolution relative à la commémoration du centenaire du génocide arménien, adoptée par la Chambre le 23 juillet 2015).

Les deux propositions concernées relèvent de cette deuxième catégorie. En tant que telles, elles visent à reconnaître et faire reconnaître par le gouvernement fédéral l'Holodomor «comme génocide contre le peuple ukrainien» ou «comme un crime contre l'humanité perpétré contre le peuple ukrainien et l'humanité». Dans les deux textes, une référence directe est faite à la Convention relative au génocide de 1948. Cette opération de qualification, qui serait faite par le législateur, soulève plusieurs questions.

Tout d'abord, il est permis de se demander s'il appartient à la Chambre de se prononcer sur des faits historiques passés en leur appliquant des qualifications pénales qui supposent une analyse détaillée et complexe à la fois des éléments factuels et des éléments d'intention qui leur sont spécifiques. Un tel exercice est normalement dévolu aux juges, nationaux ou internationaux, qui auront à évaluer un vaste ensemble d'éléments, dans le cadre d'une procédure contradictoire. En l'espèce, les éléments d'intention qui, comme il a été souligné plus haut, sont déterminants pour l'application de ces deux catégories de crimes, sont examinés dans le texte des résolutions et dans leur exposé des motifs de manière assez superficielle, sans avoir égard

aux interprétations données par la jurisprudence. Les conditions d'application du crime contre l'humanité ne sont pas du tout évoquées par le projet de résolution qui retient cette qualification, qui ne se réfère qu'à la Convention sur le génocide. Il faut dès lors s'interroger sur le fait de savoir si la Chambre est un organe approprié pour décider de l'application de qualifications renvoyant à des crimes internationaux.

Cela est d'autant plus délicat que, comme il a été signalé, il s'agirait en l'occurrence de qualifier les événements concernés de manière rétroactive, en recourant à des concepts qui n'existaient pas comme tels dans le droit international à l'époque des faits. A cet égard, il faut distinguer le cas de l'Holodomor de ceux visés par des résolutions adoptées récemment par la Chambre et concernant des événements contemporains, évoquant la situation des Ouïghours ou des Rohingyas. Dans ce cas de figure, les qualifications juridiques effectuées mobilisent des instruments juridiques qui étaient en vigueur au moment des faits, visent à mettre en œuvre des obligations actuelles de la Belgique en lien avec ces instruments, comme la prévention ou la répression du génocide, et laissent le champ à une possible qualification juridique par un juge national ou international, qui est parfaitement envisageable.

Ensuite, il est nécessaire d'attirer l'attention sur l'effet juridique lié à l'adoption de telles résolutions de reconnaissance. Sur le principe, ce type de résolution n'a aucune dimension normative. Dans un arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, il a été établi que la résolution du Parlement européen du 17 juin 1987 reconnaissant le génocide des Arméniens n'exprimait qu'une opinion politique, sans aucune force obligatoire :

« [U]ne simple lecture de la résolution de 1987 permet de constater que le Parlement y exprime un avis de nature politique sur les événements de 1915-1917, et formule des souhaits adressés au Conseil européen, à la Commission, aux États membres de la Communauté, à de nombreux pays tiers ainsi qu'à l'Organisation des Nations Unies. Le Tribunal n'a donc pas commis d'erreur de qualification en considérant que la résolution de 1987 ne contenait que des déclarations à caractère purement politique et que, de ce fait, elle n'était pas susceptible de produire des effets juridiques obligatoires à l'égard de son auteur ni, a fortiori, à l'égard des autres institutions défenderesses » (CJCE, ordonnance du 29 octobre 2004, *G. Krikorian, S. Krikorian, Euro-Arménie c/ Parlement européen, Conseil de l'Union européenne, et Commission des Communautés européennes*, § 32).

Une loi ou une résolution parlementaire reconnaissant la réalité d'un génocide ne saurait ainsi avoir qu'une valeur politique relative et ne pourrait dès lors s'attribuer la portée d'une décision judiciaire ou normative.

A cet égard, il est utile d'apporter certaines précisions sur l'effet que pourrait avoir le vote des résolutions proposées sur la portée des infractions de négationnisme existant en droit belge. Comme telles, les deux propositions se limitent à reconnaître comme génocide ou crime contre l'humanité l'Holodomor, sans prétendre en tirer des conséquences sur le plan de la pénalisation des discours qui en nient l'existence. Il faut toutefois relever le fait qu'il existe devant la Chambre deux propositions de lois visant à modifier la loi du 23 mars 1995 et la loi Moureaux de 1981, pour y inclure la négation ou la minimisation grossière des génocides ou des crimes contre l'humanité "reconnus officiellement par la Belgique" ou "que nous avons reconnus" (Proposition de loi visant la reconnaissance légale du génocide arménien, assyrien et grec pontique de 1915 et la sanction pénale de son négationnisme, 55K0570001; Proposition de loi modifiant la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification

ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale et la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, en vue de réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation de tout génocide ou crime contre l'humanité établi comme tel par une décision définitive rendue par une juridiction internationale ou reconnu officiellement par la Belgique, 55K0290001). Cela signifie que le vote d'une résolution de reconnaissance de l'Holodomor pourrait par la suite, si l'infraction de négationnisme était étendue aux génocides et crimes contre l'humanité "reconnus" par la Belgique, avoir une incidence pénale et prendre de ce fait une portée normative.

Une telle hypothèse soulèverait d'importants problèmes au regard du respect de la liberté d'expression, comme il ressort des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel français. Dans le premier cas, la Cour européenne a jugé qu'une condamnation pour négation du génocide arménien par les tribunaux suisses, fondée sur une reconnaissance du génocide par le Conseil national, était incompatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit à la liberté d'expression (Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015, req. no 27510/08). Dans le second cas, le Conseil constitutionnel a estimé que violait la liberté d'expression la loi qui incrimine la négation des génocides "reconnus comme tels par la loi française" (Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012). L'hypothèse d'une pénalisation future de la négation de l'Holodomor est renforcée par le constat que l'un des coauteurs d'une des propositions de reconnaissance est également coauteur d'une proposition de loi visant à étendre le champ du délit de négationnisme aux génocides et crimes contre l'humanité reconnus par la Belgique.

Enfin, dans une perspective plus générale de politique législative, ce type de propositions de résolution reconnaissant le caractère criminel d'événements historiques soulève la question du choix et de la sélectivité des cas qui seraient retenus. L'histoire du XXe siècle, pour s'en tenir là, a été émaillée de nombreux massacres et atrocités, commis dans des contextes divers, de sorte que de très nombreux événements seraient susceptibles d'être reconnus par le Parlement belge au regard de qualifications juridiques. Il serait difficile d'établir des critères permettant de déterminer quelles situations reconnaître, au regard de quels crimes internationaux. Il y aurait dès lors un grand risque d'arbitraire. Pour ces raisons, il conviendrait de se montrer extrêmement prudent dans l'amorce d'une politique législative de reconnaissance d'événements historiques comme constituant un crime international.

En résumé, les propositions de résolution de reconnaissance de l'Holodomor suscitent de nombreuses interrogations dans le cadre de la problématique des lois dites mémorielles, auxquelles la Chambre devra être attentive lorsqu'elle les examinera.