

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Imre Finta** *Respondent*

and

**Canadian Holocaust Remembrance Association, League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, Canadian Jewish Congress and InterAmicus** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. FINTA

File Nos.: 23023, 23097.

1993: June 2, 3; 1994: March 24.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — War crimes and crimes against humanity — Nature and proof of offences — Allegations arising from detention, robbery and deportation to concentration camps of Jewish persons in Nazi-controlled World War II Europe — Defence of police officer following lawful orders — Trial judge calling own evidence — Whether war crimes and crimes against humanity separate crimes from included Criminal Code offences or whether Code provisions jurisdictional allowing Canadian courts to exercise jurisdiction in situations of war crimes or crimes against humanity over criminal activity occurring abroad — Whether necessary for the jury to decide, beyond a reasonable doubt not only guilt under applicable Criminal Code charges but also whether acts war crimes and/or crimes against humanity — Whether requisite mens rea for each offence requiring the Crown to prove intent to commit criminal offence and knowledge of factual characteristics of war crimes and/or crimes against humanity — Whether “peace officer defence” available and nature of that defence — Whether trial judge’s instructions to the jury adequately overcoming prejudice caused by defence counsel’s inflammatory and improper jury address — Whether police statement and deposition of deceased person admissible even though within recognized exception to the hearsay rule — Whether trial judge properly calling own evidence — Whether trial judge’s instruc-*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Imre Finta** *Intimé*

et

<sup>b</sup> **Canadian Holocaust Remembrance Association, Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, Congrès juif canadien et InterAmicus** *Intervenants*<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. FINTA

Nos du greffe: 23023, 23097.

1993: 2, 3 juin; 1994: 24 mars.

<sup>d</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

<sup>e</sup> *Droit criminel — Crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Nature et preuve des infractions — Allégations découlant de la détention et de la déportation dans des camps de concentration de Juifs, et de vols commis contre eux, dans l'Europe de la Seconde Guerre mondiale dominée par les Nazis — Moyen de défense du policier obéissant à des ordres légaux — Preuve déposée par le juge du procès — Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité constituent-ils des crimes distincts des infractions incluses du Code criminel ou les dispositions du Code sont-elles attributives de compétence permettant aux tribunaux canadiens d'exercer leur compétence dans les cas de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité survenus à l'étranger? — Le jury doit-il décider, hors de tout doute raisonnable, non seulement la culpabilité relativement aux accusations applicables du Code criminel mais aussi, si les actes constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ou les deux? — La mens rea requise pour chaque infraction exige-t-elle que le ministère public prouve l'intention de commettre une infraction criminelle et la connaissance des caractéristiques factuelles des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité? — La «défense de l'agent de la paix» peut-elle être invoquée et quelle est la nature de ce moyen de défense? — Les directives du juge du procès au jury ont-elles adéquatement réparé le préjudice causé par l'exposé incor-*

tions to the jury relating to the Crown's identification evidence appropriate — *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 6(2), 7(3.71)(a)(i), (ii), (iii), (b), (3.72), (3.74), (3.76), 15, 25(1), (2), (3), (4), 736.

Constitutional law — Charter of Rights — War crimes and crimes against humanity — Nature and proof of offences — Allegations arising from detention, robbery and deportation to concentration camps of Jewish persons in Nazi-controlled World War II Europe — Defence of police officer following lawful orders — Whether infringement of principles of fundamental justice (s. 7), the right to be informed without unreasonable delay of the specific offence (s. 11(a)), the right to trial within a reasonable time (s. 11(b)), the right to be presumed innocent (s. 11(d)), the requirement that an act or omission constitute an offence (s. 11(g)), the prohibition against cruel and unusual punishment (s. 12) or the equality guarantees (s. 15) — If so, whether infringement justified under s. 1 — *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(a), (b), (d), (g), 12, 15.

Respondent, a legally trained captain in the Royal Hungarian Gendarmerie, was commander of an investigative unit at Szeged when 8,617 Jewish persons were detained in a brickyard, forcibly stripped of their valuables and deported under dreadful conditions to concentration camps as part of the Nazi regime's "final solution". The only authority for implementing this barbarous policy in Hungary was the Baky Order, a decree of the Hungarian Ministry of the Interior directed to a number of officials including the commanding officers of the gendarme (investigative) subdivisions. This order placed responsibility for executing the plan on the Gendarmerie and certain local police forces.

Respondent was charged under the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, with unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter of the victims of Szeged. There were in effect four pairs of alternate counts — one series as crimes against humanity and the other as war crimes. After the war a Hungarian court tried respondent *in absentia* and convicted him of "crimes

rect et incendiaire de l'avocat de la défense au jury? — La déclaration à la police et la déposition d'une personne décédée sont-elles recevables bien que visées par les exceptions reconnues à la règle du oui-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur lorsqu'il a présenté sa propre preuve? — Les directives du juge du procès au jury relativement à la preuve d'identification du ministère public étaient-elles appropriées? — *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 6(2), 7(3.71)(a)(i), (ii), (iii), (b), (3.72), (3.74), (3.76), 15, 25(1), (2), (3), (4), 736.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Crimes de guerre et crimes contre l'humanité — Nature et preuve des infractions — Allégations découlant de la détention et de la déportation dans des camps de concentration de Juifs, et de vols commis contre eux, dans l'Europe de la Seconde Guerre mondiale dominée par les Nazis — Moyen de défense du policier obéissant à des ordres légaux — Y a-t-il eu violation des principes de justice fondamentale (art. 7), du droit d'être informé dans les plus brefs délais de l'infraction précise reprochée (art. 11a)), du droit à un procès dans un délai raisonnable (art. 11b)), du droit d'être présumé innocent (art. 11d)), de l'exigence selon laquelle une action ou une omission doit constituer une infraction (art. 11g)), de la protection contre les peines cruelles et inusitées (art. 12) ou des droits à l'égalité (art. 15) — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11a), b), d), g), 12, 15.

L'intimé, un capitaine de la Gendarmerie royale de la Hongrie ayant une formation juridique, était commandant d'une division des enquêtes à Szeged au moment où 8 617 Juifs ont été séquestrés dans une briqueterie, dépossédés de leurs biens de valeur et déportés dans des conditions horribles dans des camps de concentration dans le cadre de la «solution finale» du régime nazi. Le pouvoir de mettre en œuvre cette politique barbare en Hongrie provenait du seul décret Baky, pris par le ministère hongrois de l'Intérieur et adressé à plusieurs représentants, dont les commandants des divisions des enquêtes de la Gendarmerie. Aux termes du décret, la Gendarmerie et certaines forces policières locales étaient chargées d'exécuter le plan.

L'intimé a été accusé de séquestration, de vol qualifié, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable commis contre les victimes de Szeged, en application du *Code criminel*, S.R.C. 1927. Il s'agissait en fait de quatre paires de chefs d'accusation subsidiaires — une série de crimes contre l'humanité et une autre de crimes de guerre. Après la guerre, un tribunal de la Hongrie a

against the people". His punishment in that country became statute-barred and he later benefitted from a general amnesty. The Hungarian trial and conviction were found to be nullities under Canadian law and the amnesty was found not to be a pardon. The pleas of *autrefois convict* or pardon were therefore not available. Expert opinion at trial was that the Baky Order was manifestly illegal and that a person trained in Hungarian law would have known so.

The Crown's case depended in large measure on the testimony of 19 witnesses who had been interned at Szeged and deported to the concentration camps. The evidence of these survivors fell into four general groups. Six witnesses who knew respondent before the events in issue testified as to things said and done by him at the brickyard and at the train station. A second group consisting of three witnesses who did not know respondent beforehand identified him as having said or done certain things at the brickyard and at the station. A third group consisting of three witnesses who did not know respondent beforehand also testified as to things said and done at the brickyard and at the station. However, this last group based their identification of respondent on statements made to them by others. The fourth group, consisting of eight witnesses who did not know respondent beforehand and did not identify him, gave evidence as to events at the brickyard and the train station. In addition to the evidence of the survivors, the Crown relied on photographs, handwriting and fingerprint evidence to identify respondent as a captain in the Gendarmerie at Szeged at the relevant time. Expert and documentary evidence was tendered to establish the historical context of the evidence, the relevant command structure in place in Hungary in 1944 and the state of international law in 1944.

During the trial, the trial judge, on behalf of the defence, called the evidence of two eye-witnesses, Ballo and Kemeny. The statement and minutes of a third witness, Dallos, whose testimony was given at respondent's Hungarian trial, was also admitted. Dallos, a survivor of the brickyard who died in 1963, gave evidence of the existence of a lieutenant who might have been in charge of the confinement and deportation of the Jews at the brickyard. The trial judge ruled that, although the evidence was of a hearsay nature, it was admissible. He also stated that, together with other evidence, it could

jugé l'intimé in absentia et l'a déclaré coupable de «crimes contre le peuple». Il est devenu impossible, en vertu d'une loi du pays, d'imposer la peine en Hongrie, et l'intimé a bénéficié d'une amnistie générale. Le procès tenu en Hongrie et la déclaration de culpabilité ont été jugés nuls au regard du droit canadien, et l'on a conclu que l'amnistie ne constituait pas un pardon. La défense d'autrefois convict ou de pardon ne pouvait donc pas être invoquée. Un expert a déclaré au procès que le décret de Baky était manifestement illégal et qu'une personne ayant reçu une formation sur les règles de droit de la Hongrie l'aurait su.

La preuve du ministère public reposait en grande partie sur la déposition de 19 témoins qui avaient été internés à Szeged et déportés dans les camps de concentration. Les témoignages de ces survivants se divisaient en quatre groupes généraux. Six témoins qui connaissaient l'intimé avant les événements en question ont témoigné sur les paroles et les actes de ce dernier à la briqueterie et à la gare. Le deuxième groupe était formé de trois témoins qui ne connaissaient pas l'intimé auparavant et qui ont pu témoigner que ce dernier avait dit ou fait certaines choses à la briqueterie et à la gare. Le troisième groupe réunissait trois témoins qui ne connaissaient pas l'intimé avant les événements et qui ont également témoigné sur ce qui a été dit et fait à la briqueterie et à la gare. Toutefois, les témoins de ce dernier groupe n'ont pu identifier l'intimé qu'en se fondant sur des déclarations que leur avait faites des tiers. Le quatrième groupe, composé de huit témoins qui ne connaissaient pas l'intimé avant les événements et ne l'ont pas identifié, a témoigné sur les événements survenus à la briqueterie et à la gare. Outre le témoignage des survivants, le ministère public a présenté des photographies et une preuve d'écriture et d'empreintes afin d'identifier l'intimé comme un capitaine de la Gendarmerie à Szeged à l'époque en question. On a soumis une preuve d'expert et une preuve documentaire afin d'établir le contexte historique des témoignages, le régime hiérarchique en place en Hongrie en 1944 et l'état du droit international à ce moment-là.

Le juge du procès a, pour le compte de la défense, cité deux témoins oculaires, Ballo et Kemeny. La déclaration et le compte rendu d'un troisième témoin, Dallos, qui a témoigné lors du procès de l'intimé en Hongrie, ont également été admis. Monsieur Dallos, un survivant de la briqueterie décédé en 1963, a témoigné de l'existence d'un lieutenant, qui pourrait avoir été chargé de la séquestration et de la déportation des Juifs à la briqueterie. Le juge du procès a conclu que, bien qu'il constitue du ouï-dire, le témoignage était recevable. Il a également déclaré que, joint à d'autres témoignages, il pour-

leave the jury with a reasonable doubt about the responsibility of respondent for confinement and brickyard conditions. The trial judge warned the jury in his charge about the hearsay nature of the evidence.

Respondent was acquitted at trial and a majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal from that acquittal. This judgment was appealed and cross-appealed.

Several issues were raised on appeal. Firstly, was s. 7(3.71) of the *Criminal Code* merely jurisdictional in nature or did it create two new offences, a crime against humanity and a war crime, and define the essential elements of the offences charged such that it was necessary for the jury to decide, beyond a reasonable doubt, not only whether the respondent was guilty of the 1927 *Criminal Code* offences charged, but also whether his acts constituted crimes against humanity and/or war crimes as defined in ss. 7(3.71) and 7(3.76)? Secondly, did the trial judge misdirect the jury as to the requisite *mens rea* for each offence by requiring the Crown to prove not only that the respondent intended to commit the 1927 *Criminal Code* offences charged, but also that he knew that his acts constituted war crimes and/or crimes against humanity as defined in s. 7(3.76)? Thirdly, did the trial judge err in putting the "peace officer defence" (s. 25 of the *Code*), the "military orders defence" and the issue of mistake of fact to the jury and did he misdirect the jury in the manner in which he defined those defences? Fourthly, did the trial judge's instructions to the jury adequately correct defence counsel's inflammatory and improper jury address so as to overcome the prejudice to the Crown and not deprive it of a fair trial? Fifth, was the Dallos "evidence" (police statement and deposition) admissible and, in particular, in finding it admissible even though it did not fall within any of the recognized exceptions to the hearsay rule? Sixth, did the trial judge err calling the Dallos evidence and the videotaped commission evidence as his own evidence, thereby making it unnecessary for the defence to do so and as a result depriving the Crown of its statutory right to address the jury last, and if so, did it result in a substantial wrong or miscarriage of justice? Seventh, were the trial judge's instructions to the jury

rait susciter chez le jury un doute raisonnable sur la responsabilité de l'intimé à l'égard de la séquestration et des conditions à la briqueterie. Dans son exposé, le juge du procès a signalé au jury qu'il s'agissait d'une preuve par ouï-dire.

L'intimé a été acquitté au procès et la Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquittement. Un pourvoi et un pourvoi incident ont été formés contre cette décision.

Plusieurs questions ont été soulevées en appel. Premièrement, le par. 7(3.71) du *Code criminel* vise-t-il simplement la compétence, ou crée-t-il plutôt deux nouvelles infractions, un crime contre l'humanité et un crime de guerre; en outre, définit-il les éléments essentiels des infractions reprochées de manière que le jury devait décider hors de tout doute raisonnable non seulement si l'intimé était coupable des infractions reprochées en vertu du *Code criminel* de 1927, mais également si ses actes constituaient des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre ou les deux, aux termes des par. 7(3.71) et 7(3.76)? Deuxièmement, le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury sur la *mens rea* requise relativement à chaque infraction en exigeant que le ministère public démontre non seulement que l'intimé avait l'intention de commettre les infractions visées au *Code criminel* de 1927 qui lui sont reprochées, mais qu'il savait que ses actes possédaient les caractéristiques factuelles des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité aux termes du par. 7(3.76)? Troisièmement, le juge du procès a-t-il commis une erreur lorsqu'il a présenté au jury la «défense de l'agent de la paix» (art. 25 du *Code*), la «défense fondée sur les ordres militaires» et la question de l'erreur de fait, et la manière dont il a défini ces moyens de défense constitue-t-elle une directive erronée? Quatrièmement, les directives du juge du procès au jury ont-elles adéquatement corrigé l'exposé incorrect et incendiaire de l'avocat de la défense de manière à réparer le préjudice subi par le ministère public et à ne pas le priver d'un procès équitable? Cinquièmement, le «témoignage» de Dallos (déclaration à la police et déposition) était-il recevable et, en particulier, même s'il n'était pas visé par les exceptions reconnues à la règle du ouï-dire? Sixièmement, le juge du procès a-t-il commis une erreur lorsqu'il a produit le témoignage de Dallos et les témoignages enregistrés sur bande vidéo par voie de commissions rogatoires comme ses propres éléments de preuve, privant ainsi le ministère public du droit que lui confère la loi de s'adresser au jury en dernier et, dans l'affirmative, cette erreur a-t-elle entraîné un tort important ou une erreur judiciaire grave? Septièmement, les directives du juge du procès au jury relative-

relating to the Crown's identification evidence appropriate.

The constitutional questions stated on the cross-appeal queried whether s. 7(3.74) and s. 7(3.76) of the *Code* violate ss. 7 (the principles of fundamental justice), 11(a) (the right to be informed without unreasonable delay of the specific offence), 11(b) (the right to trial within a reasonable time), 11(d) (the right to be presumed innocent), 11(g) (the requirement that an act or omission constitute an offence), 12 (the prohibition against cruel and unusual punishment) or 15 (the equality guarantees) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether they were justifiable under s. 1.

*Held* (La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Held*: The cross-appeal should be dismissed. Sections 7(3.74) and 7(3.76) of the *Criminal Code* do not violate ss. 7, 11(a), (b), (d), (g), 12 or 15 of the *Charter*.

*Per* Gonthier, Cory and Major JJ.:

### The Appeal

#### *Jurisdiction*

Canadian courts have jurisdiction to try individuals living in Canada for crimes which they allegedly committed on foreign soil only when the conditions specified in s. 7(3.71) are satisfied. The most important of those requirements, for the purposes of the present case, is that the alleged crime must constitute a war crime or a crime against humanity. It is thus the nature of the act committed that is of crucial importance in the determination of jurisdiction. Canadian courts may not prosecute an ordinary offence that has occurred in a foreign jurisdiction. The only reason Canadian courts can prosecute these individuals is because the acts alleged to have been committed are viewed as being war crimes or crimes against humanity. A war crime or a crime against humanity is not the same as a domestic offence. There are fundamentally important additional elements involved in a war crime or a crime against humanity.

#### *The Requisite Elements of the Crime Described by Section 7(3.71)*

Canadian courts normally do not judge ordinary offences that have occurred on foreign soil but have jurisdiction to try individuals living in Canada for

vement à la preuve d'identification du ministère public étaient-elles appropriées?

Les questions constitutionnelles soulevées dans le pourvoi incident étaient de savoir si les par. 7(3.74) et 7(3.76) du *Code* violent l'art. 7 (les principes de justice fondamentale), l'al. 11a) (le droit d'être informé dans les plus brefs délais de l'infraction précise reprochée), l'al. 11b) (le droit d'être jugé dans un délai raisonnable), l'al. 11d) (le droit d'être présumé innocent), l'al. 11g) (l'exigence qu'une action ou une omission constitue une infraction), l'art. 12 (la protection contre les peines cruelles et inusitées) ou l'art. 15 (les droits à l'égalité) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, s'ils sont justifiés en vertu de l'article premier.

*Arrêt* (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Arrêt*: Le pourvoi incident est rejeté. Les paragraphes 7(3.74) et 7(3.76) du *Code criminel* ne violent pas l'art. 7, les al. 11a), b), d), g) ni les art. 12 ou 15 de la *Charte*.

Les juges Gonthier, Cory et Major:

### Le pourvoi

#### *La compétence*

Les tribunaux canadiens ne sont compétents pour juger des personnes qui vivent au Canada relativement à des crimes qu'ils auraient commis en pays étranger que si les conditions précisées au par. 7(3.71) sont remplies. La plus importante de ces conditions pour les fins de la présente affaire est que le crime reproché doit constituer un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. C'est donc la nature de l'acte commis qui est d'importance primordiale dans la détermination de la compétence. Les tribunaux canadiens ne peuvent juger un individu relativement à une infraction ordinaire commise à l'étranger. Ils ne peuvent juger ces personnes que parce que les actes commis sont qualifiés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Un crime de guerre ou un crime contre l'humanité n'est pas la même chose qu'une infraction commise au pays. Le crime de guerre et le crime contre l'humanité mettent en cause d'autres éléments fondamentalement importants.

#### *Les éléments requis relativement au crime décrit au par. 7(3.71)*

Les tribunaux canadiens ne peuvent habituellement juger un individu relativement à une infraction ordinaire commise à l'étranger, mais ils sont compétents pour

crimes which they allegedly committed abroad when the conditions specified in s. 7(3.71) are satisfied. Here, the most important of those requirements is that the alleged crime must constitute a war crime or a crime against humanity which, compared to a domestic offence, has fundamentally important additional elements. It is thus the nature of the act committed that is of crucial importance in the determination of jurisdiction.

In order to constitute a crime against humanity or a war crime, there must be an element of subjective knowledge on the part of the accused of the factual conditions which render the actions a crime against humanity. The mental element of a crime against humanity must involve an awareness of the facts or circumstances which would bring the acts within the definition of a crime against humanity. It is not necessary, however, to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane. Similarly, for war crimes, the Crown would have to establish that the accused knew or was aware of the facts or circumstances that brought his or her actions within the definition of a war crime. The accused would have to have known that a state of war existed and that his or her actions even in a state of war, would shock the conscience of all right thinking people. Alternatively, the *mens rea* requirement of both crimes against humanity and war crimes would be met if it were established that the accused was wilfully blind to the facts or circumstances that would bring his or her actions within the provisions of these offences.

The wording of the section, the stigma and consequences that would flow from a conviction all indicate that the Crown must establish that the accused committed a war crime or a crime against humanity. This is an integral and essential aspect of the offence. It is not sufficient simply to prove that the offence committed in Canada would constitute robbery, forcible confinement or manslaughter. An added element of inhumanity must be demonstrated to warrant a conviction under this section. The mental element required to be proven to constitute a crime against humanity is that the accused was aware of or wilfully blind to facts or circumstances which would bring his or her acts within the definition of a crime against humanity. However it would not be necessary to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane. It is sufficient if the Crown

juger des personnes qui vivent au Canada relativement à des crimes qu'ils auraient commis en pays étranger si les conditions précisées au par. 7(3.71) sont remplies. La plus importante de ces conditions pour les fins de la présente affaire est que le crime reproché doit constituer un crime de guerre ou un crime contre l'humanité qui, comparé à une infraction commise au pays, met en cause d'autres éléments fondamentalement importants. C'est donc la nature de l'acte commis qui est d'importance primordiale dans la détermination de la compétence.

Les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre nécessitent chez l'accusé un élément de connaissance subjective des conditions factuelles qui font de ses actes des crimes contre l'humanité. L'élément moral d'un crime contre l'humanité doit comporter une connaissance des faits ou des circonstances qui entraîneraient les actes dans la sphère d'un crime contre l'humanité. Il n'est pas nécessaire, cependant, d'établir que l'accusé savait que ses actes étaient inhumains. De même, en ce qui concerne les crimes de guerre, le ministère public aurait le fardeau d'établir que l'accusé connaissait les faits ou circonstances qui faisaient que ses actes étaient visés par la définition de crime de guerre. Il aurait fallu que l'accusé sache qu'un état de guerre existait et que ses actes, même en temps de guerre, choqueraient la conscience de tous les gens sensés. Subsidiairement, l'exigence relative à la *mens rea* des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre sera remplie s'il est établi que l'accusé a volontairement fermé les yeux sur les faits ou circonstances en raison desquels ses actes sont visés par les dispositions prévoyant ces infractions.

Le libellé du paragraphe, ainsi que les stigmates et les conséquences qui découleraient d'une déclaration de culpabilité indiquent tous que le ministère public doit établir que l'accusé a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Il s'agit là d'un aspect intégral et essentiel de l'infraction. Il ne suffit pas de démontrer simplement que l'infraction commise au Canada constituerait un vol qualifié, une séquestration ou un homicide involontaire coupable. Il faut établir un élément supplémentaire d'inhumanité pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu de ce paragraphe. L'élément moral dont il faut faire la preuve pour qu'il s'agisse d'un crime contre l'humanité est que l'accusé connaissait les faits ou les circonstances en raison desquels ses actes seraient visés par la définition de crime contre l'humanité, ou qu'il n'en n'a volontairement tenu aucun compte. Il ne serait toutefois pas nécessaire d'établir que l'accusé savait que ses actions étaient inhumaines. Il suffit que le ministère public établisse que les actes, considérés par

establishes that the actions viewed by a reasonable person in the position of the accused were inhumane.

Similarly for war crimes the Crown would have to establish that the accused knew or was aware of facts that brought his or her action within the definition of war crimes, or was wilfully blind to those facts. It would not be necessary to prove that the accused actually knew that his or her acts constituted war crimes. It is sufficient if the Crown establishes that the acts, viewed objectively, constituted war crimes.

### *The Defences*

The defence of obedience to superior orders and the peace officer defence are available to members of the military or police forces in prosecutions for war crimes and crimes against humanity. Those defences are subject to the manifest illegality test: the defences are not available where the orders in question were manifestly unlawful. Even where the orders were manifestly unlawful, the defence of obedience to superior orders and the peace officer defence will be available in those circumstances where the accused had no moral choice as to whether to follow the orders. There can be no moral choice where there was such an air of compulsion and threat to the accused that he or she had no alternative but to obey the orders.

### *Trial Judge's Calling Evidence*

The trial judge, in order to take the unusual and serious step of the court's calling witnesses, must believe it essential to exercise his or her discretion to do so in order to do justice in the case. Here, where the trial judge had decided that certain evidence was essential to the narrative, it was a reasonable and proper exercise of this discretion to call the evidence if the Crown refused to do so. It is essential in a case where the events took place 45 years ago that all material evidence be put before the jury. With the passage of time it becomes increasingly difficult to get at the truth of events: witnesses die or cannot be located, memories fade, and evidence can be so easily forever lost. It is then essential that in such a case all available accounts are placed before the court. The argument that all cases pose difficulties in presenting a defence fails to recognize that this case, because of the time elapsed, presents very real

une personne raisonnable dans la situation de l'accusé, étaient inhumains.

De même, pour ce qui est des crimes de guerre, le ministère public serait tenu d'établir que l'accusé avait une connaissance ou une conscience des faits qui faisait que ses actes étaient visés par la définition de crime de guerre, ou qu'il n'en a volontairement tenu aucun compte. Il ne serait pas nécessaire de démontrer que l'accusé savait effectivement que ses actes constituaient des crimes de guerre. Il suffit que le ministère public établisse que les actes, considérés de façon objective, constituaient des crimes de guerre.

### *Les moyens de défense*

Les membres des forces militaires ou policières peuvent invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et celui de l'agent de la paix dans des poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Ces moyens de défense sont examinés en regard du critère de l'illégalité manifeste: ils ne peuvent être invoqués lorsque les ordres en question étaient manifestement illégaux. Même dans le cas où les ordres étaient manifestement illégaux, le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et celui de l'agent de la paix pourront être invoqués si l'accusé n'avait pas la liberté morale d'y obéir ou non. Il ne saurait y avoir liberté morale lorsque l'accusé voyait dans les ordres un élément de contrainte ou de menace telle qu'il n'avait d'autre choix que d'y obéir.

### *La présentation d'éléments de preuve par le juge du procès*

Le juge du procès doit, pour recourir à la pratique inhabituelle et sérieuse de citer lui-même des témoins, estimer qu'il est nécessaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour que justice soit rendue. En l'espèce, comme le juge du procès avait décidé que certains éléments de preuve étaient essentiels au récit, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de présenter la preuve si le ministère public refusait de le faire était raisonnable et approprié. Dans une affaire où les événements se sont déroulés il y a 45 ans, il est essentiel que tous les éléments de preuve pertinents soient présentés au jury. Les années écoulées rendent difficile la tâche d'obtenir la vérité sur les événements: les témoins meurent ou sont introuvables, la mémoire décline et les éléments de preuve peuvent si facilement être perdus à jamais. Il est alors important que, dans un tel cas, toutes les versions existantes soient présentées à la cour. L'argument selon lequel toutes les affaires posent des difficultés de présentation d'une défense ne reconnaît pas le fait que, en

difficulties for the defence in getting at the truth which is not comparable to other cases.

The trial judge properly took into account the fact that if he did not call the evidence the defence would be required to do so and as a result lose its right to address the jury last. Where the trial judge has found that the evidence in question should have been called by the Crown, the issue of who addresses the jury last is indeed relevant. If this were not so it would be open to the Crown not to call certain evidence in order to force the defence to give up its right to address the jury last. (The Crown here did not act for improper reasons.) The opportunity for such abuse should not be left open. Further, the trial judge's concern for the order of addresses to the jury was secondary to his finding that the evidence was essential to the narrative.

Finally, the trial judge did not need to wait until after the defence had decided whether or not to call evidence before he called the evidence in question. The trial judge could not wait until the defence had finished its case without risking offending the rule that a trial judge should not call evidence himself or herself after the close of the defence case unless the matter was unforeseeable. If the trial judge had waited, and the defence had elected not to call evidence, the trial judge would have been prevented from calling the evidence at that time, as the matter was readily foreseeable, and calling it at that point would have been prejudicial to the defence.

### The Cross-Appeal

*Does Section 7(3.74) and (3.76) of the Criminal Code Violate Section 7 of the Charter Because these Purport to Remove the Protection of Section 15 of the Criminal Code?*

Respondent, even though he acted in obedience to the law (the Baky Order), could not argue that he had an honest but mistaken belief that that decree was lawful so as to absolve him of fault. He still had the guilty mind required to found a conviction. Section 7(3.74) does not, by permitting the removal of this defence, result in a breach of fundamental justice in violation of s. 7 of the Charter. When the Criminal Code provides that a defence is to be expressly excluded it is because Parliament has determined that the criminal act is of such a nature that not only is the disapprobation of society warranted, but also the act cannot be justified by the

l'espèce, en raison du temps écoulé, la défense éprouve des difficultés très réelles à établir la vérité, lesquelles ne peuvent se comparer à ce qui se produit dans d'autres affaires.

<sup>a</sup> Le juge du procès a eu raison de tenir compte du fait que, s'il ne présentait pas la preuve, la défense devrait le faire et, en conséquence, perdrait son droit de s'adresser au jury en dernier. Lorsque le juge du procès conclut que la preuve en question aurait dû être produite par le ministère public, la question de savoir qui s'adresse au jury en dernier est effectivement pertinente. Sinon, il serait loisible au ministère public de ne pas produire certains éléments de preuve afin de forcer la défense à abandonner son droit de s'adresser au jury en dernier. <sup>b</sup> (Les motifs du ministère public en l'espèce n'étaient pas illégitimes.) Il faudrait fermer la porte au risque d'un tel abus. En outre, la préoccupation du juge du procès quant à l'ordre des exposés au jury était d'importance secondaire par rapport à sa conclusion que la preuve était <sup>c</sup> essentielle au récit. <sup>d</sup>

Enfin, le juge du procès n'avait pas à attendre que la défense décide de présenter ou non la preuve en question avant de la présenter lui-même. Il ne pouvait attendre que la défense ait fini de présenter sa preuve sans risquer d'enfreindre la règle suivant laquelle, après que la défense a terminé la présentation de sa preuve, il ne peut présenter de preuve lui-même que si la question était imprévisible. Si le juge du procès avait attendu, et que la défense eût choisi de ne pas présenter de preuve, <sup>e</sup> il n'aurait pu le faire lui-même puisque la question était <sup>f</sup> fort prévisible, et la présenter à ce moment-là aurait causé un préjudice à la défense.

### Le pourvoi incident

*Les paragraphes 7(3.74) et (3.76) du Code criminel violent-ils l'art. 7 de la Charte du fait qu'ils visent à éliminer la protection offerte par l'art. 15 du Code criminel?*

<sup>h</sup> L'intimé, même s'il a agi conformément à la loi (le décret Baky), ne pouvait faire valoir, de façon à être exonéré, qu'il croyait sincèrement, bien que par méprise, que ce décret était légal. Il avait toujours l'intention coupable requise pour être déclaré coupable. Le paragraphe 7(3.74), en permettant l'élimination de ce moyen de défense, ne porte pas atteinte à la justice fondamentale en contravention de l'art. 7 de la Charte. Le Code criminel prévoit l'exclusion expresse d'un moyen de défense lorsque le législateur a déterminé que l'acte criminel est d'une nature telle que, non seulement la désapprobation de la société est fondée, mais l'acte ne

excluded defence. Such a legislative provision will not generally violate s. 7 when a defence is inconsistent with the offence proscribed in that it would excuse the very evil which the offence seeks to prohibit or punish.

*Do the Impugned Sections of the Code Violate the Charter by Reason of Vagueness?*

International law prior to 1944 provided fair notice to the accused of the consequences of breaching the still evolving international law offences. The legislation is not made uncertain merely because the entire body of international law is not codified and that reference must be made to opinions of experts and legal writing in interpreting it. Differences of opinion of international law experts as to these provisions and the questions of fact and law that arise in interpreting and applying them do not render them vague or uncertain. It is the court that must ultimately interpret them.

*Do the Impugned Sections of the Code Violate Section 7 and Section 11(g) of the Charter?*

Although the average citizen is not expected to know in detail the law with respect to a war crime or a crime against humanity, it cannot be argued that he or she had not substantive fair notice of it or that it is vague. Everyone has an inherent knowledge that such actions are wrong and cannot be tolerated whether this perception arises from a moral, religious or sociological stance. These crimes, which violate fundamental human values, are vehemently condemned by the citizens of all civilized nations and are so repulsive, reprehensible and well understood that the argument that their definition is vague or uncertain does not arise. Similarly, the definitions of "war crimes" and "crimes against humanity" do not constitute a standardless sweep authorizing imprisonment. The standards which guide the determination and definition of crimes against humanity are the values that are known to all people and shared by all.

The impugned sections do not violate ss. 7 and 11(g) of the *Charter* because of any allegedly retrospective character. The rules created by the *Charter of the International Military Tribunal* and applied by the Nuremberg Trial represented "a new law". The rule against retroactive legislation is a principle of justice. A retroactive law providing individual punishment for acts which were illegal though not criminal at the time they

peut être justifié par le moyen de défense exclu. De façon générale, la disposition législative ayant cet effet ne viole pas l'art. 7 lorsque le moyen de défense entre en conflit avec l'infraction prévue en ce qu'il excuserait le mal même que l'infraction vise à interdire ou à punir.

*Les dispositions contestées du Code violent-elles la Charte pour des motifs d'imprécision?*

L'état du droit international avant 1944 était tel qu'il pouvait donner un avertissement raisonnable à l'accusé des conséquences de la perpétration des infractions toujours en évolution en droit international. La disposition législative n'est pas imprécise simplement parce que l'ensemble du droit international n'est pas codifié et qu'il faut recourir aux opinions des experts et à la doctrine pour l'interpréter. Les divergences d'opinion entre les experts en droit international relativement à ces dispositions et les questions de droit et de fait qui se posent dans leur interprétation et leur application ne les rendent ni imprécises ni incertaines. Il appartient en dernier lieu au tribunal de les interpréter.

*Les dispositions contestées du Code violent-elles l'art. 7 et l'al. 11g) de la Charte?*

Même si on ne peut s'attendre à ce que le citoyen moyen connaisse en détail le droit régissant les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité, on ne saurait affirmer qu'aucun avertissement raisonnable quant au fond n'a été donné ou que le droit en cette matière est imprécis. Chacun a une connaissance innée que ces actes sont blâmables et ne peuvent être tolérés, que ce soit du point de vue moral, religieux ou sociologique. Ces crimes, qui violent les valeurs humaines fondamentales, sont condamnés de façon véhémentement par les citoyens de toutes les nations civilisées et ils sont répugnants, répréhensibles et connus au point qu'on ne peut tout simplement pas soutenir que leur définition est imprécise et incertaine. De même, les définitions de «crime de guerre» et de «crime contre l'humanité» ne laissent pas une large place à l'arbitraire, permettant l'incarcération. Les normes qui guident la détermination et la définition des crimes contre l'humanité sont des valeurs connues de tous et partagées par tous.

Les dispositions contestées ne violent ni l'art. 7 ni l'al. 11g) de la *Charte* en raison de leur nature supposément rétrospective. Les règles créées par le *Statut du Tribunal militaire international* et appliquées dans le cadre des procès de Nuremberg constituaient «de nouvelles règles de droit». La règle de la non-rétroactivité des lois est un principe de justice. La loi qui prévoit rétroactivement une peine individuelle pour des actes

were committed, however, is an exception to the rule against *ex post facto* laws. Individual criminal responsibility represents certainly a higher degree of justice than collective responsibility. Since the internationally illegal acts for which individual criminal responsibility has been established were also morally the most objectionable and the persons who committed them were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them cannot be considered as incompatible with justice. Justice required the punishment of those committing such acts in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they were performed. It follows that it was appropriate that the acts were made punishable with retroactive force.

*Did the Pre- and Post-Charge Delay Violate Sections 7, 11(b) and 11(d) of the Charter?*

The pre- and post-charge delay does not violate the *Charter* principles of fundamental justice (s. 7), the right to trial without unreasonable delay (s. 11(b)) and the right to be presumed innocent (s. 11(d)). The principles set out in *R. v. Askov* accordingly need not be extended to the situation here. Indeed, the delay was far more likely to be prejudicial to the Crown's case than it was to that of the defence. The documentary and physical evidence not available to the defence was probably destroyed during the war and therefore would not have been available for trial even if held a few years after the war. With regard to post-charge delay, the indictment was preferred less than a year after the legislation was proclaimed. This was a minimal and very reasonable period of delay.

*Do the Impugned Sections of the Code Violate Sections 7 and 15 of the Charter?*

The impugned sections do not infringe the equality provisions of s. 15 of the *Charter*. The fact that the legislation relates only to acts or omissions performed by individuals outside Canada is not based on a personal characteristic but on the location of the crime. The group of persons who commit a war crime or a crime against humanity outside of Canada cannot be considered to be a discrete and insular minority which has suffered stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice. Similarly, these sections, notwithstanding the allegation that they allegedly subject the individual to prosecution based on an

qui, à l'époque où ils ont été commis, étaient illégaux sans être criminels, est toutefois une exception à la règle contre les lois adoptées après le fait. La responsabilité criminelle individuelle offre certainement une plus grande justice que la responsabilité collective. Puisque les actes illégaux en droit international, à l'égard desquels la responsabilité criminelle individuelle a été établie, étaient également des plus blâmables du point de vue moral, et que les auteurs de ces actes étaient certainement conscients de leur nature immorale, on peut difficilement considérer que la rétroactivité de la loi appliquée à leur égard est tout à fait contraire à la justice, qui exigeait la punition de ces personnes, en dépit du fait que, dans le cadre du droit positif, ces actes n'étaient pas punissables à l'époque où ils ont été commis. Il s'ensuit qu'il était approprié que les actes aient été rendus punissables rétroactivement.

*Les délais antérieur et postérieur à l'accusation violent-ils l'art. 7 et les al. 11b) et 11d) de la Charte?*

Les délais antérieur et postérieur à l'accusation ne violent pas les principes de justice fondamentale (art. 7), le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11b)), ni le droit d'être présumé innocent (al. 11d)). Les principes établis dans l'arrêt *R. c. Askov* n'ont donc pas à être étendus à la situation en l'espèce. En fait, il est beaucoup plus probable que le délai ait été plus préjudiciable à la preuve du ministère public qu'il ne le fut pour la défense. La preuve documentaire et matérielle qui n'existait plus pour la défense a probablement été détruite pendant la guerre et elle n'aurait donc pas pu être utilisée même si un procès avait eu lieu quelques années après la guerre. En ce qui concerne le délai postérieur à l'accusation, moins d'un an s'est écoulé entre le moment où la disposition législative est entrée en vigueur et celui où l'acte d'accusation a été présenté. Le délai était minime et très raisonnable.

*Les dispositions contestées du Code violent-elles les art. 7 et 15 de la Charte?*

Les dispositions contestées ne violent pas les droits à l'égalité garantis à l'art. 15 de la *Charte*. Le fait qu'elles ne portent que sur des faits — actes ou omissions — commis par des individus à l'étranger ne repose pas sur une caractéristique personnelle mais sur le lieu du crime. Le groupe de personnes qui commettent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité à l'étranger ne peut être considéré comme une minorité distincte et isolée ayant souffert de stéréotypes, de désavantages historiques ou de vulnérabilité à des préjugés politiques et sociaux. Pour les mêmes raisons, ces dispositions ne sont pas contraires aux principes de justice

extension of jurisdiction for crimes for which the people of Canada are not criminally liable, are not contrary to the principles of fundamental justice.

*Do the Impugned Provisions Violate Section 12 of the Charter?*

No argument was made with respect to s. 12 (cruel and unusual punishment) of the *Charter*. It was not necessary to consider the application of s. 1.

*Per* Lamer C.J.: The appeal should be dismissed for the reasons given by Cory J. The cross-appeal should be dismissed as being moot.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting in part): Section 7(3.71) of the *Criminal Code* confers jurisdiction on Canadian courts to prosecute foreign acts amounting to war crimes or crimes against humanity domestically, according to Canadian criminal law in force at the time of their commission. The provision does not create any new offences. The person who commits the relevant act is not declared guilty of an offence as in all other criminal offences. On the contrary, the nucleus of the provision is its predicate, "shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time". Moreover, no penalty is stipulated. A finding of war crime or crime against humanity does not result in punishment but rather merely opens the door to the next procedural step — the placing before the jury of the charges against the accused for offences defined in the *Code* in respect of acts done outside the country, so long as those acts constitute crimes against humanity or war crimes.

The war crimes and crimes against humanity provision stands as an exception to the general rule regarding the territorial ambit of criminal law. Parliament intended to extend the arm of Canada's criminal law in order to be in a position to prosecute these extraterritorial acts if the alleged perpetrators were discovered here. Although exceptions to s. 6 (which limits the *Code's* application to Canada) can also take the form of offence-creating provisions that expressly embrace extraterritorial acts, the wording of s. 7(3.71) closely resembles that of other purely jurisdiction-endowing provisions and can be contrasted with these offence-creating provisions. Had Parliament wished specifically to make war crimes and

fondamentale, malgré les allégations voulant qu'elles permettent d'engager des poursuites contre un individu en se fondant sur une extension de la compétence née des crimes reprochés pour lesquels le législateur ne rend pas les citoyens du Canada criminellement responsables.

*Les dispositions contestées violent-elles l'art. 12 de la Charte?*

Les parties n'ont soumis aucun argument concernant l'art. 12 (peines cruelles et inusitées de la *Charte*). Il n'était pas nécessaire de considérer l'application de l'article premier.

*Le juge en chef Lamer*: Le pourvoi devrait être rejeté pour les motifs énoncés par le juge Cory. Le pourvoi incident devrait être rejeté en raison de son caractère théorique.

*Les juges* La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidents en partie): Le paragraphe 7(3.71) du *Code criminel* confère aux tribunaux canadiens le pouvoir d'entendre des poursuites au Canada, conformément au droit criminel canadien en vigueur à l'époque de leur perpétration, relativement à des actes commis à l'étranger qui équivalent à des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. La disposition ne crée aucune nouvelle infraction. La personne qui commet l'acte visé n'est pas déclarée coupable d'une infraction comme c'est le cas pour les autres infractions criminelles. Au contraire, l'essence de la disposition est son prédicat: «est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque». En outre, aucune peine n'est prévue. La conclusion à l'existence d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité n'entraîne pas une peine; elle ne fait qu'ouvrir la porte à l'étape procédurale suivante — la présentation au jury des chefs d'accusation contre l'accusé pour des infractions définies au *Code* à l'égard d'actes commis à l'étranger, dans la mesure où ces actes constituent des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre.

La disposition relative aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité constitue une exception à la règle générale de la portée territoriale du droit criminel. L'intention du législateur était d'étendre la portée du droit criminel canadien afin que des poursuites puissent être engagées à l'égard de ces actes commis à l'étranger si les auteurs allégués étaient découverts au pays. Les exceptions à l'art. 6 (qui limite au Canada l'application du *Code*) peuvent également revêtir la forme de dispositions créant une infraction qui incluent expressément des actes commis à l'étranger, mais le libellé du par. 7(3.71) ressemble beaucoup à celui d'autres dispositions purement attributives de compétence, et il peut être mis

crimes against humanity domestic offences, it would have been much easier to do so directly.

No distinction should be made between territorial jurisdiction of the court (going to the determination of the proper Canadian court to hear a case) and territorial reach of the criminal law (affecting the definition of the offences themselves). Section 6(2) of the *Code* does not render Canadian territoriality a defining element of its offences. Rather, it merely precludes a person's conviction or discharge for an offence when committed outside Canada in response to the structure of international order which entrusts prosecution of a criminal act to the state in which that act was committed. The fact that an act or an omission may have taken place outside Canada's borders does not negate its quality as culpable conduct.

Questions of jurisdiction are matters of law entrusted to the trial judge. The terms of s. 6 are not absolute; they specifically envision exceptions, whether in the *Code* itself or in other Acts of Parliament. Deciding questions of jurisdiction has been found to be properly entrusted to the trial judge in other circumstances in *R. v. Balcombe* and no reason exists for a different rule to apply to the s. 6 inquiry. Whether the criteria in s. 7(3.71), (whether the act amounts to a war crime or crime against humanity, whether it constituted an offence pursuant to Canadian law at the time of commission, and whether identifiable individuals were involved) creating the exception to s. 6 have been met is a question of law entrusted to the trial judge and not to the jury. If these requirements are not satisfied, the exception to the rule of no extraterritorial application is not met, and the court must decline jurisdiction and acquit the accused even if all the elements of the offences of manslaughter, robbery, confinement or assault may be satisfied.

The jury's role will be similar to that exercised in an ordinary prosecution under our domestic law. Its function, and the charge made to it, will be like those that would be made to a jury determining the underlying offence only. The sole difference will be in relation to justifications, excuses and defences. Section 7(3.73) provides the accused with the benefit of pleading all available international justifications, excuses and

en contraste avec ces dispositions créatrices d'infractions. Si le législateur avait expressément souhaité faire des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité des infractions de droit interne, il aurait pu le faire beaucoup plus facilement de façon directe.

Aucune distinction ne devrait être faite entre la compétence territoriale de la cour (qui vise la détermination du tribunal canadien approprié pour entendre l'affaire) et la portée territoriale du droit criminel (qui touche la définition des infractions elles-mêmes). Le paragraphe 6(2) du *Code* ne fait pas de la territorialité canadienne un élément qui délimite les infractions qui y sont prévues. Il ne fait plutôt qu'exclure la possibilité qu'une personne soit déclarée coupable ou absoute à l'égard d'une infraction commise à l'étranger, en réponse à la structure de l'ordre international, qui confie la poursuite de l'auteur d'un acte criminel à l'État dans lequel l'acte a été commis. Le fait qu'un acte ou une omission se soit produit à l'extérieur des frontières canadiennes n'efface pas sa qualité d'acte coupable.

Les questions de compétence sont des questions de droit confiées au juge du procès. Le libellé de l'art. 6 n'est pas absolu; il prévoit expressément des exceptions, soit dans le *Code* même, soit dans d'autres lois fédérales. On a jugé dans d'autres circonstances dans l'arrêt *R. c. Balcombe* que la décision dans les questions de compétence était à juste titre confiée au juge du procès, et il n'existe aucune raison d'appliquer une règle différente pour ce qui est de la détermination effectuée relativement à l'art. 6. La question de savoir si l'on a satisfait aux critères du par. 7(3.71) (si l'acte équivaut à un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, si l'acte transgressait le droit canadien à l'époque de sa perpétration et si des personnes identifiables étaient impliquées) créant l'exception à l'art. 6 est une question de droit confiée au juge du procès et non au jury. Si ces conditions ne sont pas remplies, aucune exception à la règle qui interdit la poursuite extraterritoriale ne s'applique et le tribunal doit refuser d'exercer toute compétence et acquitter l'accusé, peu importe que tous les éléments des infractions d'homicide involontaire coupable, de vol qualifié, de séquestration ou d'agression puissent être établis.

Le rôle du jury est semblable à celui qu'il assume dans le cadre d'une poursuite ordinaire engagée en vertu de notre droit interne. Sa fonction et la charge dont elle est assortie sont identiques à celles qu'on assigne au jury qui détermine uniquement si l'infraction sous-jacente existe. L'unique différence tiendra dans les justifications, excuses et moyens de défense invoqués. En vertu du par. 7(3.73), l'accusé peut plaider, outre ceux

defences in addition to those existing under domestic law. The one domestic defence made unavailable, by the operation of s. 7(3.74), is the defence of obedience to *de facto* law:

The requirements for jurisdiction need not be proved beyond a reasonable doubt. The trial judge, however, must consider the evidence to satisfy the jurisdiction requirements and not simply base his or her assessment of these requirements on the charges as alleged. Because some of the facts necessary to establish jurisdiction are not the same as those necessary for the jury's determination of the underlying offence, all the findings of fact cannot be left to the jury. Here, since the jury will have to hear much of the same evidence related to the offences as the trial judge would have to hear in relation to the jurisdiction issue, it will usually be more efficient to have the trial judge consider the jurisdiction issue at the same time as the jury hears the evidence related to the offence. If desired, and to keep a jury's mind clear, the parts of the evidence or expert testimony that are completely irrelevant to the jury's concerns can be heard in the jury's absence. At the close of the evidence, the judge will decide whether the conditions for the exercise of jurisdiction have been met. If so, then the court can proceed to hear the jury's verdict.

War crimes and crimes against humanity do not require an excessively high *mens rea* going beyond that required for the underlying offence. In determining the *mens rea* of a war crime or a crime against humanity, the accused must have intended the factual quality of the offence. In almost if not every case, the domestic definition of the underlying offence will capture the requisite *mens rea* for the war crime or crime against humanity as well. Thus, the accused need not have known that his or her act, if it constitutes manslaughter or forcible confinement, amounted to an "inhuman act" either in the legal or moral sense. One who intentionally or knowingly commits manslaughter or kidnapping would have demonstrated the mental culpability required for an inhuman act. The normal *mens rea* for confinement, robbery, manslaughter, or kidnapping, whether it be intention, knowledge, recklessness or wilful blindness, is adequate.

The additional conditions of the *actus reus* requirement under international law are intended to be used to

qu'offre le droit interne, tous les moyens de défense, justifications et excuses qui existent en droit international. Le paragraphe 7(3.74) a toutefois pour effet d'interdire à l'accusé de plaider l'obéissance à la loi de facto.

L'existence des conditions nécessaires à l'exercice de la compétence n'a pas à être démontrée hors de tout doute raisonnable. Toutefois, le juge du procès doit apprécier la preuve afin de satisfaire aux conditions nécessaires à l'exercice de la compétence et il ne doit pas fonder son analyse de ces conditions que sur les accusations portées. Puisque certains des faits requis pour établir la compétence ne sont pas identiques à ceux qui sont requis pour que le jury détermine si l'infraction sous-jacente a été commise, il ne faut pas laisser au jury la tâche de tirer toutes les conclusions de fait. En l'espèce le jury devra entendre, relativement aux infractions, en grande partie la même preuve que le juge du procès aura entendue sur la question de la compétence. Il sera donc généralement plus efficace que le juge du procès se penche sur la question de la compétence au moment où le jury entend la preuve sur l'infraction. Si on le désire, et pour éviter de confondre le jury, les parties de la preuve ou des témoignages d'experts qui sont tout à fait étrangers à ce qui intéresse le jury peuvent être entendues en son absence. Une fois la présentation de la preuve terminée, le juge décidera si les conditions requises pour l'exercice de la compétence ont été remplies. Dans l'affirmative, le tribunal peut entendre le verdict du jury.

Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité n'exigent pas une *mens rea* excessivement élevée allant au-delà de ce qui est requis pour l'infraction sous-jacente. La *mens rea* d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité implique que l'intention de l'accusé visait la qualité factuelle de l'infraction. Dans presque tous les cas, sinon tous, la définition de l'infraction sous-jacente de droit interne englobera la *mens rea* requise pour le crime de guerre ou le crime contre l'humanité. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'accusé ait su que son acte, s'il s'agit d'un homicide involontaire coupable ou d'une séquestration, équivalait à un «acte inhumain» au sens juridique ou moral du terme. Quiconque commet intentionnellement ou sciemment un homicide involontaire coupable ou un enlèvement a démontré la culpabilité morale requise pour un acte inhumain. La *mens rea* normale pour la séquestration, le vol qualifié, l'homicide involontaire coupable ou l'enlèvement suffit, qu'il s'agisse d'intention, de connaissance, d'insouciance ou d'ignorance volontaire.

Les conditions additionnelles de l'exigence de l'*actus reus* en droit international sont censées être utilisées

ascertain whether the factual conditions are such that the international relations concerns of extraterritorial limits do not arise. Since in almost if not every case the *mens rea* for the war crime or crime against humanity will be captured by the *mens rea* required for the underlying offence that will have to be proved to the jury beyond a reasonable doubt, the trial judge will rarely, if ever, have to make any additional findings in relation to the *mens rea* to satisfy the jurisdiction requirements.

If a justification, excuse or defence that would have been available had the accused been charged with the crime under international law rather than the underlying crime is available, it should be referred to the jury with appropriate instructions whether the issue arises on the evidence presented by the Crown or the accused. Under s. 7(3.73) of the *Code*, an accused may rely on any "justification, excuse or defence available . . . under international law" as well as under the laws of Canada. The jury would then have to decide the issue with any reasonable doubt decided in favour of the accused.

The scheme in s. 7(3.71)-(3.77) does not deprive the accused of his or her rights in a manner inconsistent with the principles of fundamental justice. The accused cannot be found guilty of the offence charged (the underlying domestic offence) unless the jury finds the relevant mental element on proof beyond a reasonable doubt. This mental element coincides with that of the war crime or crime against humanity. And if any excuse, justification or defence for the act arises under international law, the accused is entitled to the benefit of any doubt about the matter, including any relevant *mens rea* attached to such excuse, justification or defence. *Charter* jurisprudence relating to fundamental justice does not require, merely because a special stigma might attach to certain offences, that only the jury be entrusted with finding *mens rea* and only on a standard of proof beyond a reasonable doubt. Any stigma attached to being convicted under war crimes legislation does not come from the nature of the offence, but more from the surrounding circumstances of most war crimes and often is a question of the scale of the acts in terms of numbers.

Under the jurisdictional portion of s. 7(3.71), the inquiry goes to assessing whether Canadian courts are able to convict or discharge the perpetrator of the relevant conduct. The preliminary question, whether the rel-

pour s'assurer que les conditions factuelles sont telles que les questions de limites extraterritoriales en matière de relations internationales ne se posent pas. Puisque dans presque tous les cas, sinon tous, la *mens rea* pour le crime de guerre ou le crime contre l'humanité sera englobée dans la *mens rea* requise pour l'infraction sous-jacente, dont il faut apporter la preuve au jury hors de tout doute raisonnable, le juge du procès ne devra que rarement, ou jamais, procéder à des constatations supplémentaires concernant la *mens rea* pour répondre aux exigences de compétence.

Dans le cas où des justifications, excuses ou moyens de défense auraient pu être invoqués si l'accusé avait été inculpé de l'infraction en vertu du droit international plutôt que de l'infraction sous-jacente, il faut les soumettre au jury avec des directives appropriées, que la question soit soulevée par la preuve présentée par le ministère public ou par celle de l'accusé. En vertu du par. 7(3.73) du *Code*, un accusé peut se prévaloir «des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus [...] par [...] le droit international» et par le droit canadien. Le jury devrait alors trancher la question en faisant jouer tout doute raisonnable en faveur de l'accusé.

Le régime établi par les par. 7(3.71) à 7(3.77) ne prive pas l'accusé de ses droits d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. L'accusé ne peut être déclaré coupable de l'infraction reprochée (l'infraction sous-jacente de droit interne) que si le jury conclut que l'élément moral pertinent a été établi hors de tout doute raisonnable. Cet élément moral coïncide avec celui du crime de guerre ou du crime contre l'humanité. Si des excuses, justifications ou moyens de défense peuvent être invoqués en vertu du droit international, l'accusé a droit au bénéfice du doute sur la question, y compris la *mens rea* liée à ces excuses, justifications et moyens de défense. La jurisprudence fondée sur la *Charte* concernant la justice fondamentale n'exige pas, simplement parce qu'un stigmate particulier peut se rattacher à certaines infractions, que la conclusion sur la *mens rea* soit confiée exclusivement au jury et seulement en conformité avec une norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Le stigmate découlant d'une déclaration de culpabilité sous le régime d'une loi sur les crimes de guerre ne résulte pas de la nature de l'infraction, mais plutôt des circonstances qui entourent la plupart des crimes de guerre et souvent de la dimension, en termes numériques, des actes en cause.

Selon la partie du par. 7(3.71) qui traite de compétence, il faut déterminer si les tribunaux canadiens sont habilités à condamner ou exonérer l'auteur du fait en cause. La question préliminaire, celle de savoir si la

evant conduct constitutes a situation evaluated by the international community to constitute one warranting treatment exceptional to the general precepts of international law, involves an assessment of Canada's international obligations and other questions concerning the interrelationship of nations. The culpability of the acts targeted by this provision, from Canada's perspective, arises from, and will be assessed according to Canadian standards of offensive behaviour as embodied in the *Code*. The preliminary question of war crimes or crimes against humanity is more of a political inquiry than one of culpability and accordingly does not traditionally fall within the province of the jury. The international community actively encourages the prosecution of those whose criminal conduct also constitutes war crimes or crimes against humanity.

It is not unfair or contrary to our philosophy of trial by jury to entrust determination of jurisdiction to the trial judge rather than the jury. The assignment of this task is just and well-designed given the technical nature of the actual factual findings that must be made by the trial judge on the preliminary jurisdictional question, as well as the complicated nature of the international law with which he or she must grapple. The technical nature of these inquiries, unrelated as they are to matters of culpability, do not form part of the special capacity of the jury.

The jury's role in the prosecution remains extensive. As in any other domestic prosecution, the jury is the sole arbitrator of whether both the *actus reus* and the *mens rea* for the offence charged are present and whether any domestic defences are available. Moreover, in addition to its normal functions, the jury also decides whether any international justification, excuse or defence is available. These determinations are not merely technical findings to supplement the extensive role of the trial judge; on the contrary, they go to the essence of the accused's culpability. The jury alone decides whether the accused is physically and mentally guilty of the offence charged, on proof beyond a reasonable doubt. The only element removed from the jury's usual scope of considerations in regular domestic prosecutions is the *de facto* law defence (s. 7(3.74)).

Section 7(3.74) does not violate the s. 7 of the *Charter* by removing available defences. Subsections 7(3.73) and (3.74) qualify each other and together indicate that the accused has the benefit of all available international

conduite visée est un cas qui, selon la communauté internationale, justifie un traitement d'exception par rapport aux préceptes généraux du droit international, comporte l'analyse des obligations internationales du Canada et d'autres questions concernant les relations entre nations. Du point de vue du Canada, la culpabilité à l'égard des actes visés par cette disposition résulte de ce qui est considéré comme un comportement répréhensible en vertu de normes canadiennes exprimées dans le *Code*, et doit être évaluée en conséquence. La question préliminaire, en ce qui concerne les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, est plus une question politique qu'une question de culpabilité et, pour cette raison, ne relève traditionnellement pas de la compétence d'un jury. La communauté internationale encourage activement les poursuites contre les personnes dont la conduite criminelle constitue aussi des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

Il n'est pas inéquitable ni contraire à notre conception du procès par jury de confier la détermination de la compétence au juge du procès plutôt qu'au jury. L'attribution de cette tâche est juste et bien conçue compte tenu de la nature technique des véritables constatations de fait incombant au juge du procès sur la question préliminaire de la compétence, ainsi que de la nature complexe du droit international qu'il lui faut saisir. Le caractère technique de ces questions, qui ne sont pas liées aux questions de culpabilité, n'entre pas dans les attributions spéciales du jury.

Le rôle du jury dans les poursuites demeure étendu. Comme dans toute autre poursuite en droit interne, le jury est seul arbitre pour décider si l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction reprochée sont tous deux présents et s'il existe des moyens de défense en droit interne. Par ailleurs, outre ses fonctions habituelles, le jury décide également s'il existe des justifications, excuses ou moyens de défense en droit international. Ces décisions ne sont pas de simples conclusions techniques qui complètent le rôle étendu confié au juge du procès; au contraire, elles vont au cœur même de la question de la culpabilité de l'accusé. Le jury est seul à décider si l'accusé est physiquement et moralement coupable de l'infraction reprochée selon une preuve hors de tout doute raisonnable. Le seul élément qui soit retiré du champ habituel des considérations du jury dans les poursuites en droit interne est le moyen de défense fondé sur la loi de facto (par. 7(3.74)).

Le paragraphe 7(3.74) ne viole pas l'art. 7 de la *Charte* en éliminant des moyens de défense existants. Les paragraphes 7(3.73) et 7(3.74) se modifient l'un l'autre et signifient ensemble que l'accusé a le bénéfice

and domestic justifications, excuses or defences. The operation of s. 7(3.73) only rules out resort to the simple argument that, because a domestic law existed, the conduct was authorized and so excused. The whole rationale for limits on individual responsibility for war crimes and crimes against humanity is that there are higher responsibilities than simple observance of national law. That a law of a country authorizes some sort of clearly inhumane conduct cannot be allowed to be a defence.

The peace officer and the military orders defences put to the jury here exist under Canadian domestic law and relate to arguments based on authorization or obedience to national law. The rationale for these defences is that a realistic assessment of police or military organizations requires an element of simple obedience; there must be some degree of accommodation to those who are members of such bodies. At the same time, totally unthinking loyalty cannot be a shield for any human being, even a soldier. The defence is not simply based on the idea of obedience or authority of *de facto* national law, but rather on a consideration of the individual's responsibilities as part of a military or peace officer unit. Essentially obedience to a superior order provides a valid defence unless the act is so outrageous as to be manifestly unlawful. Further, an accused will not be convicted of an act committed pursuant to an order wherein he or she had no moral choice but to obey.

The war crime provisions do not violate ss. 7 and 11(g) of the *Charter* because they are retroactive. The accused is not being charged or punished for an international offence, but a Canadian criminal offence that was in the *Code* when it occurred.

International law in this area was neither retroactive nor vague. Even on the basis of international convention and customary law, there are many individual documents that signalled the broadening prohibitions against war crimes and crimes against humanity. Numerous conventions indicated that there were international rules on the conduct of war and individual responsibility for them. International law, as expressed by international and national tribunals, continues to maintain that crimes against humanity and war crimes were well established. The strongest source in international law for crimes against humanity, however, are the common domestic

de tous les moyens de défense, justifications et excuses existant en droit international et en droit interne. L'application du par. 7(3.73) ne fait qu'éliminer le simple argument selon lequel, puisqu'une loi interne existait, la conduite reprochée était autorisée et donc excusée. Toute la raison d'être des limites à la responsabilité individuelle pour les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité tient à ce qu'il existe des responsabilités plus élevées que la simple observation du droit interne. Le fait qu'une loi d'un pays autorise quelque conduite clairement inhumaine ne peut être accepté comme moyen de défense.

Le moyen de défense de l'obéissance aux ordres militaires et celui de l'agent de la paix soumis au jury en l'espèce existent en droit canadien et se rapportent aux arguments fondés sur l'autorisation ou l'obéissance à la loi interne. La raison d'être de ces moyens de défense est qu'une analyse réaliste des organisations militaires et policières montre qu'elles exigent un élément d'obéissance pure et simple; il faut donc un certain degré d'adaptation pour les membres de ces organisations. Par ailleurs, la loyauté totalement aveugle ne peut abriter aucun être humain, même un soldat. Le moyen de défense n'est pas simplement fondé sur l'idée d'obéissance ou d'autorité de la loi de facto du pays, mais plutôt sur la considération des responsabilités de l'individu dans le contexte d'une unité de militaires ou d'agents de la paix. En substance, l'obéissance à l'ordre d'un supérieur est une défense valable à moins que l'acte en cause soit tellement choquant qu'il est manifestement illégal. De plus, l'accusé ne sera pas déclaré coupable d'un acte commis en raison d'un ordre s'il n'avait d'autre liberté morale que d'obéir.

Les dispositions relatives aux crimes de guerre ne violent pas l'art. 7 ni l'al. 11g) de la *Charte* pour cause de rétroactivité. L'accusé n'est pas inculpé ou puni à l'égard d'une infraction au droit international, mais d'une infraction criminelle qui était prévue dans le *Code* au moment de sa perpétration.

Le droit international dans ce domaine n'était ni rétroactif ni imprécis. Même sur le fondement des conventions internationales et du droit coutumier, de nombreux documents distincts indiquaient l'élargissement des interdictions des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. De nombreuses conventions montraient qu'il existait des règles internationales sur la conduite d'une guerre et une responsabilité individuelle à cet égard. Le droit international, tel qu'exprimé par des tribunaux internes ou internationaux, continue d'affirmer que l'existence des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité était bien établie. La source la plus solide

prohibitions of civilized nations. The conduct listed under crimes against humanity was of the sort that no modern civilized nation was able to sanction.

The *Code* provisions do not violate s. 11(g) as being retroactive. Section 11(g) of the *Charter* specifically refers to the permissibility of conviction on the basis of international law or the general principles of law recognized by the community of nations. One of the factors motivating the terms of the provision was to remove concerns about otherwise preventing prosecution of war criminals or those charged with crimes against humanity.

Section 7(3.71) (relating to the generality of the definitions of war crimes and crimes against humanity) read with s. 7(3.76) does not violate s. 7 of the *Charter* by reason of vagueness. The offence with which the accused is charged and for which he will be punished is the domestic offence in the 1927 *Code*, and it is readily apparent that the cross appeal is not concerned with arguing that these standard *Code* provisions are unconstitutionally vague. The standard of vagueness necessary for a law to be found unconstitutional is that the law must so lack in precision as not to give sufficient guidance for legal debate. The contents of the customary, conventional and comparative sources provide enough specificity to meet this standard for vagueness.

The pre-trial delay of 45-odd years between the alleged commission of the offence and the laying of charges did not violate ss. 7, 11(b) and 11(d) of the *Charter*. Pre-charge delay, at most, may in certain circumstances have an influence on the assessment of whether post-charge delay is unreasonable but of itself is not counted in determining the delay. The *Charter* does not insulate accused persons from prosecution solely on the basis of the time that elapsed between the commission of the offence and the laying of the charge. No complaint was made as to post-charge delay.

Section 7(3.71) does not violate ss. 7 and 15 of the *Charter* by applying only to acts committed outside Canada. This provision is jurisdictional and creates no new offences. Whether impugned conduct is committed abroad or in Canada, the accused would be charged with the same offence and subject to the same penalty, if con-

en droit international en matière de crimes contre l'humanité est toutefois l'ensemble des interdictions communes de ces crimes dans les pays civilisés. La conduite placée dans la catégorie des crimes contre l'humanité était de celles qu'aucun pays civilisé moderne ne pouvait tolérer.

Les dispositions du *Code* ne violent pas l'al. 11g) pour cause de rétroactivité. Cet alinéa de la *Charte* prévoit expressément la possibilité d'une condamnation en vertu du droit international ou des principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. Un des facteurs qui a motivé le libellé de cette disposition est qu'elle visait à éliminer toute crainte que soient autrement empêchées des poursuites contre des criminels de guerre ou des personnes accusées de crimes contre l'humanité.

Le paragraphe 7(3.71) (en ce qui concerne le caractère général des définitions des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité) pris en corrélation avec le par. 7(3.76) ne viole pas l'art. 7 de la *Charte* pour cause d'imprécision. L'infraction reprochée à l'accusé et pour laquelle il sera puni est l'infraction de droit interne du *Code* de 1927 et il est clair que le pourvoi incident ne vise pas à soutenir que ces dispositions classiques du *Code* sont imprécises au point d'être inconstitutionnelles. Le degré d'imprécision nécessaire pour qu'une loi soit jugée inconstitutionnelle exige que le texte manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. La teneur des sources coutumières, conventionnelles et comparatives est suffisamment explicite pour satisfaire à cette norme.

Le délai avant procès d'environ 45 ans, entre la perpétration alléguée de l'infraction et l'inculpation, ne viole ni l'art. 7 ni les al. 11b) et 11d) de la *Charte*. Les délais qui précèdent l'inculpation peuvent, tout au plus, avoir une influence dans certaines circonstances sur l'évaluation du caractère raisonnable du délai qui suit l'inculpation mais ne comptent pas comme tels dans ce dernier. La *Charte* ne protège pas des accusés contre des poursuites sur le seul fondement du temps qui s'est écoulé entre la perpétration de l'infraction et l'inculpation. Aucune plainte n'a été formulée au sujet du délai qui a suivi l'inculpation.

Le paragraphe 7(3.71) ne viole pas les art. 7 et 15 de la *Charte* pour la raison qu'il s'applique uniquement à des actes commis à l'extérieur du Canada. Cette disposition concerne la compétence et ne crée pas de nouvelles infractions. Que la conduite reprochée ait eu lieu au Canada ou à l'étranger, l'accusé serait inculpé de la

victed. Indeed, any difference in treatment favours the extraterritorial perpetrator.

## Cases Cited

By Cory J.

**Considered:** *Dover Castle*, 16 A.J.I.L. 704 (1921); *Llandovery Castle*, 16 A.J.I.L. 708 (1921); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; **referred to:** *R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557; *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10; *Balcombe v. The Queen*, [1954] S.C.R. 303; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *R. v. Prue*, [1979] 2 S.C.R. 547; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *United States v. Bevans*, 24 Fed. Cas. 1138 (1816), rev'd on jurisdictional grounds, 3 Wheat. 336 (1818); *R. v. Smith* (1900), 17 S.C. 561; *Ofer v. Chief Military Prosecutor* (the *Kafr Qassem* case), [Appeal 279-283/58, *Psakim* (Judgments of the District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], in *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69; *The Einsatzgruppen Case*, 4 Trials of War Criminals 470 (1948); *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. 22, (1946) (Official Text in the English Language); *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Dunlop v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Campbell v. The Queen* (1982), 31 C.R. (3d) 166; *R. v. S. (P.R.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Harris* (1927), 20 Cr. App. R. 86; *R. v. Holden* (1838), 8 Car. & P. 606, 173 E.R. 638; *R. v. Brown*, [1967] 3 C.C.C. 210; *R. v. Bouchard* (1973), 24 C.R.N.S. 31; *R. v. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421; *R. v. Tregear*, [1967] 2 Q.B. 574; *United States v. Lutwak*, 195 F.2d 748 (1952), aff'd 344 U.S. 604 (1952), rehearing denied 345 U.S. 919 (1953); *United States v. Marzano*, 149 F.2d 923 (1945); *United States v. Liddy*, 509 F.2d 428 (1974), certiorari denied 420 U.S. 911 (1975); *Young v. United States*, 107 F.2d 490 (1939); *Estrella-Ortega v. United States*, 423 F.2d 509 (1970); *United States v. Pape*, 144 F.2d 778

même infraction et passible de la même peine, s'il était déclaré coupable. En fait, toute différence de traitement est en faveur du délinquant qui commet l'acte à l'étranger.

## Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts examinés:** *Dover Castle*, 16 A.J.I.L. 704 (1921); *Llandovery Castle*, 16 A.J.I.L. 708 (1921); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; **arrêts mentionnés:** *R. c. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557; *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I., sér. A, n° 10; *Balcombe c. The Queen*, [1954] R.C.S. 303; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *United States c. Bevans*, 24 Fed. Cas. 1138 (1816), inf. pour des motifs de compétence, 3 Wheat. 336 (1818); *R. c. Smith* (1900), 17 S.C. 561; *Ofer c. Chief Military Prosecutor* (l'affaire *Kafr Qassem*) [Appel 279-283/58, *Psakim* (Jugements des Cours de district d'Israël), vol. 44, à la p. 362], dans *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69; *The Einsatzgruppen Case*, 4 Trials of War Criminals 470 (1948); *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, t. 22, (1946) (Texte officiel en langue française); *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Dunlop c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Campbell c. The Queen* (1982), 31 C.R. (3d) 166; *R. c. S. (P.R.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 109; *R. c. Harris* (1927), 20 Cr. App. R. 86; *R. c. Holden* (1838), 8 Car. & P. 606, 173 E.R. 638; *R. c. Brown*, [1967] 3 C.C.C. 210; *R. c. Bouchard* (1973), 24 C.R.N.S. 31; *R. c. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421; *R. c. Tregear*, [1967] 2 Q.B. 574; *United States c. Lutwak*, 195 F.2d 748 (1952), conf. par 344 U.S. 604 (1952), nouvelle audience refusée 345 U.S. 919 (1953); *United States c. Marzano*, 149 F.2d 923 (1945); *United States c. Liddy*, 509 F.2d 428 (1974), certiorari refusé 420 U.S. 911 (1975); *Young c. United States*, 107 F.2d 490 (1939); *Estrella-Ortega c. United States*, 423 F.2d 509 (1970); *United States c.*

(1944); *Steinberg v. United States*, 162 F.2d 120 (1947); *United States v. Browne*, 313 F.2d 197 (1963); *United States v. Ostrer*, 422 F.Supp. 93 (1976); *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.) (Prostitution Reference)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

By La Forest J. (dissenting in part)

*R. v. Symes*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. 22, (1946) (Official Text in the English Language); *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann* (1961), 36 I.L.R. 5, aff'd (1962), 36 I.L.R. 277; *The Almelo Trial*, 1 Law Reports of Trials of War Criminals 35 (1945); *Trial of Lothar Eisentrager*, 14 Law Reports of Trials of War Criminals 8 (1949); *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (1985), certiorari denied, 475 U.S. 1016 (1986); *Josef Altstötter Trial (The Justice Trial)*, 6 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1947); *The Case of the S.S. "Lotus" (1927)*, P.C.I.J., Ser. A, No. 10; *McVey (Re); McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475; *R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557; *Polyukhovitch v. Commonwealth of Australia* (1991), 101 A.L.R. 545; *Balcombe v. The Queen*, [1954] S.C.R. 303; *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Thérout*, [1993] 2 S.C.R. 5; *West Rand Central Gold Mining Co. v. The King*, [1905] 2 K.B. 391; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Ofer v. Chief Military Prosecutor (the Kafr Qassem case)*, [Appeal 279-283/58, *Psakim* (Judgments of the District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], in *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(a), (b), (d), (f), (g), 12, 15, 24(1).  
*Charter of the International Military Tribunal*, Art. 6(c), 8.

*Pape*, 144 F.2d 778 (1944); *Steinberg c. United States*, 162 F.2d 120 (1947); *United States c. Browne*, 313 F.2d 197 (1963); *United States c. Ostrer*, 422 F.Supp. 93 (1976); *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code Criminel (Man.) (Renvoi sur la prostitution)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

Citée par le juge La Forest (dissident en partie)

*R. c. Symes*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, t. 22, (1946) (Texte officiel en langue française); *Attorney-General of the Government of Israel c. Eichmann* (1961), 36 I.L.R. 5, conf. par (1962), 36 I.L.R. 277; *The Almelo Trial*, 1 Law Reports of Trials of War Criminals 35 (1945); *Trial of Lothar Eisentrager*, 14 Law Reports of Trials of War Criminals 8 (1949); *Demjanjuk c. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (1985), certiorari refusé, 475 U.S. 1016 (1986); *Josef Altstötter Trial (The Justice Trial)*, 6 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1947); *Affaire du «Lotus» (1927)*, C.P.J.I., sér. A, n° 10; *McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475; *R. c. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557; *Polyukhovitch c. Commonwealth of Australia* (1991), 101 A.L.R. 545; *Balcombe c. The Queen*, [1954] R.C.S. 303; *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Thérout*, [1993] 2 R.C.S. 5; *West Rand Central Gold Mining Co. c. The King*, [1905] 2 K.B. 391; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Ofer c. Chief Military Prosecutor (l'affaire Kafr Qassem)* [Appel 279-283/58, *Psakim* (Jugements des Cours de district d'Israël), vol. 44, à la p. 362], dans *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11(a), (b), (d), (f), (g), 12, 15, 24(1).  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213(a).

*Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land* (Hague Convention IV, 1907).

*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a).

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 6(2) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 4; am. French version, R.S.C., 1985, c. 1 (4th Supp.), s. 18, Schedule 1, item 1], 7(3) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 5(1)], (3.1) [ad. *ibid.*, s. 5(3)], (3.71) [ad. R.S.C., 1985, c. 30 (3rd Supp.), s. 1], (3.72) [ad. *idem*], (3.73) [ad. *idem*], (3.74) [ad. *idem*], (3.76) [ad. *idem*], (3.77) [ad. R.S.C., 1985, c. 10 (3rd Supp.), s. 1], (4), 14, 15, 19, 25, 74(2), 465(1)(a) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 61(1)], (3) [rep. & sub. *ibid.*, s. 61(4)], 477.1 [ad. S.C. 1990, c. 44, s. 15], 607(6) [ad. R.S.C., 1985, c. 30 (3rd Supp.), s. 1].

*Federal Rules of Evidence*, Rule 614(a).

*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 31.

*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field*, 27 July 1929, 118 L.N.T.S. 303.

*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 85.

*Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in time of War of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 287.

*Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 135.

Order in Council, P.C. 1985-348.

*Statute of the International Court of Justice*, Art. 38(1).

*War Crimes Act 1991*, 1991 (U.K.), c. 13.

*War Crimes Amendment Act 1988*, 1989 (Aust.), No. 3.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 6(2) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 4; mod. version française, L.R.C. (1985), ch. 1 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 18, annexe 1, n<sup>o</sup> 1], 7(3) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 5(1)], (3.1) [aj. *ibid.*, art. 5(3)], (3.71) [aj. L.R.C. (1985), ch. 30 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 1], (3.72) [aj. *idem*], (3.73) [aj. *idem*], (3.74) [aj. *idem*], (3.76) [aj. *idem*], (3.77) [aj. L.R.C. (1985), ch. 10 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 1], (4), 14, 15, 19, 25, 74(2), 465(1)(a) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 61(1)], (3) [abr. & rempl. *ibid.*, art. 61(4)], 477.1 [aj. L.C. 1990, ch. 44, art. 15], 607(6) [aj. L.R.C. (1985), ch. 30 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 1].

*Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* (Convention IV de La Haye de 1907).

*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne*, le 27 juillet 1929, 118 R.T.S.N. 303.

*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 31.

*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 85.

*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 135.

*Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 287.

Décret, C.P. 1985-348.

*Federal Rules of Evidence*, Rule 614(a).

*Statut de la Cour internationale de Justice*, art. 38(1).

*Statut du Tribunal militaire international*, art. 6c), 8.

*War Crimes Act 1991*, 1991 (R.-U.), ch. 13.

*War Crimes Amendment Act 1988*, 1989 (Aust.), n<sup>o</sup> 3.

## Authors Cited

American Law Institute. *Restatement (Third) of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1987.

Annot., 53 A.L.R. Fed. 498.

Annot., 67 A.L.R.2d 538.

Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 45th ed. General editor, P. J. Richardson. London: Sweet & Maxwell, 1993.

Bakker, Jeanne L. "The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement" (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55.

## Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement (Third) of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1987.

Annot., 53 A.L.R. Fed. 498.

Annot., 67 A.L.R.2d 538.

Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 45th ed. General editor, P. J. Richardson. London: Sweet & Maxwell, 1993.

Bakker, Jeanne L. «The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement» (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55.

- Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Canada. Commission of Inquiry on War Criminals. *Commission of Inquiry on War Criminals Report, Part I: Public*. Jules Deschênes, Commissioner. Ottawa: The Commission, 1986.
- Canada. Law Reform Commission. *Our Criminal Law*. Ottawa: Information Canada, 1976.
- Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue no. 41 (January 20, 1981) and Issue no. 47 (January 28, 1981). First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81. Ottawa: Queen's Printer, 1981.
- Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
- Dinstein, Yoram. *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1965.
- Fenrick, W. J. "The Prosecution of War Criminals in Canada" (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256.
- Green, Leslie Claude. "Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity" (1988), 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 217.
- Green, Leslie Claude. *International Law: A Canadian Perspective*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.
- Green, Leslie Claude. "Superior Orders and Command Responsibility" (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167.
- Green, Leslie Claude. "Superior Orders and the Reasonable Man". In *Essays on the Modern Law of War*. Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1985.
- Green, Leslie Claude. *Superior Orders in National and International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1976.
- Green, Leslie Claude. "The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict" (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 320.
- Greenspan, Morris. *The Modern Law of Land Warfare*. Berkeley: University of California Press, 1959.
- Kelsen, Hans. "The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals" (1945), 2:3 *Judge Advocate J.* 8.
- Kelsen, Hans. "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?" (1947), 1 *Int'l L.Q.* 153.
- Lachs, Manfred. *War Crimes: An Attempt to Define the Issues*. London: Stevens & Sons, 1945.
- Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Canada. Commission d'enquête sur les criminels de guerre. *Rapport de la Commission d'enquête sur les criminels de guerre, Partie I: Publique*. Jules Deschênes, Commissaire. Ottawa: La Commission, 1986.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Notre droit pénal*. Ottawa: Information Canada, 1976.
- Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule n° 41 (20 janvier 1981) et fascicule n° 47 (28 janvier 1981). Première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1981.
- Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
- Dinstein, Yoram. *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1965.
- Fenrick, W. J. «The Prosecution of War Criminals in Canada» (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256.
- Green, Leslie Claude. «Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity» (1988), 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 217.
- Green, Leslie Claude. *International Law: A Canadian Perspective*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1988.
- Green, Leslie Claude. «Superior Orders and Command Responsibility» (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167.
- Green, Leslie Claude. «Superior Orders and the Reasonable Man». In *Essays on the Modern Law of War*. Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1985.
- Green, Leslie Claude. *Superior Orders in National and International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1976.
- Green, Leslie Claude. «The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict» (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 320.
- Greenspan, Morris. *The Modern Law of Land Warfare*. Berkeley: University of California Press, 1959.
- Kelsen, Hans. «The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals» (1945), 2:3 *Judge Advocate J.* 8.
- Kelsen, Hans. «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?» (1947), 1 *Int'l L.Q.* 153.

- Lauterpacht, Hersch. "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes" (1944), 21 *Brit. Y.B. Int'l L.* 58.
- Matas, David. *Justice Delayed: Nazi War Criminals in Canada*. By David Matas with Susan Charendoff. <sup>a</sup> Toronto: Summerhill Press, 1987.
- Maxwell-Fyfe, David, Sir. Foreword. In R. W. Cooper, *The Nuremberg Trial*. London: Penguin Books, 1947.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992. <sup>b</sup>
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).
- Newark, Michael and Alec Samuels. "Let the Judge Call the Witness", [1969] *Crim. L. Rev.* 399. <sup>c</sup>
- Oppenheim, L. *International Law: A Treatise*, 6th ed., vol. 2. Edited by H. Lauterpacht. London: Longmans, Green and Co., 1944.
- Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 14th ed. <sup>d</sup> By Michael Newman Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Schwarzenberger, Georg. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict*. London: Stevens & Sons, 1968. <sup>e</sup>
- Schwelb, Egon. "Crimes Against Humanity" (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178.
- Smith, J. C. and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992. <sup>f</sup>
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stenning, Philip C. "One Blind Man To See Fair Play: The Judge's Right To Call Witnesses" (1974), 24 C.R.N.S. 49. <sup>g</sup>
- Stone, Julius. *Legal Controls of International Conflict*. Holmes Beach, Florida: Wm. W. Gaunt & Sons, Inc., 1974. <sup>h</sup>
- Szegedi uj Nemzedék*, April 9, 1944.
- Triggs, Gillian. "Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?" (1987), 16 *M.U.L.R.* 382. <sup>i</sup>
- United Nations. General Assembly. United Nations Resolution on *Principles of international cooperation in the detection, arrest, extradition, and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity*. G.A. Res. 3074, 28 U.N. GAOR Supp. <sup>j</sup> (No. 30) 78, U.N. Doc. A/9030 (1973).
- Lachs, Manfred. *War Crimes: An Attempt to Define the Issues*. London: Stevens & Sons, 1945.
- Lauterpacht, Hersch. "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes" (1944), 21 *Brit. Y.B. Int'l L.* 58.
- Matas, David. *Justice Delayed: Nazi War Criminals in Canada*. By David Matas with Susan Charendoff. Toronto: Summerhill Press, 1987.
- Maxwell-Fyfe, David, Sir. Foreword. In R. W. Cooper, *The Nuremberg Trial*. London: Penguin Books, 1947.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).
- Nations Unies. Assemblée générale. Résolution des Nations Unies sur les *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité*. A.G. Rés. 3074, 28 N.U. AGDO, suppl. (n° 30) 85, Doc. A/9030 N.U. (1973).
- Nations Unies. Commission du droit international. *Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal*. N.U. AGDO, 5<sup>e</sup> sess., suppl. n° 12 (A/1316).
- Newark, Michael and Alec Samuels. "Let the Judge Call the Witness", [1969] *Crim. L. Rev.* 399.
- Oppenheim, L. *International Law: A Treatise*, 6th ed., vol. 2. Edited by H. Lauterpacht. London, Longmans, Green and Co., 1944.
- Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 14th ed. <sup>g</sup> By Michael Newman Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Schwarzenberger, Georg. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict*. London: Stevens & Sons, 1968.
- Schwelb, Egon. "Crimes Against Humanity" (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178.
- Smith, J. C. and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992. <sup>i</sup>
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stenning, Philip C. "One Blind Man To See Fair Play: The Judge's Right To Call Witnesses" (1974), 24 C.R.N.S. 49. <sup>j</sup>

United Nations. International Law Commission. *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*. U.N. GAOR, 5th Sess., Supp. No. 12 (A/1316).

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Williams, S. A. and A. L. C. de Mestral. *An Introduction to International Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

Stone, Julius. *Legal Controls of International Conflict*. Holmes Beach, Florida: Wm. W. Gaunt & Sons, Inc., 1974.

Szegedi uj Nemzedék, April 9, 1944.

<sup>a</sup> Triggs, Gillian. «Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?» (1987), 16 *M.U.L.R.* 382.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

<sup>b</sup> Williams, S. A. and A. L. C. de Mestral. *An Introduction to International Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, 73 C.C.C. (3d) 65, 14 C.R. (4th) 1, 53 O.A.C. 1, 9 C.R.R. (2d) 91, dismissing an appeal from acquittal by Campbell J. sitting with jury. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed. Sections 7(3.74) and 7(3.76) of the *Criminal Code* do not violate ss. 7, 11(a), (b), (d), (g), 12 or 15 of the *Charter*.

C. A. Amerasinghe, Q.C., and Thomas C. Lemon, for the appellant.

Douglas H. Christie and Barbara Kulaszka, for the respondent.

David Matas, for the intervener League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Edward M. Morgan, for the intervener Canadian Jewish Congress.

Joseph R. Nuss, Q.C., and Lieba Shell, for the intervener InterAmicus.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. — I have read the reasons of my colleagues, Justice La Forest and Justice Cory. For the reasons given by Cory J. I would dismiss the appeal. This being so, I would dismiss the cross-appeal as being moot.

<sup>c</sup> POURVOI ET POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, 73 C.C.C. (3d) 65, 14 C.R. (4th) 1, 53 O.A.C. 1, 9 C.R.R. (2d) 91, qui a rejeté un appel d'un acquittement prononcé par le juge Campbell siégeant avec jury. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents. Pourvoi incident rejeté. Les paragraphes 7(3.74) et 7(3.76) du *Code criminel* ne violent pas l'art. 7, les al. 11a), b), d), g), ni les art. 12 ou 15 de la *Charte*.

C. A. Amerasinghe, c.r., et Thomas C. Lemon, pour l'appelante.

<sup>f</sup> Douglas H. Christie et Barbara Kulaszka, pour l'intimé.

<sup>g</sup> David Matas, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

Edward M. Morgan, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

<sup>h</sup> Joseph R. Nuss, c.r., et Lieba Shell, pour l'intervenant InterAmicus.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges La Forest et Cory. Pour les motifs énoncés par le juge Cory, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident en raison de son caractère théorique.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LA FOREST J. (dissenting) — This case concerns the proper understanding of s. 7(3.71)-(3.73) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which constitutes the scheme designed by Parliament to bring war criminals and perpetrators of crimes against humanity to justice in Canada. It also raises a number of issues concerning the constitutional validity of this legislation under several provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The legislation was enacted pursuant to the Report of the Deschênes Commission on War Criminals, *Commission of Inquiry on War Criminals Report*, Jules Deschênes, Commissioner (1986). The Commission was established by Order-in-Council No. 1985-348, which stated, in part, that the "Government of Canada wishes to adopt all appropriate measures necessary to ensure that any . . . war criminals currently resident in Canada . . . are brought to justice". Although the report, released December 30, 1986, named 774 alleged war criminals resident in Canada, to date there have been no convictions obtained using s. 7(3.71)-(3.73). This appeal concerns the first prosecution ever attempted under this legislation.

### Facts

The accused, Imre Finta, was born in Kolozsvár, Hungary (now a part of Romania) in 1912. During the 1930s, he lived and studied law in Szeged, Hungary. In 1935, Mr. Finta enrolled in the Royal Hungarian Military Academy and in January 1939 he was commissioned as an officer in the Royal Hungarian Gendarmerie. The Gendarmerie is most accurately described as an armed paramilitary police force which served the Hungarian government by wielding political muscle in the country's more rural areas. By 1942, Mr. Finta had achieved the rank of captain in this notorious organization.

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Le présent pourvoi porte sur le sens des par. 7(3.71) à (3.73) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui constituent le régime conçu par le législateur pour que les criminels de guerre et les auteurs de crimes contre l'humanité soient traduits en justice au Canada. Il soulève également bon nombre de questions touchant la constitutionnalité de ces dispositions au regard de plusieurs dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les dispositions en question ont été adoptées à la suite du rapport de la Commission Deschênes sur les criminels de guerre, *Rapport de la Commission d'enquête sur les criminels de guerre* — Jules Deschênes, commissaire (1986). La Commission a été créée par le décret n° 1985-348, qui énonçait en partie que le «gouvernement du Canada souhaite prendre toutes les mesures nécessaires pour traduire en justice les criminels de guerre pouvant se trouver sur le territoire canadien». Bien que le rapport, publié le 30 décembre 1986, énumère 774 personnes qu'on allègue être des criminels de guerre résidant au Canada, il n'y a eu à ce jour aucune déclaration de culpabilité fondée sur les par. 7(3.71) à (3.73). Il s'agit en l'espèce de la première poursuite intentée en vertu de ces dispositions législatives.

### Les faits

L'accusé, Imre Finta, est né à Kolozsvár (Hongrie) (qui fait maintenant partie de la Roumanie) en 1912. Dans les années 1930, il vit à Szeged (Hongrie), où il étudie le droit. En 1935, M. Finta s'inscrit dans l'Académie militaire royale de la Hongrie et, en janvier 1939, il est nommé officier dans la Gendarmerie royale de la Hongrie. Celle-ci est plus exactement décrite comme une force policière paramilitaire armée qui sert le gouvernement hongrois en exerçant une certaine force politique dans les parties les plus rurales du pays. En 1942, M. Finta a atteint le rang de capitaine dans cette organisation notoire.

In March 1944, Mr. Fintá was posted to Szeged as commander of the investigative subdivision of the Gendarmerie. That same month Hungary had been occupied by the forces of the Third Reich. Despite the fact that Hungary had joined the Axis powers in 1940, Germany proceeded to install an even more pro-German puppet government in the Hungarian capital of Budapest. Thus, throughout the relevant period, Hungary was a *de facto* occupied state. The Hungarian police and the Gendarmerie came under the direct command of the German SS, and these two organizations were instrumental in administering the anti-Jewish laws adopted by the Nazi government of Germany and the Hungarian government under its control.

The charges against Mr. Finta stem from his time in Szeged. Mr. Finta is alleged to have been in charge of the "de-jewification" of Szeged during the spring of 1944. This activity was authorized by the so-called "Baky Order", the Hungarian Ministry of the Interior Order passed on April 7, 1944. In its essentials, the "Baky Order" called for the isolation, complete expropriation, ghettoization, concentration, entrainment, and eventual deportation (primarily to Auschwitz and Birkenau) of all Hungarian Jews. Once there, these Jews faced either immediate extermination or forced labour followed by eventual extermination. The events at Szeged were duplicated in villages and towns across Hungary throughout that unfortunate spring. There can be no doubt that this process, which my colleague, Justice Cory, has described in all its horrific detail, was an integral part of what the Nazis themselves dubbed the "final solution" to the "Jewish problem", namely the systematic slaughter of every last European Jew.

In 1947-48, Mr. Finta was tried and convicted, *in absentia*, by a Szeged court for "crimes against the people" relating to his role as a Gendarmerie captain during the spring of 1944 purge of Szeged's Jewish population. In 1951, Finta immigrated to Canada. In 1956 he became a Canadian citizen, and has lived in this country ever since.

En mars 1944, il est nommé commandant de la division des enquêtes de la Gendarmerie à Szeged. Le même mois, la Hongrie est occupée par les forces du Troisième Reich. Bien que la Hongrie se soit jointe aux pays de l'Axe en 1940, l'Allemagne met en place un gouvernement fantoche encore plus pro-allemand dans la capitale hongroise de Budapest, si bien que, durant la période pertinente, la Hongrie est en fait occupée. Sous l'autorité directe des SS allemands, la police hongroise et la Gendarmerie contribuent toutes deux à l'application des lois antisémites adoptées par le gouvernement nazi de l'Allemagne et le gouvernement hongrois sous sa férule.

Les accusations portées contre M. Finta sont reliées à l'époque où il vivait à Szeged. On allègue que M. Finta a été chargé, au printemps 1944, de «dégorger» Szeged. Il s'autorisait alors de ce qu'on a appelé le «décret de Baky», pris par le ministre de l'Intérieur hongrois le 7 avril 1944. Essentiellement, le «décret de Baky» prévoit l'isolation, l'expropriation totale, le rassemblement dans les ghettos, la concentration, l'embarquement et enfin la déportation (principalement à Auschwitz et à Birkenau) de tous les Juifs hongrois. Une fois dans ces camps, ces Juifs ont été soit exterminés immédiatement, soit assignés aux travaux forcés, puis exterminés. Les événements de Szeged se sont répétés dans les villes et villages de la Hongrie pendant tout ce funeste printemps. Il n'y a pas de doute que ce plan, que mon collègue le juge Cory a décrit dans tous ses détails morbides, s'inscrivait dans ce que les Nazis eux-mêmes ont appelé la «solution finale» au «problème juif», c'est-à-dire le massacre systématique de tous les Juifs européens.

En 1947 et 1948, M. Finta a été jugé et déclaré coupable *in absentia* par un tribunal de Szeged pour «crimes contre le peuple» en raison du rôle qu'il a joué à titre de capitaine de la Gendarmerie, au printemps 1944, dans l'élimination de la population juive de Szeged. En 1951, Finta a immigré au Canada et, en 1956, il est devenu citoyen canadien. Depuis lors, il vit ici.

Mr. Finta was charged with unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter of 8,617 Jews between May 16 and June 30, 1944 at or about Szeged, Hungary, thereby committing an offence under the definitions of these crimes in the *Criminal Code* existing at the time the offences were committed. The indictment added that such offences constituted crimes against humanity and war crimes under what is now s. 7(3.71) of the *Criminal Code*. The latter reference was added because prosecution for crimes committed abroad cannot ordinarily take place in Canada since criminal offences are generally confined to conduct that takes place in Canada (s. 6 of the *Code*), and the conduct alleged here took place in Hungary. Section 7(3.71), however, permits prosecution for conduct outside Canada if such conduct constitutes a crime against humanity or a war crime and would have been a crime in Canada at the time it took place had it been committed here. As Cory J. states, the principal issue in this case concerns a proper understanding of this and related provisions permitting persons to be prosecuted in Canada for crimes against Canadian law if these crimes also constitute crimes against humanity or war crimes under international law.

My colleague has set forth the judicial history of the case and I need not repeat it except as may be necessary in setting forth my views. For the moment, it suffices to set forth the basic procedural steps in the proceedings. Following a pre-trial motion before the late Callaghan A.C.J. of the Ontario Court, General Division, to consider a number of constitutional issues regarding the validity of the legislation under the *Charter*, a trial was held before Campbell J. sitting with a jury. The accused was acquitted and the acquittal was affirmed by a majority of the Ontario Court of Appeal, Dubin C.J. and the late Tarnopolsky J.A.

Monsieur Finta a été accusé de séquestration, de vol qualifié, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable commis contre 8 617 Juifs entre le 16 mai et le 30 juin 1944 à Szeged (Hongrie) ou aux environs, et d'avoir ainsi commis une infraction visée par la définition de ces crimes au *Code criminel* en vigueur à l'époque où les infractions ont été commises. L'acte d'accusation indique également que ces infractions constituent des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre aux termes de ce qui est maintenant le par. 7(3.71) du *Code criminel*. Ce dernier renvoi a été ajouté parce que les crimes commis à l'étranger ne peuvent normalement faire l'objet de poursuites au Canada, les infractions criminelles étant généralement limitées aux actes commis au Canada (art. 6 du *Code*), alors que l'acte allégué en l'espèce a été commis en Hongrie. Le paragraphe 7(3.71) permet toutefois qu'une poursuite soit engagée à l'égard de l'acte commis à l'extérieur du Canada si cet acte constitue un crime contre l'humanité ou un crime de guerre qui, s'il avait été commis au Canada, y aurait constitué un crime à l'époque où il a été commis. Comme le juge Cory le signale, la question principale en l'espèce porte sur la signification de cette disposition et de celles qui y sont reliées, qui permettent que des personnes soient poursuivies au Canada relativement à des infractions aux lois du Canada si ces infractions constituent également des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre en droit international.

Mon collègue a exposé l'historique judiciaire de l'affaire. Je suis donc dispensé de le reprendre, sauf dans la mesure où la formulation de mes opinions l'exige. Pour l'instant, il suffit d'exposer les étapes principales de l'instance. À la suite d'une requête préliminaire présentée devant le regretté juge en chef adjoint Callaghan de la Cour de l'Ontario, Division générale, afin que soient étudiées certaines questions concernant la constitutionnalité des dispositions législatives au regard de la *Charte*, un procès a été tenu devant le juge Campbell, siégeant avec jury. L'accusé a été acquitté, acquittement que la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a confirmé, le juge en chef Dubin et le regretté juge Tarnopolsky étant dissidents. Le ministère

dissenting. From that decision, the Crown appealed to this Court, raising seven grounds of appeal.

### The Issues

It is only necessary for me to deal with the first two grounds of appeal. These relate to (1) the proper understanding of the jurisdictional nature of the war crimes provisions, and (2) the requirements of international law in relation to the mental element in such crimes. That is because, in my view, serious errors were made in respect of these issues that require the ordering of a new trial. That being so, it is unnecessary for me to address the other issues, which for the most part go to the particular manner in which the trial was conducted. It is right to say, however, that had the provisions been interpreted in the manner I propose, some of the problems, notably in relation to the inflammatory address by defence counsel, could have been avoided or at least mitigated.

In dealing with the two issues I have outlined, I propose to confine myself to attempting to discern the intention of Parliament in enacting the war crimes provision by reference to the ordinary rules of statutory interpretation. The trial judge and the majority of the Court of Appeal attempted to interpret it in light of certain concerns they had about the implications of the *Charter*. While I agree that where a possible interpretation of a provision is consistent with the *Charter*, and another is not, the former is to be preferred, that approach cannot go so far as to permit the courts to rewrite the section; see *R. v. Symes*, [1993] 4 S.C.R. 695. At all events, I do not think the provision as interpreted in accordance with the ordinary canons of statutory construction in any way breaches *Charter* values. I shall discuss the *Charter* issues that constitute the *leitmotif* of the respondent's interpretative approach later, and conclude with the other *Charter* challenges raised in the cross-appeal.

Before entering into a detailed examination of the issues I have just outlined, it is important first to set forth the general economy of s. 7(3.71)-

public se pourvoit contre cette décision devant notre Cour, faisant valoir sept moyens d'appel.

### Les questions en litige

Il suffit que j'examine les deux premiers moyens d'appel. Ils concernent (1) le sens de la nature juridictionnelle des dispositions relatives aux crimes de guerre et (2) les exigences du droit international relatives à l'élément moral requis à l'égard de tels crimes. C'est à mon avis en raison des graves erreurs commises à l'égard de ces questions qu'un nouveau procès doit être ordonné. Cela étant, je n'ai pas à examiner les autres questions qui, pour la plupart, portent sur la manière dont le procès s'est déroulé. Il est vrai toutefois que, si les dispositions avaient été interprétées comme je le propose, certaines difficultés, notamment celles relatives à l'exposé incendiaire de l'avocat de la défense, auraient pu être évitées ou à tout le moins atténuées.

Dans mon analyse des deux questions que j'ai énoncées, je tenterai seulement de saisir l'intention du législateur lorsqu'il a adopté la disposition relative aux crimes de guerre, en me rapportant aux règles ordinaires d'interprétation des lois. Le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont tenté d'interpréter cette disposition à la lumière de certaines de leurs préoccupations face aux incidences de la *Charte*. Certes, je conviens qu'entre l'interprétation d'une disposition qui est compatible avec la *Charte* et celle qui ne l'est pas, il faut préférer la première, mais les tribunaux ne sont toutefois pas pour autant autorisés à récrire l'article en question; voir l'arrêt *R. c. Symes*, [1993] 4 R.C.S. 695. Quoi qu'il en soit, la disposition, interprétée selon les règles ordinaires d'interprétation législative, ne viole à mon avis en aucune façon les valeurs reconnues dans la *Charte*. J'analyserai plus tard les questions relatives à la *Charte* qui forment le *leitmotiv* sur lequel repose la méthode interprétative avancée par l'intimé, et je conclurai avec les autres contestations fondées sur la *Charte* soulevées dans le pourvoi incident.

Avant d'entreprendre l'étude détaillée des questions que je viens d'énoncer, il importe en premier lieu d'exposer l'économie générale des par.

(3.77) and the interrelationship of these provisions with international law for, in my view, this constitutes a necessary first step to a consideration of the specific issues. For a failure to grasp these general issues seems to me to lie at the root of much of the confusion that has arisen in this case.

#### Interrelationship of International Law and Section 7(3.71)-(3.76)

War crimes and crimes against humanity are crimes under international law. They are designed to enforce the prescriptions of international law for the protection of the lives and the basic human rights of the individual, particularly, as befits an international prescription, against the actions of states. They are acts universally recognized as criminal according to general principles of law recognized by the community of nations. While some of these crimes have been given a considerable measure of definition in international documents, as a whole they have not been reduced to the precision one finds in a national system of law. Crimes against humanity, in particular, are expressed in broad compendious terms relying broadly on principles of criminality generally recognized by the international community. Consequently, s. 7(3.76) defines crimes against humanity and war crimes as follows:

7. ...

(3.76) For the purposes of this section,

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

7(3.71) à (3.77) et leur corrélation avec le droit international, puisque c’est, à mon avis, une première étape essentielle à l’examen des questions données. En effet, le fait de ne pas avoir saisi ces questions générales me semble être à l’origine de la plus grande part de la confusion en l’espèce.

#### La corrélation entre le droit international et les par. 7(3.71) à (3.76)

Les crimes de guerre et les crimes contre l’humanité sont des crimes en droit international. Ils sont conçus de manière que soient observées les prescriptions du droit international qui visent la protection de la vie et des droits fondamentaux de chaque individu, particulièrement, comme il convient à une prescription internationale de le faire, contre les actes de l’État. Ils sont des actes universellement reconnus comme ayant un caractère criminel selon les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations. Si certains de ces crimes ont été considérablement précisés dans les documents internationaux, dans l’ensemble, ils n’ont pu faire l’objet d’autant de précision que ce que l’on retrouve dans un régime juridique national. Les crimes contre l’humanité, en particulier, sont énoncés en termes généraux et succincts, qui reposent en grande partie sur les principes de criminalité généralement reconnus par la communauté internationale. Ainsi, le par. 7(3.76) définit ainsi les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre:

7. ...

(3.76) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

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

“war crime” means an act or omission that is committed during an international armed conflict, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts.

Since war crimes and crimes against humanity are prescriptions governing the international legal order, it follows that they must apply against states, which have indeed been brought to account in various international fora. But a state must obviously act through individuals and it would frustrate the prosecution and punishment of war crimes and crimes against humanity if individuals could be absolved of culpability for such crimes by reason only that it was not illegal under the law of the state on behalf of which they acted. Consequently, it is clear that the mere existence of such law cannot be a defence to an individual charged with a war crime. This was well stated in *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. 22, (1946) (Official Text in the English Language), in the following passage, at pp. 465-66:

It was submitted that international law is concerned with the actions of sovereign states and provides no punishment for individuals; and further, that where the act in question is an act of state, those who carry it out are not personally responsible, but are protected by the doctrine of the sovereignty of the state. In the opinion of the Tribunal, both these submissions must be rejected.

... individuals can be punished for violations of international law. Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.

This principle was adopted in the Canadian legislation. Section 7(3.74) of the *Criminal Code*, reads as follows:

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

Comme les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont des prescriptions qui régissent l'ordre juridique international, ils doivent s'appliquer contre les États, qui ont de fait dû rendre des comptes devant divers tribunaux internationaux. Cependant, un État doit de toute évidence agir par l'entremise d'individus; ce serait donc fermer la porte à la poursuite et à la punition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité que d'absoudre les individus de toute culpabilité à l'égard de tels crimes pour le seul motif qu'ils n'ont pas transgressé le droit de l'État au nom duquel ils ont agi. Par conséquent, il est évident que la seule existence de ce droit ne peut constituer un moyen de défense dont peut se prévaloir la personne accusée d'avoir commis un crime de guerre. Cela a été bien expliqué dans *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, t. 22, (1946) (Texte officiel en langue française), aux pp. 495 et 496:

On fait valoir que le Droit international ne vise que les actes des États souverains et ne prévoit pas de sanctions à l'égard des délinquants individuels. On a prétendu encore que lorsque l'acte incriminé est perpétré au nom d'un État, les exécutants n'en sont pas personnellement responsables; ils sont couverts par la souveraineté de l'État. Le Tribunal ne peut accepter ni l'une ni l'autre de ces thèses.

... la violation du Droit international fait naître des responsabilités individuelles. Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international.

Ce principe a été adopté dans la loi canadienne. Le paragraphe 7(3.74) du *Code criminel*, dispose en effet que:

7. ...

(3.74) Notwithstanding subsection (3.73) and section 15, a person may be convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection (3.71) even if the act or omission is committed in obedience to or in conformity with the law in force at the time and in the place of its commission.

The existence of such *de facto* laws is not, however, totally irrelevant in considering situations where a person had no moral choice in doing what he or she did. This can be seen from the formulation by the International Law Commission in 1950 of the Principles of the Nuremberg Charter and Judgment; see U.N. General Assembly Official Records, 5th Sess., Supp. No. 12 (A/1316). Principle IV reads:

#### PRINCIPLE IV

The fact that a person acted pursuant to orders of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him.

Having said this, I note in passing that there is ordinarily nothing all that subtle about war crimes. The moral aspect leaps immediately to the consciousness of anyone with any moral sensitivity. The shooting of civilians in the absence of a mistake of fact or a superior order is an example. In the latter case, the accused may raise this as a defence only if he has no moral choice, in which case there are defences available both under international and domestic law. Apart from this, such acts obviously involve moral culpability on the part of the perpetrator. That is surely so of the facts here where the rounding up of 8,617 defenceless people, men, women and children, and confining and transporting them under unspeakable conditions outside the country to meet their fate strikes one as morally vile and inexcusable if it appears that an accused has done this without a valid justification, excuse or defence.

Since war crimes and crimes against humanity reflect the views of the members of the family of nations as they may be found not only in international conventions but also in customary interna-

7. ...

(3.74) Par dérogation au paragraphe (3.73) et à l'article 15, une personne peut être déclarée coupable d'une infraction à l'égard d'un fait visé au paragraphe (3.71), même commis en exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

L'existence de telles lois de facto n'est toutefois pas entièrement sans pertinence dans l'examen des cas où une personne n'avait eu d'autre liberté morale que de faire ce qu'elle a fait. On peut le constater par la formulation en 1950, par la Commission du droit international, des Principes du Statut et de l'arrêt de Nuremberg; voir Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, 5<sup>e</sup> sess., suppl. n° 12 (A/1316). L'article IV de ces principes dispose:

#### PRINCIPE IV

Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international, s'il a eu moralement la faculté de choisir.

Cela étant dit, je remarque en passant que les crimes de guerre n'ont généralement rien de subtil. L'aspect moral s'impose immédiatement à la conscience de la personne douée de sensibilité morale. Le fait de tirer sur des civils en l'absence d'erreur de fait ou d'ordre d'un supérieur en est un exemple. Dans le dernier cas, l'accusé ne peut recourir à ce moyen de défense que s'il n'a aucune liberté morale, auquel cas il existe des moyens de défense tant en droit international qu'en droit interne. Cela mis à part, ces actes entraînent évidemment la culpabilité morale de l'auteur. C'est sûrement le cas des faits en l'espèce, où le rassemblement de 8 617 hommes, femmes et enfants sans défense, leur isolation et leur transport dans des conditions indescriptibles à l'extérieur du pays, où ils devaient subir leur destin, semblent moralement vils et inexcusables s'il appert que l'accusé a agi ainsi sans excuse, moyen de défense ou justification valide.

Puisque les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité reflètent les opinions des membres de la famille des nations, qui sont formulées non seulement dans les conventions internationales, mais

tional law in respect of such crimes, it follows that they would be subject to similar justifications, excuses and defences as apply in respect of such crimes in domestic law. For one of the sources of international law is "the general principles of law recognized by civilized nations" (see Art. 38(1)(c) of the *Statute of the International Court of Justice*, Acts and Documents Concerning the Organization of the Courts, No. 4, *Charter of the United Nations, Statute and Rules of Court and Other Documents* (1978)), a matter specifically referred to in the definition of "crimes against humanity". Consequently, then, provision for these justifications, excuses and defences are provided in s. 7(3.73) of the *Code*. Of particular relevance to war crimes would be issues going to the mental intent, necessity, duress and mistake of fact, as well as defences specifically available to peace officers and military forces. There are, as well, additional defences available for these international crimes, such as military necessity, superior orders and reprisals. By virtue of s. 7(3.73), any justification, excuse or defence available under international law as well as under the law of Canada at the time of the commission of the alleged offence are made available to an accused charged by virtue of the Canadian legislation. Section 7(3.73) reads as follows:

7. ...

(3.73) In any proceedings under this Act with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71), notwithstanding that the act or omission is an offence under the laws of Canada in force at the time of the act or omission, the accused may, subject to subsection 607(6), rely on any justification, excuse or defence available under the laws of Canada or under international law at that time or at the time of the proceedings.

It follows from the ordinary principles of criminal law followed in Canadian courts that any reasonable doubt on these matters is to be determined in favour of the accused.

Since war crimes and crimes against humanity are crimes against international prescriptions and,

également dans le droit international coutumier relatif à de tels crimes, il s'ensuit que l'on pourrait invoquer en droit international des justifications, excuses et moyens de défense semblables à ceux qui s'appliquent aux mêmes crimes en droit interne. En effet, le droit international a notamment comme source «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» (voir l'al. 38(1)c) du *Statut de la Cour internationale de Justice*, Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour, N° 4, *Charte des Nations Unies, Statut et Règlement de la Cour et autres textes* (1978)), élément expressément mentionné dans la définition de «crime contre l'humanité». Ainsi donc, ces justifications, excuses et moyens de défense sont prévus au par. 7(3.73) du *Code*. Les questions d'intention morale, de nécessité, de coercition et d'erreur de fait, de même que les moyens de défense expressément offerts aux policiers et aux forces militaires sont d'une pertinence particulière à l'égard des crimes de guerre. Il existe également d'autres moyens de défense à l'égard des crimes internationaux, comme la nécessité militaire, les ordres de supérieurs et le risque de représailles. Aux termes du par. 7(3.73), la personne accusée sous le régime de la loi canadienne peut se prévaloir des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus en droit international et en droit canadien à l'époque de la perpétration de l'infraction reprochée. Le paragraphe 7(3.73) dispose:

7. ...

(3.73) Sous réserve du paragraphe 607(6) et bien que le fait visé au paragraphe (3.71) constitue une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, l'accusé peut, dans le cadre des poursuites intentées sous le régime de la présente loi à l'égard de ce fait, se prévaloir des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus à cette époque ou celle du procès par le droit canadien ou le droit international.

Selon les principes ordinaires du droit criminel appliqués par les tribunaux canadiens, tout doute raisonnable sur ces questions doit être résolu en faveur de l'accusé.

Puisque les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont des crimes contre les prescriptions

indeed, go to the very structure of the international legal order, they are not under international law subject to the general legal prescription (reflected in s. 6(2) of our *Code*) that crimes must ordinarily be prosecuted and punished in the state where they are committed; see *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann* (1961), 36 I.L.R. 5. Indeed the international community has encouraged member states to prosecute war crimes and crimes against humanity wherever they have been committed. See the four Geneva Conventions of 1949 (*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 31, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 85, *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 135, and *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in time of War of August 12, 1949*, 75 U.N.T.S. 287); United Nations Resolution on Principles of international cooperation in the detection, arrest, extradition, and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity, G.A. Res. 3074, 28 U.N. GAOR, Supp. (No. 30) 78, U.N. Doc. A/9030 (1973); *War Crimes Amendment Act 1988*, 1989 Aust., No. 3; *War Crimes Act 1991*, 1991 (U.K.), c. 13; *Restatement (Third) of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, § 404 (1987); *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, *supra*, at p. 461; *The Almelo Trial*, 1 Law Reports of Trials of War Criminals 35 (1945) (U.S.M.T. Almelo); *Trial of Lothar Eisentrager*, 14 Law Reports of Trials of War Criminals 8 (1949) (U.S.M.T. Shanghai), at p. 15; *The Eichmann Case*, *supra*, at p. 50, *aff'd* (1962), 36 I.L.R. 277, at p. 299 (Isr. S.C.); *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (6th Cir. 1985), at pp. 582-83, *certiorari denied*, 475 U.S. 1016 (1986); I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (4th ed. 1990), at p. 305; S. A. Williams and A. L. C. de Mestral, *An Introduction to International Law* (2nd ed. 1987), at pp. 130-31. It would be pointless to rely solely on the state where such a crime has been committed, since that state will often be

internationales et que, de fait, ils attaquent la structure même de l'ordre juridique international, ils ne sont pas, en droit international, assujettis à la prescription juridique générale (reproduite au par. 6(2) du *Code*), portant que les auteurs de crimes doivent généralement être poursuivis et punis dans l'État où ils ont commis le crime; voir *Attorney-General of the Government of Israel c. Eichmann* (1961), 36 I.L.R. 5. En fait, la communauté internationale a encouragé les États membres à engager des poursuites à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis. Voir les quatre Conventions de Genève de 1949 (*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 31, *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 85, *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 135, et *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 287); Résolution des Nations Unies sur les Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtimement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, A.G. Rés. 3074, 28 N.U. AGDO, suppl. (n° 30) 85, Doc. A/9030 N.U. (1973); *War Crimes Amendment Act 1988*, 1989 Austr., n° 3; *War Crimes Act 1991*, 1991 (R.-U.), ch. 13; *Restatement (Third) of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, § 404 (1987); *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, précité, à la p. 491; *The Almelo Trial*, 1 Law Reports of Trials of War Criminals 35 (1945) (U.S.M.T. Almelo); *Trial of Lothar Eisentrager*, 14 Law Reports of Trials of War Criminals 8 (1949) (U.S.M.T. Shanghai), à la p. 15; *The Eichmann Case*, précité, à la p. 50, *conf. par* (1962), 36 I.L.R. 277, à la p. 299 (C.S. Isr.); *Demjanjuk c. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (6th Cir. 1985), aux pp. 582 et 583, *certiorari refusé*, 475 U.S. 1016 (1986); I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (4<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 305; S. A. Williams et A. L. C. de Mestral, *An Introduction to*

implicated in the crime, particularly crimes against humanity. This concept was forcefully and unequivocally expressed by the U.S. Military Tribunal in the justice trials (*Josef Altstötter Trial (The Justice Trial)*), 6 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1947) (U.S.M.T. Nuremberg), at p. 49, where it was stated:

The very essence of the prosecution case is that the laws, the Hitler decrees and the Draconic, corrupt, and perverted Nazi judicial system themselves constituted the substance of war crimes and crimes against humanity and that participation in the enactment and enforcement of them amounts to complicity in crime. We have pointed out that governmental participation is a material element of the crime against humanity. Only when official organs of sovereignty participated in atrocities and persecutions did those crimes assume international proportions.

The central concern in the case of crimes against humanity is with such things as state-sponsored or sanctioned persecution, not the private individual who has a particular hatred against a particular group or the public generally. Extraterritorial prosecution is thus a practical necessity in the case of war crimes and crimes against humanity. Not only is the state where the crime took place unlikely to prosecute; following the cessation of hostilities or other conditions that fostered their commission, there also is a tendency for the individuals who perpetrated them to scatter to the four corners of the earth. Thus, war criminals would be able to elude punishment simply by fleeing the jurisdiction where the crime was committed. The international community has rightly rejected this prospect.

Turning again to the interrelationship between war crimes and crimes against humanity and Canadian criminal law, it is notable that the Deschênes Commission was of the view that a prosecution could be launched against a war criminal before a Canadian superior court of criminal jurisdiction on the basis of a violation of "the general principles of

*International Law* (2<sup>e</sup> éd. 1987), aux pp. 130 et 131. Il serait vain de se reposer uniquement sur l'État où un tel crime a été commis, puisqu'il arrive fréquemment que cet État soit impliqué, particulièrement dans les crimes contre l'humanité. C'est ce qu'a exposé avec force et sans équivoque le tribunal militaire des États-Unis dans les procès Justice (*Josef Altstötter Trial (The Justice Trial)*), 6 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1947) (U.S.M.T. Nuremberg), où il dit, à la p. 49:

[TRADUCTION] La poursuite prétend essentiellement que les lois, les décrets de Hitler et le système judiciaire nazi, lequel était draconien, corrompu et pervers, constituaient eux-mêmes l'essence des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, et que la participation dans leur adoption et leur application équivaut à une complicité dans le crime. Nous avons souligné que la participation du gouvernement est un élément important du crime contre l'humanité. C'est seulement lorsque les organes officiels de souveraineté ont pris part aux atrocités et à la persécution que ces crimes ont revêtu des proportions internationales.

Le principal intérêt dans le cas de crimes contre l'humanité porte sur des facteurs comme la persécution encouragée ou sanctionnée par l'État, et non sur la haine particulière que ressent un individu envers un groupe déterminé ou le public en général. La poursuite extra-territoriale est donc une nécessité pratique dans le cas des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Non seulement il est peu vraisemblable que l'État où le crime a été commis poursuive l'auteur, mais, après la cessation des hostilités ou des autres circonstances encourageant la perpétration des crimes, leurs auteurs ont tendance à se disperser aux quatre coins de la terre. Les criminels de guerre pourraient donc éviter toute punition simplement en fuyant la juridiction où le crime a été commis. La communauté internationale a à bon droit éliminé cette possibilité.

Si l'on revient à la corrélation entre, d'une part, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité et, d'autre part, le droit criminel canadien, il convient de remarquer que la Commission Deschênes était d'avis qu'une poursuite pouvait être intentée contre un criminel de guerre devant une cour supérieure canadienne de juridiction crimi-

law recognized by the community of nations". This finding was based on two factors: (1) s. 11(g) of the *Charter*, which, in the Commission's view, adopted "customary" international law *lato sensu* into Canadian law, and (2) the principle of universal jurisdiction; see Deschênes Commission, *supra*, at p. 132. However, the Commission dismissed this option on the grounds that "[a] prosecution under international law appears too esoteric"; *ibid.*, at p. 133. The Commission took the view that a preferable vehicle for the prosecution of war criminals would be for Parliament to pass enabling legislation whereby prosecution of war criminals could be pursued in Canada based on crimes known to Canadian criminal law. The international aspect of these crimes would, pursuant to the principle of universality inherent in these grievous acts, continue to provide the jurisdictional link to Canada, so long as the international crimes were known to international law at the time and place of their commission.

Despite the Deschênes Commission's assumption that s. 11(g) of the *Charter*, coupled with the universality jurisdiction associated with these war crimes and crimes against humanity, could ground a prosecution in Canada, it is not self-evident that these crimes could be prosecuted in Canada in the absence of legislation. On the analogy of other international authority in the area, it is certainly arguable that the international norm regarding universality of jurisdiction is permissive only (see *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10), and the language of s. 11(g) of the *Charter* also appears to be framed in permissive terms. Thus it is by no means clear that prosecution could automatically be pursued for these crimes before the courts of the various states, especially Canada where, barring express exception, crimes must comply with the requirement that they were committed within Canada's territory (s. 6 of the *Code*). Under these circumstances, it is not surprising that Parliament saw fit by s. 7(3.71) of the *Code*, to confer jurisdiction on Canadian courts by providing expressly that, notwithstanding any provision in the *Code* or any other Act, a war crime or

nelle sur le fondement de la violation des «principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations». Cette conclusion était fondée sur deux facteurs: (1) l'al. 11g) de la *Charte* qui, de l'avis de la Commission, a adopté le droit international «coutumier» *lato sensu* dans le droit canadien, et (2) le principe de la compétence universelle; voir Commission Deschênes, *op. cit.*, à la p. 142. Toutefois, la Commission a rejeté cette option pour le motif qu'«une poursuite en vertu du droit international semble trop ésotérique»; *ibid.*, à la p. 142. La Commission s'est dite d'avis qu'il serait préférable, en matière de poursuites de criminels de guerre, que le législateur adopte une loi habilitante grâce à laquelle il serait possible de poursuivre les criminels de guerre au Canada sur le fondement de crimes connus en droit criminel canadien. Suivant le principe de l'universalité inhérent à ces actes cruels, le volet international des crimes maintiendrait le lien juridictionnel avec le Canada, pourvu que les crimes en question aient été connus en droit international à l'époque et au lieu de leur perpétration.

Malgré l'hypothèse de la Commission Deschênes selon laquelle, conjugué à l'universalité de la compétence en matière de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, l'al. 11g) de la *Charte* pourrait fonder une poursuite au Canada, il n'est pas évident que les auteurs de ces crimes puissent être poursuivis au Canada en l'absence d'une loi le permettant. Par analogie avec la jurisprudence internationale dans ce domaine, on pourrait certainement soutenir que la norme internationale concernant l'universalité de la compétence ne fait qu'accorder une faculté (voir *Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I., sér. A, n° 10), et le libellé de l'al. 11g) de la *Charte* paraît lui aussi être rédigé dans des termes qui accordent une faculté. Il n'est donc pas du tout évident qu'une poursuite pourrait automatiquement être intentée à l'égard de ces crimes devant les tribunaux des divers États, particulièrement au Canada où, sauf exception expresse, les crimes doivent avoir été commis sur le territoire canadien (art. 6 du *Code*). Dans ces circonstances, il n'est guère surprenant que le législateur ait jugé opportun, en adoptant le par. 7(3.71) du *Code*, de conférer la compétence aux tribunaux canadiens en

crime against humanity shall be deemed to have been an act committed in Canada.

But Parliament, like the Commission, quite rightly in my view, accepted the position that war crimes and crimes against humanity would be crimes in Canada. For although they may not, in those terms, be crimes under Canadian law, they are in essence reflections of general principles of law recognized by the community of nations, and so would, if committed in Canada, be subject to prosecution here under various provisions. It is evident that compendious expressions like "murder, extermination, enslavement, deportation, persecution, or any other inhumane act or omission" include acts and omissions that comprise such specific underlying crimes as confinement, kidnapping, robbery and manslaughter under our domestic system of law. A somewhat similar relationship between compendiously described unlawful acts in international treaties and specific crimes under domestic law exists in the law of extradition; see *McVey (Re)*; *McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475, at pp. 514-15.

I should note, however, that war crimes and crimes against humanity often include additional circumstances relating them to the international law norms they subserve. Thus crimes against humanity are aimed at giving protection to the basic human rights of all individuals throughout the world, and notably against transgression by states against these rights. That is why such crimes are aimed at an "act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission"; see s. 7(3.76). The law referred to in that expression is, of course, the local domestic law, not international law, as counsel for respondent argued. For these crimes were at the relevant period violative of the law of nations. As Callaghan A.C.J. ruled in his pre-trial ruling in

prévoyant expressément que, nonobstant les autres dispositions du *Code* ou par dérogation à toute autre loi, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité est réputé avoir été commis au Canada.

a

Toutefois, à l'instar de la Commission, et tout à fait à raison à mon avis, le législateur a accepté le point de vue selon lequel les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité seraient des crimes au Canada. En effet, bien qu'ils ne puissent, dans ces termes, être des crimes en droit canadien, ils sont essentiellement le reflet des principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations et seraient donc, s'ils étaient commis au Canada, l'objet de poursuites ici en vertu de diverses dispositions. Il est évident que des expressions concises comme «assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain» visent des actes et des omissions qui incluent des crimes sous-jacents particuliers, comme la séquestration, l'enlèvement, le vol qualifié et l'homicide involontaire coupable, dans le cadre de notre système de droit interne. Il existe, en matière d'extradition, une relation assez semblable entre les actes illégaux succinctement décrits dans les traités internationaux et les crimes déterminés dans le cadre du droit interne; voir *McVey (Re)*; *McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475, aux pp. 514 et 515.

Je me dois toutefois de signaler que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité impliquent fréquemment d'autres circonstances qui les rattachent aux normes de droit international qu'ils servent. Ainsi, les crimes contre l'humanité visent à protéger les droits fondamentaux de tous les individus à travers le monde, notamment contre la violation de ces droits par les États. C'est la raison pour laquelle ces crimes visent un «fait — acte ou omission — inhumain d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration»; voir le par. 7(3.76). Le droit dont il est question dans cette phrase est évidemment le droit interne, et non le droit international comme le soutient l'avocat de l'intimé. Car, à l'époque pertinente, ces crimes violaient la loi des

the present case (*R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557 (Ont. H.C.), at p. 569):

A brief review of international conventions, agreements and treaties, clearly demonstrate [*sic*] that, by World War II, war crimes or crimes against humanity were recognized as an offence at international law, or criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations.

This proposition is well supported by the international sources cited by Callaghan A.C.J. and I shall have occasion to return to this later. For the moment, I would simply note that many of the defendants tried in Nuremberg also raised this plea, in the form of *nullum crimen sine lege*, and this defence was rejected; *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, *supra*, at pp. 461-65; *Josef Altstötter*, *supra*, at pp. 41-49. The following words of Sir David Maxwell-Fyfe (Foreword to R. W. Cooper, *The Nuremberg Trial* (1947)), are apt (at p. 11):

With regard to "crimes against humanity", this at any rate is clear: the Nazis, when they persecuted and murdered countless Jews and political opponents in Germany, knew that what they were doing was wrong and that their actions were crimes which had been condemned by the criminal law of every civilized State. When these crimes were mixed with the preparation for aggressive war and later with the commission of war crimes in occupied territories, it cannot be a matter of complaint that a procedure is established for their punishment.

I again, however, underline the fact — which finds expression in the statement just quoted — that the acts comprised in war crimes and crimes against humanity are in this country in essence crimes that fall under the familiar rubrics of our law such as confinement, kidnapping, and the like. They would be equally blameworthy if done by private individuals or criminal groups for other similar vile motives. The additional circumstances are added to crimes against humanity to tie them to

nations. Comme l'a statué le juge en chef adjoint Callaghan dans sa décision préalable au procès en l'espèce (*R. c. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557 (H.C.), à la p. 569:

[TRADUCTION] Un bref examen des conventions, accords et traités internationaux indique clairement qu'au cours de la Seconde Guerre mondiale, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité étaient reconnus comme étant une infraction en droit international, ou ayant un caractère criminel selon les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

Je reviendrai plus loin sur cette proposition, qui est amplement étayée par les sources internationales citées par le juge en chef adjoint Callaghan. Il suffit de noter pour le moment que de nombreux défendeurs jugés à Nuremberg ont également soulevé ce moyen de défense, invoquant la maxime *nullum crimen sine lege*, qui fut cependant rejetée; *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, précité, aux pp. 492 à 496; *Josef Altstötter*, précité, aux pp. 41 à 49. Les propos suivants de Sir David Maxwell-Fyfe (Avant-propos dans R. W. Cooper, *The Nuremberg Trial* (1947)), sont opportuns (à la p. 11):

[TRADUCTION] En ce qui concerne les «crimes contre l'humanité», une chose est certaine: lorsqu'ils ont persécuté et tué un nombre incalculable de Juifs et d'opposants politiques en Allemagne, les Nazis savaient que ce qu'ils faisaient était mal et qu'ils commettaient des crimes condamnés par le droit criminel de tous les États civilisés. Ces crimes ayant été combinés à la planification d'une guerre agressive et plus tard à la perpétration de crimes de guerre dans les territoires occupés, on ne peut se plaindre qu'une procédure ait été établie afin qu'ils soient punis.

Je soulignerai néanmoins encore le fait — qui trouve son expression dans le passage cité ci-dessus — que les actes sous-jacents des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sont au Canada essentiellement des crimes qui tombent dans des catégories d'infractions connues dans notre droit, telles la séquestration, l'enlèvement, et autres crimes semblables. Ils seraient également blâmables s'ils étaient commis par des particuliers ou des groupes de criminels pour d'autres motifs

the international norm and permit extraterritorial prosecution by all states.

The same approach applies to war crimes. There must, of course, be an "international armed conflict". In other cases, other conditions may be imposed. Shooting at enemy forces is generally not a war crime, but shooting at civilians is subject to more stringent requirements. Other conditions under which one acts may also determine the difference between whether such acts are war crimes or not. As in the case of the existence of a state of war, these conditions are what ties them to international norms and empowers extraterritorial prosecution.

In enacting enabling legislation respecting war crimes and crimes against humanity, Parliament could have proceeded in one of two ways. These crimes could have been simply made offences in their own terms in Canada even though committed abroad. This, I understand, is what has been done, for instance, in Australia; see *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia* (1991), 101 A.L.R. 545 (Aust. H.C.). Another technique is to enable prosecution under domestic law by the device of deeming the acts constituting a war crime or crime against humanity to have been committed in Canada. Since these acts are then deemed to have been committed in Canada, the person accused of having committed them may be charged with any of the relevant underlying offences that encompass these acts under the law of Canada. That is the course that was taken by Parliament, an approach somewhat similar to that followed in Great Britain; see *War Crimes Act 1991*, 1991 (U.K.), c. 13. By section 7(3.71), a provision cited and discussed at length later, Parliament provided that a person who has committed an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or crime against humanity shall be deemed to have committed that act in Canada. The provision adds a second requirement for the operation of this clause. To

vils de même nature. Des éléments supplémentaires sont ajoutés aux crimes contre l'humanité afin qu'ils satisfassent à la norme internationale et que soit permise la poursuite extraterritoriale des criminels par tous les États.

Le même raisonnement s'applique aux crimes de guerre. Il doit évidemment exister un «conflit international armé». Dans d'autres cas, des conditions supplémentaires peuvent être imposées. Tirer sur les forces ennemies n'est généralement pas un crime de guerre, mais tirer sur des civils appelle des conditions plus strictes. D'autres circonstances dans lesquelles une personne agit peuvent également faire la différence pour déterminer si ces actes sont des crimes de guerre ou ne le sont pas. Comme dans le cas de l'existence d'un état de guerre, ces conditions relient les crimes en question aux normes internationales et permettent la poursuite extraterritoriale.

Pour adopter une loi habilitante relative aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité, le législateur pouvait procéder de deux façons. Ces crimes auraient pu simplement devenir des infractions selon leurs propres conditions au Canada, même s'ils avaient été commis à l'étranger. C'est, je crois, ce qu'a fait l'Australie par exemple; voir *Polyukhovich c. Commonwealth of Australia* (1991), 101 A.L.R. 545 (H.C. Austr.). La seconde façon consiste à permettre les poursuites en vertu du droit interne en présumant que les actes qui constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité ont été commis au Canada. Puisque ces actes sont alors réputés avoir été commis au Canada, la personne accusée de les avoir commis peut être accusée de l'une ou l'autre infraction sous-jacente pertinente qui englobe ces actes en vertu du droit canadien. C'est ce qu'a fait le législateur, adoptant une méthode quelque peu semblable à celle suivie en Grande-Bretagne; voir *War Crimes Act 1991*, 1991 (R.-U.), ch. 13. En édictant le par. 7(3.71), reproduit et analysé longuement plus tard, le législateur a prévu que l'auteur d'un acte — fait ou omission — commis à l'extérieur du Canada, qui constitue un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, est réputé avoir commis cet acte au Canada. La disposition ajoute une

avoid punishing someone for an act that would not at the time have been a crime under Canadian law, it further requires that the act must constitute a crime in Canada according to the law at the time, a provision reinforced by s. 7(3.72) which requires that any prosecution in respect of such act be conducted according to the then existing laws of evidence and procedure.

There are obvious advantages to the second approach. The judge and especially the jury are able to function largely pursuant to a system of law which, being our own, is more familiar to us and more precise. As much as possible, the intricacies of what constitutes international law and how it functions (with which even the judge is often unfamiliar) are avoided. The judge is able to instruct the jury secure in his or her knowledge of Canadian law. With the exception of international defences, which are available to the accused, the jury can then perform its function pursuant to Canadian law which demands proof beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence — a Canadian offence — with which he or she is charged.

#### Interpretation of Section 7(3.71)

##### *General*

I turn now to the first ground of appeal concerning the correct interpretation of s. 7(3.71). Ignoring for the moment the *Charter* issues at stake, a clear understanding of the intention of the legislature can, in my view, be ascertained through the normal rules for the interpretation of legislative provisions.

To clarify the issue, it is useful to examine how it was dealt with in the courts below. It first arose before Callaghan A.C.J. in the course of dealing with the constitutionality of s. 7(3.71) and (3.74) in a pre-trial ruling. In his view, s. 7(3.71) is of a procedural nature and does not create new offences, but merely confers retrospective and extraterritorial jurisdiction to Canadian courts over acts that would have been offences under Canadian law at the time of their occurrence if they had taken place

seconde condition d'application. Afin que nul ne soit puni pour un acte qui n'aurait pas été à l'époque un crime en droit canadien, il faut également que l'acte constitue un crime au Canada selon le droit en vigueur à l'époque de la perpétration, exigence que renforce le par. 7(3.72), qui requiert que les poursuites engagées à l'égard du fait visé soient exercées conformément aux règles de preuve et de procédure alors en vigueur.

La seconde méthode offre des avantages manifestes. Le juge, et particulièrement le jury, sont en mesure de fonctionner en grande partie dans le cadre d'un système de droit qui, puisqu'il est le nôtre, est plus familier et mieux défini. Les complexités du droit international et de son fonctionnement (que même le juge connaît souvent mal) sont autant que possible éliminées. Le juge est en mesure de donner des directives au jury, certain de sa connaissance du droit canadien. À l'exception des moyens de défense internationaux dont l'accusé peut se prévaloir, le jury peut exercer sa fonction conformément au droit canadien, qui exige une preuve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction — une infraction canadienne — dont il est accusé.

#### Interprétation du par. 7(3.71)

##### *Généralités*

J'en viens au premier moyen d'appel, qui porte sur l'interprétation juste du par. 7(3.71). Mettant de côté pour l'instant les questions relatives à la *Charte*, je suis d'avis qu'il est possible de bien saisir l'intention du législateur en ayant recours aux règles ordinaires d'interprétation de dispositions législatives.

Pour élucider la question, il est utile d'examiner la façon dont elle a été analysée par les juridictions inférieures. Elle a pour la première fois été soulevée devant le juge en chef adjoint Callaghan au cours de l'examen de la constitutionnalité des par. 7(3.71) et (3.74) dans une décision préalable au procès. À son avis, le par. 7(3.71) est de nature procédurale et ne crée aucune infraction nouvelle. Il confère simplement une compétence rétroactive et extraterritoriale aux tribunaux canadiens sur des

in Canada, so long as those acts constitute war crimes or crimes against humanity.

actes qui auraient constitué des infractions en droit canadien au moment de leur perpétration s'ils avaient été commis au Canada, pour autant que ces actes constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

Though the trial judge agreed with Callaghan A.C.J.'s ruling that s. 7(3.71) is exclusively jurisdictional in nature, he determined that the question of jurisdiction, though ordinarily a matter determined by the trial judge as a matter of law, should in this case be left with the jury. Under this ruling, the trial judge, it is true, would determine abstract legal questions such as whether crimes against humanity constituted a contravention of customary or conventional law or was criminal according to the law of nations, but it was for the jury to decide whether the respondent's acts or omissions constituted a war crime or crime against humanity.

Bien qu'il ait souscrit à la décision du juge en chef adjoint Callaghan que le par. 7(3.71) est de nature exclusivement juridictionnelle, le juge du procès a statué que la question de la compétence, bien qu'elle soit généralement tranchée par le juge du procès en tant que question de droit, devrait en l'espèce être soumise au jury. Certes, suivant cette décision, le juge du procès trancherait des questions de droit abstraites, comme celles de savoir si les crimes contre l'humanité constituent une transgression du droit coutumier ou conventionnel ou s'ils sont criminels en regard du droit des nations. Il appartenait toutefois au jury de décider si les actes ou omissions de l'intimé constituaient un crime de guerre ou un crime contre l'humanité.

The majority of the Court of Appeal (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, upheld the conclusion of the trial judge but on another basis. They did not agree that s. 7(3.71) was procedural and relevant only to the jurisdiction of the court to try the respondent for the domestic offences such as confinement, robbery, kidnapping and manslaughter. As they put it, at p. 108:

La Cour d'appel à la majorité (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, a confirmé la conclusion du juge du procès, mais sur un fondement différent. Elle n'a pu convenir que le par. 7(3.71) était de nature procédurale et n'avait de pertinence qu'à l'égard de la compétence du tribunal de juger l'intimé relativement aux infractions de droit interne comme la séquestration, le vol qualifié, l'enlèvement et l'homicide involontaire coupable. Elle a dit, à la p. 108:

... we arrive at the same conclusion reached by the trial judge, although we interpret s. 7(3.71) differently. We do not regard the allegations that Finta's acts or omissions constituted war crimes or crimes against humanity as going to the jurisdiction of the trial court so as to bring them within the purview of the judgment in *Balcombe* [*Balcombe v. The Queen*, [1954] S.C.R. 303]. Instead, we view these issues as integral to the fundamental question of whether Finta committed the offences which were alleged against him in the indictment.

[TRADUCTION] ... si nous tirons une conclusion identique à celle du juge du procès, nous interprétons toutefois le par. 7(3.71) différemment. À notre avis, les allégations que les actes ou omissions de Finta constituaient des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ne touchent pas la compétence du tribunal de première instance de façon qu'ils tombent sous le coup de l'arrêt *Balcombe* [*Balcombe c. The Queen*, [1954] R.C.S. 303]. Nous estimons plutôt que ces questions font partie intégrante de la question fondamentale de savoir si Finta a commis les infractions reprochées dans l'acte d'accusation.

As Dubin C.J. put it, at p. 20, "... the upshot of the majority view is that s. 7(3.71) of the *Criminal Code* creates two new offences, namely, a crime against humanity and a war crime..." Like

Comme le juge Dubin le dit à la p. 20, [TRADUCTION] «... les tenants de l'opinion majoritaire ont conclu que le par. 7(3.71) du *Code criminel* crée deux nouvelles infractions, dont un crime contre

Dubin C.J. and Tarnopolsky J.A., and for that matter Callaghan A.C.J., I respectfully disagree with the position taken by the trial judge and the Court of Appeal. I do so for the following reasons.

On a literal reading of s. 7(3.71), an appreciation of its legislative context along with analogous provisions in the *Code* and an understanding of its legislative history, I conclude that s. 7(3.71) is unquestionably intended to confer jurisdiction on Canadian courts to prosecute domestically, according to Canadian criminal law in force at the time of their commission, foreign acts amounting to war crimes or crimes against humanity. The provision does not create any new offences. Section 7(3.71) reads:

7. ...

(3.71) Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time if,

(a) at the time of the act or omission,

(i) that person is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity,

(ii) that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or

(iii) the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or

(b) at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada. [Emphasis added.]

I am quite unable to see anything in s. 7(3.71) that creates new offences of war crimes and crimes

l'humanité et un crime de guerre... ». Avec égards, et à l'instar du juge en chef Dubin et du juge Tarnopolsky et, quant à cela, du juge en chef adjoint Callaghan, je ne peux, pour les motifs suivants, souscrire à la position adoptée par le juge du procès et la Cour d'appel.

L'interprétation littérale du par. 7(3.71), l'examen de son contexte législatif de même que des dispositions analogues du *Code*, et la compréhension de son historique législatif m'amènent à conclure qu'il est incontestablement destiné à conférer aux tribunaux canadiens le pouvoir d'entendre des poursuites au Canada, conformément au droit criminel canadien en vigueur à l'époque de leur perpétration, relativement à des actes commis à l'étranger qui équivalent à des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. La disposition ne crée aucune nouvelle infraction. Elle dispose:

7. ...

(3.71) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi et par dérogation à toute autre loi, l'auteur d'un fait — acte ou omission — commis à l'étranger même avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque si l'une des conditions suivantes est remplie:

a) à l'époque:

(i) soit lui-même est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire,

(ii) soit lui-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel État à titre civil ou militaire,

(iii) soit la victime est citoyen canadien ou ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé;

b) à l'époque, le Canada pouvait, en conformité avec le droit international, exercer sa compétence à cet égard à l'encontre de l'auteur, du fait de sa présence au Canada, et après la perpétration, celui-ci se trouve au Canada. [Je souligne.]

Je ne peux absolument rien voir dans le par. 7(3.71) qui crée les nouvelles infractions de crimes

against humanity. Nowhere is it declared, as it is in the case of all other *Code* offences, that a person who commits the relevant act is guilty of an offence. On the contrary, the nucleus of the provision is its predicate, "shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time". All the rest gravitates towards this focus. Moreover, no penalty is stipulated. The subjection to domestic prosecution that results from a finding of war crime or crime against humanity is not punishment; it is, rather, merely the next procedural step. What the provision does is empower the prosecution to lay charges against the accused for offences defined in the *Code* in respect of acts done outside the country, so long as those acts constitute crimes against humanity or war crimes.

This reading of s. 7(3.71) also makes sense when viewed in its legislative context. Found in Part I, the "General" section of the *Criminal Code*, the provision stands as an exception to the general rule regarding the territorial ambit of criminal law, which appears in the immediately preceding section. Section 6(2) of the *Code* reads:

6. ...

(2) Subject to this Act or any other Act of Parliament, no person shall be convicted or discharged under section 736 of an offence committed outside Canada.

The perpetration of acts constituting war crimes and crimes against humanity, of course, transcends national borders, yet the perpetrators are often not identified until later, after they have displaced themselves to a new country. Parliament's intention was to extend the arm of Canada's criminal law in order to be in a position to prosecute these extraterritorial acts if the alleged perpetrators were discovered in our midst. The enactment of s. 7(3.71) was necessary because Parliament's plan derogated from the general principle of s. 6(2). As I noted earlier, by specifically deeming the extraterritorial act to have taken place in Canada,

de guerre et de crimes contre l'humanité. Nulle part n'est-il déclaré, comme c'est le cas pour les autres infractions prévues au *Code*, que quiconque commet l'acte visé est coupable d'une infraction. Au contraire, l'essence de la disposition est son prédicat: «est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque». Le reste gravite autour de ce noyau. En outre, aucune peine n'est prévue. L'assujettissement à une poursuite interne née du fait qu'on a conclu à l'existence d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité n'entraîne pas une peine; c'est plutôt simplement l'étape procédurale suivante. La disposition permet à la poursuite de porter des accusations contre l'accusé pour des infractions définies au *Code* à l'égard d'actes commis à l'étranger, dans la mesure où ces actes constituent des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre.

Cette interprétation du par. 7(3.71) est également logique si l'on tient compte de son contexte législatif. Inscrite dans la partie I qui énonce les «Dispositions générales» du *Code criminel*, la disposition constitue une exception à la règle générale de la portée territoriale du droit criminel, formulée dans l'article précédent. Le paragraphe 6(2) du *Code* dispose:

f 6. ...

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise à l'étranger ou absous en vertu de l'article 736 à l'égard de celle-ci.

La perpétration d'actes constituant des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité transcende évidemment les frontières du pays, encore que les auteurs ne soient fréquemment identifiés que plus tard, une fois qu'ils ont fui vers un autre pays. L'intention du législateur était d'étendre la portée du droit criminel canadien afin que des poursuites puissent être engagées à l'égard de ces actes commis à l'étranger si les auteurs allégués étaient découverts au pays. L'adoption du par. 7(3.71) était nécessaire car le plan du législateur dérogeait au principe général du par. 6(2). Comme je l'ai mentionné précédemment, en prévoyant expressément que les actes commis à l'étranger sont réputés avoir été commis au Canada, le législateur

Parliament has expressed its view that the normal concerns about extraterritoriality are not present.

Similarly structured deeming provisions that also embrace extraterritorial acts are found among the other subsections of s. 7; see s. 7(3) in relation to offences committed against internationally protected persons or their property, s. 7(3.1) in relation to hostage-taking and s. 7(4) in relation to public service employee offenders. Similarly worded provisions are found in other parts of the *Code*, as well. Section 477.1 deems to be committed in Canada acts occurring in, above or beyond the continental shelf. A close parallel can be drawn with the conspiracy provision set forth in s. 465(3) of the *Code*, which reads:

**465. ...**

(3) Every one who, while in Canada, conspires with any one to do anything referred to in subsection (1) in a place outside Canada that is an offence under the laws of that place shall be deemed to have conspired to do that thing in Canada.

The nature of this provision was considered by this Court in *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573, where, at pp. 577 and 581, it is stated:

It is apparent on its face that this subsection does not create an offence. It creates a presumption of territoriality so as to make the conspiracy an offence punishable in Canada. Where, as in the case at bar, persons conspire in Canada to effect an unlawful purpose in the United States, which would not in itself be an offence punishable in Canada, they "shall be deemed to have conspired to do in Canada that thing". The result is to introduce the essential aspect which would otherwise be absent, and to make the offence punishable in Canada.

The offence charged is common law conspiracy committed in Canada, to effect an unlawful purpose. Causing persons to enter the United States unlawfully constitutes an offence under American law, just as causing

a exprimé l'opinion qu'aucune des considérations ordinaires d'extraterritorialité ne se pose.

Des dispositions déterminatives rédigées en des termes semblables, qui visent également des actes commis à l'étranger, se trouvent parmi les autres paragraphes de l'art. 7; voir le par. 7(3), relativement aux infractions commises contre une personne jouissant d'une protection internationale ou contre ses biens, le par. 7(3.1), concernant les prises d'otages, et le par. 7(4), relativement aux infractions commises par des employés de la fonction publique. Des dispositions rédigées en des termes semblables figurent également dans d'autres parties du *Code*. Ainsi, aux termes de l'art. 477.1, l'auteur d'un fait survenu dans un lieu situé à l'intérieur des limites du plateau continental ou de l'espace marin ou aérien correspondant est réputé l'avoir commis au Canada. On peut établir un parallèle étroit avec la disposition relative au complot, énoncée au par. 465(3) du *Code*, qui porte:

**465. ...**

(3) Les personnes qui, au Canada, complotent de commettre, à l'étranger, des infractions visées au paragraphe (1) et également punissables dans ce pays sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada.

Notre Cour a étudié la nature de cette disposition dans *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573, où, aux pp. 577 et 581, on dit:

Il apparaît à sa face même que ce paragraphe ne crée pas une infraction. Il crée une présomption de territorialité de façon à faire du complot une infraction punissable au Canada. Lorsque comme en l'espèce des personnes complotent au Canada d'accomplir un dessein illicite aux États-Unis, ce qui en soi ne serait pas une infraction punissable au Canada, elles «sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada». C'est là introduire l'élément essentiel qui autrement serait absent et rendre l'infraction punissable au Canada.

L'infraction reprochée est le complot de «common law», commis au Canada, d'accomplir un dessein illicite. Le dessein illicite consiste à faire entrer illégalement des personnes aux États-Unis. Faire entrer illégalement des

persons to come into Canada 'unlawfully constitutes an offence under Canadian law. As a consequence of the presumption of s. 423(3) [currently s. 465(3)], the conspirators are deemed to have conspired to commit the offence in Canada. It is as if they had conspired to cause persons to come into Canada unlawfully. [Emphasis added.]

As in the case of s. 7(3.71), s. 465(3) deems Canadian territoriality where a criterion is met. While the criterion for s. 465(3) is the unlawfulness of the act conspired according to the law of the place of the conspired act, the criteria for s. 7(3.71) are threefold: that the act constitutes a war crime or crime against humanity; that the act was unlawful in Canada at the time of its commission; and that specifically defined individuals are involved. Just as the offence charged in the former case is conspiracy committed in Canada, the charge in the latter is that of the underlying domestic offence, be it murder, robbery or the like. The similarity of the structure of these two provisions supports a consistent interpretation.

Admittedly, exceptions to s. 6 can also take the form of offence-creating provisions that expressly embrace extraterritorial acts. However, the wording of s. 7(3.71) closely resembles that of other purely jurisdiction-endowing provisions and can be contrasted with these offence-creating provisions. For example, another conspiracy provision reads:

**465. (1) ...**

(a) every one who conspires with any one to commit murder or to cause another person to be murdered, whether in Canada or not, is guilty of an indictable offence and liable to a maximum term of imprisonment for life;

This section deals, *inter alia*, with conspiracy to murder abroad. The provision itself makes this extraterritorial act an offence and attaches a sanction to it. A similar approach is taken with respect to the criminalization of piracy, in s. 74(2):

personnes aux États-Unis constitue une infraction en vertu de la loi américaine tout comme faire entrer illégalement des personnes au Canada constitue une infraction en vertu de la loi canadienne. Par le jeu de la présomption du par. 423(3) [présentement le par. 465(3)], les conspirateurs sont réputés avoir comploté pour commettre l'infraction au Canada. C'est comme s'ils avaient comploté pour faire entrer illégalement des personnes au Canada. [Je souligne.]

Comme le par. 7(3.71), le par. 465(3) crée une présomption de territorialité canadienne lorsqu'un certain critère est respecté. Si le critère du par. 465(3) est l'illégalité de l'acte visé par le complot selon le droit où il a été commis, les critères du par. 7(3.71) sont triples: l'acte doit constituer un crime de guerre ou un crime contre l'humanité; il doit être illégal au Canada à l'époque où il est commis; et des individus expressément déterminés doivent être impliqués. Tout comme l'infraction reprochée dans le premier cas est le complot commis au Canada, l'accusation dans le second cas porte sur l'infraction sous-jacente de droit interne, soit le meurtre, le vol qualifié, ou autre infraction semblable. La similarité de la structure de ces deux dispositions appelle une interprétation uniforme.

Les exceptions à l'art. 6 peuvent également revêtir la forme de dispositions créant une infraction, qui incluent expressément des actes commis à l'étranger, mais le libellé du par. 7(3.71) ressemble beaucoup à celui d'autres dispositions purement attributives de compétence, et il peut être mis en contraste avec les dispositions créatrices d'infractions. Par exemple, une autre disposition relative au complot dispose:

**465. (1) ...**

a) quiconque comploté avec quelqu'un de commettre un meurtre ou de faire assassiner une autre personne, au Canada ou à l'étranger, est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité;

Cette disposition vise, notamment, le complot de commettre un meurtre à l'étranger. La disposition elle-même fait de l'acte commis à l'étranger une infraction et lui assortit une peine. Le paragraphe 74(2) adopte une position semblable à l'égard de la criminalisation de la piraterie:

74. ...

(2) Every one who commits piracy while in or out of Canada is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

The distinction between this *Code* treatment of extraterritorial acts and that embodied by s. 7(3.71) and its kin is obvious. The former reflects Parliament's intention to approach the relevant acts as domestic offences unto themselves, in contrast to the latter's effect of deeming the acts to come within the scope of offences already created elsewhere in the *Code*.

Parliament's intention to confine itself to a rule governing the application of offences is also evident from the position of s. 7(3.71) in the *Code*. It appears, I repeat, in Part I of the *Code*, which is appropriately titled "General". No offence is created in that Part. It deals, as its name implies, with interpretive matters, application, enforcement, defences and other general provisions. Offences are dealt with in other parts of the *Code*, and are usually entitled as such, among others "Part II. Offences Against Public Order", "Part VIII. Offences Against the Person and Reputation", "Part IX. Offences Against Rights of Property", and so on. One should assume some minimal level of ordering in an Act of Parliament. Had Parliament wished specifically to make war crimes and crimes against humanity domestic offences, it would have been much easier to do so directly, and I cannot imagine why it would have done so in the General Part of the *Code*.

This reading of s. 7(3.71) is bolstered by its legislative history. Sections 7(3.71)-(3.77) represent the consummation of the recommendations of the Commission of Inquiry on War Criminals (the "Deschênes Commission"). The crux of the Commission's recommendations, we saw, was not the domestic creation of these international offences, but rather, the removal of the obstacle of extraterritoriality and the enablement of Canada to serve as a forum for the domestic prosecution of these

74. ...

(2) Quiconque commet une piraterie, pendant qu'il se trouve au Canada ou à l'étranger, est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité.

La distinction entre ce traitement par le *Code* des actes commis à l'étranger et celui prévu par le par. 7(3.71) et ses semblables est évidente. Le premier reflète l'intention du législateur de concevoir les actes visés comme des infractions de droit interne en elles-mêmes, alors que le second a pour effet de présumer que les actes sont visés par des infractions créées ailleurs dans le *Code*.

En outre, l'intention du législateur de se limiter à une règle régissant l'application des infractions ressort clairement de la situation du par. 7(3.71) dans le *Code*. Il figure, je le répète, à la partie I du *Code*, qui est à juste titre intitulée «Dispositions générales». Aucune infraction n'y est créée. Comme son titre l'indique, cette partie concerne les questions d'interprétation, d'application, de moyens de défense, et d'autres généralités. Les infractions sont prévues dans d'autres parties du *Code* qui en portent généralement le nom comme, entre autres, «Partie II. Infractions contre l'ordre public», «Partie VIII. Infractions contre la personne et la réputation», «Partie IX. Infractions contre les droits de propriété», et ainsi de suite. On doit présumer que toute loi fédérale respecte un minimum de cohérence interne. Si le législateur avait expressément souhaité faire des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité des infractions de droit interne, il aurait pu le faire beaucoup plus facilement de façon directe et je ne peux concevoir pourquoi il l'aurait fait dans les dispositions générales du *Code*.

Cette interprétation du par. 7(3.71) est étayée par son historique législatif. Les paragraphes 7(3.71) à (3.77) sont le fruit de recommandations formulées par la Commission d'enquête sur les criminels de guerre (la «Commission Deschênes»). Le nœud des recommandations de la Commission, nous l'avons constaté, n'était pas de créer au Canada ces infractions de droit international, mais plutôt d'éliminer l'obstacle de l'extraterritorialité et d'investir les tribunaux canadiens de la capacité

offenders. This thrust of the Report is reflected, at p. 158, as follows:

Need it be stressed again: we are not aiming to make acts, which were deemed innocent when committed, criminal now; such would be unacceptable retroactivity. But extermination of a civilian population, for instance, was already as much criminal in 1940 as it would be today, under the laws of all so-called civilized nations. We are only trying to establish now in Canada a forum where those suspected of having committed such offences may be tried, if found in Canada.

In formulating its recommendations, the Commission specifically commented, at p. 165, that "[t]he Code must contain an express grant of jurisdiction to the courts in Canada". Tarnopolsky J.A. made this observation as well, at p. 60, in the Court of Appeal:

Rather than creating a substantive offence of war crime or crime against humanity, Parliament chose, on the recommendation of the Deschênes Commission, to extend the applicability of existing *Criminal Code* provisions extant at the time of the acts.

The Commission's view, as I read it, is that new offences did not have to be created; censure of the actual relevant acts was already provided for in the Canadian *Criminal Code*, as it was in the law of most civilized nations. So any such acts could have been prosecuted under the ordinary Canadian criminal provisions if committed here. What Canadian courts had to be equipped with was the capacity to hear and decide the prosecutions. Consistent with the requirements of international law, the link to international law concepts of war crimes and crimes against humanity was the mechanism selected to ensure that only the cases envisioned by the Report would endow a Canadian court with the capacity to serve as a forum for the prosecution of extraterritorial acts. The question of the presence of war crimes or crimes against humanity is thus one of jurisdiction. The offence with which the accused is charged, on the other hand, is the underlying domestic offence, drawn from the already

d'entendre les poursuites engagées ici contre les auteurs de ces infractions. Ce fondement du Rapport se traduit à la p. 170, par les termes suivants:

Nous ne saurions trop insister là-dessus: il n'est pas question ici de criminaliser des actes qui n'étaient pas considérés comme des crimes quant (sic) ils ont été commis; ce genre de rétroactivité serait tout à fait inacceptable. Mais l'extermination d'une population civile, par exemple, était, en vertu des lois de toutes les nations dites civilisées, un crime aussi grand en 1940 qu'il peut l'être aujourd'hui. Il s'agit simplement de doter le Canada des moyens nécessaires pour traduire en justice les personnes soupçonnées de tels crimes, si elles se trouvent au Canada.

En formulant ses recommandations, la Commission a expressément commenté à la p. 177 que «[l]e Code doit reconnaître expressément la compétence des tribunaux canadiens en la matière». Le juge Tarnopolsky a fait le même commentaire à la p. 60 de la décision de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Plutôt que de créer une infraction matérielle précise de crime de guerre ou de crime contre l'humanité, le législateur a choisi, sur la recommandation de la Commission Deschênes, d'étendre l'applicabilité des dispositions du *Code criminel* existant à l'époque où les actes ont été commis.

À mon sens, la Commission estimait inutile de créer de nouvelles infractions; à l'instar du droit de la plupart des nations civilisées, le *Code criminel* canadien condamnait déjà les actes en question. Ces actes auraient donc pu faire l'objet de poursuites en vertu des dispositions criminelles canadiennes ordinaires s'ils avaient été commis ici. Les tribunaux canadiens devaient par conséquent être dotés de la capacité d'entendre et de trancher les poursuites. Conformément aux exigences du droit international, on a choisi d'établir un lien avec les concepts de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité en droit international pour faire en sorte que les tribunaux canadiens soient investis de la capacité d'entendre les poursuites engagées à l'égard des actes commis à l'étranger dans les seuls cas énumérés dans le Rapport. La question de l'existence de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité est donc une question de compétence. Par contre, l'infraction reprochée à l'accusé est

existing Canadian criminal law at the time of commission.

Questions of jurisdiction are matters of law entrusted to the trial judge. In *Balcombe v. The Queen*, *supra*, Fauteux J., speaking for this Court, had this to say, at pp. 305-6:

The question of jurisdiction is a question of law — consequently, for the presiding Judge — even if, to its determination, consideration of the evidence is needed. It is a question strictly beyond the field of these matters which under the law and particularly under the terms of their oath, the jury have to consider. They are concerned only with the guilt or innocence of the prisoner at the bar. Indeed the lawful fulfilment of their duties rests on the assumed existence of the jurisdiction of the Court to try, at the place where it is held, the accused for the crime charged. They are concerned with facts as they may be related to guilt or innocence but not to jurisdiction. [Emphasis added.]

Being a question of law, the trial judge would make his or her determination of whether the act or omission in question amounted to a war crime or a crime against humanity on a balance of probabilities. The jury's duty is to determine the guilt of the accused of the offence with which he or she was charged.

The majority of the Court of Appeal would distinguish *Balcombe* on the grounds that all of the essential elements of the offence must be put to the jury, and that this includes the offence of a war crime or crime against humanity. As will become clear, I do not view the existence or non-existence of a war crime or crime against humanity as an essential element of the offence but rather as the jurisdictional link grounding prosecution for the underlying Canadian domestic offence. At the same time, however, the jury would of course have to consider whether as a fact the acts that constitute the war crime or crime against humanity occurred in determining whether the offence under Canadian law was committed. The jury is not acting in a vacuum.

l'infraction sous-jacente de droit interne, tirée du droit criminel canadien existant au moment de sa perpétration.

<sup>a</sup> Les questions de compétence sont des questions de droit confiées au juge du procès. Dans l'arrêt *Balcombe c. The Queen*, précité, le juge Fauteux, au nom de la Cour, a tenu les propos suivants aux pp. 305 et 306:

[TRADUCTION] La compétence est une question de droit — relevant donc du juge présidant le tribunal — même si, pour la trancher, il est nécessaire d'examiner la preuve. Elle excède entièrement le domaine des questions qu'en droit et, particulièrement, selon les modalités de leur serment, les jurés doivent examiner. Leur seule préoccupation est la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. En fait, le respect légal de leurs obligations repose sur l'existence présumée de la compétence de la cour de juger l'accusé, là où le procès se tient, relativement au crime reproché. Ils sont préoccupés par les faits qui peuvent être reliés à la culpabilité ou à l'innocence, et non à la compétence. [Je souligne.]

<sup>e</sup> Comme il s'agit d'une question de droit, le juge du procès déterminerait selon la prépondérance des probabilités si l'acte ou l'omission en question équivaut à un crime de guerre ou à un crime contre l'humanité. Pour sa part, le jury a pour tâche de déterminer la culpabilité de l'accusé à l'égard de l'infraction qu'on l'accuse d'avoir commis.

<sup>g</sup> La Cour d'appel à la majorité ferait une distinction d'avec l'arrêt *Balcombe* pour les motifs que tous les éléments essentiels de l'infraction doivent être exposés au jury, ce qui inclut l'infraction de crime de guerre ou de crime contre l'humanité. <sup>h</sup> Comme nous le constaterons, je ne considère pas l'existence ou l'inexistence d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité comme un élément essentiel de l'infraction, mais plutôt comme un lien en matière de compétence qui fonde la poursuite à l'égard de l'infraction sous-jacente de droit interne. Par ailleurs, il va sans dire que le jury devrait décider si, en fait, les actes qui constituent le crime de guerre ou le crime contre l'humanité ont été commis lorsqu'il détermine si l'infraction en droit canadien a été commise. Le jury n'agit pas dans l'absolu.

I respectfully reject the distinction drawn by the majority of the Court of Appeal between territorial jurisdiction of the court and territorial reach of the criminal law. The majority seems to have attempted to differentiate between the former, which it characterizes as going to the determination of the proper Canadian court to hear a case, and the latter, which it identifies as affecting the definition of the offences themselves.

With respect, s. 6(2) of the *Code* does not render Canadian territoriality a defining element of its offences. Rather, it merely precludes a person's conviction or discharge for an offence when committed outside Canada. This general principle of our criminal law system reflects, in addition perhaps to the need for accommodation in the interest of efficiency, Canada's acceptance of the general premise of the sovereignty of nations that underlies international relations. The fact that an act or an omission may have taken place outside Canada's borders does not negate its quality as culpable conduct in the eyes of Canadians and the underlying values of Canadian criminal law. This is reflected, as well, in the law of immigration, deportation and extradition. The principle of territoriality simply responds to the structure of the international order; the prosecution of the perpetrator of a criminal act is normally entrusted to the state in which the act was committed.

Questions of territoriality in all cases deal with the same matter: where did the event take place? Of course, the result of this determination may differ depending on whether the inquiry involves distinguishing between two provinces, on the one hand, or between Canada and another country, on the other. In the former case, the proper provincial court is determined, while in the latter, the capacity to try at all pursuant to the *Code* is at stake. In either case, however, the skill called upon to make the determination is the same: the technical ability to demarcate the location of the relevant act. In *Balcombe*, *supra*, this Court held that this function was properly entrusted to the trial judge. I see no

Avec égards, j'écarte la distinction qu'a établie la Cour d'appel à la majorité entre la compétence territoriale de la cour et la portée territoriale du droit criminel. La majorité semble avoir tenté de différencier la première qui, selon elle, vise la détermination du tribunal canadien approprié pour entendre l'affaire, et la seconde qui, à son avis, touche la définition des infractions elles-mêmes.

En toute déférence, le par. 6(2) du *Code* ne fait pas de la territorialité canadienne un élément qui délimite les infractions qui y sont prévues. Il ne fait plutôt qu'exclure la possibilité qu'une personne soit déclarée coupable ou absoute à l'égard d'une infraction commise à l'étranger. Ce principe général de notre régime de droit criminel reflète, outre peut-être la nécessité d'adaptation au nom de l'efficacité, l'acceptation par le Canada de la prémisses générale de la souveraineté des nations qui sous-tend les relations internationales. Le fait qu'un acte ou une omission se soit produit à l'extérieur des frontières canadiennes n'efface pas sa qualité d'acte coupable aux yeux des Canadiens et en fonction des valeurs fondamentales du droit criminel canadien. C'est ce que reflète également le droit en matière d'immigration, d'expulsion et d'extradition. Le principe de la territorialité répond simplement à la structure de l'ordre international; la poursuite de l'auteur d'un acte criminel est normalement confiée à l'État dans lequel l'acte a été commis.

Dans tous les cas, les questions de territorialité soulèvent la même interrogation: où l'événement s'est-il produit? Évidemment, la réponse à cette question peut varier selon qu'il s'agit de distinguer entre deux provinces, d'une part, ou entre le Canada et un autre pays, d'autre part. Dans le premier cas, le tribunal provincial approprié est déterminé, alors que dans le second cas le pouvoir même de juger conformément au *Code* est en jeu. Dans l'un ou l'autre cas, toutefois, l'habileté requise pour effectuer cette détermination est la même: la capacité technique de circonscrire l'endroit où l'acte en question a été commis. Dans l'arrêt *Balcombe*, précité, notre Cour a conclu que

reason why a different rule should apply to the s. 6 inquiry.

The terms of s. 6 are not absolute; they specifically envision exceptions, whether in the *Code* itself or in other Acts of Parliament. In making the territorial determination dictated by s. 6, the trial judge must consider whether these exceptional provisions apply. These exceptional provisions typically deem territoriality where relevant specified criteria are met. Although perhaps not enacted neatly in one *Code* provision, s. 6 and its exceptions constitute a united inquiry, destined to establish whether the court in question can hear the prosecution of the accused. In order to decide on the application of the general rule, the application of the exceptions would have to be assessed. To entrust the latter decision to the jury, while leaving the general question to the judge, would be an illogical division of labour and could only result in unnecessary confusion. The entire question of jurisdiction should therefore be assigned to the trial judge as a matter of law.

Section 7(3.71) of the *Code* is one of these exceptional provisions. Its criteria, whether the act amounts to a war crime or crime against humanity, whether it constituted an offence pursuant to Canadian law at the time of commission, and whether identifiable individuals were involved, are thus questions of law entrusted to the trial judge and not to the jury.

### *The Role of Judge and Jury*

On this interpretation of the jurisdiction sections, a clear role for both judge and jury emerges.

The role of the jury will be similar to its role in an ordinary prosecution under our domestic law. Its function, and the charge made to it, will be like those that would be made to a jury determining the underlying offence only. The sole difference will be in relation to justifications, excuses and

cette fonction était à juste titre confiée au juge du procès. Je ne vois aucune raison d'appliquer une règle différente pour ce qui est de la détermination effectuée relativement à l'art. 6.

Le libellé de l'art. 6 n'est pas absolu; il envisage expressément des exceptions, soit dans le *Code* même, soit dans d'autres lois fédérales. En tranchant la question de la territorialité prescrite à l'art. 6, le juge du procès doit se demander si ces dispositions exceptionnelles s'appliquent. En règle générale, ces dernières créent une présomption de territorialité lorsque les critères pertinents sont respectés. Bien qu'ils ne soient peut-être pas édictés clairement dans une seule disposition du *Code*, l'art. 6 et ses exceptions forment une analyse unifiée, destinée à établir si le tribunal en question peut entendre la poursuite instituée contre l'accusé. Pour décider de l'application de la règle générale, il est nécessaire de considérer l'application des exceptions. Confier cette dernière décision au jury, tout en laissant la question générale au juge, créerait un partage illogique des tâches qui ne pourrait qu'engendrer une confusion inutile. Toute la question de la compétence devrait donc être laissée au juge du procès puisqu'il s'agit d'une question de droit.

Le paragraphe 7(3.71) du *Code* est l'une de ces dispositions exceptionnelles. Ses critères, soit les questions de savoir si l'acte équivaut à un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, si l'acte transgressait le droit canadien à l'époque de sa perpétration, et si des individus identifiables étaient impliqués, sont donc des questions de droit confiées au juge du procès et non au jury.

### *h Le rôle du juge et du jury*

De cette interprétation des articles attributifs de compétence, émerge un rôle distinct pour le juge et le jury.

Le rôle du jury sera semblable à celui qu'il assume dans le cadre d'une poursuite engagée en vertu du droit interne. Sa fonction, et les directives reçues, seront identiques à celles qu'on donne à un jury qui doit se prononcer sur l'infraction sous-jacente seulement. L'unique différence tiendra

defences. Section 7(3.73) provides the accused with the benefit of pleading all available international justifications, excuses and defences in addition to those existing under domestic law. The one domestic defence made unavailable, by the operation of s. 7(3.74), is the defence of obedience to *de facto* law. I shall have more to say about this in discussing the constitutionality of the scheme. It is enough to say here that it is clear to me that this is the scheme contemplated by Parliament.

For his or her part, the trial judge must determine whether all the conditions for the exercise of jurisdiction are met. If the requirements set by Parliament are not satisfied, then the exception to the rule of no extraterritorial application is not met, and the court must decline jurisdiction and the accused acquitted even if all the elements of the offences of manslaughter, robbery, confinement or assault may be satisfied.

It is evident from my earlier comments that I do not agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the requirements for jurisdiction be proved beyond a reasonable doubt. Unlike the dissenting judges in the Court of Appeal, however, I believe that the trial judge will have to consider the evidence to satisfy the jurisdiction requirements. The judge cannot simply base his or her assessment of these requirements on the charges as alleged, and leave all the findings of fact to the jury, because some of the facts necessary to establish jurisdiction are not the same as those necessary for the jury's determination of the underlying offence. Thus, for example, a jurisdiction requirement of a war crime requires that the action be done during an international military conflict, a fact that need not be found by a jury determining whether there was manslaughter or kidnapping, (though inevitably these facts will be before them and may, in some cases, be relevant to

dans les justifications, excuses et moyens de défense invoqués. En vertu du par. 7(3.73), l'accusé peut plaider, outre ceux qu'offre le droit interne, tous les moyens de défense, justifications et excuses qui existent en droit international. Le paragraphe 7(3.74) a toutefois pour effet d'interdire à l'accusé de plaider l'obéissance à la loi de facto. J'ajouterai des commentaires à ce sujet dans mon analyse de la constitutionnalité du régime. Il suffit de dire pour l'instant qu'il m'apparaît clairement que c'est là le régime envisagé par le législateur.

Pour sa part, le juge du procès doit déterminer si toutes les conditions requises pour l'exercice de la compétence sont respectées. Si les conditions énoncées par le législateur ne sont pas remplies, aucune exception à la règle qui interdit la poursuite extraterritoriale ne s'applique et le tribunal doit refuser d'exercer toute compétence et acquitter l'accusé, peu importe que tous les éléments des infractions d'homicide involontaire coupable, de vol qualifié, de séquestration et d'agression puissent être établis.

Mes commentaires antérieurs indiquent clairement que je ne conviens pas avec le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité que l'existence des conditions nécessaires à l'exercice de la compétence doit être démontrée hors de tout doute raisonnable. Contrairement aux juges dissidents de la Cour d'appel, toutefois, j'estime que le juge du procès devra apprécier la preuve afin de satisfaire aux conditions nécessaires à l'exercice de la compétence. Le juge ne peut pas simplement fonder son analyse de ces conditions sur les accusations portées et laisser au jury la tâche de tirer toutes les conclusions de fait, puisque certains des faits requis pour établir la compétence ne sont pas identiques à ceux qui sont requis pour que le jury détermine si l'infraction sous-jacente a été commise. Ainsi, par exemple, l'exigence juridictionnelle relative à un crime de guerre requiert que l'acte soit commis au cours d'un conflit international armé, fait que n'est pas nécessairement tenu de constater le jury qui détermine s'il y a eu homicide involontaire coupable ou enlèvement (bien qu'inévitablement, ces faits lui seront présentés et peu-

their task in relation to some justification, excuse or defence under international law).

I see no procedural quagmire in the different functions of judge and jury, although it may at times call for some procedural ingenuity. Certainly, if the charges even as alleged do not meet the jurisdiction requirements, then on motion the judge can decline jurisdiction. Beyond that, however, the judge will have to examine the evidence to determine that the jurisdictional facts are established. In ordinary cases, the judge hears the evidence in relation to the jurisdictional point in a *voir dire*, since most of it is irrelevant for the jury's issues. However, since in this case the jury will have to hear much of the same evidence related to the offences as the trial judge would have to hear in relation to the jurisdiction issue, it will usually be more efficient to have the trial judge consider the jurisdiction issue at the same time as the jury hears the evidence related to the offence. If desired, and to keep a jury's mind clear, the parts of the evidence or expert testimony that are completely irrelevant to the jury's concerns can be heard in the absence of the jury. At the close of the evidence, the judge will decide whether the conditions for the exercise of jurisdiction have been met. If so, then the court can proceed to hear the verdict of the jury.

#### The Mental Element Required for War Crimes or Crimes Against Humanity

While my finding on the first ground of appeal is sufficient to allow this appeal, I shall also deal with the second ground of appeal which relates to the requirements of international law regarding the mental element in war crimes and crimes against humanity. The appellant argues that the trial judge seriously erred in his understanding of the requirements of these crimes, and in particular, that the judge set far too high a requirement for the mental element required for there to be a war crime or crime against humanity. For reasons that will appear I agree that the trial judge and the majority

vent, dans certains cas, être pertinents quant à sa tâche relativement à quelque justification, excuse ou moyen de défense en droit international).

Je ne vois aucun borbier procédural dans les différentes fonctions de juge et de jury, bien que l'on doive à l'occasion faire preuve d'une certaine ingéniosité procédurale. De toute évidence, si les accusations, même telles qu'alléguées, ne satisfont pas aux conditions d'exercice de la compétence, le juge peut alors, sur requête, décliner sa compétence. De plus, il devra toutefois examiner la preuve pour déterminer que les faits attributifs de compétence sont établis. En temps ordinaire, le juge entend la preuve relative à la question de la compétence lors d'un *voir-dire*, puisque la majeure partie de cette preuve n'est pas pertinente quant aux questions relevant du jury. En l'espèce le jury devra toutefois entendre, relativement aux infractions, presque la même preuve que le juge du procès aura entendue sur la question de la compétence. Il sera donc plus efficace que le juge du procès se penche sur la question de la compétence au moment où le jury entend la preuve sur l'infraction. Si on le désire, et pour éviter de confondre le jury, les parties de la preuve ou des témoignages d'experts qui sont tout à fait étrangers aux responsabilités du jury peuvent être entendues en son absence. Une fois la présentation de la preuve terminée, le juge décidera si les conditions requises pour l'exercice de la compétence ont été remplies. Dans l'affirmative, le tribunal peut entendre le verdict du jury.

#### L'élément moral requis relativement aux crimes de guerre ou aux crimes contre l'humanité

Bien que ma conclusion sur le premier moyen d'appel suffise pour accueillir le pourvoi, j'examinerai également le second moyen d'appel, qui porte sur l'élément moral requis en droit international relativement aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité. L'appellant fait valoir que le juge du procès a commis une grave erreur dans son interprétation des exigences relatives à ces crimes et, en particulier, qu'il a formulé des exigences beaucoup trop sévères relativement à l'élément moral requis pour qu'il s'agisse de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité.

of the Court of Appeal erred on the second ground of appeal as well.

In making his determination on the issue of jurisdiction, the judge must determine that there was a war crime or crime against humanity. What these entail is partly set out by the *Code* (s. 7(3.76)), but will also require reference to international law. This creates some complexity, but the requirements can be deciphered by reference to theoretical constructs of criminal law already familiar to us. The structure of most of the international law in relation to war crimes and crimes against humanity can be conveniently examined under the familiar analysis of the elements of the act (the *actus reus*), the mental elements and defences. The judge must examine the evidence and compare it to the international law to determine whether the requirements of the crime are satisfied, as well as what defences may be available.

#### *Actus Reus Requirement*

The issue raised is confined to the *mens rea* relating to a war crime or crime against humanity, but to understand that issue, it is necessary to examine briefly the requirements of the *actus reus* necessary to constitute a war crime or crime against humanity. Both the *Code* and international law contain requirements of particular types of acts or omissions. Thus, for example, the war crime of mistreatment of civilians requires that the accused have done actions that amount to mistreatment. As Manfred Lachs, *War Crimes: An Attempt to Define the Issues* (1945), chapter 7, observed, these acts are usually characterized by violence. In addition, particular circumstances are frequently required. This is clearly exemplified by the requirement that war crimes involve actions that occurred during a state of war. At times, the actions may also have to be directed at certain objects. For example, some actions, though permissible against enemy soldiers in the field, are war crimes if committed against civilians or prisoners. The trial judge must be satisfied that these particular requirements required by international law and by the *Code* are met for there

Pour des motifs que nous verrons, je conviens que le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont commis une erreur sur le second moyen d'appel également.

Lorsqu'il tranche la question de la compétence, le juge doit déterminer qu'il y a eu crime de guerre ou crime contre l'humanité. Ces crimes, dont la portée est énoncée en partie dans le *Code* (par. 7(3.76)), requièrent également qu'on se rapporte au droit international. S'il en résulte une certaine complexité, on peut toutefois déchiffrer les exigences en se reportant aux structures théoriques du droit criminel que l'on connaît déjà. On peut facilement examiner la structure de la plus grande partie du droit international relatif aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité dans le cadre de l'analyse familière des éléments de l'acte (*l'actus reus*), des éléments moraux et des moyens de défense. Le juge doit examiner la preuve et la comparer au droit international pour déterminer si les exigences du crime sont respectées, et les moyens de défense qui peuvent être invoqués.

#### *Exigence relative à l'actus reus*

La question soulevée se limite à la *mens rea* rattachée au crime de guerre ou au crime contre l'humanité, mais, pour comprendre la question, il faut examiner brièvement les exigences relatives à l'*actus reus* du crime de guerre ou du crime contre l'humanité. Le *Code* et le droit international prescrivent tous les deux des types particuliers d'actes ou d'omissions. Ainsi, par exemple, le crime de guerre qui consiste à maltraiter des civils nécessite que l'accusé ait commis des actes qui équivalent à un mauvais traitement. Comme l'a souligné Manfred Lachs, *War Crimes: An Attempt to Define the Issues* (1945), chapitre 7, ces actes sont généralement caractérisés par leur violence. En outre, l'existence de circonstances particulières est fréquemment requise. C'est ce qu'illustre clairement la condition suivant laquelle les crimes de guerre doivent mettre en cause des actes commis au cours d'un état de guerre. À certains moments, les actes ont pu également être dirigés contre certains objets. Par exemple, certains actes, quoique permis contre les soldats ennemis au champ de bataille, sont des crimes de guerre s'ils sont commis contre

to have been a crime against humanity or a war crime. While this may at times raise difficult and complex issues, the general idea of an act or omission, and possibly consequences and circumstances, is well understood; see Lachs, *supra*, at pp. 16-24; L. C. Green, *International Law: A Canadian Perspective* (2nd ed. 1988), Part VI, at §§ 359-64.

A good example is the requirement that to constitute a crime against humanity the impugned act have been directed at "any civilian population or any identifiable group" (see s. 7(3.76)). Again one must return to the international system perspective to understand this requirement. As mentioned earlier, this is the specific factor that gives the crime the requisite international dimension and that permits extraterritorial prosecution, thus distinguishing it from an "ordinary crime" that the state is expected to prosecute. Unlike ordinary crimes, it is of direct concern to the international community and may be prosecuted wherever the alleged offender may be found. As earlier mentioned, this exception to the ordinary principle that criminal law is territorially limited is made necessary by a number of considerations. As mentioned, where the crime is especially widespread in that it is directed against an entire population (whether of a town, or region, or even nationally) or an identifiable group within the population, foreign enforcement is especially important because there is often the possibility that the government in the state where the crime occurs may not be willing to prosecute; indeed it may be the source of the crimes. For this reason, international law permits other states to exercise jurisdiction to try such crimes. Given that this is the condition to assuming jurisdiction, the trial judge would have to find that the criminal conduct was directed at a civilian population or identifiable group.

des civils ou des prisonniers. Le juge du procès doit être convaincu que ces exigences particulières requises en droit international et dans le *Code* sont remplies, pour qu'il y ait eu crime contre l'humanité ou crime de guerre. Si cela risque à l'occasion de soulever des questions épineuses et complexes, l'idée générale de l'acte ou omission, et peut-être de ses conséquences et circonstances, est bien saisie; voir Lachs, *op. cit.*, aux pp. 16 à 24; L. C. Green, *International Law: A Canadian Perspective* (2<sup>e</sup> éd. 1988), partie VI, aux §§ 359 à 364.

Voici un bon exemple: pour constituer un crime contre l'humanité, l'acte reproché doit avoir été commis contre «une population civile ou un groupe identifiable de personnes» (voir le par. 7(3.76)). Encore une fois, il faut se reporter à l'optique du système international pour comprendre cette condition. Comme je l'ai mentionné précédemment, il s'agit là de l'élément particulier qui revêt le crime de la dimension internationale requise et qui permet la poursuite extraterritoriale, le distinguant ainsi du «crime ordinaire» à l'égard duquel l'État est censé engager des poursuites. Contrairement aux crimes ordinaires, ce crime intéresse directement la communauté internationale et peut faire l'objet d'une poursuite là où l'auteur présumé se trouve. Je le répète, bon nombre de facteurs rendent nécessaire cette exception au principe ordinaire que le droit criminel est circonscrit sur le plan territorial. Comme je l'ai mentionné, si le crime est particulièrement étendu en ce qu'il est commis contre une population entière (d'un village, d'une région, ou même d'un pays) ou un groupe identifiable au sein de la population, l'application à l'étranger est particulièrement importante puisqu'il arrive fréquemment que le gouvernement en place dans l'État où le crime a été commis ne soit pas disposé à poursuivre son auteur; de fait, il peut lui-même être à l'origine des crimes. Pour ce motif, le droit international autorise les autres États à exercer leur compétence pour juger de tels crimes. Comme l'exercice de la compétence est assujéti à cette condition, le juge du procès serait tenu de conclure que le comportement criminel était dirigé contre la population civile ou un groupe identifiable de personnes.

Apart from his error in putting this question to the jury, the trial judge seems to have had a good sense of the *actus reus* requirements under international law. Thus he specifically noted such requirements as that for war crimes there must be international conflict, and that the accused had to be an agent of an occupying force. To cover other elements of a war crime, he also referred to the acts having to be of the "factual quality" of war crimes or crimes against humanity. This appears to be too ambiguous and should have more specifically been considered against specific types of war crimes or crimes against humanity. This concept illustrates some of the problems of putting this entire question to the jury: this determination clearly involves an assessment of the legal quality of the acts as well as their factual components. This aspect of the judge's understanding of war crimes or crimes against humanity would, however, appear to be adequate if the question were decided, as I have indicated it should be, by the judge as a question of law.

More serious was that the trial judge at several points referred to the accused's actions having "risen up" to the quality of a war crime or crime against humanity. This is not strictly accurate; there may be different considerations for the offences under international law, and they may have some additional requirements to those for domestic offences, but these are not always higher and may not be related to individual culpability. To use language that suggests that somehow there is a higher degree of culpability required in relation to the international crimes is misleading.

### *Mens Rea Requirement*

The trial judge was quite rightly concerned that the acts or omissions should be of a type that is prohibited as war crimes or crimes against humanity as defined in the *Code* and under international law. But from this the judge drew some seriously

Mis à part cette erreur dans la présentation de la question au jury, le juge du procès semble avoir eu une bonne compréhension des exigences relatives à l'*actus reus* en droit international. Ainsi, il a expressément souligné des conditions comme celle suivant laquelle pour qu'il y ait crime de guerre il doit y avoir conflit international, et que l'accusé doit avoir été un représentant d'une force d'occupation. Pour couvrir d'autres éléments d'un crime de guerre, il a également mentionné que les actes devaient revêtir la «qualité factuelle» des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Cela semble trop ambigu et aurait dû être plus explicitement considéré par rapport à des catégories précises de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Ce concept illustre certains des problèmes inhérents au fait de soumettre cette question entière au jury: une telle décision exige manifestement une évaluation de la qualité légale des actes de même que de leurs composantes factuelles. Cet aspect de la compréhension par le juge des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité paraît toutefois adéquat si la question était tranchée, comme j'ai indiqué qu'elle devrait l'être, par le juge, à titre de question de droit.

Le fait que le juge du procès ait, à plusieurs reprises, mentionné que les actes de l'accusé s'étaient «élevés» au niveau du crime de guerre ou du crime contre l'humanité est plus grave. Cela n'est pas tout à fait exact; diverses considérations relatives aux infractions en droit international peuvent entrer en jeu. Elles peuvent inclure des exigences qui s'ajoutent à celles qui sont relatives aux infractions de droit interne, mais elles ne sont pas toujours supérieures et peuvent ne pas être reliées à la culpabilité de l'individu. Il est trompeur d'utiliser un langage qui laisse entendre que, d'une certaine façon, les crimes internationaux exigent un degré supérieur de culpabilité.

### *La mens rea requise*

Le juge du procès s'intéressait très justement au fait que les actes ou omissions devaient être de ceux qui sont interdits à titre de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, tels que ceux-ci sont définis dans le *Code* et en droit international.

erroneous implications about the mental element required to find that there was a war crime or crime against humanity. With all respect, the trial judge, in my view, made two types of errors, which are related in their effect: first, in requiring that there be a mental element for each and every component of a war crime or crime against humanity, and secondly, partly as a result of the first error, in suggesting that the accused needed to have known that his actions were illegal. The simple fact, as I see it, is that there is no need for the jury to be concerned with the mental element in relation to the war crimes and crimes against humanity beyond those comprised in the underlying domestic offence with which the accused is charged. In other words, as I will attempt to demonstrate, the mental blameworthiness required for such crimes is already captured by the *mens rea* required for the underlying offence. The additional circumstances of the *actus reus* required in terms of the international system to justify extraterritorial jurisdiction do not require that the accused individually have knowledge of these matters. These components of the *actus reus* really have nothing to do with individual culpability. As I see it, the law does not require that the accused individually have had knowledge of these factors. Such a requirement cannot be found in either Canadian or international law.

In neither the jurisdiction nor the definition section of the *Code* (s. 7(3.71) and s. 7(3.76) respectively) is any mental element specifically alluded to; all that is stated is that there be behaviour that constitutes an act or omission that is contrary to international law. In turn, the requirements for the mental element under international law are often not as clearly established as under our national law. I suspect that this lack of express discussion of the requirement is largely because nobody ever really thought that there was a need for an individual *mens rea* that went beyond that required for the basic nature of the conduct, whether that be murder, assault, robbery or kidnapping. In international law, the mental element frequently seems to be ignored, and focus is instead placed on the special factual circumstances in which the culpable

Il en a toutefois tiré des conclusions gravement erronées sur l'élément moral requis pour que l'on puisse conclure qu'un crime de guerre ou un crime contre l'humanité a été perpétré. Avec égards, le juge du procès a, à mon avis, commis deux erreurs, dont les effets sont connexes. Il a d'une part exigé qu'il y ait un élément moral pour chaque élément du crime de guerre ou du crime contre l'humanité et, d'autre part, en partie du fait de la première erreur, il a donné l'impression que l'accusé devait avoir été au courant de l'illégalité de ses actes. À mon sens, le jury n'a tout simplement pas à se préoccuper de l'élément moral relativement aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité, si ce n'est celui qui est inclus dans l'infraction sous-jacente de droit interne reprochée à l'accusé. En d'autres termes, comme je tenterai de le démontrer, l'élément de blâme moral nécessaire pour de tels crimes est déjà compris dans la *mens rea* requise pour l'infraction sous-jacente. Les autres éléments de l'*actus reus* exigé sur le plan international pour justifier la compétence extraterritoriale ne nécessitent pas que l'accusé soit personnellement au courant de ces questions. Ces éléments de l'*actus reus* n'ont véritablement rien à voir avec la culpabilité individuelle. À mon sens, le droit n'exige pas que l'accusé ait lui-même connu l'existence de ces facteurs. Ni le droit canadien ni le droit international ne prescrivent une telle exigence.

La disposition du *Code* qui attribue la compétence et celle qui énonce les définitions (par. 7(3.71) et (3.76) respectivement) ne font aucune mention expresse d'un élément moral; elles requièrent uniquement l'existence d'un comportement qui constitue un acte ou une omission contraire au droit international. Pour leur part, les exigences relatives à l'élément moral requis en droit international sont rarement aussi clairement établies que dans notre droit interne. Je soupçonne que ce manque d'explicitation de l'exigence est dû en grande partie au fait que personne n'a jamais vraiment pensé qu'il fallait une *mens rea* individuelle s'élevant au-delà de ce qui est requis à l'égard de la nature élémentaire de l'acte, qu'il s'agisse d'un meurtre, de voies de fait, d'un vol qualifié ou d'un enlèvement. En droit international, on semble fré-

conduct occurred. However, if a detailed refutation is required, it seems justified to use our established common law rules of *mens rea* where the international law does not have specific standards.

Most criminal offences require that there be a *mens rea* in relation to the basic act or omission. At times, but by no means invariably, some form of *mens rea*, sometimes knowledge, sometimes recklessness or even inadvertence, is required in relation to consequences and circumstances as well. In the present case, however, the trial judge insisted that there be a subjective mental element in relation to all the elements of the act that constitute the war crime or crime against humanity. For example, in relation to the first count of unlawful confinement, the trial judge considered the necessary mental element to be:

Essential Elements of Count 1: Confinement: Crime Against Humanity

(3) The accused knew that the confinement had the factual quality of a crime against humanity in the sense that it was

(1) enslavement or

(2) inhumane or persecutorial deportation or

(3) racial or religious persecution or

(4) an inhumane act and

(4) The accused knew that the people confined were a civilian population or any identifiable group of persons and

(5) The accused knew the confinement was in execution of or in connection with the conduct ... of war or any war crime. [Emphasis added.]

Moreover, he emphasized that this was a subjective condition which the particular accused must satisfy; any such knowledge could not be simply inferred from the conduct or intent or knowledge to do the simple act. The judge instructed the jury on the second count in exactly the same way

quemment négliger l'élément moral, en mettant plutôt l'accent sur les circonstances factuelles exceptionnelles dans lesquelles le comportement coupable est survenu. Toutefois, si une réfutation détaillée est requise, il semble légitime d'utiliser nos règles établies en common law quant à la *mens rea* là où le droit international ne prévoit aucune norme précise.

La plupart des infractions criminelles demandent une *mens rea* quant à l'omission ou à l'acte lui-même. Dans certains cas, mais certainement pas tous, une certaine forme de *mens rea*, soit la connaissance, soit l'insouciance ou même l'inadvertance, est également requise relativement aux conséquences et aux circonstances. En l'espèce, toutefois, le juge du procès a insisté sur le fait qu'il devait y avoir un élément moral subjectif à l'égard de tous les éléments de l'acte qui constituent le crime de guerre ou le crime contre l'humanité. Ainsi, en ce qui concerne le premier chef d'accusation de séquestration illégale, le juge du procès a estimé que l'élément moral requis était le suivant:

Éléments essentiels du premier chef: Séquestration: Crime contre l'humanité

[TRADUCTION]

(3) L'accusé savait que la séquestration avait la qualité factuelle d'un crime contre l'humanité puisqu'il s'agissait

(1) d'une réduction en esclavage; ou

(2) d'une déportation inhumaine ou persécutrice; ou

(3) d'une persécution raciale ou religieuse; ou

(4) d'un acte inhumain; et

(4) L'accusé savait que les personnes séquestrées étaient membres de la population civile ou d'un groupe identifiable de personnes; et

(5) L'accusé savait que la séquestration était faite en exécution [...] de la guerre ou de tout crime de guerre, ou en rapport avec ceux-ci. [Je souligne.]

Il a par ailleurs souligné qu'il s'agissait d'une condition subjective à laquelle l'accusé devait satisfaire; cette connaissance ne pouvait simplement être inférée du comportement, de l'intention de commettre l'acte ou de la connaissance de celui-ci. Le juge a utilisé des termes identiques dans son

except that he substituted "crime against humanity" with "war crime", and he followed a similar pattern in respect of robbery, kidnapping and manslaughter.

In my view, this is far too high a standard; a *mens rea* need only be found in relation to the individually blameworthy elements of a war crime or crime against humanity, not every single circumstance surrounding it. This approach receives support in Canadian domestic law. In *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at pp. 964-65, this Court held that reading in such a requirement for every element of an offence misconstrues and overgeneralizes earlier decisions of this Court. Rather, the proper approach, it noted, was that "there must be an element of personal fault in regard to a culpable aspect of the *actus reus*, but not necessarily in regard to each and every element of the *actus reus*" (p. 965). [Emphasis added.]

This reasoning is especially appropriate in dealing with circumstances related to international offences that do not involve culpability but are of a more technical nature. For example, the trial judge, in my view, erred in requiring for a finding of war crime that the accused knew that he was an agent of an occupying force or that there was actually war. Had the accused acted not as an agent but on his own, his individual culpability would be no less — he might, indeed, be more culpable. The same would be true if he had committed the acts charged in peace time. As I have already indicated, all that matters is that these factual conditions be present. In the scheme as set out by the legislature, these conditions constitute a justification in the international system for extraterritorial prosecution rather than matters going to individual culpability. They go to jurisdiction.

The same is true of the trial judge's instruction that it was necessary that the accused know that the actions were directed against a civilian popula-

exposé au jury sur le second chef, si ce n'est qu'il a remplacé «crime contre l'humanité» par «crime de guerre». Il a suivi une voie semblable relativement au vol qualifié, à l'enlèvement et à l'homicide involontaire coupable.

À mon avis, il s'agit là d'une norme beaucoup trop sévère; il n'est nécessaire de constater la *mens rea* que relativement aux éléments individuellement blâmables d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, et non pas à toutes les circonstances qui l'entourent. Ce point de vue est appuyé en droit canadien. Dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, aux pp. 964 et 965, notre Cour a déterminé qu'inclure une telle exigence à l'égard de chaque élément d'une infraction résulte d'une mauvaise interprétation et d'une généralisation excessive des arrêts antérieurs de notre Cour. Elle a fait remarquer qu'il faut plutôt «un élément de faute personnelle à l'égard d'un aspect coupable de l'*actus reus*, mais pas nécessairement à l'égard de chacun des éléments de l'*actus reus*» (p. 965). [Je souligne.]

Ce raisonnement est particulièrement opportun dans l'examen des circonstances reliées aux infractions de droit international qui ne mettent pas en cause la culpabilité, mais sont de nature plus technique. Ainsi, le juge du procès a, à mon avis, commis une erreur en exigeant, pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un crime de guerre, que l'accusé ait su qu'il était un représentant d'une force d'occupation ou que sévissait effectivement une guerre. Si l'accusé avait agi non pas à titre de représentant, mais pour son propre compte, sa culpabilité personnelle ne serait pas moindre — elle pourrait de fait être accrue. Il en serait de même s'il avait commis les actes reprochés en temps de paix. Comme je l'ai déjà mentionné, tout ce qui importe, c'est que ces conditions factuelles soient présentes. Dans le régime créé par le législateur, ces conditions permettent de justifier en regard du système international la poursuite extraterritoriale et ne se rapportent pas à la culpabilité individuelle. Elles touchent à la compétence.

Il en est de même des directives du juge du procès portant que l'accusé devait savoir que les actes étaient dirigés contre une population civile ou un

tion or an identifiable group. I would argue that such knowledge on the part of the accused is strictly irrelevant to his individual culpability. To forcibly confine or kidnap 8,617 people is equally blameworthy whether he knew or did not know that they were Jews. On a practical level, the lack of real relevance of knowledge about such matters is evident from the circumstances. Can anyone doubt that an adequate knowledge would be that difficult to find? When one is aware that the actions are directed at a large number of people with the same characteristic, such knowledge would be easily inferred. In this case, for example, since Jews had expressly been the only subject of all these actions to the knowledge of those involved, then it seems readily apparent that the requisite knowledge in relation to this circumstance is met. Similar considerations apply to other issues of this kind, such as whether a state of war existed.

I should at this stage, however, underline that there may be a requirement of a mental element for certain justifications, excuses and defences under international law, but, as previously noted, these are made available to the accused in defending himself or herself of the domestic offence, e.g., kidnapping, with which he is charged. If any such justification, excuse or defence arises on the evidence, it must be put to the jury and if the jury has any reasonable doubt respecting that mental element it must, of course, resolve that doubt in favour of the accused, as is the case of any defence available to the accused under Canadian law.

As earlier noted, the trial judge's overemphasis on knowledge on the part of the accused led him to a different, if intertwined, type of error. It led him to confuse the difference between the mental element in relation to the factual nature of the impugned act and its legal or moral quality. As Dubin C.J. noted this confusion is best exemplified in the instruction in relation to the term "inhumane act" contained in the definition of "crime against humanity" in s. 7(3.76). This general category should not be taken to import a knowledge of the

groupe identifiable de personnes. Je suis d'avis que cette connaissance de l'accusé n'a absolument rien à voir avec sa culpabilité. Séquestrer illégalement ou enlever 8 617 personnes est tout aussi blâmable, qu'il ait su ou non qu'il s'agissait de Juifs. Du point de vue pratique, la non-pertinence de la connaissance de ces éléments ressort des circonstances. Peut-on douter qu'il serait si difficile de conclure à une connaissance suffisante? On peut facilement déduire que la personne qui sait que les actions sont dirigées contre un grand nombre de personnes réunissant les mêmes caractéristiques a cette connaissance. En l'espèce, par exemple, puisque les Juifs avaient expressément été l'objet unique de tous ces actes à la connaissance de ceux qui étaient impliqués, il semble tout à fait clair que l'exigence en matière de connaissance à l'égard de cet aspect est remplie. Des considérations semblables s'appliquent à d'autres questions de ce genre, telle celle de savoir s'il y avait un état de guerre.

Il y a toutefois lieu à cette étape-ci de souligner qu'il peut y avoir un élément moral requis à l'égard de certaines justifications, excuses et moyens de défense en droit international, mais, comme je l'ai mentionné précédemment, l'accusé peut s'en prévaloir pour se défendre de l'infraction de droit interne, par exemple l'enlèvement, dont il est inculpé. Si le moyen de défense, la justification ou l'excuse naît de la preuve, il doit être soumis au jury. Si ce dernier entretient un doute raisonnable à l'égard de l'élément moral en cause, il doit évidemment en faire bénéficier l'accusé, comme c'est le cas pour tout moyen de défense auquel l'accusé peut recourir en droit canadien.

Comme je l'ai signalé précédemment, l'importance excessive qu'a accordée le juge à la connaissance de l'accusé l'a amené à commettre une erreur différente, encore que liée à la première. Il a ainsi confondu la différence entre l'élément moral relatif à la nature factuelle de l'acte reproché et sa qualité légale ou morale. Comme le juge en chef Dubin l'a remarqué, cette confusion est bien illustrée dans les directives relatives au terme «fait inhumain» contenu dans la définition de «crime contre l'humanité» au par. 7(3.76). Il ne faudrait

inhumanity of the behaviour. If an accused knowingly confines elderly people in close quarters within boxcars with little provision for a long train ride, then the fact that the accused subjectively did not consider this inhumane should be irrelevant.

This confusion between appreciation of the factual as opposed to the moral or legal quality of the accused's actions was exacerbated by further comments in the trial judge's charge that indicated his view of the *mens rea* requirement. While the judge did refer on a number of occasions to the accused's knowledge of the factual quality of a crime against humanity, as Dubin C.J. points out, he returned again and again to his view that the jury had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused knew that the act he did was inhumane (i.e., a crime against humanity). Dubin C.J. refers to a number of these instances (at pp. 32-33). I cite a few here:

Remember always that before the accused can be convicted, it has to be proved beyond a reasonable doubt, *whatever he did to his knowledge rose up to the level of a war crime or rose up to the level of a crime against humanity.*

*Even if the Crown proved beyond a reasonable doubt the accused committed confinement, robbery, kidnapping or manslaughter; you must acquit unless the Crown also proves beyond a reasonable doubt that to the knowledge of the accused what he did rose up to the level of a war crime or rose up to the level of a crime against humanity.*

One of the ways for the Crown to prove Count 1 is to prove beyond a reasonable doubt that the accused personally knew that the confinement had the factual quality of a crime against humanity in the sense that it was an inhumane act. Now, this is just one element. Of course, there are six or seven other things the Crown has to prove, but this is one example of one element the Crown has to prove. So it is an essential element on that count that the Crown has to prove

pas comprendre que cette catégorie générale introduit l'élément de connaissance de la nature inhumaine du comportement. Si l'accusé séquestre sciemment des personnes âgées dans un wagon fermé en leur fournissant peu de provisions pour un long voyage en train, le fait que l'accusé n'ait subjectivement pas considéré ces actes comme étant inhumains ne devrait pas être pertinent.

Cette confusion entre l'appréciation de la qualité factuelle par opposition à la qualité morale ou légale des actes de l'accusé a été aggravée par d'autres commentaires du juge du procès dans son exposé, qui reflétaient son opinion quant à la *mens rea* requise. Bien que le juge ait renvoyé à plusieurs reprises à la connaissance par l'accusé de la qualité factuelle d'un crime contre l'humanité, comme l'a souligné le juge en chef Dubin, il a répété à maintes reprises son opinion portant que le jury devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que l'acte qu'il avait commis était inhumain (c'est-à-dire qu'il s'agissait d'un crime contre l'humanité). Le juge en chef Dubin renvoie à certains de ces cas (aux pp. 32 et 33). J'en cite quelques-uns ici:

[TRADUCTION] Rappelez-vous que, pour déclarer l'accusé coupable, il faut établir hors de tout doute raisonnable que, à sa connaissance, ce qu'il a fait s'élevait au niveau du crime de guerre ou du crime contre l'humanité.

Même si le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'est rendu coupable de séquestration, vol qualifié, enlèvement ou homicide involontaire coupable, vous devez l'acquitter, à moins que le ministère public n'établisse également hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que ses actes s'élevaient au niveau du crime de guerre ou du crime contre l'humanité.

Pour s'acquitter de son fardeau à l'égard du premier chef d'accusation, le ministère public peut notamment prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait personnellement que la séquestration avait la qualité factuelle d'un crime contre l'humanité puisqu'il s'agissait d'un acte inhumain. Ce n'est là qu'un seul élément, mais le ministère public doit évidemment en établir six ou sept autres. Celui-ci n'est qu'un exemple d'un élément que le ministère

*beyond a reasonable doubt the accused knew that the confinement was an inhumane act.* [Emphasis added by Dubin C.J.]

In my view, these instructions introduced elements of knowledge of both the legal and moral status of the conduct, in a way that is not required by either domestic or international law.

It is well established in our domestic criminal law jurisprudence that knowledge of illegality is not required for an accused. Section 19 of the *Code* echoes a requirement found in earlier codes (including the one in effect at the time the actions in this case were alleged to have been committed): ignorance of the law by one who commits an offence is not an excuse for committing the offence. At common law the principle is well established. As Smith and Hogan, *Criminal Law* (7th ed. 1992), put it, at p. 81:

It must usually be proved that D intended to cause, or was reckless whether he caused, the event or state of affairs which, as a matter of fact, is forbidden by law; but it is quite immaterial to his conviction (though it might affect his punishment) whether he *knew* that the event or state of affairs was forbidden by law. [Emphasis in original.]

Nor should it be forgotten that awareness that the act is morally wrong is also immaterial. Smith and Hogan, *supra*, note, at p. 53:

A man may have *mens rea*, as it is generally understood today, without any feeling of guilt on his part. He may, indeed, be acting with a perfectly clear conscience, believing his act to be morally, and even legally, right, and yet be held to have *mens rea*.

In *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 18, McLachlin J. emphasized that regardless of the nature of the circumstances or consequences required:

First, as Williams underlines, this inquiry has nothing to do with the accused's system of values. A person is not saved from conviction because he or she believes there

public doit établir. Par conséquent, *il est essentiel, relativement au chef en question, que le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la séquestration était un acte inhumain.* [Italiques du juge en chef Dubin.]

À mon avis, ces directives ont introduit des éléments de connaissance de la qualité à la fois légal et morale du comportement, d'une manière que ne requiert ni le droit interne, ni le droit international.

Il est bien établi dans la jurisprudence canadienne en droit criminel qu'il n'est pas nécessaire que l'accusé sache que l'acte est illégal. L'article 19 du *Code* reprend une exigence que prévoyaient des codes antérieurs (dont celui en vigueur au moment où les actes en cause en l'espèce auraient été commis): l'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction. En common law, le principe est solidement établi. Comme Smith et Hogan, *Criminal Law* (7<sup>e</sup> éd. 1992) l'exposent, à la p. 81:

[TRADUCTION] Il faut généralement prouver que D avait l'intention de causer ou ne se souciait pas de causer le résultat ou la situation qui, en fait, sont interdits par la loi; mais qu'il ait *su* que le résultat ou la situation étaient interdits en droit n'a rien à voir avec sa déclaration de culpabilité (bien que cela puisse avoir une incidence sur sa peine). [En italique dans l'original.]

On ne saurait par ailleurs oublier que le fait de savoir que l'acte est moralement fautif est également peu pertinent. Smith et Hogan, *op. cit.*, remarquent, à la p. 53:

[TRADUCTION] Un individu peut avoir la *mens rea*, au sens où elle est généralement comprise aujourd'hui, sans ressentir aucun sentiment de culpabilité. Il peut de fait agir avec une conscience parfaitement claire, croire son acte moralement, voire même légalement correct, et être tout de même jugé comme ayant la *mens rea* requise.

Dans l'arrêt *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, à la p. 18, le juge McLachlin a souligné que, peu importe la nature des circonstances ou des conséquences requises:

Premièrement, comme le souligne Williams, la présente analyse n'a rien à voir avec l'échelle des valeurs de l'accusé. Une personne n'échappe pas à une déclaration de

is nothing wrong with what he or she is doing. The question is whether the accused subjectively appreciated that certain consequences would follow from his or her acts, not whether the accused believed the acts or their consequences to be moral.

The underlying rationale behind the *mens rea* requirement is that there is a lack of sense of personal blame if the person did not in some way even intend to do the action or omission. In finding a war crime or crime against humanity, the trial judge must, of course, look for the normal intent or recklessness requirement in relation to the act or omission that is impugned. However, there is rarely any requirement that the accused know the legal status or description of his or her behaviour. This is not part of the rules of our criminal law and, in my view, is not required under international law. It would be strange if it were. For as counsel for the intervener B'Nai Brith observed, in the case of crimes against humanity, for example, the issue of humaneness would have to be judged in terms of the moral values of the perpetrator of the prohibited act, rather than the moral views of the international community that established the norm.

The Crown's international law expert, Professor Bassiouni, it is true, did at some point in his testimony suggest that an accused must have had knowledge of international law in order to find that he or she has committed a war crime or crime against humanity. While he readily agreed with the Crown that an accused need not know that his or her actions comprised some particular offence under international law, he suggested that the accused would have to have a "general sense" that his or her conduct was illegal under international law. Representative of his somewhat confusing viewpoint is the following exchange with crown counsel:

Q. Does he have to know that his conduct amounts to a war crime or crime against humanity at international law?

A. He doesn't have to know that with the specificity that you're claiming it, and I suppose by my analogy is,

culpabilité pour le motif qu'elle croit qu'elle ne fait rien de mal. Il s'agit de savoir si l'accusé était subjectivement conscient que certaines conséquences résulteraient de ses actes, et non pas s'il croyait que ses actes ou leurs conséquences étaient moraux.

La raison d'être de l'exigence en matière de *mens rea* est qu'il y a absence de sentiment de blâme personnel si la personne n'a pas d'une certaine façon même eu l'intention de commettre l'acte ou l'omission. Pour conclure à l'existence d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, le juge du procès doit bien sûr considérer l'intention ou l'insouciance normalement requise relativement à l'omission ou à l'acte reproché. Toutefois, on exige rarement que l'accusé connaisse la qualité ou la description légale de son comportement. Les règles de notre droit criminel ne l'exigent pas ni, à mon avis, celles du droit international. Le contraire serait étrange puisque, comme l'avocat de l'intervenante B'Nai Brith l'a remarqué, dans le cas des crimes contre l'humanité, par exemple, il faudrait trancher la question du caractère humain en fonction des valeurs morales de l'auteur de l'acte interdit, et non des opinions morales de l'ensemble des nations qui ont établi la norme.

Il est vrai que, dans son témoignage, l'expert en droit international du ministère public, le professeur Bassiouni, a donné à entendre que l'accusé doit avoir eu une connaissance du droit international pour que l'on puisse conclure qu'il a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Bien qu'il ait volontiers convenu avec le ministère public que l'accusé n'a pas à savoir que ses actes constituent une infraction donnée en droit international, à son avis, l'accusé devrait avoir un «sentiment général» que son comportement était illégal en droit international. L'échange suivant avec le substitut du procureur général démontre bien son opinion quelque peu déroutante:

[TRADUCTION]

Q. Doit-il savoir que ses actes constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité en droit international?

R. Il n'a pas à le savoir aussi précisément que vous le soutenez. Prenez l'analogie suivante: la personne qui

does a person who commits murder know that the act of murder constitutes murder in the first degree in that time of a statute. So it is the general knowledge that there is a prohibition by law that you're supposed to have, as opposed to a specific knowledge of the specific type of crime that you might be committing.

Q. And so would the victim or the — ignorance of the law is no excuse in the application of international law?

A. Yes, indeed, because it is a general principle of law because it exists in every legal system of the world.

Q. So what is it that a perpetrator must know in order to attract culpability or liability at international law for war crimes or crimes against humanity?

A. Well, the individual must obviously have knowledge of the nature of the acts he is engaging in. He must know that these acts are a violation of the law. He does not have to know the specific label of the violation that he has committed. And he must act with knowledge or intent.

M. Cherif Bassiouni in his later book, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992), suggests that there should be a "rebuttable presumption" of knowledge of international criminal law. He states, at p. 364:

This rebuttable presumption includes knowledge of the illegality of the act performed, based on the standard of reasonableness. Notwithstanding this standard of reasonableness, an individual may present the defense of ignorance of the law. Thus, this legal standard is not ultimately objective, but subjective.

Given this basic viewpoint, the trial judge was not surprisingly confused as to the *mens rea* requirement.

It is instructive at this point to say something about the utility of the views of learned writers such as Professor Bassiouni in determining the applicable international law. They are extremely useful, of course, in bringing before the Court the various relevant sources of law, and as Lord Alverstone observed in *West Rand Central Gold Mining Co. v. The King*, [1905] 2 K.B. 391, at p. 402, they also render "valuable service in helping to create the opinion by which the range of the consensus of civilized nations is enlarged". But, as he went on

commet un meurtre sait-elle que cet acte constitue un meurtre au premier degré selon la loi en vigueur à cette époque? Vous êtes donc censé avoir une connaissance générale que l'acte est interdit par la loi, par opposition à une connaissance précise des catégories déterminées de crimes que vous commettez peut-être.

Q. Donc, est-ce que la victime ou — l'ignorance de la loi n'est pas une excuse en droit international?

R. Oui, vraiment, car c'est un principe général de droit puisqu'il existe dans tous les systèmes juridiques du monde.

Q. Alors, que doit savoir l'auteur pour être coupable ou responsable en droit international d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité?

R. Eh bien, l'individu doit évidemment connaître la nature des actes qu'il commet. Il doit savoir que ces actes violent la loi. Il n'a pas à savoir le nom précis de la violation qu'il a commise. Et il doit agir en toute connaissance ou intentionnellement.

Dans son ouvrage subséquent, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992), M. Cherif Bassiouni indique qu'il devrait exister une [TRADUCTION] «présomption réfutable» de connaissance du droit criminel international. Il indique à la p. 364:

[TRADUCTION] Cette présomption réfutable englobe la connaissance de l'illégalité de l'acte commis, fondée sur la norme du caractère raisonnable. Malgré cette norme, une personne peut invoquer en défense l'ignorance de la loi. Cette norme légale n'est donc pas en fin de compte objective, mais plutôt subjective.

Étant donné ce point de vue élémentaire, il n'est guère étonnant que le juge du procès ait mal compris quelle était la *mens rea* requise.

Il est révélateur à cette étape-ci de commenter l'utilité des opinions d'auteurs reconnus comme le professeur Bassiouni dans la détermination du droit international applicable. Les auteurs sont évidemment extrêmement utiles en ce qu'ils présentent au tribunal les diverses sources de droit pertinentes. En outre, comme lord Alverstone l'a fait remarquer dans l'arrêt *West Rand Central Gold Mining Co. c. The King*, [1905] 2 K.B. 391, à la p. 402, ils rendent également [TRADUCTION] «un fier service en aidant à formuler l'opinion par laquelle

to add (at p. 402), "in many instances their pronouncements must be regarded rather as the embodiments of their views as to what ought to be . . . the conduct of nations *inter se*, than the enunciation of a rule or practice as universally approved or assented to [by nation states] as to be fairly termed . . . 'law'". In a word, international conventions and the practices adopted and approved as law by authoritative decision makers in the world community, along with the general principles of law recognized by civilized countries are what constitute the principal sources of international law. The pronouncements of learned writers on international law are extremely useful in setting forth what these practices and principles are, but the personal views of learned writers in the field, though useful in developing consensus, are of a subsidiary character in determining what constitutes international law. This approach, which is universally accepted by the international community, is authoritatively set down in Art. 38(1) of the *Statute of the International Court of Justice* which reads:

#### Article 38

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;
- (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- (c) the general principles of law recognized by civilized nations;
- (d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. [Emphasis added.]

On an examination of these sources of international law, I am in complete agreement with the dissenting judges in the Court of Appeal that international law does not require such a high mental

le champ du consensus des nations civilisées est élargi». Mais, comme il a ajouté (à la p. 402), [TRADUCTION] «dans nombre de cas, leurs propos doivent être considérés comme l'expression de leurs opinions quant à ce que doit être [...] le comportement des nations entre elles plutôt que comme la formulation d'une règle ou d'une pratique si universellement approuvée ou reconnue [par les États] qu'elle puisse être à juste titre considérée comme étant [...] le «droit»». Bref, les conventions et les pratiques internationales adoptées et approuvées comme étant le droit par des décideurs qui font autorité dans la communauté mondiale, de même que les principes généraux de droit reconnus par les pays civilisés, offrent les principales sources du droit international. Les propos des auteurs reconnus de droit international sont extrêmement utiles pour énoncer ce que sont ces pratiques et principes, mais leurs opinions personnelles dans le domaine, bien qu'utiles pour tendre vers un consensus, sont de nature auxiliaire dans la détermination de ce qui constitue le droit international. Ce point de vue, universellement accepté par l'ensemble des nations, est énoncé de façon péremptoire au par. 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice*, qui dispose:

#### Article 38

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:

- a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;
- b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
- c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
- d) sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. [Je souligne.]

Après avoir examiné ces sources de droit international, je conviens parfaitement avec les juges dissidents de la Cour d'appel que le droit international n'exige pas un élément moral aussi élevé

element as the majority in that court and the trial judge thought necessary. In fact, Bassiouni does not represent the consensus of legal writers. He himself made it clear that the majority view among international law scholars was that there was no requirement of knowledge of the international legal quality of the actions. Clearly, this is not the international law emerging out of the *Charter of the International Military Tribunal*, for which no such knowledge requirement is included. Nor was it considered to be a requirement in the war crimes and crimes against humanity decisions at Nuremberg. And if we turn to the general principles of law recognized by civilized nations, Bassiouni in the passage in the testimony produced above accepted the principle that ignorance of the law is no excuse in that application of international law "because it exists in every legal system of the world".

Indeed, as one goes back through the history of international law, knowledge of international law has never been a requirement for culpability. Traditionally, the western and Christian conception of international law especially in this area can be seen to coincide with the dictates of natural law; under the Roman Law, for example the *jus gentium* which was applied to non-Romans was presumed because it coincided with the *jus naturalis*. In Grotius' theory of international law, which applied to all individuals as well, the dictates of international law followed as dictates of natural reason. Piracy or slavery would be contrary to international law as long as the accused had preyed on ships or traded in slaves, regardless of whether the pirates or slavedealers were aware of how their conduct was classified under international law. In the international realm as much as the domestic, blameworthiness in criminal law does not consist of knowingly snubbing the law, but rather in deliberately engaging in certain types of conduct that international law prohibits.

It is evident from his book that Bassiouni required a knowledge of the legal quality of the

que la majorité de cette cour et le juge du procès l'ont estimé nécessaire. En fait, Bassiouni ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs de doctrine. Il a lui-même précisé que, suivant l'opinion majoritaire au sein des experts en droit international, l'accusé n'est pas tenu de connaître la qualité légale de ses actes sur le plan international. Ce n'est certainement pas le droit international qui émerge du *Statut du Tribunal militaire international*, lequel n'exige aucune connaissance de la sorte. On n'a pas non plus considéré qu'il s'agissait d'une exigence dans les décisions de Nuremberg sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Et si l'on se reporte aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, Bassiouni a, dans l'extrait du témoignage reproduit ci-dessus, accepté le principe que l'ignorance de la loi n'est pas une excuse dans cette application du droit international [TRADUCTION] «puisque'il existe dans tous les systèmes juridiques du monde».

En fait, si l'on jette un coup d'œil sur l'histoire du droit international, la connaissance du droit international n'a jamais été un prérequis à la culpabilité. Traditionnellement, on peut constater que la conception occidentale et chrétienne du droit international, particulièrement dans ce domaine, correspond aux préceptes du droit naturel; en droit romain, par exemple, le *jus gentium* appliqué aux non-Romains était présumé car il correspondait au *jus naturalis*. Dans la théorie du droit international de Grotius, qui s'appliquait à tous les individus également, les préceptes du droit international se sont imposés à titre de préceptes de la raison naturelle. La piraterie et l'esclavage étaient contraires au droit international dès lors que l'accusé avait attaqué des navires ou fait le commerce d'esclaves, peu importe qu'il sache comment son comportement était classifié en droit international. Tant sur le plan international que sur le plan national, le caractère blâmable en droit criminel ne consiste pas à violer sciemment la loi, mais plutôt à adopter délibérément un comportement que le droit international prohibe.

Il ressort clairement de l'ouvrage de Bassiouni que ce dernier exigeait la connaissance de la qua-

actions because of his concerns about the state of international law prior to World War II. I will more fully address the issue of the alleged retroactivity of the international law below. It suffices at this point to say that this view appears to be based on an impoverished view of the nature and sources of international law. As Bassiouni himself noted in testimony, his view is a minority one. In relation to war crimes, the content of the prohibited actions was incontestably well established. And in relation to crimes against humanity (with which Bassiouni was concerned in his comments above), the more representative view is that these crimes were well established by the customs of international law as evidenced in practice and in a variety of earlier conventions, and their existence was justified, in particular, on the basis of the widespread practice of many national laws, including those of Germany, which criminally sanctioned such conduct. For example, Schwarzenberger, *International Law*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict* (1968), at pp. 23-27, emphasizes that the foundation of the Nuremberg decisions on crimes against humanity was the existing prohibitions in civilized nations. For still greater certainty, this alternative (but well established) source for international law is, as noted earlier, specifically referred to in the definition of "crime against humanity" set forth in s. 7(3.76), which alludes to the three alternative sources of international law, conventional international law, customary international law and "the general principles of law recognized by the community of nations".

To summarize, then, the correct approach, in my view, is that the accused have intended the factual quality of the offence, e.g. that he was shooting a civilian, or that he knew that the conditions in the train were such that harm could occur to occupants. It is not possible to give an exhaustive treatment of which circumstances must have an equivalent knowledge component. Whether there is an equivalent mental element for circumstances will depend on the particular war crime or crime

lité légale des actes en raison de ses préoccupations sur l'état du droit international antérieur à la Seconde Guerre mondiale. J'analyserai plus exhaustivement la question de la présumée rétroactivité du droit international plus loin. Qu'il suffise de dire pour l'instant que cette opinion paraît être fondée sur un point de vue peu informé de la nature et des sources du droit international. Comme Bassiouni lui-même l'a remarqué dans son témoignage, son opinion est minoritaire. Relativement aux crimes de guerre, le contenu des actes prohibés était incontestablement bien établi. Et relativement aux crimes contre l'humanité (auxquels Bassiouni s'intéressait dans ses commentaires reproduits ci-dessus), l'opinion la plus représentative porte que ces crimes ont été bien établis par les coutumes du droit international comme on le constate dans la pratique et dans diverses conventions antérieures, et que leur existence était justifiée, en particulier, sur le fondement de la pratique générale de nombreuses lois internes, dont celles de l'Allemagne, qui ont sanctionné criminellement ce comportement. Par exemple, Schwarzenberger, *International Law*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict* (1968), aux pp. 23 à 27, souligne que les décisions de Nuremberg sur les crimes contre l'humanité étaient fondées sur les prohibitions en vigueur dans les nations civilisées. Pour plus de certitude, cette source complémentaire (mais bien établie) de droit international est, je le répète, expressément mentionnée dans la définition de «crime contre l'humanité» énoncée au par. 7(3.76), qui fait mention des trois sources complémentaires de droit international, soit le droit international conventionnel, le droit international coutumier et les «principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations».

En résumé, donc, il faut, à mon avis, que l'accusé ait envisagé la qualité factuelle de l'infraction, par exemple, qu'il tirait sur un civil, ou qu'il savait que les conditions à bord du train étaient telles que les occupants pouvaient en souffrir. Il est impossible de traiter exhaustivement des aspects qui doivent comporter un élément de connaissance équivalent. La question de savoir s'il y a un élément moral équivalent relativement aux différents aspects dépendra du crime de guerre ou du crime

against humanity involved. However, in almost all if not every case, I think that our domestic definition of the underlying offence will capture the requisite *mens rea* for the war crime or crime against humanity as well. Thus, the accused need not have known that his act, if it constitutes manslaughter or forcible confinement, amounted to an "inhumane act" either in the legal or moral sense. One who intentionally or knowingly commits manslaughter or kidnapping would have demonstrated the mental culpability required for an inhumane act. The normal *mens rea* for confinement, robbery, manslaughter, or kidnapping, whether it be intention, knowledge, recklessness or wilful blindness, would be adequate. As Egon Schwelb notes in "Crimes Against Humanity" (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178, at pp. 196-97, almost all the serious crimes of the municipal law of civilized nations are also in some basic sense culpable offences in the minds of humanity; for a similar view, see Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Law* (1976), at pp. 3, 5 and 7. The additional conditions of the *actus reus* requirement under international law are intended to be used to ascertain whether the factual conditions are such that the international relations concerns of extraterritorial limits do not arise. Since in almost all if not every case the *mens rea* for the war crime or crime against humanity will be captured by the *mens rea* required for the underlying offence that will have to be proved to the jury beyond a reasonable doubt, the trial judge will rarely, if ever, have to make any additional findings in relation to the *mens rea* to satisfy the jurisdiction requirements.

From what I have been able to determine, the issue does not arise in this case, but assuming there may in certain cases be circumstances relating to crimes against humanity and war crimes that involve the individual culpability of an accused that is not captured by the mental element in the underlying offence, I do not think this could lead to any unfairness. It must be remembered that

contre l'humanité donné. Toutefois, dans presque tous les cas, sinon tous, j'estime que la définition de l'infraction sous-jacente de droit interne englobera également la *mens rea* requise pour le crime de guerre ou le crime contre l'humanité. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'accusé ait su que son acte, s'il s'agit d'un homicide involontaire coupable ou d'une séquestration, équivalait à un «acte inhumain» au sens juridique ou moral du terme. Quiconque commet intentionnellement ou sciemment un homicide involontaire coupable ou un enlèvement a démontré la culpabilité morale requise pour un acte inhumain. La *mens rea* normale pour la séquestration, le vol qualifié, l'homicide involontaire coupable ou l'enlèvement suffit, qu'il s'agisse d'intention, de connaissance, d'insouciance ou d'ignorance volontaire. Comme Egon Schwelb le remarque dans «Crimes Against Humanity» (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178, aux pp. 196 et 197, presque tous les crimes graves en droit interne des nations civilisées sont également, d'une façon élémentaire, des infractions coupables dans l'esprit de l'humanité; pour un point de vue semblable, voir Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* (1976), aux pp. 3, 5 et 7. Les conditions additionnelles de l'exigence de l'*actus reus* en droit international sont censées être utilisées pour s'assurer que les conditions factuelles sont telles que les questions de limites extraterritoriales en matière de relations internationales ne se posent pas. Puisque dans presque tous les cas, sinon tous, la *mens rea* pour le crime de guerre ou le crime contre l'humanité sera englobée dans la *mens rea* requise pour l'infraction sous-jacente, dont il faut apporter la preuve au jury hors de tout doute raisonnable, le juge du procès ne devra que rarement, ou jamais, procéder à des constatations supplémentaires concernant la *mens rea* pour répondre aux exigences de compétence.

À partir de ce que j'ai pu déterminer, la question ne se pose pas en l'espèce, mais si l'on tient pour acquis qu'il peut, dans certains cas, y avoir des circonstances ayant trait aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre qui mettent en cause la culpabilité personnelle d'un accusé qui ne serait pas englobée dans l'élément moral de l'infraction sous-jacente, je ne crois pas qu'il puisse en décou-

under s. 7(3.73) of the *Code*, an accused may rely on any "justification, excuse or defence available . . . under international law" as well as under the laws of Canada. If a justification, excuse or defence that would have been available had the accused been charged with the crime under international law rather than the underlying crime, it should be referred to the jury with appropriate instructions whether the issue arises on the evidence presented by the Crown or the accused. The jury would then have to decide the issue, with any reasonable doubt decided in favour of the accused.

For these reasons, I conclude that the trial judge and majority of the Court of Appeal erred in requiring an excessively high *mens rea*, one going beyond the *mens rea* for the underlying offence.

#### Charter Issues

Up to this point, I have focused on distilling the proper interpretation of s. 7(3.71)-(3.77) of the *Criminal Code*, which I have found to be a jurisdiction-endowing provision, and on defining the precise limits of the trial judge's role in ruling on the preliminary jurisdictional question. I now turn to the constitutional issues raised by the respondent and by the courts below. As I earlier noted, the trial judge and the majority of the Court of Appeal intermixed the interpretative exercise with accommodation of *Charter* concerns. I prefer first to extract the true intention of Parliament in accordance with the ordinary canons of statutory interpretation, and only then to measure that interpretation by constitutional standards. This approach is especially appropriate in the present case since, as I see it, that interpretation does not pose *Charter* difficulties. I shall now set forth the questions raised and my response to them.

*Does the Interpretation of Section 7(3.71) of the Criminal Code as a Jurisdictional Section Violate Sections 7 and 11(f) of the Charter, by Taking*

ler une injustice. Il faut se rappeler qu'en vertu du par. 7(3.73) du *Code*, un accusé peut se prévaloir «des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus [...] par [...] le droit international» et par le droit canadien. Dans le cas où des justifications, excuses ou moyens de défense auraient pu être invoqués si l'accusé avait été inculpé de l'infraction en vertu du droit international plutôt que de l'infraction sous-jacente, ils devraient être soumis au jury avec des directives appropriées, que la question soit soulevée par la preuve présentée par le ministère public ou par celle de l'accusé. Le jury devrait alors trancher la question en faisant jouer tout doute raisonnable en faveur de l'accusé.

Pour ces motifs, je conclus que le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont commis une erreur en exigeant une *mens rea* excessivement élevée allant au-delà de ce qui est requis pour l'infraction sous-jacente.

#### Les questions relatives à la Charte

Jusqu'ici, je me suis attaché à dégager l'interprétation juste des par. 7(3.71) à (3.77) du *Code criminel* qui, ai-je conclu, sont des dispositions attributives de compétence, et à définir le cadre précis du rôle du juge du procès lorsqu'il tranche la question préliminaire de la compétence. Je passe maintenant aux questions constitutionnelles soulevées par l'intimé et par les tribunaux de juridiction inférieure. Comme je l'ai remarqué précédemment, le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont confondu l'activité d'interprétation avec l'adaptation aux préoccupations liées à la *Charte*. Je préfère d'abord dégager l'intention véritable du législateur conformément aux règles ordinaires d'interprétation des lois, et ensuite seulement, évaluer cette interprétation selon les normes constitutionnelles. Cette méthode est toute désignée en l'espèce puisqu'à mon sens, l'interprétation ne pose aucune difficulté au regard de la *Charte*. J'énoncerai maintenant les questions soulevées et mes réponses.

*L'interprétation selon laquelle le par. 7(3.71) du Code criminel est un article attributif de compétence viole-t-elle l'art. 7 et l'al. 11f) de la Charte*

*From the Jury the Determination of War Crime/Crime Against Humanity?*

This challenge was not raised by the respondent as a ground of cross-appeal *per se*; rather, it underlies his argument and the majority reasons in the Court of Appeal regarding the proper interpretation of s. 7(3.71)-(3.77). For the respondent, the concern lies more with s. 7 of the *Charter*. He argues that those on trial as a result of s. 7(3.71)-(3.77) are highly stigmatized. Consequently, he argues, unless the accused's guilt of war crimes or of crimes against humanity is found by a jury beyond a reasonable doubt and knowledge and subjective *mens rea* attach to such crimes, the exigencies of fundamental justice would not be met.

This argument reflects a misunderstanding of this Court's jurisprudence on the dictates of fundamental justice respecting *mens rea* for an offence that involves special stigma. In *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 653, this connection between stigma and necessary *mens rea* was expressed by Lamer J. (as he then was):

... there are, though very few in number, certain crimes where, because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime.

I observed, at p. 665, that:

... because of the stigma attached to a conviction for murder, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime, namely one referable to causing death. ... It is sufficient to say that the mental element required by s. 213(d) of the *Criminal Code* is so remote from the intention specific to murder (which intention is what gives rise to the stigma attached to a conviction for that crime) that a conviction under that paragraph violates fundamental justice.

*en retirant au jury la tâche de déterminer s'il s'agit d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité?*

L'intimé n'a pas soulevé cette question comme moyen à l'appui du pourvoi incident en soi; elle sous-tend plutôt son argument, de même que les motifs de la majorité de la Cour d'appel sur l'interprétation appropriée des par. 7(3.71) à (3.77). Sa préoccupation porte davantage sur l'art. 7 de la *Charte*. Il soutient que les individus jugés aux termes des par. 7(3.71) à (3.77) sont profondément stigmatisés. En conséquence, soutient-il, les exigences de la justice fondamentale ne seront respectées que si l'accusé est déclaré coupable de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité par un jury convaincu hors de tout doute raisonnable et que si la connaissance et la *mens rea* subjective sont rattachées à ces crimes.

Cet argument dénote une mauvaise compréhension de la jurisprudence de notre Cour sur les préceptes de la justice fondamentale relatifs à la *mens rea* pour une infraction entraînant des stigmates particuliers. Dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à la p. 653, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a exposé ainsi ce lien entre les stigmates et la *mens rea* requise:

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

J'ai remarqué, à la p. 665, que:

... en raison des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de meurtre, les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime, savoir une qui se rapporte au fait de causer la mort. [...] Il suffit de dire que l'élément moral requis par l'al. 213d) du *Code criminel* est si éloigné de l'intention spécifique de commettre un meurtre (laquelle intention est à l'origine des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de ce crime) qu'une déclaration de culpabilité rendue en vertu de cet alinéa est contraire à la justice fondamentale.

I do not take our reasons in *Vaillancourt*, *supra*, to have dictated a necessary standard of proof or to have required that the jury decide certain matters, in cases of special stigma, in order to accord with the principles of fundamental justice. As I read it, the Court viewed certain offences, which import a high degree of stigma, as demanding a higher degree of *mens rea*, on a substantive level, reflecting the nature of the relevant offence. The debate arises on a substantive, not a procedural plane. The issue is one of finding where, on the objective-to-subjective scale of intent, a particular offence falls. Our assessment of fundamental justice in *Vaillancourt*, *supra*, and in all subsequent cases, did not lead us to conclude that because a special stigma might attach to certain offences, only the jury is to be entrusted with finding *mens rea* and only on a standard of proof beyond a reasonable doubt. I note that in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, this Court has held that a hearing for the "labelling" of a convicted person as a dangerous criminal does not require the determination of dangerousness by a jury, though such a determination clearly carries a serious stigma.

The scheme set up by Parliament in s. 7(3.71)-(3.77) of the *Code* does not deprive the accused of his or her rights in a manner inconsistent with the principles of fundamental justice. The accused cannot be found guilty of the offence with which he or she was charged, i.e., the underlying domestic offence, unless the jury finds the relevant mental element on proof beyond a reasonable doubt, a mental element which, we saw, coincides with that of the war crime or crime against humanity. And if any excuse, justification or defence for the act arises under international law, the accused is entitled to the benefit of any doubt about the matter, including any relevant *mens rea* attached to such excuse, justification or defence.

I would add that any stigma attached to being convicted under war crimes legislation does not

À mon avis, notre Cour n'a pas, dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, imposé une norme de preuve nécessaire, ni exigé que, dans les affaires entraînant des stigmates spéciaux, le jury tranche certaines questions afin que soient respectés les principes de justice fondamentale. Selon mon interprétation, la Cour a considéré que certaines infractions, auxquelles sont liés de profonds stigmates, exigeaient une *mens rea* supérieure, sur le plan du fond, qui reflète la nature de l'infraction en question. Le débat se situe au niveau du fond, et non de la procédure. Il s'agit de déterminer l'endroit où se situe, entre l'objectivité et la subjectivité, l'intention qui sous-tend une infraction donnée. Notre analyse de la justice fondamentale dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, et dans toutes les affaires subséquentes, ne nous a pas amenés à conclure, simplement parce qu'un stigmate particulier peut se rattacher à certaines infractions, que la conclusion sur la *mens rea* doit être confiée exclusivement au jury et seulement en conformité avec une norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Je remarque que, dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, notre Cour a déterminé que, lors d'une audience visant à «étiqueter» comme criminel dangereux une personne reconnue coupable, il n'incombe pas au jury de déterminer la dangerosité, bien qu'une détermination de ce genre entraîne manifestement un stigmate.

Le régime créé par le législateur aux par. 7(3.71) à (3.77) du *Code* ne prive pas l'accusé de ses droits d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. L'accusé ne peut être déclaré coupable de l'infraction reprochée (l'infraction sous-jacente de droit interne) que si le jury conclut que l'élément moral pertinent a été établi hors de tout doute raisonnable. Cet élément moral, nous l'avons vu, coïncide avec celui du crime de guerre ou du crime contre l'humanité. Si des excuses, justifications ou moyens de défense peuvent être invoqués en vertu du droit international, l'accusé a droit au bénéfice du doute sur la question, y compris la *mens rea* liée à ces excuses, justifications et moyens de défense.

J'ajouterais que le stigmate découlant d'une déclaration de culpabilité sous le régime d'une loi

come from the nature of the offence, but more from the surrounding circumstances of most war crimes. Often it is a question of the scale of the acts in terms of numbers, but that is reflected in the domestic offence; for example, a charge of the kidnapping or manslaughter of a hundred people in the domestic context itself raises a stigma because of the scale, but one that s. 7 is not concerned about. Similarly, the jurisprudence does not allow for stigma that may also result from being convicted of an offence in which the surrounding circumstances are legally irrelevant but public disapproval strong. Thus one convicted of a planned and deliberate murder can face additional stigma because his or her actions were particularly repulsive or violent, but our system does not make any additional allowance for that.

A separate but related concern is that reflected in the Court of Appeal majority's interpretation of s. 7(3.71). The majority looked to the *Charter* right of trial by jury, found in s. 11(f), to reinforce its other justifications for reading s. 7(3.71) as creating the offences of war crime and crime against humanity. The majority observed that the function of the jury is strongly rooted in determining the guilt or innocence of the accused. In its view, the determination of whether the accused's conduct amounts to a war crime or crime against humanity involves a question of culpability and thus must be entrusted to the jury. At page 111 of its reasons, the majority explained:

There can be no doubt that the allegations that Finta committed war crimes and crimes against humanity go to his culpability. Without these allegations Canada has no interest in and no justification for bringing Finta before a Canadian criminal court to answer for his conduct. The moral claim that Canada has against those who have committed the offences referred to in s. 7(3.71) outside Canada comes not from the mere alleged violation of Canadian domestic criminal law but from the additional allegation that the violation reached the dimension and status of a war crime or a crime against

sur les crimes de guerre ne résulte pas de la nature de l'infraction, mais plutôt des circonstances qui entourent la plupart des crimes de guerre. Il s'agit souvent d'une question d'échelle, en termes numériques, des actes en cause. Cet aspect se reflète toutefois dans l'infraction de droit interne; ainsi, l'accusation d'enlèvement ou d'homicide involontaire coupable de cent personnes en droit interne entraîne en soi un stigmate en raison de l'ampleur de l'infraction, mais ce stigmate n'a toutefois rien à voir avec l'art. 7. De même, la jurisprudence ne tient pas compte du fait qu'un stigmate se rattache à la déclaration de culpabilité pour une infraction dont les circonstances ne sont pas pertinentes sur le plan juridique, mais à l'égard desquelles la désapprobation du public est grande. Ainsi, l'individu déclaré coupable d'un meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré peut faire face à d'autres stigmates du fait que ses actes étaient particulièrement répulsifs et violents, mais notre régime n'en tient aucun compte.

L'interprétation du par. 7(3.71) par la Cour d'appel à la majorité traduit une préoccupation distincte, quoique reliée. La cour a examiné le droit, garanti par l'al. 11f) de la *Charte*, à un procès par jury pour étayer les autres motifs qui l'amènent à interpréter le par. 7(3.71) comme créant les infractions de crime de guerre et de crime contre l'humanité. La majorité a remarqué que la fonction du jury est solidement enracinée dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. À son avis, la question de savoir si le comportement de l'accusé équivaut à un crime de guerre ou à un crime contre l'humanité ressortit à la culpabilité et doit donc être confiée au jury. À la p. 111 de ses motifs, la majorité a expliqué:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que les allégations que Finta a commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité concernent sa culpabilité. Sans ces allégations, le Canada n'a aucun intérêt à traduire Finta en justice devant une cour criminelle canadienne pour qu'il réponde de ses actes et n'est pas justifié de le faire. Le droit moral que le Canada peut faire valoir contre les personnes qui ont commis à l'étranger les infractions prévues au par. 7(3.71) ne naît pas de la seule allégation de violation du droit criminel canadien, mais de l'allégation supplémentaire que la violation a atteint la

humanity. Canada's international obligation to prosecute such offences rests on the same foundation.

The question, in the eyes of the Court of Appeal, thus was properly left to the jury.

In my view, Canada always has an interest, or a moral claim, in bringing those who commit acts that it regards as offensive behaviour to justice. Conduct is not viewed as any less culpable merely because it is committed abroad; murder of anybody anywhere is something we find abhorrent. This is reflected, as I earlier noted, in our laws of immigration and extradition. However, because of Canada's respect for the underlying premises of international relations, i.e., comity and respect for the sovereignty of independent states, a self-imposed limit is placed on its ability to prosecute these culpable acts when committed outside its territory. As part of our respect for sovereignty and part of our confidence in the standards of other nations, we would normally expect that other nations would punish the culpable conduct. Such a limit is also justified on the basis of efficacy of prosecution; it is usually more efficient and effective to prosecute in the place where the criminal act actually occurred. Nevertheless, we should never forget that, throughout, in our view, this conduct constitutes culpable conduct in violation of our legal standards. This perspective is reflected in s. 6 of the *Code*, explored above. The general principle embodied therein does not strip extraterritorially committed offences of their culpability in Canadian eyes; rather, the ability to convict or to discharge is removed.

The concern towards which the jurisdictional portion of s. 7(3.71) is directed is, rather, the determination of the appropriate court to hear the case. Put another way, the inquiry goes to assessing whether Canadian courts are able to convict or discharge the perpetrator of the relevant conduct. The international community agreed, presumably because of the general revulsion for these types of

dimension et la qualité de crime de guerre ou de crime contre l'humanité. L'obligation internationale du Canada d'engager des poursuites relativement à de telles infractions repose sur le même fondement.

<sup>a</sup> De l'avis de la Cour d'appel, la question a donc à juste titre été soumise à l'appréciation du jury.

À mon avis, le Canada a toujours un intérêt, ou un droit moral, à traduire en justice ceux qui commettent des actes qu'il juge choquants. Le comportement n'est pas considéré comme moins coupable du seul fait qu'il est commis à l'étranger; peu importe sa victime et l'endroit où il est commis, le meurtre nous apparaît répugnant. Ce sentiment se traduit, comme je l'ai remarqué précédemment, dans nos lois sur l'immigration et l'extradition. Toutefois, puisque le Canada respecte les prémisses fondamentales sur lesquelles reposent les relations internationales (la courtoisie et le respect de la souveraineté des États indépendants), il a lui-même imposé une limite à sa capacité d'intenter des poursuites à l'égard de ces actes coupables lorsqu'ils sont commis à l'extérieur de son territoire. Compte tenu de notre respect pour la souveraineté et de notre confiance envers les normes des autres nations, nous attendons généralement de ces dernières qu'elles punissent le comportement coupable. Une telle limite se justifie également au nom de l'efficacité de la poursuite; il est en général plus efficace d'engager des poursuites là où l'acte criminel a effectivement été commis. Nous ne saurions cependant oublier qu'à notre avis, ce comportement est toujours coupable et viole nos normes juridiques. C'est ce qu'exprime l'art. 6 du *Code*, analysé ci-dessus. Le principe général qui y est énoncé ne dépouille pas les infractions commises à l'étranger de leur culpabilité aux yeux des Canadiens; il retire plutôt le pouvoir de condamner ou d'exonérer.

La partie du par. 7(3.71) qui traite de compétence concerne plutôt la détermination du tribunal approprié pour entendre l'affaire. En d'autres termes, l'analyse vise à déterminer si les tribunaux canadiens sont habilités à condamner ou à exonérer l'auteur du fait en cause. En raison, on le présume, de la répulsion que tous ressentent à l'égard de ce genre d'actes et du fait qu'elle reconnaît la

conduct and their recognition of the need for cooperation because of the difficulty in bringing offenders to justice in the place where they were committed, that war crimes and crimes against humanity presented cases worthy of exception to the general concerns of international law. The preliminary question in s. 7(3.71), whether the relevant conduct constitutes a situation evaluated by the international community to constitute one warranting treatment exceptional to the general precepts of international law, involves an assessment of Canada's international obligations and other questions concerning the interrelationship of nations. The culpability of the acts targeted by this provision, from Canada's perspective, arises from, and will be assessed according to our standards of offensive behaviour as embodied in the *Code*. In the absence of international accord, we would still have found the conduct criminal and culpable, but for other policy reasons, would not have prosecuted in our courts. It is this domestic evaluation of culpability that served as the instigator for Canada's agreement to be bound by international conventions in this area. The decision to give Canadian courts jurisdiction in the case of war crimes and crimes against humanity, as is the case in the other situations of extraterritorial jurisdiction granted in s. 7 of the *Code*, is based not on culpability, but on other often totally unrelated policy considerations. The preliminary question of war crime or crime against humanity is more of a political inquiry than one of culpability. As such, the issue is not one that is viewed as traditionally falling within the province of the jury. Admittedly, the standard used to determine whether these exceptional cases are present is one of international "crimes". However, this does not take away from the fact that the considerations underlying this determination will involve questions of international obligations, with which the trial judge is better equipped to deal.

In my view, this situation is similar to that on which I commented on in *Libman v. The Queen*,

nécessité de coopérer puisqu'il est difficile de traduire en justice les auteurs des infractions au lieu où elles ont été commises, la communauté internationale a convenu que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité présentaient des cas justifiant une exception aux considérations générales du droit international. La question préliminaire que pose le par. 7(3.71), soit celle de savoir si la conduite visée est un cas qui, selon la communauté internationale, justifie un traitement d'exception par rapport aux préceptes généraux du droit international, comporte l'analyse des obligations internationales du Canada et d'autres questions concernant les relations entre nations. Du point de vue du Canada, la culpabilité à l'égard des actes visés par cette disposition résulte de ce qui est considéré comme un comportement répréhensible en vertu des normes canadiennes exprimées dans le *Code*, et doit être évaluée en conséquence. En l'absence d'une convention internationale, nous aurions tout de même conclu que la conduite était criminelle et coupable mais, pour d'autres raisons de principe, nous n'aurions pas engagé de poursuites devant nos tribunaux. C'est cette conception interne de la culpabilité qui a amené le Canada à s'obliger par les conventions internationales dans ce domaine. La décision de conférer aux tribunaux canadiens la compétence en matière de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, comme c'est le cas dans les autres situations où la compétence extraterritoriale est conférée à l'art. 7 du *Code*, est fondée non pas sur la culpabilité, mais sur d'autres considérations de principe souvent tout à fait distinctes. La question préliminaire, en ce qui concerne les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, est plus une question politique qu'une question de culpabilité et, pour cette raison, ne relève traditionnellement pas de la compétence d'un jury. Certes, la norme qui permet de déterminer s'il s'agit d'un cas exceptionnel est celle relative aux «crimes» internationaux. Cela ne change toutefois rien au fait que les considérations qui sous-tendent cette détermination font intervenir des questions d'obligations internationales, que le juge du procès est plus en mesure de trancher.

À mon avis, cette situation s'apparente à celle que j'ai commentée dans l'arrêt *Libman c. La*

[1985] 2 S.C.R. 178, a case concerning Canadian criminal jurisdiction. I there noted that the concerns of international comity normally called for restraint in the extraterritorial application of Canadian criminal law. But I added that, in the context there, the dictates of international comity were not offended because there was a substantial Canadian element in the criminal activities involved. Moreover, I noted that our respect for the interest of other states was in fact served by assisting in the prosecution of offences having a transnational impact on other states. In an increasingly interdependent world, I observed (at p. 214), "we are all our brother's keepers" — we are all responsible for the welfare of those in other societies. Nowhere can our international responsibility be more at stake than in the situation of war crimes and crimes against humanity. The international community has not only stated that it does not object to our exercising jurisdiction in this field; it actively encourages the prosecution of those whose criminal conduct also constitutes war crimes or crimes against humanity. From the sheer viewpoint of our moral responsibility, I fail to see any injustice in prosecuting these crimes in accordance with our normal criminal procedures.

When one considers the technical nature of the actual factual findings that must be made by the trial judge on the preliminary jurisdictional question, as well as the complicated nature of the international law with which he or she must grapple, it is apparent that the assignment of this determination to the trial judge is just and well-designed. As noted earlier, the factual issues involve matters specific to war, state policy and the classification of groups or individuals. In the case of a specific war crime, the trial judge would be confronted with questions of circumstances, such as whether the actions occurred during a state of war, as well as of definition of the objects of the relevant conduct, such as whether the victims were enemy soldiers, surrendered prisoners or civilians. Where a crime against humanity is alleged, the trial

*Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, qui traitait de la compétence du Canada en matière criminelle. J'y ai signalé que les questions de courtoisie internationale commandent normalement une application extraterritoriale restreinte du droit criminel canadien. J'ai cependant ajouté que, dans le contexte de cette affaire, il n'y avait pas eu atteinte aux impératifs de la courtoisie internationale puisqu'une partie importante des activités criminelles en question s'était déroulée au Canada. En outre, j'ai fait remarquer que notre respect des intérêts des autres États est en fait servi par l'aide à la poursuite à l'égard d'infractions ayant un incidence transnationale. Dans un monde de plus en plus interdépendant, ai-je fait remarquer (à la p. 214), «chacun est le gardien de son frère» — nous devons tous veiller au bien-être des membres des autres sociétés. Notre responsabilité internationale ne peut jamais être plus en jeu que dans les cas de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Non seulement la communauté internationale a déclaré qu'elle ne s'opposait pas à ce que nous exerçons notre compétence dans ce domaine, mais elle encourage activement les poursuites contre les personnes dont la conduite criminelle constitue aussi des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Du pur point de vue de notre responsabilité morale, je ne vois aucune injustice à engager des poursuites à l'égard de ces crimes conformément à nos procédures normales en matière criminelle.

Compte tenu de la nature technique des conclusions de fait que le juge du procès doit tirer sur la question préliminaire de la compétence, ainsi que de la nature complexe du droit international qu'il lui faut saisir, il est juste et adéquat que cette tâche lui soit attribuée. Comme je l'ai remarqué précédemment, les questions factuelles soulèvent des questions spécifiques à la guerre, à la politique d'État et à la classification de groupes ou d'individus. Dans le cas d'un crime de guerre donné, le juge du procès devra faire face à des questions de circonstances, comme celle de savoir si les actes ont été commis pendant la guerre, et à des questions de définition des objets visés par le comportement en cause, comme celle de savoir si les victimes étaient des soldats ennemis, des prisonniers s'étant livrés ou des civils. Lorsqu'il est allégué

judge's findings would have to include such issues as whether the impugned conduct was the practical execution of state policy and whether the conduct targeted a civilian population or other identifiable group of persons. The technical nature of these inquiries, unrelated as they are to matters of culpability, do not form part of the special capacity of the jury. This leads me to conclude that it is not unfair or contrary to our philosophy of trial by jury to entrust these issues to the trial judge rather than the jury.

Moreover, even among the authorities, much confusion exists as to the distillation of the contents of international law. No clear articulation of the physical and mental elements of the international offences of war crimes and crimes against humanity and their defences is found among scholars in this area. This confusion is understandable and unavoidable in our system of international law among sovereign nations. Although some aspects of these offences are delineated in conventions, this is not the case for all; another important source of international law is custom. To establish custom, an extensive survey of the practices of nations is required. Moreover, in the case of crimes against humanity, the *Criminal Code* definition is informed by the general principles of law recognized by the community of nations. As L. C. Green remarks, "Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity" (1988), 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 217, at p. 226:

... a major problem would arise in seeking to ascertain just what is meant by the 'general principles of law recognized by the community of nations'. ... The difficulty lies in determining what are 'general principles of law' and what percentage of the world's States constitutes a sufficient proportion to be considered 'the community of nations'. Does this collection have to include every major power or be representative of all the leading legal systems of the world?

It is, of course, not an answer to this complicated task to say that the contents of international offences are too difficult to distill and, therefore,

qu'un crime contre l'humanité a été commis, les conclusions du juge du procès devront inclure des questions comme celle de savoir si le comportement reproché était l'exécution pratique d'une politique d'État et si le comportement visait une population civile ou un groupe identifiable de personnes. Le caractère technique de ces questions, qui ne sont pas liées aux questions de culpabilité, n'entre pas dans les attributions spéciales du jury. Ceci m'amène à conclure qu'il n'est pas inéquitable ni contraire à notre conception du procès par jury de confier la détermination de ces questions au juge du procès plutôt qu'au jury.

Par ailleurs, une grande confusion règne même dans la doctrine quant à la délimitation du contenu du droit international. Aucun expert dans ce domaine ne formule précisément les éléments physiques et moraux des infractions de crime de guerre et de crime contre l'humanité en droit international et leurs moyens de défense. Cette confusion est compréhensible et inévitable dans notre régime de droit international appliqué par des nations souveraines. Bien que certains aspects de ces infractions soient précisés dans des conventions, il n'en est pas toujours ainsi; la coutume est une autre source importante du droit international. Pour déterminer la coutume, il faut étudier de façon approfondie les pratiques des nations. En outre, la définition de crime contre l'humanité du *Code criminel* est nourrie par les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. Comme L. C. Green le remarque dans «Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity» (1988), 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 217, à la p. 226:

[TRADUCTION] ... il serait extrêmement difficile de tenter de définir exactement ce que signifient les «principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations». [...] La difficulté tient à la détermination de ce que sont les «principes généraux de droit», et du pourcentage des États du monde qui forment une proportion suffisante pour que l'on puisse parler de «l'ensemble des nations». Ce groupe doit-il inclure toutes les grandes puissances, ou doit-il être représentatif de tous les principaux régimes juridiques du monde?

Ce n'est évidemment pas répondre à cette question complexe que de dire que le contenu des infractions internationales est trop difficile à déga-

that the accused cannot be found guilty; the confusion is the reality of the international law which Canada has obliged itself to observe and apply. This abandonment of international obligation, however, is likely to occur where the jury is called upon to determine the contents of the international offences. The necessary confusion could mislead the jury into believing that international norms are not really law and opens the door to manipulative lawyering. The questions of pinpointing international law, therefore, are best left in the hands of the trial judge whose training better equips him or her for the task. Not only is the judge better trained than the jury in evaluating international law, but, in fact, his or her interpretation of international law bears some force internationally (see Art. 38 of the *Statute of the International Court of Justice*). Again, the inquiries required are not of a kind immediately related to the accused's culpability for the domestic offence; rather, they are more legal and technical. There can, in my view, be no doubt that justice is better served by leaving the question of international law to the trial judge. I can perhaps make the point that the process bears some similarity to that of determining the content and application of common law, except that the latter, fluid and moveable as it may be, is far more precise.

The approach taken in the courts below leads to the following incongruous result. War crimes and crimes against humanity were viewed as so heinous as to require a procedure so unmanageable as to make successful prosecution unlikely. This is certainly not called for by the *Charter*. From *R. v. Lyons, supra*, onwards, this Court has repeatedly reiterated that s. 7 requires a fair procedure, not the procedure most favourable to the accused that can be imagined, and that fairness requires a proper consideration of the public interest (at p. 362). And here the public interest is no less than Canada's obligation as a responsible member of the world community to bring to justice those in our midst who have committed acts constituting war crimes

ger et que, par conséquent, l'accusé ne peut être déclaré coupable; la confusion est la réalité du droit international, que le Canada s'est obligé à observer et à appliquer. L'obligation internationale est toutefois susceptible d'être délaissée lorsque le jury est appelé à déterminer le contenu des infractions en droit international. Cette inévitable confusion risque d'amener le jury à croire que les normes internationales ne forment pas réellement le droit et ouvre la porte à une pratique manipulatrice du droit. Il est donc préférable de laisser la délimitation précise du droit international entre les mains du juge du procès, dont la formation le prépare mieux à s'attaquer à la tâche. En effet, non seulement le juge a une meilleure formation que le jury pour analyser le droit international, mais, en fait, son interprétation du droit international revêt une certaine autorité au niveau international (voir l'art. 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*). Encore une fois, les questions qui se posent ne sont pas étroitement liées à la culpabilité de l'accusé à l'égard de l'infraction de droit interne; elles sont plutôt juridiques et techniques. À mon avis il ne fait aucun doute que la justice est mieux servie si on laisse au juge du procès le soin de trancher la question du droit international. Peut-être convient-il de préciser que le processus ressemble quelque peu à celui qui consiste à déterminer le contenu et l'application de la common law, si ce n'est que cette dernière, quelque fluide et mouvante qu'elle puisse être, est beaucoup plus précise.

Le point de vue adopté par les tribunaux de juridiction inférieure entraîne le résultat incongru suivant. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ont été considérés comme étant haineux au point qu'ils requerraient une procédure si difficile à appliquer qu'il était peu probable que la poursuite réussisse. Ce n'est sûrement pas ce que prescrit la *Charte*. Depuis l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, notre Cour a à maintes reprises réitéré d'une part, que l'art. 7 commande une procédure équitable, et non pas la procédure la plus favorable à l'accusé que l'on puisse imaginer et, d'autre part, qu'au nom de l'équité, il est nécessaire d'analyser adéquatement l'intérêt public (à la p. 362). Et, en l'espèce, l'intérêt public n'est rien de moins que

and crimes against humanity — an obligation clearly contemplated by the *Charter* (s. 11(g)). This procedure, devised by Parliament, is essential to underline the fundamental values shared by Canadians with the world community. It must be workable not only to render justice in relation to the horrors of the past. It must also respond to the ongoing atrocities that daily assault our eyes whenever we turn on the television and that, we all have reason to fear, will continue into the future. And, of course, the procedure, as devised by Parliament, is fair. With appropriate modifications to ensure that Canada is respectful of the jurisdictional limits under the law of nations and the additional defences it provides, it is the same procedure we use to prosecute Canadians for crimes committed in Canada. With one exception required by international law, those accused of war crimes and crimes against humanity are accorded no less. They deserve no more.

As we have seen, many cogent reasons justify Parliament's choice to entrust to the trial judge the preliminary jurisdictional question of the presence of a war crime or a crime against humanity to be determined on a balance of probabilities. It must be realized, however, that the jury's role in the prosecution remains extensive. As in any other domestic prosecution, the jury is the sole arbitrator of whether both the *actus reus* and the *mens rea* for the offence with which the accused is charged are present and whether any domestic defences are available to the accused. Moreover, in addition to its normal functions, the jury also decides whether any international justification, excuse or defence is available. These determinations are not merely technical findings to supplement the extensive role of the trial judge; on the contrary, they go to the essence of the accused's culpability. The jury alone decides whether the accused is physically

l'obligation du Canada, à titre de membre responsable de la communauté internationale, de traduire en justice ceux d'entre nous qui ont commis des actes constituant des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité — une obligation manifestement envisagée par la *Charte* (al. 11g)). Conçue par le législateur, cette procédure est essentielle pour souligner les valeurs fondamentales que partagent les Canadiens avec la communauté internationale. Elle ne doit pas uniquement permettre que justice soit faite à l'égard des horreurs du passé. Elle doit également répondre aux atrocités qui nous assaillent chaque jour à la télévision et qui, nous avons tous les motifs de le craindre, se poursuivront. Et, naturellement, la procédure conçue par le législateur est juste. Sous réserve des modifications appropriées pour permettre au Canada de respecter les limites de sa compétence aux termes du droit des nations et des moyens de défenses supplémentaires qu'elle offre, c'est la même procédure que nous utilisons pour poursuivre les Canadiens pour des crimes commis au Canada. Mis à part une exception requise par le droit international, ceux qui sont accusés d'avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité n'ont droit à rien de moins, et ils ne méritent rien de plus.

Comme nous l'avons vu, de nombreux motifs convaincants justifient le choix du législateur de confier au juge du procès la question préliminaire de la compétence concernant l'existence d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité qui doit être établie selon la prépondérance des probabilités. Il faut bien comprendre toutefois que le rôle du jury dans la poursuite demeure étendu. Comme dans toute autre poursuite en droit interne, le jury est le seul arbitre pour décider si l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction reprochée sont tous deux présents et s'il existe des moyens de défense en droit interne. Par ailleurs, outre ses fonctions habituelles, le jury décide également s'il existe des justifications, excuses ou moyens de défense en droit international. Ces décisions ne sont pas de simples conclusions techniques qui complètent le rôle étendu confié au juge du procès; au contraire, elles vont au cœur même de la ques-

and mentally guilty of the offence charged, on proof beyond a reasonable doubt.

The only element removed from the jury's usual scope of considerations in regular domestic prosecutions is the *de facto* law defence (s. 7(3.74)). This constitutes the respondent's second ground of cross-appeal, to which I now turn.

*Does Section 7(3.74) of the Criminal Code Violate Section 7 of the Charter by Removing Available Defences?*

Section 7(3.74) must be read in conjunction with s. 7(3.73) in understanding the overall scheme of defences permitted by the *Code*. For convenience, I will repeat them:

7. . . .

(3.73) In any proceedings under this Act with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71), notwithstanding that the act or omission is an offence under the laws of Canada in force at the time of the act or omission, the accused may, subject to subsection 607(6), rely on any justification, excuse or defence available under the laws of Canada or under international law at that time or at the time of the proceedings.

(3.74) Notwithstanding subsection (3.73) and section 15, a person may be convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection (3.71) even if the act or omission is committed in obedience to or in conformity with the law in force at the time and in the place of its commission.

The correct interpretation of these two sections is that they qualify each other. Section 7(3.73) does not in my view contradict s. 7(3.74). Together they indicate that the accused has the benefit of all available international and domestic justifications, excuses or defences. All that is ruled out by the operation of s. 7(3.74) is the simple argument that because a domestic law existed that authorized the conduct, that in itself acts as an excuse. I have indicated earlier that this rule is taken from the international law on the subject, and is founded on the very rationale for the existence of that law; see

tion de la culpabilité de l'accusé. Le jury est seul à décider si l'accusé est physiquement et moralement coupable de l'infraction reprochée selon une preuve hors de tout doute raisonnable.

a

Le seul élément qui soit retiré du champ habituel des considérations du jury dans les poursuites en droit interne est le moyen de défense fondé sur la loi de facto (par. 7(3.74)). Il s'agit là du second moyen invoqué par l'intimé dans le pourvoi incident, que j'examinerai maintenant.

b

*Le paragraphe 7(3.74) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte en éliminant des moyens de défense existants?*

Pour comprendre le régime général des moyens de défense prévus au *Code*, on doit lire le par. 7(3.74) conjointement avec le par. 7(3.73). Par souci de commodité, je les reproduis ici:

7. . . .

(3.73) Sous réserve du paragraphe 607(6) et bien que le fait visé au paragraphe (3.71) constitue une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, l'accusé peut, dans le cadre des poursuites intentées sous le régime de la présente loi à l'égard de ce fait, se prévaloir des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus à cette époque ou celle du procès par le droit canadien ou le droit international.

(3.74) Par dérogation au paragraphe (3.73) et à l'article 15, une personne peut être déclarée coupable d'une infraction à l'égard d'un fait visé au paragraphe (3.71), même commis en exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

La bonne façon d'interpréter ces deux paragraphes est qu'ils doivent être mis en corrélation. À mon avis, le par. 7(3.73) ne contredit pas le par. 7(3.74). Ils signifient ensemble que l'accusé a le bénéfice de tous les moyens de défense, justifications ou excuses existant en droit international et en droit interne. L'application du par. 7(3.74) ne fait qu'éliminer le simple argument selon lequel, puisqu'une loi interne existait, la conduite reprochée était autorisée et donc excusée. J'ai mentionné précédemment que cette règle tire sa source du droit international en la matière et repose sur le fonde-

*Principles of the Nuremberg Charter and Judgment*, Principle IV, *supra*.

The inclusion of the international justifications, excuses and defences will allow any recognized doctrines peculiar to the international context to be included. An example of a peculiar form of international defence is that of reprisals or the more general doctrine of military necessity; see, for example, W. J. Fenrick, "The Prosecution of War Criminals in Canada" (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256, at pp. 273-74. However, no such international justifications, excuses or defences are claimed here, and none applies.

The two defences put to the jury in this case are ones that exist under our domestic law. They are the peace officer and military orders defences, which are both related to arguments based on authorization or obedience to national law. These defences are not simply based on a claim that there existed a national law under which the accused acted. The rationale for these defences is that a realistic assessment of police or military organizations requires an element of simple obedience; there must be some degree of accommodation to those who are members of such bodies.

At the same time, it is generally recognized that totally unthinking loyalty cannot be a shield for any human being, even a soldier. The Canadian domestic provisions are probably more generous than required under international law. For example, a number of international lawyers have observed that the superior orders defence lacks official recognition under international law; see for example, Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965). The *Charter of the International Military Tribunal* and the trials pursued under it did not accept such a defence, except in mitigation of punishment. The defence, however, is part of the military law of many nations. The American military trial of soldiers for the horrendous My Lai massacre during the Vietnam War is a widely known military case where the defence was raised. In my

ment même de l'existence de ce droit; voir *Principes du Statut et de l'arrêt de Nuremberg*, art. IV, *op. cit.*

L'inclusion de justifications, excuses et moyens de défense en droit international permettra que soit inclus tout principe reconnu, propre au contexte international. Le risque de représailles ou le principe plus général de la nécessité militaire offrent un exemple de moyen de défense particulier en droit international; voir notamment W. J. Fenrick, «The Prosecution of War Criminals in Canada» (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256, aux pp. 273 et 274. Toutefois, ces moyens de défense, justifications ou excuses en droit international ne sont pas invoqués dans la présente affaire, et aucun ne s'applique.

Le moyen de défense de l'obéissance aux ordres militaires et celui de l'agent de la paix soumis au jury en l'espèce existent en droit canadien et se rapportent aux arguments fondés sur l'autorisation ou l'obéissance à la loi interne. Ils ne sont pas simplement fondés sur la prétention selon laquelle une loi interne autorisait les accusés à agir. La raison d'être de ces moyens de défense est qu'une analyse réaliste des organisations militaires et policières montre qu'elles exigent un élément d'obéissance pure et simple; il faut donc un certain degré d'adaptation pour les membres de ces organisations.

Par ailleurs, il est généralement reconnu que la loyauté totalement aveugle ne peut abriter aucun être humain, même soldat. Les dispositions canadiennes sont probablement plus généreuses que ce que requiert le droit international. Par exemple, de nombreux avocats en droit international ont remarqué que le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur n'est pas officiellement reconnu en droit international; voir par exemple Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965). Dans le *Statut du Tribunal militaire international* et dans les procès intentés sous son régime, on n'a pas reconnu ce moyen de défense, sauf pour atténuer la peine. Il fait toutefois partie du droit militaire de beaucoup de nations. Le procès militaire américain des soldats ayant pris part au terrible massacre de My Lai pendant la guerre

view, the defence is part of our national law, as explained notably in the work of L. C. Green; see, for example, *Superior Orders in National and International Law* (1976). The defence is not simply based on the idea of obedience or authority of *de facto* national law, but rather on a consideration of the individual's responsibilities as part of a military or peace officer unit. For these reasons, such a defence can be considered by the jury, and is not excluded under s. 7(3.74).

Essentially obedience to a superior order would appear to provide a valid defence unless the act is so outrageous as to be manifestly unlawful. Further, in any case, an accused will not be convicted of an act committed pursuant to an order wherein he or she had no moral choice but to obey. The flavour of the defence and the circumstances under which it may apply can perhaps be caught by excerpts from relevant authorities on the matter, many of which are reproduced in L. C. Green, "The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict" (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 320. I set forth a few of these. Lauterpacht, having referred to British and American manuals of military law, has this to say about it in his revised edition of Oppenheim's *International Law* (6th ed. 1944), vol. 2, at pp. 452-53:

... a Court confronted with the plea of superior orders adduced in justification of a war crime is bound to take into consideration the fact that obedience to military orders, not obviously unlawful, is the duty of every member of the armed forces and that the latter cannot, in conditions of war discipline, be expected to weigh scrupulously the legal merits of the order received. ... However, ... the question is governed by the major principle that members of the armed forces are bound to obey lawful orders only and that they cannot therefore escape liability if, in obedience to a command, they commit acts which both violate unchallenged rules of warfare and outrage the general sentiment of humanity.

du Viêt-nam est une affaire militaire très connue, où le moyen de défense a été invoqué. À mon avis, ce dernier fait partie de notre droit interne, comme l'explique remarquablement L. C. Green dans son ouvrage; voir par exemple, *Superior Orders in National and International Law* (1976). Le moyen de défense n'est pas simplement fondé sur l'idée d'obéissance ou d'autorité de la loi de facto du pays, mais plutôt sur la considération des responsabilités de l'individu dans le contexte d'une unité de militaires ou d'agents de la paix. Pour ces motifs, un tel moyen de défense peut être pris en considération par le jury, et n'est pas exclu par le par. 7(3.74).

En substance, l'obéissance à l'ordre d'un supérieur semblerait être une défense valable à moins que l'acte en cause soit tellement choquant qu'il est manifestement illégal. De plus, quoi qu'il en soit, l'accusé ne sera pas déclaré coupable d'un acte commis en raison d'un ordre s'il n'avait d'autre liberté morale que d'obéir. On peut saisir l'essence du moyen de défense et des circonstances dans lesquelles il peut s'appliquer dans certains passages de doctrine pertinente, dont beaucoup sont reproduits dans L. C. Green, «The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict» (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 320. J'en reproduis quelques-uns. Lauterpacht, ayant invoqué des ouvrages britanniques et américains du droit militaire, s'exprime ainsi à ce sujet dans son édition révisée d'*International Law* d'Oppenheim (6<sup>e</sup> éd. 1944), vol. 2, aux pp. 452 et 453:

[TRADUCTION] ... le tribunal auquel on soumet la défense d'obéissance aux ordres d'un supérieur pour justifier un crime de guerre doit prendre en considération le fait que les membres des forces armées sont tous tenus d'obéir aux ordres militaires qui ne sont pas manifestement illégaux et qu'on ne peut s'attendre à ce qu'en contexte de discipline de guerre, ils pèsent scrupuleusement le bien-fondé légal de l'ordre reçu. [...] Toutefois, [...] la question est régie par le principe primordial suivant lequel les membres des forces armées sont tenus d'obéir aux seuls ordres légaux, et ils ne peuvent par conséquent esquiver la responsabilité si, dans l'exécution d'un ordre, ils commettent des actes qui violent des règles incontestées de guerre et choquent le sentiment général d'humanité.

That there is nothing unfair in not permitting superior orders as a defence where the act is "manifestly unlawful" is evident when one considers the nature of a manifestly unlawful order as it appears in *Ofer v. Chief Military Prosecutor* (the *Kafr Qassem* case) [Appeal 279-283/58, *Psakim* (Judgments of the District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], cited in appeal before the Military Court of Appeal, *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69, at p. 108, where the Military Court of Appeal of Israel approved the following judgment:

The identifying mark of a 'manifestly unlawful' order must wave like a black flag above the order given, as a warning saying: 'forbidden'. It is not formal unlawfulness, hidden or half-hidden, not unlawfulness that is detectable only by legal experts, that is the important issue here, but an overt and salient violation of the law, a certain and obvious unlawfulness that stems from the order itself, the criminal character of the order itself or of the acts it demands to be committed, an unlawfulness that pierces the eye and agitates the heart, if the eye be not blind nor the heart closed or corrupt. That is the degree of 'manifest' illegality required in order to annul the soldier's duty to obey and render him criminally responsible for his actions.

In this area, the trial judge did a balanced job in setting out the requirements of the defence. For the peace officer defence he instructed the jury that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that: (1) no reasonable person in the position of the accused would honestly (even if mistakenly) believe that he or she had lawful authority; or, (2) any reasonable person in the position of the accused would know that the offence (e.g., confinement) had the factual quality of a crime against humanity or a war crime; or, (3) the accused used unnecessary or excessive force. For the military orders defence, the judge instructed the jury that the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that: (1) no reasonable person in the position of the accused would honestly (even if mistakenly) believe that the order was lawful, or, (2) any reasonable person in the position of the accused would know that the confinement had the factual quality of a crime against humanity or a war crime; and, (3) the accused had a moral choice to

Qu'il n'y ait rien d'injuste à ne pas reconnaître la défense de l'obéissance aux ordres d'un supérieur lorsque l'acte est «manifestement illégal» est évident si l'on tient compte de la nature d'un ordre manifestement illégal, tel qu'exposé dans l'affaire *Ofer c. Chief Military Prosecutor* (l'affaire *Kafr Qassem*) [Appel 279-283/58, *Psakim* (Jugements des Cours de district d'Israël), vol. 44, à la p. 362], citée en appel devant le tribunal d'appel militaire, *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69, à la p. 108, où la Cour d'appel militaire d'Israël a approuvé la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Le signe déterminant d'un ordre «manifestement illégal» doit flotter au-dessus de l'ordre donné comme un drapeau noir en guise de mise en garde disant: «interdit». La question importante en l'espèce n'est pas l'illégalité formelle, dissimulée ou à demi dissimulée, ni l'illégalité qui se détecte par les seuls experts juridiques, mais une violation manifeste et frappante de la loi, une illégalité certaine et évidente qui découle de l'ordre lui-même, de la nature criminelle de ce dernier ou des actes qui doivent être commis de ce fait, une illégalité qui transperce et trouble le cœur, si l'œil n'est pas aveugle ni le cœur fermé ou corrompu. Il s'agit là du degré d'illégalité «manifeste» requis pour annuler le devoir d'obéissance du soldat et rendre ce dernier criminellement responsable de ses actes.

Sur ce point, le juge du procès a effectué un travail équilibré en énonçant les conditions d'application du moyen de défense. Quant au moyen de défense de l'agent de la paix, le juge a indiqué au jury que le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable: (1) qu'aucune personne raisonnable placée dans la situation de l'accusé n'aurait sincèrement (même par erreur) cru qu'elle avait le pouvoir légal, ou, (2) que toute personne raisonnable placée dans la situation de l'accusé aurait su que l'infraction (p. ex., la séquestration) avait la qualité factuelle du crime contre l'humanité ou du crime de guerre, ou, (3) que l'accusé a utilisé une force inutile ou excessive. Pour ce qui est du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres militaires, le juge a dit au jury que le ministère public devait démontrer hors de tout doute raisonnable: (1) qu'aucune personne raisonnable placée dans la situation de l'accusé aurait sincèrement (même par erreur) cru que l'ordre était légal, ou, (2) que toute personne raisonnable pla-

disobey because no reasonable person in the position of the accused would honestly (even if mistakenly) believe on reasonable grounds that he or she would suffer harm equal to or greater than the harm he or she caused. In my view, such limits on these defences give effect to the intent of the s. 7(3.74) exclusion of the claim *simpliciter* of obedience to *de facto* national law.

It must be remembered that "the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked"; see *Lyons, supra*, at p. 361. I would agree with Callaghan A.C.J. at p. 586 that "[t]here is no statutory or common law rule that supports the proposition that all defences are applicable to all offences". In *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, a majority of this Court agreed that the removal of a particular defence does not violate the principles of fundamental justice in s. 7 of the *Charter* even when that defence, drunkenness, arguably concerns the existence of *mens rea*. This is particularly the case where the exculpatory defence would undermine the entire purpose of an offence; for example, the defence of drunkenness cannot be used as a defence to impaired driving because it constitutes the very nature of the offence; see *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865. Less controversially, justifications and excuses are commonly restricted in their application, and there is no suggestion that this violates the principles of fundamental justice. For example, s. 14 of the *Code* prevents the operation of the defence of consent in relation to offences of causing death.

cée dans la situation de l'accusé aurait su que la séquestration avait la qualité factuelle du crime contre l'humanité ou du crime de guerre, et, (3) que l'accusé avait la liberté morale de désobéir parce qu'aucune personne raisonnable placée dans sa situation aurait sincèrement (même par erreur) cru, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'elle subirait un préjudice égal ou supérieur à celui causé. À mon sens, les limites ainsi imposées à ces moyens de défense respectent l'esprit du par. 7(3.74), qui consiste à exclure purement et simplement la prétention d'avoir agi en obéissance à la loi *de facto* du pays.

Il ne faut pas perdre de vue que «les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque»; voir l'arrêt *Lyons*, précité, à la p. 361. Je serais d'avis, à l'instar du juge en chef adjoint Callaghan, à la p. 586, qu' [TRADUCTION] «[i]l n'existe aucune règle législative ou de common law appuyant la position portant que tous les moyens de défense s'appliquent à toutes les infractions». Dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, notre Cour à la majorité a convenu que l'élimination d'un moyen de défense donné ne viole pas les principes de justice fondamentale reconnus à l'art. 7 de la *Charte*, même lorsque l'on peut faire valoir que ce moyen de défense (l'ivresse) concerne l'existence de la *mens rea*. C'est particulièrement le cas lorsque le moyen de défense disculpatoire irait à l'encontre de l'objectif même d'une infraction; par exemple, l'ivresse ne peut être invoquée en défense à une accusation de conduite avec facultés affaiblies puisqu'elle est l'essence même de l'infraction; voir *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865. De façon moins controversée, les justifications et les excuses sont communément restreintes dans leur application, et rien n'indique que cela viole les principes de justice fondamentale. Par exemple, l'art. 14 du *Code* écarte l'application de la défense de consentement à l'égard des infractions consistant à infliger la mort.

The whole rationale for limits on individual responsibility for war crimes and crimes against humanity is that there are higher responsibilities than simple observance of national law. That a law

Toute la raison d'être des limites à la responsabilité individuelle pour les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité tient à ce qu'il existe des responsabilités plus élevées que la simple observa-

of a country authorizes some sort of clearly inhumane conduct cannot be allowed to be a defence. Indeed, one main concern of both war crimes and especially crimes against humanity relates to state-sponsored or authorized cruelty. To allow the state to authorize and immunize its agents from any responsibility simply by enacting a law authorizing behaviour that is contrary to the principles of international law and the general principles of law observed by all civilized nations is in my view untenable. The basic viewpoint of a country such as Canada that recognizes that the standards of international law are part of our domestic law cannot allow for other states simply to deny or violate observation of the standards of international law by the enactment of contrary domestic laws.

Before turning to the remaining *Charter* issues raised in the cross-appeal, I should say that I largely accept the reasoning of both Callaghan A.C.J. and the Court of Appeal judges as more than adequate to dispose of these remaining issues, but I would make some additional observations. The reasons I have just given in no way detract from the findings of Callaghan A.C.J., accepted by the unanimous Court of Appeal, regarding the four remaining *Charter* issues on the cross-appeal.

*Do the War Crime Provisions Violate Sections 7 and 11(g) of the Charter Because They Are Retroactive?*

On its face, the jurisdiction provision, s. 7(3.71), specifically requires that the impugned conduct be illegal under both the Canadian law and the international law at the time. The simplest answer to this *Charter* argument is again that the accused is not being charged or punished for an international offence, but a Canadian criminal offence that was in the *Criminal Code* when it occurred. Nevertheless, the accused argues that the international law in this area was both retroactive and vague. This argument is in my view based on a shallow under-

tion du droit interne. Le fait qu'une loi d'un pays autorise quelque conduite clairement inhumaine ne peut être accepté comme moyen de défense. En fait, la cruauté encouragée ou autorisée par l'État constitue l'un des principaux problèmes reliés aux crimes de guerre et particulièrement aux crimes contre l'humanité. Permettre à l'État d'autoriser ses représentants et de les exonérer de toute responsabilité par la simple adoption d'une loi autorisant un comportement contraire aux principes du droit international et aux principes généraux de droit reconnus par toutes les nations civilisées est à mon avis insoutenable. Le point de vue fondamental d'un pays comme le Canada, qui reconnaît que les normes du droit international font partie du droit interne, ne peut admettre que d'autres États nient simplement ou violent les normes du droit international en adoptant des lois internes contraires.

Avant d'examiner les autres questions relatives à la *Charte* qui sont soulevées dans le pourvoi incident, je devrais dire que j'accepte en grande partie le raisonnement du juge en chef adjoint Callaghan et des juges de la Cour d'appel comme étant plus qu'adéquat pour trancher ces autres questions. J'ajouterai tout de même certains commentaires supplémentaires. Les motifs que je viens de donner n'atténuent en rien les conclusions du juge en chef adjoint Callaghan, acceptées unanimement par la Cour d'appel, sur les quatre autres questions relatives à la *Charte* soulevées dans le pourvoi incident.

*Les dispositions relatives au crime de guerre violent-elles l'art. 7 et l'al. 11g) de la Charte pour cause de rétroactivité?*

À première vue, le par. 7(3.71), attributif de compétence, requiert expressément que l'acte reproché ait été illégal à la fois en droit canadien et en droit international à l'époque où il a été commis. Il suffit encore une fois, pour répondre à cet argument fondé sur la *Charte*, de dire que l'accusé n'est pas inculpé ni puni à l'égard d'une infraction au droit international, mais d'une infraction criminelle qui était prévue dans le *Code criminel* au moment de sa perpétration. L'accusé fait cependant valoir que le droit international en cette

standing of the nature and contents of international law.

The definitions of "war crime" and "crime against humanity" in s. 7(3.76) requires that the act "at that time and . . . place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law". The definition of "crime against humanity" expressly allows for a third alternative, that the act be "criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations".

The nature of a decentralized international system is such that international law cannot be conveniently codified in some sort of transnational code. Its differing sources may alarm some strict legal positivists, but almost all international lawyers now recognize that such a crude analogy to the requirements of a domestic law system is simplistic; see, for example, Williams and de Mestral, *supra*. The most common sources for international law are in the custom of international state practice and in international conventions. But other sources are also well established. For example, Art. 38(1)(c) of the *Statute of the International Court of Justice* provides as a third source, "the general principles of law recognized by civilized nations".

Even on the basis of international convention and customary law, there are many individual documents that signalled the broadening prohibitions against war crimes and crimes against humanity. Particularly with regard to war crimes there were numerous conventions that indicated that there were international rules on the conduct of war and individual responsibility for them. These limits were found in Christian codes of conduct, in rules of chivalry and in the writing of the great international law writers such as Grotius. All of this customary European law was confirmed and developed in a number of treaties and conventions through the 19th and 20th Centuries, for example, in the *Hague Conventions* of 1899 and 1907. This

matière était à la fois rétroactif et imprécis. Cet argument est à mon avis fondé sur une compréhension superficielle de la nature et du contenu du droit international.

Aux termes des définitions de «crime de guerre» et de «crime contre l'humanité» au par. 7(3.76), l'acte doit constituer «à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel». La définition de «crime contre l'humanité» prévoit explicitement une troisième possibilité, savoir que l'acte ait «un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations».

La nature d'un régime international décentralisé est telle que le droit international ne peut être aisément réuni dans une sorte de code transnational. Ses sources variées risquent d'alarmer certains positivistes rigoureux, mais presque tous les avocats en droit international reconnaissent maintenant la nature simpliste d'une analogie aussi élémentaire avec les exigences d'un régime juridique interne; voir notamment Williams et de Mestral, *op. cit.* Le droit international trouve ses sources les plus courantes dans la coutume internationale telle qu'on la retrouve dans la pratique des États et dans les conventions internationales. Il existe cependant d'autres sources également bien établies. L'alinéa 38(1)c) du *Statut de la Cour internationale de Justice* en énumère une troisième, à savoir «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées».

Même sur le fondement des conventions internationales et du droit coutumier, de nombreux documents distincts indiquaient l'élargissement des interdictions des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Particulièrement à l'égard des crimes de guerre, de nombreuses conventions montraient qu'il existait des règles internationales sur la conduite d'une guerre et une responsabilité individuelle à cet égard. Ces limites étaient prévues dans les codes de conduite chrétiens, dans les règles de la chevalerie et dans les ouvrages des grands auteurs en droit international, comme Grotius. Ce droit européen coutumier a été entièrement confirmé et élaboré dans plusieurs traités et conventions au cours des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, notam-

impressive list of prohibited forms of conduct in war extended to treatment of non-combatants, innocent civilians and the imprisoned, the sick and the wounded.

As well, one should note that international law continues to maintain that crimes against humanity and war crimes were well established. This remains the official view of both international and national tribunals. As Bassiouni, *supra*, notes, at pp. 534-35:

... arguments challenging the legality of the Charter's enunciation of "crimes against humanity" were consistently raised at the Nuremberg and Tokyo trials, the post-Nuremberg prosecutions under CCL [Allied Control Council Law] 10, before the proceedings conducted by the Allies in their occupation zones, and in the special military tribunals set up by the United States in the Far East. Similar claims were also raised in national tribunals, such as in the Eichmann and Barbie trials held, respectively, in Israel and France. They have always been rejected.

Bassiouni himself continued to have concerns about the somewhat uncertain status of crimes against humanity. It is part of his view that an entirely separate international court and a separate and elaborate international code is required. While these are admirable objectives, the absence of such ideal conditions should not be allowed to confuse the issue of whether crimes against humanity were retroactive in 1944 or not. The actions impugned as crimes against humanity had their own solid foundation.

As regards crimes against humanity, I prefer the reasoning of writers such as Schwarzenberger, *supra*, who have emphasized that the strongest source in international law for crimes against humanity was the common domestic prohibitions of civilized nations. The conduct listed under crimes against humanity was of the sort that no modern civilized nation was able to sanction: enslavement, extermination, and other inhumane acts directed at civilian populations or identifiable

ment dans les *Conventions de la Haye* de 1899 et de 1907. Cette liste impressionnante de comportements interdits en temps de guerre couvrait le traitement réservé aux non-combattants, aux civils innocents de même qu'aux prisonniers, malades et blessés.

En outre, il y a lieu de remarquer que le droit international continue d'affirmer que l'existence des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité était bien établie. C'est encore aujourd'hui le point de vue officiel des tribunaux internes ou internationaux. Comme Bassiouni, *op. cit.*, le remarque aux pp. 534 et 535:

[TRADUCTION] ... des arguments ont été constamment avancés à l'encontre de la légalité des définitions dans le Statut de «crimes contre l'humanité» lors des procès de Nuremberg et de Tokyo, lors des poursuites intentées après Nuremberg en vertu de la [loi n° 10 du Conseil de contrôle allié], dans les instances tenues par les Alliés dans leurs zones d'occupation, et devant les tribunaux militaires spéciaux créés par les États-Unis en Extrême-Orient. Des prétentions semblables ont été avancées devant les tribunaux nationaux, notamment lors des procès d'Eichmann et de Barbie, tenus respectivement en Israël et en France. Elles ont toujours été rejetées.

Bassiouni lui-même a continué à avoir des doutes sur le statut quelque peu incertain des crimes contre l'humanité. Il est d'avis qu'il est nécessaire de créer un tribunal international entièrement distinct de même qu'un code international distinct et exhaustif. S'il s'agit là d'objectifs louables, on ne devrait toutefois pas permettre que l'absence de ces conditions idéales fausse la question de savoir si des crimes contre l'humanité étaient rétroactifs en 1944 ou non. Les actes reprochés à ce titre avaient des assises solides.

En ce qui concerne les crimes contre l'humanité, je préfère le raisonnement d'auteurs comme Schwarzenberger, *op. cit.*, qui ont souligné que la source la plus solide en droit international en matière de crimes contre l'humanité est l'ensemble des interdictions communes de ces crimes dans les pays civilisés. La conduite placée dans la catégorie des crimes contre l'humanité était de celles qu'aucun pays civilisé moderne ne pouvait tolérer; réduction en esclavage, extermination et autres

groups. These types of actions have been so widely banned in societies that they can truly be said to fall to the level of acts that are *mala in se*. Even Bassiouni, *supra*, at p. 168, observes that the "historical evolution demonstrates that what became known as 'crimes against humanity' existed as part of 'general principles of law recognized by civilized nations' long before the Charter's formulation in 1945".

The drafters of our *Charter* realized that those with impoverished views of international law might argue that enforcing the contents of international law could be retroactive. Thus, s. 11(g) specifically refers to the permissibility of conviction on the basis of international law or the general principles of law recognized by the community of nations. A review of the drafting history of this provision reveals that one of the factors motivating the terms of the provision was the concern about preventing prosecution of war criminals or those charged with crimes against humanity; see the Deschênes Commission Report, *supra*, at pp. 137-48, especially at pp. 144-46; *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue no. 47 (January 28, 1981), at pp. 47:57-47:59, and Issue no. 41 (January 20, 1981), at p. 41:99.

For these reasons, I think it clear that the *Code* provisions do not violate s. 11(g) as being retroactive.

*Does Section 7(3.71) Read with Section 7(3.76) Violate Section 7 of the Charter by Reason of Vagueness?*

The respondent argues that the legislation in respect of the charges he faces is unconstitutional because it is too vague. This, of course, relates to the generality of the definitions of war crimes and crimes against humanity. Again the simple answer is that the offence with which the accused is charged and for which he will be punished is the

actes inhumains dirigés contre des populations civiles ou des groupes identifiables. Ces formes de conduites ont été si largement interdites dans les sociétés qu'on peut véritablement dire qu'elles tombent dans la catégorie de conduite *mala in se*. Même Bassiouni, *op. cit.*, à la p. 168, remarque que l'[TRADUCTION] «histoire démontre que ce qu'on appelle maintenant un «crime contre l'humanité» faisait partie des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» bien avant l'élaboration du Statut en 1945».

Les rédacteurs de notre *Charte* avaient prévu que les tenants de points de vue peu informés sur le droit international pourraient soutenir que l'application du contenu du droit international pourrait être rétroactive. C'est pourquoi l'al. 11g) prévoit expressément la possibilité d'une condamnation en vertu du droit international ou des principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. La revue de l'historique des versions de cette disposition révèle qu'un des facteurs qui a motivé son libellé était le souci d'éliminer toute crainte que soient autrement empêchées des poursuites contre des criminels de guerre ou des personnes accusées de crimes contre l'humanité; voir le Rapport de la Commission Deschênes, *op. cit.*, aux pp. 147 à 158, particulièrement aux pp. 154 à 157; *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule n° 47 (28 janvier 1981), aux pp. 47:57 à 47:59 et fascicule n° 41 (20 janvier 1981), à la p. 41:99.

Pour ces motifs, j'estime évident que les dispositions du *Code* ne violent pas l'al. 11g) pour cause de rétroactivité.

*Le paragraphe 7(3.71) pris en corrélation avec le par. 7(3.76) viole-t-il l'art. 7 de la Charte pour cause d'imprécision?*

L'intimé soutient que la loi aux termes de laquelle il est accusé est inconstitutionnelle du fait qu'elle est excessivement imprécise. De toute évidence, cet argument concerne le caractère général des définitions de crime de guerre et de crime contre l'humanité. Encore une fois, il suffit de répondre que l'infraction reprochée à l'accusé et pour

domestic offence in the 1927 *Criminal Code*, and it is readily apparent that the cross-appeal is not concerned with arguing that these standard *Code* provisions are unconstitutionally vague.

To the extent that arguments of vagueness apply to the jurisdiction section, as I have outlined earlier, I consider this to be based first of all on a limited view of the nature and content of international law. As Williams and de Mestral, *supra*, at p. 12, note, even though there is no comprehensive codification, international law can nevertheless be determined. Given our common law tradition, we should be used to finding the law in a number of disparate sources. The definition section (s. 7(3.76)) instructs us that a war crime is partly defined under customary or conventional international law, and a crime against humanity, under customary or conventional international law, or under the general principles observed by civilized nations.

As noted earlier, the requirements of international law in 1944 in relation to war crimes are seen to be quite elaborate and detailed. And in relation to crimes against humanity, while somewhat more difficult, the reference to the national laws of most civilized nations at the time would indicate that such conduct would be excluded under the national laws. Finally, as already explained, much of this conduct is illegal under international law because it is considered so obviously morally culpable that it verges on being *malum in se*.

The standard for unconstitutional vagueness has been discussed by this Court in several cases. In *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, Gonthier J., at p. 643, thus summed up the standard of vagueness: "a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate". In *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney*

laquelle il sera puni est l'infraction de droit interne du *Code criminel* de 1927 et il est clair que le pourvoi incident ne vise pas à soutenir que ces dispositions classiques du *Code* sont imprécises au point d'être inconstitutionnelles.

Dans la mesure où les arguments relatifs à l'imprécision visent l'article attributif de compétence, comme je l'ai souligné précédemment, je considère que cet argument repose d'abord sur un point de vue étroit de la nature et du contenu du droit international. Comme Williams et de Mestral, *op. cit.*, note à la p. 12, le remarquent, bien qu'il ne soit pas exhaustivement codifié, le droit international peut néanmoins être déterminé. Compte tenu de notre tradition de common law, nous devrions avoir l'habitude de dégager le droit de différentes sources. La disposition qui donne les définitions (le par. 7(3.76)) prescrit que le crime de guerre est en partie défini par le droit international coutumier ou conventionnel, et le crime contre l'humanité par le droit international coutumier ou conventionnel, ou par les principes généraux reconnus par les nations civilisées.

Comme je l'ai signalé précédemment, les exigences du droit international en 1944 relativement aux crimes de guerre sont perçues comme étant très minutieuses et détaillées. Et en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, bien qu'ils soient quelque peu plus difficiles à définir, le renvoi aux lois internes de la plupart des nations civilisées à l'époque indiquerait que ce comportement serait exclu sous le régime des lois internes. Enfin, je le répète, la plus grande partie de ce comportement est illégale aux termes du droit international parce qu'il est considéré comme étant si manifestement coupable sur le plan moral qu'il tend à être *malum in se*.

La norme de l'imprécision inconstitutionnelle a été analysée par notre Cour dans plusieurs affaires. Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, le juge Gonthier a résumé ainsi la norme de l'imprécision à la p. 643: «une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat

*General*), [1992] 1 S.C.R. 901, McLachlin J. for the majority wrote, at p. 930:

The union cites the principle that there must be no crime or punishment except in accordance with fixed, predetermined law. But the absence of codification does not mean that a law violates this principle. For many centuries, most of our crimes were uncoded and were not viewed as violating this fundamental rule. Nor, conversely, is codification a guarantee that all is made manifest in the *Code*. Definition of elements of codified crimes not infrequently requires recourse to common law concepts: see *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, where the majority of this Court, *per* Gonthier J., noted the important role the common law continues to play in the criminal law.

In my view, the contents of the customary, conventional and comparative sources provide enough specificity to meet these standards for vagueness.

*Did the Pre-Trial Delay Violate Sections 7, 11(b) and 11(d) of the Charter?*

The respondent also attempts to argue that the 45-odd years that have elapsed between the alleged commission of the offences and the charging of Mr. Finta constitutes a violation of his *Charter* guarantees. This contention has no merit. This Court has already held that pre-charge delay, at most, may in certain circumstances have an influence on the assessment of whether post-charge delay is unreasonable but of itself is not counted in determining the delay; see *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 789. More commonly, pre-charge delay is not given any weight in this assessment; see *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594. The *Charter* does not insulate accused persons from prosecution solely on the basis of the time that has elapsed between the commission of the offence and the laying of the charge; see *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091, at p. 1100. As the respondent does not seem to complain about any post-charge delay, this ground of cross-appeal must be dismissed.

judiciaire». Dans l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit à la p. 930:

Le syndicat invoque le principe selon lequel tous les crimes et toutes les sanctions ne peuvent être créés qu'en conformité avec un droit établi et déterminé d'avance. Mais une loi non codifiée ne porte pas nécessairement atteinte à ce principe. Pendant des siècles, la plupart de nos crimes n'étaient pas codifiés et n'étaient pas perçus comme constituant une violation de cette règle fondamentale. Et, réciproquement, une codification n'apporte pas la garantie que tout est prévu dans le *Code*; la détermination de certains éléments de crimes codifiés nécessite fréquemment le recours aux notions de common law: voir l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, dans lequel le juge Gonthier au nom de notre Cour signale le rôle important que la common law continue à jouer en droit criminel.

À mon avis, la teneur des sources coutumières, conventionnelles et comparatives est suffisamment explicite pour satisfaire à cette norme.

*Le délai avant procès viole-t-il l'art. 7 et les al. 11b) et 11d) de la Charte?*

L'intimé fait également valoir que le délai de quelque 45 ans qui s'est écoulé entre la perpétration alléguée des infractions et son inculpation enfreint ses droits garantis par la *Charte*. Sa prétention n'est pas fondée. Notre Cour a déjà jugé que les délais qui précèdent l'inculpation peuvent, tout au plus, avoir une influence dans certaines circonstances sur l'évaluation du caractère raisonnable du délai qui suit l'inculpation mais ne comptent pas comme tels dans ce dernier; voir *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, à la p. 789. Plus communément, il n'est pas tenu compte du délai antérieur à l'inculpation dans cette évaluation; voir *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594. La *Charte* ne protège pas les accusés contre des poursuites sur le seul fondement du temps qui s'est écoulé entre la perpétration de l'infraction et l'inculpation; voir *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091, à la p. 1100. Comme l'intimé ne semble pas se plaindre du délai qui a suivi l'inculpation, ce moyen d'appel incident doit être rejeté.

*Does Section 7(3.71) Violate Sections 7 and 15 of the Charter by Applying Only to Acts Committed Outside Canada?*

This ground assumes that s. 7(3.71) of the *Code* creates the new offences of war crimes and crimes against humanity. As has been discussed above, this provision is a jurisdictional one and creates no new offences. Whether impugned conduct is committed abroad or in Canada, the accused would be charged with the same offence, be it murder, robbery, kidnapping or forcible confinement, as in this case, and subject to the same penalty, if convicted. In fact, any difference in treatment favours the extraterritorial perpetrator of the relevant act or omission. Whereas the local perpetrator can only be convicted upon the jury's finding of both *actus reus* and *mens rea* and that no domestic defence avails, the conviction of the extraterritorial perpetrator requires, in addition to the surmounting of those same hurdles, the jury's rejection of any applicable international justification, excuse or defence and the trial judge's finding that the requirements of war crime or crime against humanity have been met. In this way, the extraterritorial offender actually benefits from double protection as a result of s. 7(3.71).

### Conclusion and Disposition

Before concluding I should refer to a further technical question. The indictment alleged two counts each of unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter; each of these offences alleged, in separate counts, a war crime or a crime against humanity. From what I have stated earlier, it will be obvious that I agree with Tarnopolsky J.A. that it was unnecessary to charge each of the underlying offences twice, once as constituting a crime against humanity and once as a war crime. To give jurisdiction to Canadian courts, it is sufficient that the act charged constituted a crime

*Le paragraphe 7(3.71) viole-t-il les art. 7 et 15 de la Charte pour la raison qu'il s'applique uniquement à des actes commis à l'étranger?*

Cet argument suppose que le par. 7(3.71) du *Code* crée les nouvelles infractions de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Comme nous l'avons déjà vu, cette disposition est attributive de compétence et ne crée pas de nouvelles infractions. Que la conduite reprochée ait eu lieu au Canada ou à l'étranger, l'accusé serait inculpé de la même infraction qu'en l'espèce, que ce soit le meurtre, le vol qualifié, l'enlèvement ou la séquestration illégale, et passible de la même peine, s'il était déclaré coupable. En fait, toute différence de traitement est en faveur du délinquant qui commet l'acte à l'étranger. En effet, le délinquant qui commet l'acte au Canada ne peut être déclaré coupable que si le jury conclut que l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux établis et qu'aucun moyen de défense interne ne s'applique, alors que la déclaration de culpabilité du délinquant qui commet l'acte à l'étranger requiert, outre la nécessité de surmonter les mêmes obstacles, que le jury écarte les justifications, excuses ou moyens de défense qui s'appliquent en droit international, et que le juge du procès conclue que les exigences relatives au crime de guerre ou au crime contre l'humanité ont été respectées. En ce sens, l'auteur de l'acte à l'étranger bénéficie en fait d'une double protection grâce au par. 7(3.71).

### Conclusion et dispositif

Avant de conclure, je devrais mentionner une dernière question technique. L'acte d'accusation contenait deux chefs de séquestration illégale, de vol qualifié, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable; chacune de ces infractions alléguant dans des chefs distincts un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Mes propos précédents indiquent clairement que je conviens avec le juge Tarnopolsky qu'il était inutile de porter des accusations à l'égard de chacune des infractions sous-jacentes deux fois, une fois à titre de crime contre l'humanité et une autre à titre de crime de guerre. Pour que les tribunaux canadiens soient compétents, il suffit que l'acte reproché constitue un crime contre l'humanité ou un crime de guerre.

against humanity or a war crime, so there were in essence four counts and not eight as framed.

I would allow the appeal on the basis of the first and second grounds of appeal, set aside the judgment of the trial judge and the Court of Appeal and order a new trial on four counts, one each of unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter, each count alternatively constituting a war crime or crime against humanity. I would dismiss the cross-appeal on the *Charter* issues.

The judgment of Gonthier, Cory and Major JJ. was delivered by

CORY J. — How should the section of the *Criminal Code* dealing with war crimes and crimes against humanity be interpreted? That is the fundamental issue to be resolved in this appeal.

### I. Historical and Factual Background

Some facts, well known to all must be set out. In September 1939, the Second World War began in Europe. It ended on that continent with the surrender of Germany on May 8, 1945. Canada, as one of the allied powers, was at war with the axis countries (Germany and Italy) during the war. Hungary joined the axis powers in 1940, and was officially in armed conflict with Canada between December 7, 1941 and January 20, 1945.

Throughout the war Germany was led by Adolf Hitler and the National Socialist German Workers' Party (the Nazi Party). The German government pursued a cruel and vicious policy directed against Jewish people. When the war broke out, this same cruel policy was extended to all the areas under German influence and occupation, including Hungary. The implementation of the "final solution" by the German government meant that Jews were deprived of all means of earning an income, of their property, and eventually were deported to camps in eastern Europe, where they provided

Il y avait donc, essentiellement quatre chefs, et non huit, tel qu'on l'a rédigé.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur le fondement des deux premiers moyens d'appel, d'infirmer le jugement du juge du procès et de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès sur les quatre chefs, soit ceux de séquestration illégale, de vol qualifié, d'enlèvement et d'homicide involontaire coupable, chaque chef constituant soit un crime de guerre, soit un crime contre l'humanité. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident à l'égard des questions relatives à la *Charte*.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory et Major rendu par

LE JUGE CORY — Comment doit-on interpréter l'article du *Code criminel* relatif aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité? C'est la question fondamentale que soulève le présent pourvoi.

### I. Historique et faits

Il y a lieu d'énoncer certains faits bien connus de tous. En septembre 1939, la Seconde Guerre mondiale éclate en Europe. Le 8 mai 1945, elle y connaît son dénouement avec la capitulation de l'Allemagne. Pendant cette guerre, le Canada, membre des puissances alliées, est en guerre contre les pays de l'Axe (Allemagne et Italie), auxquels se joint en 1940 la Hongrie qui, entre le 7 décembre 1941 et le 20 janvier 1945, est officiellement en conflit armé avec le Canada.

Pendant la guerre, l'Allemagne est dirigée par Adolf Hitler, chef du Parti national-socialiste ouvrier allemand (le parti nazi). Le gouvernement allemand pratique alors une politique cruelle et haineuse à l'endroit des Juifs. Lorsque la guerre éclate, il étend cette politique à toutes les régions qui sont sous influence ou occupation allemande, dont la Hongrie. Par la mise en œuvre de la «solution finale», le gouvernement allemand prive les Juifs de tout moyen de gagner leur vie, les dépouille de leurs biens et les déporte finalement dans des camps établis en Europe de l'Est, où ils effec-

forced labour for the German war effort. In these dreadful camps many were put to death.

In Hungary, between 1941 and 1944 a series of anti-Jewish laws were passed. They culminated in the promulgation of a law containing a formula for the identification of Jews and requiring them to wear the yellow star. The Jews were therefore an identifiable group for the purposes of Hungarian law.

In March 1944, German troops invaded Hungary. The existing government was removed and an even more servile pro-German puppet government was installed. After the invasion, although Hungary appeared to exist as a sovereign state, it was in fact an occupied country. In order to obtain complete control over Hungary's economic and military resources, the German government established a command structure which flowed directly from Heinrich Himmler, the Reichsführer SS and chief of German police, through the German-appointed Higher SS and police leader for Hungary in Budapest, and thence to the various German police and SS units that were stationed throughout the country, and from there to the Royal Hungarian Gendarmerie and the Hungarian police force.

The Royal Hungarian Gendarmerie was an armed paramilitary public security organization. It provided police services in rural areas and acted as a political police force. The German forces occupying Hungary were instructed not to disarm the Gendarmerie as it was in the process of being restructured so that it would be available to the Hungarian Higher SS and the Police Leader. Following the German occupation the new puppet government quickly passed a series of anti-Jewish laws and decrees. A plan for the purging of Jews from Hungary was incorporated in Ministry of Interior Order 6163/44, dated April 7, 1944. This was the infamous Baky Order. It was the only "authority" for the confinement of all Hungarian Jews, the confiscation of their property and their deportation.

tuent des travaux forcés au profit de l'effort de guerre allemand. De nombreuses personnes sont tuées dans ces horribles camps.

Entre 1941 et 1944, la Hongrie adopte un ensemble de lois antisémites qui mènent à la promulgation d'une loi prévoyant une formule d'identification des Juifs et contraignant ces derniers à porter l'étoile jaune. Les Juifs deviennent donc un groupe identifiable pour les fins de la loi hongroise.

En mars 1944, les troupes allemandes envahissent la Hongrie. Le gouvernement alors en place est destitué et remplacé par un gouvernement fantoche pro-allemand encore plus servile. Après l'invasion, bien qu'elle paraisse être un État souverain, la Hongrie est en fait un pays occupé. Pour obtenir la mainmise totale sur les ressources économiques et militaires de la Hongrie, le gouvernement allemand établit un régime hiérarchique à la tête duquel règne Heinrich Himmler, le Reichsführer SS et chef suprême de la Gestapo; vient ensuite le chef supérieur des SS désigné par l'Allemagne et chef de la police hongroise à Budapest, puis diverses polices allemandes et unités SS en garnison partout au pays, et enfin la Gendarmerie royale de la Hongrie et la police hongroise.

La Gendarmerie royale de la Hongrie est un service de sécurité publique paramilitaire armé. Elle assume le rôle de police dans les régions rurales et agit à titre de force policière politique. Les forces allemandes qui occupent la Hongrie reçoivent l'ordre de ne pas désarmer la Gendarmerie puisqu'elle subit alors une restructuration afin d'être mise à la disposition du chef supérieur SS hongrois et du chef de la police. L'occupation allemande est rapidement suivie de l'adoption par le nouveau gouvernement fantoche d'un ensemble de lois et décrets antisémites. Un plan prévoyant l'élimination des Juifs de la Hongrie est intégré dans le décret 6163/44 du ministre de l'Intérieur, daté du 7 avril 1944. Il s'agit de l'ignoble décret de Baky. Lui seul confère le «pouvoir» d'emprisonner tous les Juifs hongrois, de les déporter et de confisquer leurs biens.

It was the Baky Order which provided the master plan for the implementation of the final solution, which was to take place in six phases, namely: Isolation, Expropriation, Ghettoization, Concentration, Entrainment and Deportation. To carry out this plan, Hungary was divided into six zones under the command of the Royal Hungarian Gendarmerie. The City of Szeged was designated as one of seven concentration centres in Zone 4. The Baky Order was addressed to a number of officials, including all Gendarme District Commands, all Commanding Officers of the Gendarme (Detective) Subdivisions and the Central Detective Headquarters of the Royal Hungarian Gendarmerie. It placed responsibility for carrying out the plan on the Royal Hungarian Gendarmerie and certain local police forces.

Shortly after the issuance of the Baky Order the six phases of the final solution were put into effect in Szeged. The Jewish people of the city were rounded up and forced into a fenced-in ghetto. Usually the Jews remained in the ghetto for a couple of weeks. They were then either transferred directly to a brickyard, or first to a sports field and then a few days later to the brickyard. By June 20, 1944, 8,617 Jews had been collected in the brickyard.

The brickyard was filthy, with grossly inadequate sanitary facilities. It consisted of a large open area containing an enormous kiln, a chimney and several buildings used for drying bricks. Jewish men, women and children were crowded together. They slept on the ground in the drying sheds, which had roofs but no walls. The compound was surrounded by a fence and guarded by gendarmes.

Announcements were repeatedly made over the loudspeaker ordering the Jews to surrender their remaining valuables, gold or jewellery. When the Jews were gathered for these announcements, a basket or hamper was presented for the collection of the valuables and the people were told that anyone who failed to comply with the orders would be executed.

C'est dans le décret de Baky qu'est établi le plan directeur sur la mise en œuvre de la solution finale, qui doit se dérouler en six phases: isolation, expropriation, rassemblement dans des ghettos, concentration, embarquement et déportation. Pour mener à bien ce plan, on divise la Hongrie en six zones, qui sont sous l'autorité de la Gendarmerie royale de la Hongrie. La ville de Szeged est désignée comme l'un des sept centres de concentration situés dans la zone 4. Le décret de Baky s'adresse à plusieurs représentants officiels, dont tous les commandements de district de la Gendarmerie et tous les commandants de ses sous-divisions des enquêtes et de ses quartiers généraux d'enquête. Aux termes du décret, la Gendarmerie royale de la Hongrie et certaines forces policières locales sont chargées d'exécuter le plan.

Peu après l'adoption du décret de Baky, les six phases de la solution finale sont mises à exécution à Szeged. Les Juifs de la ville sont rassemblés et enfermés dans un ghetto clôturé, où ils demeurent en général quelques semaines. Ils sont ensuite transférés directement à une briqueterie ou d'abord sur un terrain d'athlétisme puis, quelques jours plus tard, à la briqueterie. Le 20 juin 1944 il y a 8 617 Juifs rassemblés dans la briqueterie.

Celle-ci est infecte, et ses installations sanitaires scandaleusement inadéquates. Elle consiste en une grande aire ouverte où sont disposés un énorme four à briques, une cheminée et plusieurs bâtiments destinés au séchage des briques. Les Juifs, hommes, femmes et enfants, y sont entassés. Ils dorment à même le sol dans les hangars, dotés d'un toit mais sans murs, destinés au séchage. La cour est clôturée et gardée par des gendarmes.

À maintes reprises, par la voie des haut-parleurs, on ordonne aux Juifs de rendre ce qui leur reste de leurs biens de valeur, leur or et leurs bijoux. On les rassemble et, dans un panier ou manne, on collecte leurs biens de valeur en leur disant que quiconque ne respecte pas les ordres sera exécuté.

In the days between June 24 and 30, 1944, the Jews in the brickyard were marched by the gendarmes to the Rokus train station. There they were forced into box cars on three trains which took them from their homes in Hungary to the stark horror of the concentration camps.

Some 70 to 90 Jews together with their luggage were forced into each boxcar. These cars measured roughly eight metres by two metres. There was no artificial lighting in them. The crowding was so intense that most were forced to remain standing throughout the dreadful journey. The doors on the boxcars were padlocked shut. The only openings for air were small windows with grilles located in each of the four upper corners of the boxcar.

Usually the boxcars contained two buckets, one for water and the other for toilet facilities. However, during the journey the toilet buckets quickly overflowed with human excrement. The crowding was so bad that the buckets were inaccessible to many of the prisoners who were forced to relieve themselves where they stood or sat.

As a result of the intolerable conditions in the boxcars, some of the Jews, particularly the elderly, died during the journey. Neither the gendarmes nor the German guards permitted the bodies to be removed prior to the train's reaching its destination. The stench of decaying flesh was added to that of human excrement. Truly, these were nightmare journeys into hell.

Imre Finta was born on September 2, 1912 in the town of Kolozsvár. He studied law at the university in Szeged in the 1930s. In 1935 he enrolled at the Royal Hungarian Military Academy, and on January 1, 1939 was commissioned as a second lieutenant in the Royal Hungarian Gendarmerie. On April 5, 1942, he was promoted to the rank of captain. He was transferred to Szeged as the commander of an investigative unit of the Gendarmerie.

In the post-war confusion Finta left Hungary. In 1947-48, he was tried *in absentia* in the People's

Entre les 24 et 30 juin 1944, les Juifs emprisonnés dans la briqueterie sont amenés à pied par les gendarmes à la gare de Rokus, où ils sont entassés de force dans les wagons de trois trains qui les amènent de la Hongrie à l'horreur absolue des camps de concentration.

Quelque 70 à 90 Juifs, munis de leurs bagages, sont entassés dans chaque wagon, qui mesure approximativement huit mètres sur deux. Aucune lumière artificielle n'y est diffusée. Les wagons sont si bondés que la plupart sont contraints de demeurer debout tout au long du terrible trajet. Les portes des wagons sont cadenassées, et seules de petites fenêtres grillagées situées dans la partie supérieure des quatre coins permettent à l'air de s'infiltrer.

En général, chaque wagon est pourvu de deux seaux, l'un contenant l'eau et l'autre servant de toilette. Toutefois, ce dernier seau déborde rapidement d'excréments humains au cours du voyage. En outre, le wagon est si bondé que beaucoup de prisonniers ne peuvent se rendre jusqu'au seau et sont ainsi forcés de satisfaire leurs besoins naturels là où ils se tiennent assis ou debout.

Les conditions intolérables dans les wagons causent la mort de certains Juifs, particulièrement des personnes âgées. Ni les gendarmes ni les gardiens allemands ne permettent que les corps soient sortis avant que le train ne parvienne à destination. La puanteur des corps en putréfaction s'ajoute à celle des excréments humains. Il s'agit véritablement de voyages cauchemardesques en enfer.

Imre Finta est né le 2 septembre 1912 à Kolozsvár. Il étudie le droit à l'université de Szeged dans les années 1930. En 1935, il s'enrôle dans l'Académie militaire royale de la Hongrie et, le 1<sup>er</sup> janvier 1939, il est nommé lieutenant en second dans la Gendarmerie royale de la Hongrie. Le 5 avril 1942, il est promu au rang de capitaine, puis transféré à Szeged à titre de commandant de la division des enquêtes de la Gendarmerie.

Dans la confusion qui suit la guerre, Finta quitte la Hongrie. En 1947 et 1948, il est jugé *in absentia*

Tribunal of Szeged and convicted of "crimes against the people". He was sentenced to five years of forced labour (later commuted to five years' imprisonment), confiscation of property, loss of employment and loss of the right to political participation for ten years. In 1951, Finta emigrated to Canada, and in 1956 became a Canadian citizen.

On January 27, 1958, as a result of a statutory limitation that existed under Hungarian law, the punishment of Finta in that country became statute-barred. In 1970, the Presidential Council of the Hungarian People's Council issued a general amnesty which, by its terms, applied to Finta. In Canada, the trial judge found that the general amnesty did not, either in its own terms or by operation of Hungarian law, constitute a pardon. Further, he found that the Hungarian trial and conviction were nullities under Canadian law. As a result, he concluded that Finta was not entitled to plead *autrefois convict* or pardon.

## II. The Evidence

### *Expert Evidence as to the Validity of the Baky Order*

Dr. Revesz testified that the Baky Order was manifestly illegal. He also stated that members of the Gendarmerie were involved in the conduct of criminal investigations. They were thus required to have a thorough training in Hungarian law and procedure. Dr. Revesz concluded that, given a gendarme's knowledge of the law and the decrees published prior to the Baky Order, such an officer would have known that the Baky Order was beyond the prerogative of the Under Secretary of State and contained at least 14 violations of Hungarian law.

The trial judge directed the jury that the Baky Order was unlawful as violating Hungarian law, including a number of principles of the Hungarian Constitution.

par le tribunal du peuple de Szeged et déclaré coupable de «crimes contre le peuple». Il est condamné à une peine de cinq ans de travaux forcés (par la suite commuée en cinq ans d'emprisonnement), ses biens sont confisqués, il perd son emploi et on lui retire son droit à la participation politique pendant dix ans. En 1951, Finta immigré au Canada et, en 1956, il est reçu citoyen canadien.

Le 27 janvier 1958, en application d'une disposition de la loi hongroise en matière de prescription, il est devenu impossible d'imposer une peine à Finta en Hongrie. En 1970, le Conseil présidentiel du Conseil populaire de la Hongrie déclare l'amnistie générale qui, par son libellé, s'applique à Finta. Au Canada, le juge du procès conclut que l'amnistie générale, que ce soit dans son libellé ou par l'application de la loi hongroise, ne constitue pas un pardon. Il déclare en outre que le procès tenu en Hongrie et la déclaration de culpabilité sont nuls selon le droit canadien. Il conclut en conséquence que Finta ne peut invoquer la défense d'autrefois convict ou de pardon.

## II. Preuve

### *Témoignage d'expert sur la validité du décret de Baky*

Dans son témoignage, le Dr Revesz a déclaré que le décret de Baky était manifestement illégal. Il a également signalé que les membres de la Gendarmerie, ayant à mener des enquêtes criminelles, avaient dû recevoir une formation exhaustive sur les règles de droit et de procédure hongroises. Puisqu'ils connaissaient la loi et les décrets publiés antérieurement au décret de Baky, les gendarmes devaient savoir, a conclu le Dr Revesz, que ce décret outrepassait la prerogative du sous-secrétaire d'État et contenait au moins 14 violations de la loi hongroise.

Dans ses directives, le juge du procès a signalé au jury que le décret de Baky était illégal car il violait la loi hongroise, de même que certains principes de la Constitution de la Hongrie.

*Evidence Pertaining to Finta's Involvement in Events at Szeged*

Finta was charged with unlawful confinement, robbery, kidnapping and manslaughter under the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, as amended. There are in effect four pairs of alternate counts. For example, count one describes the forcible confinement of 8,617 Jews as a crime against humanity, whereas count two characterizes that same forceable confinement as a war crime. The indictment alleges that in May and June of 1944 Finta forcibly confined 8,617 Jews in the brickyard at Szeged where he robbed them of their personal effects and valuables. It further alleges that in June 1944 at the Rokus railway station he kidnapped 8,617 Jews and caused the deaths of some of those persons.

The Crown's case depended in large measure on the testimony of 19 witnesses who had been interned in the brickyard and deported on one of the three trains. Some gave *viva voce* evidence before the jury. Others were examined by way of commission evidence taken in Israel and Hungary and their evidence was then presented at trial on videotape. Additionally, the trial judge at the request of the defence, directed that the videotape of commission evidence of two other survivors be placed before the jury.

The evidence of the survivors fell into four general groups. Six witnesses who knew Finta before the events in issue testified as to things said and done by him at the brickyard and at the train station. A second group consisting of three witnesses who did not know Finta beforehand identified him as having said or done certain things at the brickyard and at the station. A third group consisting of three witnesses who did not know Finta beforehand also testified as to things said and done at the brickyard and at the station. However, this last group based their identification of Finta on statements made to them by others. The fourth group, consisting of eight witnesses who did not know Finta beforehand and did

*Témoignages sur la participation de Finta aux événements de Szeged*

Finta a été accusé de séquestration, vol qualifié, enlèvement et homicide involontaire coupable, en application du *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, modifié. Il s'agit en fait de quatre paires de chefs d'accusation subsidiaires. Par exemple, le premier chef qualifie la séquestration des 8 617 Juifs de crime contre l'humanité, alors que le deuxième chef qualifie la même infraction de crime de guerre. Il est allégué dans l'acte d'accusation qu'en mai et juin 1944, Finta a séquestré 8 617 Juifs dans la briqueterie de Szeged, où il les a dépossédés de leurs effets personnels et de leurs biens de valeur. Il est en outre allégué qu'en juin 1944, à la gare de Rokus, il a enlevé 8 617 Juifs et causé la mort de certains d'entre eux.

La preuve du ministère public reposait en grande partie sur la déposition de 19 témoins qui ont été internés dans la briqueterie et déportés dans l'un des trois trains. Certains ont témoigné de vive voix devant le jury. D'autres ont été interrogés par voie de commission rogatoire en Israël et en Hongrie, et leur témoignage a ensuite été présenté au procès sur bande vidéo. De plus, à la demande de la défense, le juge du procès a ordonné que la bande vidéo des témoignages de deux autres survivants recueillis par commission rogatoire soit présentée au jury.

Les témoignages des survivants se divisaient en quatre groupes généraux. Six témoins qui connaissaient Finta avant les événements en question ont témoigné sur les paroles et les actes de ce dernier à la briqueterie et à la gare. Le deuxième groupe était formé de trois témoins qui ne connaissaient pas Finta auparavant et qui ont pu témoigner que ce dernier avait dit ou fait certaines choses à la briqueterie et à la gare. Le troisième groupe réunissait trois témoins qui ne connaissaient pas Finta avant les événements et qui ont également témoigné sur ce qui a été dit et fait à la briqueterie et à la gare. Toutefois, les témoins de ce dernier groupe n'ont pu identifier Finta qu'en se fondant sur des déclarations que leur avait faites des tiers. Le quatrième groupe, composé de huit témoins qui ne connaissaient pas Finta avant les événements et ne l'ont

not identify him, gave evidence as to events at the brickyard and the train station.

Of the six witnesses who testified that they knew Finta before their imprisonment in the brickyard, four testified that Finta was in charge of the brickyard and one testified that everyone referred to Finta as the commander of the brickyard. Two of these six witnesses testified that Finta made the daily announcements in the brickyard demanding that the prisoners relinquish all their valuables on pain of death. Three of them testified that he supervised the confiscation of the detainees' valuables. Two of them testified that Finta was at the train station supervising the loading of the prisoners into the boxcars.

Among the second group of witnesses, one witness testified that, as Finta was in charge of the brickyard, all the announcements made or commands given in the brickyard were issued by him or on his behalf and that he supervised the confiscations. This witness testified further that Finta commanded the gendarmes when the Jews were escorted from the ghetto to the brickyard and that he supervised their loading by the gendarmes at the train station. Another witness in this group testified that Finta broke the silver handle off her mother's cane and confiscated it.

Several witnesses who identified Finta on the basis of what had been said by others gave testimony to the effect that Finta was in charge of the brickyard and supervised the confiscations. One of these witnesses testified that she saw a person identified to her as Finta give the announcements for the surrender of valuables and that, from her observations, that person was in charge at the railway station. Three other witnesses in this group testified that they were told by others that the person making the announcements, and in one case, the person in charge at the railway station, was Finta. The trial judge instructed the jury that they could not rely on the identification of Finta by these witnesses in so far as it depended on what others had told them as to the identity of the person they believed to be Finta.

pas identifié, a témoigné sur les événements survenus à la briqueterie et à la gare.

a Parmi les six témoins qui ont déclaré connaître Finta avant leur séquestration à la briqueterie, quatre ont déposé que Finta dirigeait la briqueterie, et un autre a témoigné que tous considéraient que Finta en était le commandant. Deux de ces six b témoins ont déclaré que Finta faisait les annonces quotidiennes à la briqueterie, contraignant les prisonniers à se dessaisir de tous leurs biens de valeur, sous peine de mort. Trois d'entre eux ont c témoigné que Finta supervisait la confiscation des biens de valeur des détenus. Deux d'entre eux ont témoigné que Finta était à la gare et supervisait l'embarquement des prisonniers dans les wagons.

d Au sein du second groupe de témoins, une personne a témoigné que, Finta étant aux commandes de la briqueterie, les annonces faites ou les ordres donnés provenaient tous de lui ou étaient faits en son nom et qu'il supervisait les confiscations. Ce e témoin a en outre déposé que Finta donnait des ordres aux gendarmes qui escortaient les Juifs du ghetto à la briqueterie et qu'il supervisait leur embarquement par les gendarmes à la gare. Un f autre témoin faisant partie de ce groupe a déclaré que Finta avait arraché le pommeau d'argent de la canne de sa mère et l'avait confisqué.

g Plusieurs témoins ayant identifié Finta d'après ce que des tiers leur avaient dit ont déclaré que Finta était à la tête de la briqueterie et supervisait les confiscations. L'un de ces témoins a déclaré avoir vu une personne qu'on lui avait dit être Finta h ordonner aux gens d'abandonner leurs biens de valeur et que, compte tenu de ce qu'elle avait pu observer, cette personne était aux commandes à la gare. Parmi ce groupe, trois autres témoins ont i déposé que des tiers leur avaient dit que la personne faisant les annonces et, dans un cas, la personne en autorité à la gare, était Finta. Le juge du procès a dit au jury qu'il ne pouvait pas se fier à j l'identification de Finta faite par ces témoins dans la mesure où elle reposait sur ce que des tiers leur avait dit quant à l'identité de la personne qu'ils croyaient être Finta.

The eight witnesses who did not identify Finta described the conditions in the brickyard, the deportation from Szeged and the conditions in the boxcars.

In addition to the evidence of the survivors, the Crown relied on photographs, handwriting and fingerprint evidence to identify Finta as a captain in the Gendarmerie at Szeged at the relevant time.

Expert and documentary evidence was tendered to establish the historical context of the evidence, the relevant command structure in place in Hungary in 1944 and the state of international law in 1944.

### III. Decisions Below

#### *Pre-Trial Motions* (Callaghan A.C.J.H.C.)

Including pre-trial motions, the trial lasted eight months. On one of these pre-trial motions, Callaghan A.C.J.H.C., as he then was, upheld the constitutional validity of the war crimes provisions in the *Criminal Code*. This decision has now been reported (*R. v. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557).

#### *Trial* (Campbell J. Sitting With a Jury)

At trial, the Crown contended that Finta was the senior officer of the Gendarmerie at the Szeged concentration centre and had effective control over the operation and guarding of the centre, thus committing the acts in question. Alternatively it was said that through his supervisory role, he procured, aided or abetted others who actually performed the acts alleged. Though acknowledging his presence at the time and place of the alleged offences, Finta denied that he was in a position of authority at the brickyard and stated that he was subject at the time to the command of the German SS. He denied responsibility for the alleged offences.

Les huit témoins qui n'ont pas identifié Finta ont décrit les conditions à la briqueterie, la déportation à partir de Szeged et les conditions dans les wagons.

Outre le témoignage des survivants, le ministère public a présenté des photographies et une preuve d'écriture et d'empreintes afin d'identifier Finta comme un capitaine de la Gendarmerie à Szeged à l'époque en question.

On a également soumis une preuve d'expert et une preuve documentaire afin d'établir le contexte historique de la preuve, le régime hiérarchique en place en Hongrie en 1944 et l'état du droit international à ce moment-là.

### a III. Décisions des juridictions inférieures

#### *Les requêtes préalables au procès* (le juge en chef adjoint Callaghan de la Haute Cour)

Le procès, incluant les requêtes préalables, a duré huit mois. Dans le cadre de l'une de ces requêtes, le juge en chef adjoint Callaghan, maintenant juge en chef de la Cour de l'Ontario, a confirmé la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives aux crimes de guerre. Cette décision est maintenant publiée (*R. c. Finta* (1989), 69 O.R. (2d) 557).

#### g *Le procès* (le juge Campbell siégeant avec jury)

Au procès, le ministère public a soutenu que Finta était l'officier responsable de la Gendarmerie au centre de concentration de Szeged et qu'il dirigeait réellement le fonctionnement et la garde du centre, commettant ainsi les actes en question. Subsidiairement, il a affirmé qu'en raison de son rôle de superviseur, Finta avait aidé ou encouragé les tiers qui ont véritablement commis les actes reprochés. Bien qu'il ait reconnu sa présence à l'époque et au lieu des infractions alléguées, Finta a nié avoir été en position d'autorité à la briqueterie, affirmant qu'il était alors sous les ordres des SS allemands. Il a nié toute responsabilité à l'égard des infractions reprochées.

During the trial, the Crown called 43 witnesses, including 19 eyewitnesses. The trial judge, on behalf of the defence, called the evidence of two eyewitnesses, Ballo and Kemeny. The statement and minutes of a third witness, Dallos, whose testimony was given at Finta's Hungarian trial, were also admitted. Mr. Dallos, a survivor of the brickyard who died in 1963, gave evidence of the existence of a Lieutenant Bodolay, who might have been in charge of the confinement and deportation of the Jews at the brickyard. Campbell J. ruled that, although the evidence was of a hearsay nature, it was admissible. He also stated that, together with other evidence, it "could leave the jury with a reasonable doubt about the responsibility of Finta for confinement and brickyard conditions." The trial judge warned the jury in his charge about the hearsay nature of the evidence.

The jury acquitted Finta on all counts.

*Ontario Court of Appeal* (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, 73 C.C.C. (3d) 65, 14 C.R. (4th) 1, 53 O.A.C. 1, 9 C.R.R. (2d) 91, (Arbour, Osborne and Doherty J.J.A.; Dubin C.J. and Tarnopolsky J.A. dissenting)

A summary of the Court of Appeal's position on the principal issues and their final disposition is set out below.

#### (i) The Evidentiary Issue

The majority of the Court of Appeal (Arbour, Osborne and Doherty J.J.A.) found the evidence of Dallos called by the trial judge to be admissible, despite its hearsay, and in one instance, double-hearsay nature. The majority affirmed the reasons given by the trial judge, both with respect to the unique features of the trial, and the principles underlying the exceptions to the hearsay rule relating to reliability, necessity and fairness.

However, the majority concluded that the trial judge erred in introducing this evidence himself

Le ministère public a cité 43 témoins au procès, dont 19 témoins oculaires. Pour le compte de la défense, le juge du procès a cité deux témoins oculaires, Ballo et Kemeny. La déclaration et le compte rendu d'un troisième témoin, Dallos, qui a témoigné lors du procès de Finta en Hongrie, ont également été admis. Monsieur Dallos, un survivant de la briqueterie décédé en 1963, a témoigné de l'existence d'un lieutenant Bodolay, qui pourrait avoir été chargé de la séquestration et de la déportation des Juifs à la briqueterie. Le juge Campbell a conclu que, bien qu'il constituait du ouï-dire, le témoignage était recevable. Il a également déclaré que, joint à d'autres éléments de preuve, il [TRADUCTION] «pourrait susciter chez le jury un doute raisonnable quant à la responsabilité de Finta à l'égard de la séquestration et des conditions à la briqueterie». Dans son exposé, le juge du procès a prévenu le jury qu'il s'agissait d'une preuve par ouï-dire.

Le jury a acquitté Finta relativement à tous les chefs.

*La Cour d'appel de l'Ontario* (1992), 92 D.L.R. (4th) 1, 73 C.C.C. (3d) 65, 14 C.R. (4th) 1, 53 O.A.C. 1, 9 C.R.R. (2d) 91 (les juges Arbour, Osborne et Doherty; le juge en chef Dubin et le juge Tarnopolsky étant dissidents)

Voici un résumé de la position de la Cour d'appel sur les questions principales et sa décision finale.

#### (i) La question de la présentation de la preuve

La Cour d'appel à la majorité (les juges Arbour, Osborne et Doherty) a jugé recevable le témoignage de Dallos présenté par le juge du procès en dépit du fait qu'il s'agisse de ouï-dire et, dans un cas, de ouï-dire double. La majorité a confirmé les motifs du juge du procès, à la fois à l'égard des caractéristiques uniques du procès et des principes qui sous-tendent les exceptions à la règle du ouï-dire relativement à la fiabilité, la nécessité et l'équité.

Les juges majoritaires ont toutefois conclu que le juge du procès avait commis une erreur en intro-

before the defence had elected whether or not to call evidence. Though the majority observed that parts of the defence's final address were improper, they concluded that the trial judge's directions pertaining to the address negated any prejudice that might have resulted.

The substance of the judge's error, in their view, was to deprive the Crown of its statutory right to address the jury last. However, the majority could not conclude that, had the trial judge not called the evidence in question, the verdict of the jury might well have been different. The majority therefore ruled that this error did not occasion a substantial wrong or miscarriage of justice which would require that the jury's acquittal of Finta be reversed.

Like the majority, Dubin C.J. found that the trial judge erred in the manner in which he admitted the evidence on behalf of the defence. He noted that the entire defence theory rested on the impugned evidence. As a result of the trial judge's calling the evidence rather than the defence, the defence retained the right to address the jury last. In his view, at p. 37, this "inflammatory address tainted the trial" and served to aggravate the error. Dubin C.J. concluded that it could not be said that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted from the cumulative effect of the trial judge's error.

Tarnopolsky J.A. concurred with the reasons and disposition of Dubin C.J. with respect to the evidentiary question.

(ii) The Interpretation of Section 7(3.71) and the *Mens Rea* Issue

The following passage, at pp. 104-5, summarizes the majority's approach with respect to the legislation in question:

In our opinion, s. 7(3.71) speaks not to the jurisdiction of the court but to the territorial scope of the offences referred to in that section. It does so by expanding the territorial reach of the criminal law beyond Canada to the rest of the world whenever the

duisant cette preuve lui-même avant que la défense ait exercé le choix de produire une preuve ou non. Bien qu'ils aient remarqué que certaines parties de l'exposé final de la défense étaient inappropriées, les juges ont conclu que les directives du juge du procès concernant l'exposé dissipaient tout préjudice qui aurait pu en découler.

De l'avis des juges majoritaires, l'erreur du juge a été, essentiellement, de priver le ministère public du droit que lui confère la loi de s'adresser au jury en dernier. Ils n'ont toutefois pu conclure que le verdict du jury aurait très bien pu être différent si le juge du procès n'avait pas présenté la preuve en question. Ils ont par conséquent conclu que cette erreur n'avait engendré ni tort important ni erreur judiciaire grave exigeant l'annulation de l'acquittement de Finta prononcé par le jury.

À l'instar de la majorité, le juge en chef Dubin a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans sa manière d'admettre la preuve au nom de la défense. Il a signalé que la théorie entière de la défense reposait sur la preuve contestée. Le juge du procès ayant présenté la preuve à la place de la défense, cette dernière conservait le droit de s'adresser au jury en dernier. À son avis, à la p. 37, cet [TRADUCTION] «exposé incendiaire a vicié le procès» et contribué à aggraver l'erreur. Le juge en chef Dubin a conclu qu'on ne pouvait soutenir qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave n'avait résulté de l'effet cumulatif de l'erreur du juge du procès.

Le juge Tarnopolsky a souscrit aux motifs du juge en chef Dubin et au résultat qu'il proposait quant à la question de la présentation de la preuve.

(ii) L'interprétation du par. 7(3.71) et la question de la *mens rea*

L'extrait suivant résume la position de la majorité à l'égard de la disposition législative en question (aux pp. 104 et 105):

[TRADUCTION] À notre avis, le par. 7(3.71) ne porte pas sur la compétence du tribunal, mais plutôt sur la portée territoriale des infractions qui y sont prévues. Ainsi, il étend la portée territoriale du droit criminel canadien au reste du monde lorsque les actes ou les

acts or omissions in question meet the dual criminality requirement of the section.

For example, to establish the commission of a “normal” charge of robbery the Crown must prove that the robbery occurred in Canada. Where the Crown alleges robbery contrary to s. 7(3.71), instead of proving that the robbery occurred in Canada, the Crown must prove that:

- had the act occurred in Canada, it would have amounted to robbery under the then operative *Criminal Code*, and
- the act amounted to a war crime or a crime against humanity.

As for the standard of *mens rea* to be applied by the jury, the majority approved of the charge given by the trial judge, which directed the jury to convict the accused of a war crime or a crime against humanity only if “the accused knew that his acts had the factual quality that made them war crimes”, or if he knew his acts had a factual quality that “raised them up from the level of an ordinary crime to the international level of a crime against humanity”.

In Dubin C.J.’s view, both the trial judge and the majority of the Court of Appeal misconstrued the purpose of s. 7(3.71) when they determined that the effect of this legislation was to create two new offences under the *Criminal Code*. He stated at p. 20:

In my opinion, that subsection does not create two new offences, namely, a crime against humanity and a war crime, nor does it define the essential elements of the offences with which the respondent was charged. . . . Section 7(3.71) provides a mechanism for persons to be convicted for violating the *Criminal Code* of Canada for acts or omissions committed abroad if those acts or omissions are deemed to have been committed in Canada and thus subject to the *Criminal Code* of Canada. Forcible confinement, robbery, kidnapping and manslaughter, contrary to the provisions of the 1927 *Criminal Code*, were the only offences for which the respondent stood trial.

He also rejected the proposition that the legislation alters the jurisdiction over a person or the territo-

omissions en question satisfont à la double exigence de criminalité de l’article.

Par exemple, pour établir la perpétration de l’infraction dans le cadre d’une accusation «normale» de vol qualifié, le ministère public doit démontrer que celui-ci a été commis au Canada. Si le ministère public allègue que le vol qualifié a été commis en infraction au par. 7(3.71), plutôt que de démontrer que l’infraction a été commise au Canada, il doit prouver que:

- si l’acte avait été commis au Canada, il aurait constitué un vol qualifié suivant le *Code criminel* alors en vigueur;
- l’acte constituait un crime de guerre ou un crime contre l’humanité.

Quant à la norme de *mens rea* que le jury doit appliquer, la majorité a approuvé les directives du juge du procès, dans lesquelles il a signalé au jury qu’il ne devait déclarer l’accusé coupable d’un crime de guerre ou d’un crime contre l’humanité que si [TRADUCTION] «l’accusé savait que ses actes possédaient la qualité factuelle qui en faisait des crimes de guerre», ou s’il savait que ses actes possédaient une qualité factuelle [TRADUCTION] «qui les érigeait de crimes ordinaires en crimes contre l’humanité au niveau international».

De l’avis du juge en chef Dubin, tant le juge du procès que la Cour d’appel à la majorité ont mal interprété l’objectif du par. 7(3.71) lorsqu’ils ont déterminé que cette disposition avait pour effet de créer deux nouvelles infractions aux termes du *Code criminel*. Il a affirmé à la p. 20:

[TRADUCTION] À mon avis, ce paragraphe ne crée pas deux nouvelles infractions, soit le crime contre l’humanité et le crime de guerre, ni n’énonce-t-il les éléments essentiels des infractions dont l’intimé était accusé. [ . . . ] Le paragraphe 7(3.71) prévoit un mécanisme qui permet que des personnes soient déclarées coupables d’infractions au *Code criminel* du Canada si elles ont commis à l’étranger un fait — acte ou omission — qui est présumé avoir été commis au Canada et est ainsi visé par le *Code criminel* canadien. La séquestration, le vol qualifié, l’enlèvement et l’homicide involontaire coupable commis en contravention aux dispositions du *Code criminel* de 1927 sont les seules infractions relativement auxquelles l’intimé a été jugé.

Il a également rejeté la proposition suivant laquelle la disposition législative modifie la compétence

rial jurisdiction of a court; rather, he viewed the section simply as concerning the culpability in Canada for conduct outside Canada.

Therefore, he held that it was within the power of the trial judge to determine whether the acts alleged, if committed in Canada, would have violated the *Criminal Code*, and to determine, as a matter of law, whether such acts constituted a war crime or a crime against humanity. It then remained for the jury to assess whether the acts were in fact committed. With respect to the *mens rea* requirement of this section, Dubin C.J. at p. 29 concurred with Tarnopolsky J.A. that the test was an objective one: "... it is quite irrelevant whether the respondent knew that those acts fell within the legal definition of a crime against humanity or whether he believed such acts to be inhumane".

Tarnopolsky J.A. was of the view that the Crown does not have to prove that the accused knew he was committing a war crime or a crime against humanity in order to convict him under s. 7(3.71).

Like Dubin C.J., Tarnopolsky J.A. contended that s. 7(3.71) does not create new substantive *Criminal Code* offences; rather, he stated at p. 53 that the section is:

... merely *procedural* in nature, in that it confers jurisdiction on Canadian courts with respect to acts committed outside Canada, which would have been offences against Canadian law in force at the time of their occurrence, by deeming such acts to have occurred in Canada. [Emphasis in original.]

### (iii) Jurisdiction and the Role of Judge and Jury

The majority determined that s. 7(3.71) sets out the elements of the offence. Those elements require that the act committed be a war crime or a crime against humanity. It follows that it is for the jury to decide whether the acts in question are war crimes or crimes against humanity.

d'un tribunal à l'égard d'une personne ou sa compétence territoriale; au contraire, il a estimé que le paragraphe ne concernait que la culpabilité au Canada relativement à un acte commis à l'étranger.

Il a par conséquent conclu qu'il appartenait au juge du procès de déterminer si, commis au Canada, les actes reprochés enfreignaient le *Code criminel*, et si, en droit, ces actes constituaient un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Il incombait alors au jury de déterminer si les actes avaient effectivement été commis. En ce qui concerne la *mens rea* requise par ce paragraphe, le juge en chef Dubin, à la p. 29, a souscrit à l'opinion du juge Tarnopolsky que le critère était objectif: [TRADUCTION] «... la question de savoir si l'intimé savait que ces actes étaient visés par la définition légale de crime contre l'humanité ou s'il croyait que ces actes étaient inhumains n'est aucunement pertinente».

De l'avis du juge Tarnopolsky, le ministère public n'est pas tenu de démontrer que l'accusé savait qu'il commettait un crime de guerre ou un crime contre l'humanité pour qu'il soit déclaré coupable en vertu du par. 7(3.71).

À l'instar du juge Dubin, le juge Tarnopolsky a soutenu que le par. 7(3.71) ne crée aucune nouvelle infraction substantielle au *Code criminel*; au contraire, a-t-il affirmé à la p. 53, le paragraphe est:

[TRADUCTION] ... de nature simplement *procédurale* car, en considérant que ces actes ont été commis au Canada, il confère aux tribunaux canadiens une compétence en matière d'actes commis à l'étranger, pourvu qu'ils aient constitué des infractions à la loi canadienne en vigueur au moment de leur perpétration. [En italique dans l'original.]

### (iii) La compétence et le rôle du juge et du jury

Suivant la majorité, le par. 7(3.71) énonce les éléments de l'infraction, selon lesquels l'acte commis doit être un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Il s'ensuit qu'il appartient au jury de déterminer si les actes en question sont des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

Dubin C.J. found that pursuant to s. 7(3.71) of the *Code*, it is for the trial judge to determine first, whether the alleged acts would constitute, as a matter of law, a war crime or a crime against humanity, if the accused committed such acts outside Canada. The trial judge also must decide whether, as a matter of law, the alleged acts constitute an offence under the provisions of the *Code* then in force. It remains for the jury to decide if the accused did in fact commit the alleged acts. After reviewing the facts of this case, Dubin C.J. concluded at p. 29:

In my view, the trial judge in this case would have no difficulty in concluding, as a matter of law, that, if the respondent had confined the victims in the manner alleged in the evidence, such conduct would constitute a crime against humanity.

In this case, I do not think that a trial judge should have had any doubt that such acts, if committed, would constitute the offence of forcible confinement.

Tarnopolsky J.A. found that the determination of whether an accused's acts constituted a war crime or a crime against humanity (characterized as a "jurisdictional fact" by the trial judge, in that it had to be proven before the court could assume jurisdiction to try the accused) should properly rest with the trial judge as it is a question of law. It was, therefore, a misdirection for the trial judge to instruct the jury that the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that the accused must have knowledge of the mental element in relation to "jurisdictional facts".

(iv) Constitutionality of s. 7(3.71)

The majority judgment of the Court of Appeal affirmed the reasons of Callaghan A.C.J.H.C. in ruling that the war crimes provisions in the *Code* do not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, the majority took issue with the characterization of the section as not giving rise to new offences under the *Code*. This departure from the findings of Callaghan A.C.J.H.C.,

Le juge en chef Dubin a conclu que, conformément au par. 7(3.71) du *Code*, il appartient au juge du procès de déterminer en premier lieu si les actes reprochés constitueraient en droit, si l'accusé a commis ces actes à l'étranger, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Le juge du procès doit également décider si, en droit, les actes reprochés constituent une infraction aux dispositions du *Code* alors en vigueur. Il reste au jury à décider si l'accusé a effectivement commis les actes dont on l'accuse. Après avoir examiné les faits de l'espèce, le juge en chef Dubin a conclu, à la p. 29:

[TRADUCTION] À mon avis, le juge du procès en l'espèce n'aurait aucune difficulté à conclure en droit que, si l'intimé avait séquestré les victimes de la manière alléguée dans la preuve, son comportement constituerait un crime contre l'humanité.

En l'espèce, je ne crois pas qu'un juge du procès aurait dû douter que ces actes, s'ils ont été commis, constitueraient l'infraction de séquestration.

Le juge Tarnopolsky a conclu qu'il convient que la question de savoir si les actes d'un accusé constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité (qualifié de «fait attributif de compétence» par le juge du procès puisqu'il devait être établi avant que la cour puisse se prévaloir de la compétence pour juger l'accusé) soit tranchée par le juge du procès puisqu'il s'agit d'une question de droit. Le juge du procès a donc donné des directives erronées au jury lorsqu'il lui a signalé que le ministère public était tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé devait avoir une connaissance de l'élément moral par rapport aux «faits attributifs de compétence».

(iv) La constitutionnalité du par. 7(3.71)

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé les motifs du juge en chef adjoint Callaghan en concluant que les dispositions du *Code* sur les crimes de guerre ne violent pas la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les juges n'ont toutefois pu admettre que le paragraphe ne crée pas de nouvelles infractions au *Code*. Ce désaccord avec les conclusions du juge en chef adjoint Callaghan

however, did not affect the ruling with respect to the constitutionality of s. 7(3.71).

Dubin C.J. also agreed with the reasons of Callaghan A.C.J.H.C. in upholding the constitutionality of the war crimes provisions.

Finally, Tarnopolsky agreed with the rest of the Court of Appeal in affirming Callaghan A.C.J.H.C.'s pre-trial judgment that the war crimes provisions in the *Code* did not violate the *Charter*.

#### (v) Disposition

In the result, the majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal from the acquittal of Finta.

Dubin C.J. concluded that the jury was misdirected with respect to the *mens rea* requirement, and that the trial judge erred in determining what "jurisdictional facts" had to be proven to the jury. On these grounds, and for the other reasons set out, he would order a new trial.

On the basis of the trial judge's rulings concerning jurisdictional facts and the proof required of the essential elements of the war crimes offences, Tarnopolsky J.A. would also order a new trial.

#### IV. Relevant Legislation

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended by R.S.C., 1985, c. 30 (3rd Supp.), s. 1:

7. ...

(3.71) Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall

n'a par contre eu aucune conséquence sur la conclusion concernant la constitutionnalité du par. 7(3.71).

Le juge en chef Dubin a également souscrit aux motifs du juge en chef adjoint Callaghan en maintenant la constitutionnalité des dispositions relatives aux crimes de guerre.

Enfin, le juge Tarnopolsky a partagé l'opinion du reste de la Cour d'appel en confirmant le jugement prononcé relativement à la requête préalable au procès par le juge en chef adjoint Callaghan suivant lequel les dispositions du *Code* relatives aux crimes de guerre ne violent pas la *Charte*.

#### (v) Dispositif

En conséquence, la Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquiescement de Finta.

Le juge en chef Dubin a conclu que le jury avait reçu des directives erronées sur la *mens rea* requise et que le juge du procès avait commis une erreur en déterminant les «faits attributifs de compétence» qui devaient être démontrés au jury. Pour ces motifs et pour les autres motifs exposés, il était d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

En raison des décisions du juge du procès concernant les faits attributifs de compétence et la preuve requise des éléments essentiels des infractions de crimes de guerre, le juge Tarnopolsky était également d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

#### IV. Dispositions législatives pertinentes

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, modifié par L.R.C. (1985), ch. 30 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 1:

7. ...

(3.71) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi et par dérogation à toute autre loi, l'auteur d'un fait — acte ou omission — commis à l'étranger même avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration,

be deemed to commit that act or omission in Canada at that time if,

(a) at the time of the act or omission,

(i) that person is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity, *a*

(ii) that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or

(iii) the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or *b*

(b) at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada. *c*

(3.72) Any proceedings with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71) shall be conducted in accordance with the laws of evidence and procedure in force at the time of the proceedings. *d*

(3.74) Notwithstanding subsection (3.73) and section 15, a person may be convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection (3.71) even if the act or omission is committed in obedience to or in conformity with the law in force at the time and in the place of its commission. *f*

(3.76) ...

"crime against humanity" means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations; *h*

"war crime" means an act or omission that is committed during an international armed conflict, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention *j*

est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque si l'une des conditions suivantes est remplie:

a) à l'époque:

(i) soit lui-même est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire,

(ii) soit lui-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel État à titre civil ou militaire,

(iii) soit la victime est citoyen canadien ou ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé;

b) à l'époque, le Canada pouvait, en conformité avec le droit international, exercer sa compétence à cet égard à l'encontre de l'auteur, du fait de sa présence au Canada, et après la perpétration, celui-ci se trouve au Canada.

(3.72) Les poursuites engagées à l'égard du fait visé au paragraphe (3.71) sont exercées conformément aux règles de preuve et de procédure en vigueur lors du procès.

(3.74) Par dérogation au paragraphe (3.73) et à l'article 15, une personne peut être déclarée coupable d'une infraction à l'égard d'un fait visé au paragraphe (3.71), même commis en exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

(3.76) ...

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

«crime de guerre» Fait — acte ou omission — commis au cours d'un conflit armé international — qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration — et constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du

of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts.

15. No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission in obedience to the laws for the time being made and enforced by persons in *de facto* possession of the sovereign power in and over the place where the act or omission occurs.

25. (1) Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

(a) as a private person,

(b) as a peace officer or public officer,

(c) in aid of a peace officer or public officer, or

(d) by virtue of his office,

is, if he acts on reasonable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

(2) Where a person is required or authorized by law to execute a process or to carry out a sentence, that person or any person who assists him is, if that person acts in good faith, justified in executing the process or in carrying out the sentence notwithstanding that the process or sentence is defective or that it was issued or imposed without jurisdiction or in excess of jurisdiction.

(3) Subject to subsection (4), a person is not justified for the purposes of subsection (1) in using force that is intended or is likely to cause death or grievous bodily harm unless he believes on reasonable grounds that it is necessary for the purpose of preserving himself or any one under his protection from death or grievous bodily harm.

(4) A peace officer who is proceeding lawfully to arrest, with or without warrant, any person for an offence for which that person may be arrested without warrant, and every one lawfully assisting the peace officer, is justified, if the person to be arrested takes flight to avoid arrest, in using as much force as is necessary to prevent the escape by flight, unless the escape can be prevented by reasonable means in a less violent manner. [Emphasis added.]

droit international coutumier ou conventionnel applicable à de tels conflits.

15. Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission en exécution des lois alors édictées et appliquées par les personnes possédant *de facto* le pouvoir souverain dans et sur le lieu où se produit l'acte ou l'omission.

25. (1) Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi:

a) soit à titre de particulier;

b) soit à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public;

c) soit pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public;

d) soit en raison de ses fonctions,

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

(2) Lorsqu'une personne est, par la loi, obligée ou autorisée à exécuter un acte judiciaire ou une sentence, cette personne ou toute personne qui l'assiste est, si elle agit de bonne foi, fondée à exécuter l'acte judiciaire ou la sentence, même si ceux-ci sont défectueux ou ont été délivrés sans juridiction ou au-delà de la juridiction.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), une personne n'est pas justifiée, pour l'application du paragraphe (1), d'employer la force avec l'intention de causer, ou de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves, à moins qu'elle n'estime, pour des motifs raisonnables, que cette force est nécessaire afin de se protéger elle-même ou de protéger toute autre personne sous sa protection, contre la mort ou contre des lésions corporelles graves.

(4) Un agent de la paix qui procède légalement à l'arrestation, avec ou sans mandat, d'une personne pour une infraction au sujet de laquelle cette personne peut être appréhendée sans mandat, ainsi que toute personne aidant légalement l'agent de la paix, est justifiable, si la personne qui doit être appréhendée s'enfuit afin d'éviter l'arrestation, d'employer la force nécessaire pour empêcher cette fuite, à moins que l'évasion puisse être empêchée par des moyens raisonnables d'une façon moins violente. [Je souligne.]

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

11. Any person charged with an offence has the right

(g) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

V. Points in Issue*The Appeal*

Did the Court of Appeal err in law in holding that:

(1) s. 7(3.71) of the *Criminal Code*, is not merely jurisdictional in nature, but rather creates two new offences, a crime against humanity and a war crime, and defines the essential elements of the offences charged, such that it is necessary for the jury to decide beyond a reasonable doubt, not only whether the respondent is guilty of the 1927 *Criminal Code* offences charged, but also whether his acts constituted crimes against humanity and/or war crimes as defined by ss. 7(3.71) and 7(3.76);

(2) the trial judge did not misdirect the jury as to the requisite *mens rea* for each offence by requiring the Crown prove not only that the respondent intended to commit the 1927 *Criminal Code* offences charged, but also that he knew that his acts constituted war crimes and/or crimes against humanity as defined in s. 7(3.76);

[3] (a) the trial judge did not err in putting the "peace officer defence" embodied in s. 25 of the *Criminal Code*, the "military orders defence" and the issue of mistake of fact to the jury; and

(b) the trial judge did not misdirect the jury in the manner in which he defined those defences;

[4] the trial judge's instructions to the jury adequately corrected defence counsel's inflammatory and improper jury address so as to overcome the

*Charte canadienne des droits et libertés*

11. Tout inculpé a le droit:

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

V. Questions en litige*Le pourvoi*

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que:

[TRADUCTION]

(1) le paragraphe 7(3.71) du *Code criminel* ne vise pas simplement la compétence, mais crée plutôt deux nouvelles infractions, un crime contre l'humanité et un crime de guerre; en outre, il définit les éléments essentiels des infractions reprochées de manière que le jury doit décider, hors de tout doute raisonnable, non seulement si l'intimé est coupable des infractions reprochées en vertu du *Code criminel* de 1927, mais également si ses actes constituaient des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre aux termes des par. 7(3.71) et 7(3.76);

(2) le juge du procès n'a pas donné de directives erronées au jury sur la *mens rea* requise relativement à chaque infraction en exigeant que le ministère public démontre non seulement que l'intimé avait l'intention de commettre les infractions visées au *Code criminel* de 1927 qui lui sont reprochées, mais aussi qu'il savait que ces actes constituaient des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité aux termes du par. 7(3.76);

[3] a) le juge du procès n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a présenté au jury la «défense de l'agent de la paix» inscrite à l'art. 25 du *Code criminel*, la «défense fondée sur les ordres militaires» et la question de l'erreur de fait;

b) la manière dont le juge du procès a défini ces moyens de défense ne constituait pas une directive erronée.

[4] les directives du juge du procès au jury ont adéquatement corrigé l'exposé déplacé et incendiaire de l'avocat de la défense de manière à réparer le préju-

- prejudice to the Crown and not deprive it of a fair trial;
- [5] the DALLOS "evidence" (police statement and deposition) was admissible and, in particular, in finding that even though it did not fall within any of the recognized exceptions to the hearsay rule:
- (i) it was admissible on the basis that it had circumstantial indicia of reliability;
  - (ii) there was a necessity to introduce it;
  - (iii) its admission was necessary to ensure a fair trial and to prevent a miscarriage of justice; and
  - (iv) it was admissible for the defence even though it would not be admissible for the Crown.
- [6] the trial judge's error in calling the DALLOS evidence and the videotaped commission evidence of the witnesses KEMENY and BALLO as his own evidence, thereby denying the Crown of its statutory right to address the jury last, did not result in a substantial wrong or miscarriage of justice; and
- [7] the trial judge's instructions to the jury relating to the Crown's identification evidence were appropriate and in not finding that he misdirected the jury on the issue of identification ...
- dice subi par le ministère public et à ne pas le priver d'un procès équitable;
- [5] le «témoignage» de DALLOS (déclaration à la police et déposition) était recevable et, en particulier, que, bien qu'il ne soit pas visé par les exceptions reconnues à la règle du ouï-dire:
- (i) il était recevable pour le motif qu'il démontrait un indice circonstanciel de fiabilité;
  - (ii) il devait être introduit;
  - (iii) il devait être admis pour garantir un procès équitable et éviter qu'une erreur judiciaire soit commise;
  - (iv) il était recevable quant à la défense bien qu'il ne le serait pas quant au ministère public.
- [6] l'erreur du juge du procès, lorsqu'il a produit le témoignage de DALLOS et les témoignages de KEMENY et de BALLO enregistrés sur bande vidéo par voie de commissions rogatoires comme ses propres éléments de preuve, privant ainsi le ministère public du droit que lui confère la loi de s'adresser au jury en dernier, n'a entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave;
- [7] les directives du juge du procès au jury relativement à la preuve d'identification du ministère public étaient appropriées, et lorsqu'elle n'a pas conclu que le juge du procès avait donné des directives erronées au jury sur la question de l'identification ...

### *The Cross Appeal*

- [8] Does s. 7(3.74) [and s. 7(3.76)] of the *Criminal Code* violate ss. 7, 11(a), 11(b), 11(d), 11(g), 12 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- [9] If the answer to the question is in the affirmative, [are] ss. 7(3.74) [and 7(3.76)] of the *Criminal Code* ... reasonable limit[s] in a free and democratic society [justifiable] under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- Le pourvoi incident
- [8] Le paragraphe 7(3.74) [et le par. 7(3.76)] du *Code criminel* viole[nt]-il[s] les art. 7, 11a), 11b), 11d), 11g), 12 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- [9] Si la réponse à cette question est affirmative, le par. 7(3.74) [et le par. 7(3.76)] du *Code criminel* [sont]-il[s] [des] limite[s] raisonnable[s] dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiée[s] en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

## VI. Analysis

### (1) *Jurisdiction*

The jurisdiction of Canadian courts is, in part, limited by the principle of territoriality. That is, Canadian courts, as a rule, may only prosecute those crimes which have been committed within

## VI. Analyse

### (1) *La compétence*

La compétence des tribunaux canadiens est en partie limitée par le principe de la territorialité, suivant lequel les tribunaux canadiens ne peuvent généralement juger des individus que pour des

Canadian territory. Section 6(2) of the *Criminal Code* provides that:

6. . . .

(2) Subject to this Act or any other Act of Parliament, no person shall be convicted or discharged under section 736 of an offence committed outside Canada.

This rule reflects the principle of sovereign integrity, which dictates that a state has exclusive sovereignty over all persons, citizens or aliens, and all property, real or personal, within its own territory. Indeed, the Permanent Court of International Justice has confirmed that:

. . . the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that . . . it may not exercise its power[s] in any form in the territory of another State.

(*The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J., Ser. A, No. 10, at p. 18.)

However, there are exceptions to the principle of territoriality. Professor Ian Brownlie has identified several other bases of jurisdiction in his work *Principles of Public International Law* (4th ed. 1990). According to Gillian Triggs, in "Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?" (1987), 16 *M.U.L.R.* 382, at p. 389:

[the] principle [of universality] permits the exercise of jurisdiction by a state in respect of criminal acts committed by non-nationals against non-nationals wherever they take place. Jurisdiction is based upon the accused's attack upon the international order as a whole and is of common concern to all mankind as a sort of international public policy. Historically, the universality principle has been employed to prosecute piracy and, more recently, hijacking. Under the principle of universality the criminal act is a violation of national law. International law merely gives states a liberty to punish but it does not itself declare the act illegal.

By contrast, some acts are crimes under international law. They may be punished by any state which has custody of the accused. Examples of this . . . basis of jurisdiction include breaches of the laws of war included in

crimes commis sur le territoire canadien. Le paragraphe 6(2) du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

6. . . .

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise à l'étranger ou absous en vertu de l'article 736 à l'égard de celle-ci.

Cette règle reflète le principe de l'intégrité souveraine, suivant lequel un État est le seul à pouvoir exercer sa souveraineté à l'égard de toutes les personnes, citoyens ou étrangers, et de tous les biens, mobiliers ou immobiliers, situés sur son propre territoire. En fait, la Cour permanente de justice internationale a confirmé que:

. . . la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure [. . .] tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État.

(*Affaire du «Lotus»* (1927), C.P.J.I., sér. A, n° 10, à la p. 18.)

Le principe de la territorialité souffre toutefois certaines exceptions. Dans son ouvrage *Principles of Public International Law* (4<sup>e</sup> éd. 1990), le professeur Ian Brownlie a cerné plusieurs autres fondements de compétence. Selon Gillian Triggs dans «Australia's War Crimes Trials: A Moral Necessity or Legal Minefield?» (1987), 16 *M.U.L.R.* 382, à la p. 389:

[TRADUCTION]

[le] principe [de l'universalité] permet l'exercice par l'État d'une compétence en matière d'actes criminels commis par des étrangers contre des étrangers peu importe l'endroit. Cette compétence est fondée sur le fait que l'accusé s'en prend à l'ordre international dans son ensemble et elle soulève l'intérêt commun de la race humaine entière comme étant une forme de politique internationale publique. Dans le passé, on a eu recours au principe de l'universalité pour engager des poursuites relativement à la piraterie et, plus récemment, aux détournements. Suivant le principe de l'universalité, l'acte criminel est une violation du droit national. Le droit international confère à un État uniquement le droit de punir l'auteur d'un acte, mais ne déclare pas lui-même l'illégalité de l'acte.

Par contre, certains actes sont des crimes en droit international. L'auteur de ces crimes peut être puni par tout État qui en a la garde. Au nombre des actes qui répondent à ce [. . .] fondement de la compétence se

the Hague Convention of 1907 and the four Geneva 'Red Cross' Conventions of 1949, torture, apartheid, attacks on diplomatic agents, drug trafficking and terrorism.

Section 11(g) of the *Charter* allows customary international law to form a basis for the prosecution of war criminals who have violated general principles of law recognized by the community of nations regardless of when or where the criminal act or omission took place. The use of international legal principles to ground jurisdiction for criminal activity committed outside of Canada has thus been constitutionally permissible since 1982. On February 7, 1985, Order in Council P.C. 1985-348 established the Commission of Inquiry on War Criminals (the Deschênes Commission). In its report, the Commission, headed by the Honourable Jules Deschênes, recommended that the *Criminal Code* be used as the vehicle for the prosecution of "war criminals in Canada". (See *Commission of Inquiry on War Criminals Report*.) In response to these recommendations, the *Code* was amended to include ss. 7(3.71) to (3.77). These provisions constitute an exception to the principle of territoriality found in s. 6(2) of the *Code*.

However, the jurisdiction of Canadian courts to try offences under ss. 7(3.71) — (3.77) is carefully circumscribed. It is only when the following conditions are fulfilled that offences under s. 7(3.71) may be prosecuted in Canada: (1) the act or omission was committed outside the territorial boundaries of Canada; (2) the act or omission constitutes a crime against humanity or a war crime; (3) the act or omission, had it been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time; and (4) in the words of the section at the time of the act or omission,

7....

(3.71) ...

(i) [the accused] is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity,

trouvent notamment les infractions aux lois sur la guerre incluses dans la Convention de La Haye de 1907 ou aux quatre Conventions de la «Croix-Rouge» de Genève de 1949, la torture, l'apartheid, les attaques contre les diplomates, le trafic de drogue et le terrorisme.

Aux termes de l'al. 11g) de la *Charte* il est permis, en vertu du droit international coutumier, de poursuivre des criminels de guerre qui ont violé les principes de droit généraux reconnus par l'ensemble des nations, peu importe l'époque ou le lieu où l'activité ou l'omission criminelle est survenue. Le recours à des principes juridiques internationaux pour fonder la compétence à l'égard d'activités criminelles commises à l'extérieur du Canada est constitutionnellement permis depuis 1982. Le 7 février 1985, le décret n° 1985-348 a créé la Commission d'enquête sur les criminels de guerre (la commission Deschênes). Dans son rapport, la Commission, présidée par l'honorable Jules Deschênes, a recommandé que le *Code criminel* soit utilisé pour poursuivre les «criminels de guerre au Canada». (Voir *Rapport de la Commission d'enquête sur les criminels de guerre*.) En réponse à ces recommandations, le législateur a modifié le *Code* pour y inclure les par. 7(3.71) à (3.77). Ces dispositions constituent une exception au principe de la territorialité prévu au par. 6(2) du *Code*.

La compétence des tribunaux canadiens pour juger les auteurs des infractions prévues aux par. 7(3.71) à (3.77) est toutefois soigneusement circonscrite. Ce n'est que lorsque les conditions suivantes sont respectées que les infractions prévues aux par. 7(3.71) peuvent faire l'objet d'accusations au Canada: (1) le fait — acte ou omission — a été commis à l'extérieur des frontières territoriales du Canada; (2) le fait — acte ou omission — constitue un crime contre l'humanité ou un crime de guerre; (3) s'il avait été commis au Canada, le fait — acte ou omission — aurait constitué une infraction aux lois du Canada alors en vigueur; (4) aux termes de l'article, à l'époque,

7....

(3.71) ...

(i) soit [l'accusé] est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire,

(ii) that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or

(iii) the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or ... [Emphasis added.]<sup>a</sup>

(5) at the time of the act or omission, Canada, in conformity with international law, could have exercised jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada.<sup>c</sup>

Thus, there are a number of jurisdictional hurdles which must be cleared before Canadian courts may prosecute offences under s. 7(3.71). How then are these jurisdictional issues to be determined?<sup>d</sup>

This Court considered the issue of jurisdiction and the respective roles of the judge and the jury in determining jurisdictional questions in the case of *Balcombe v. The Queen*, [1954] S.C.R. 303. In that case, at p. 304, the indictment alleged that the accused committed murder "... at the County of Dundas in the province of Ontario". He was tried and convicted in Ontario by a court composed of a judge and jury. At trial, he sought a directed verdict, arguing that the homicide had occurred in Quebec. The trial judge dismissed the motion and the Court of Appeal affirmed his ruling. In their application for leave to appeal to this Court, defence counsel argued that the question of the situs of the offence was one for the jury to decide, and that the trial judge should have directed them that they had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the offence was committed within the province of Ontario. This Court dismissed the application for leave to appeal. Fauteux J. stated at p. 305:<sup>e</sup>

The question of jurisdiction is a question of law — consequently, for the presiding Judge — even if, to its determination, consideration of the evidence is needed. It is a question strictly beyond the field of these matters which under the law and particularly under the terms of

(ii) soit lui-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel État à titre civil ou militaire,

(iii) soit la victime est citoyen canadien ou ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé ... [Je souligne.]

(5) à l'époque, le Canada aurait pu, en conformité avec le droit international, exercer sa compétence à cet égard à l'encontre de l'auteur, du fait de sa présence au Canada, et après la perpétration, celui-ci se trouve au Canada.

De nombreuses barrières en matière de compétence doivent donc tomber avant que les tribunaux canadiens puissent juger des individus relativement à des infractions visées au par. 7(3.71). Comment donc ces questions de compétence doivent-elles être tranchées?

Notre Cour a examiné la question de la compétence et des rôles respectifs du juge et du jury en se prononçant sur des questions de compétence dans l'affaire *Balcombe c. The Queen*, [1954] R.C.S. 303. Dans cette affaire, à la p. 304, l'acte d'accusation alléguait que l'accusé avait commis un meurtre [TRADUCTION] «... dans le comté de Dundas (Ontario)». L'accusé a été jugé et déclaré coupable en Ontario par un tribunal formé d'un juge et d'un jury. Au procès, il a demandé un verdict imposé, soutenant que l'homicide avait été commis au Québec. Le juge du procès a rejeté la requête, et la Cour d'appel a confirmé cette décision. Dans leur demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour, les avocats de la défense ont soutenu que la question du lieu de l'infraction relevait du jury, et que le juge du procès aurait dû lui indiquer qu'il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'infraction avait été commise en Ontario. La Cour a rejeté la demande d'autorisation de pourvoi. Le juge Fauteux a affirmé, à la p. 305:<sup>f</sup>

[TRADUCTION] La compétence est une question de droit — relevant donc du juge présidant le tribunal — même si, pour la trancher, il est nécessaire d'examiner la preuve. Elle excède entièrement le domaine des questions qu'en droit et, particulièrement, selon les moda-

their oath, the jury have to consider. They are concerned only with the guilt or innocence of the prisoner at the bar. Indeed the lawful fulfilment of their duties rests on the assumed existence of the jurisdiction of the Court to try, at the place where it is held, the accused for the crime charged.

The trial judge in the present case distinguished *Balcombe* on the basis that the questions of fact raised by some of the jurisdictional requirements in s. 7(3.71) go to the very heart of the moral culpability of Finta's alleged actions. The trial judge put it in this way:

Although *Balcombe* decided that jurisdictional facts such as situs are decided by the judge and not the jury, the court noted in *Balcombe* that the facts in issue there did not go to the guilt or innocence of the accused. This is therefore not a case like *Balcombe*. In this case situs is not in issue. In this case the jurisdictional facts such as enslavement, deportation, persecution or the commission of any other inhumane act by the accused are facts that go to his very guilt or innocence. Such questions are for the jury. They go in this case to the very root of the principle of trial by jury.

This is particularly so when an adverse determination of those jurisdictional facts deprives the accused of important legal rights including *Charter* rights, special pleas, and the very significant defence of obedience to de facto law.

To take these crucial issues of jurisdictional fact away from the jury would deprive both him and the community of the right to have a jury decide all the facts that go to the guilt or innocence of the accused. Those facts will therefore be decided by the jury.

I agree with this position. There is an important distinction to be made between the jurisdictional issue of situs, which a judge is entitled to determine on consideration of the facts, and the jurisdictional issue as to whether the essential elements of an offence have been proven. The latter must be left to the jury. As Lamer J. (as he then was) stated in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, the presumption of innocence demands that the prosecution prove beyond a reasonable doubt the existence

lités de leur serment, les jurés doivent examiner. Leur seule préoccupation est la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. En fait, le respect légal de leurs obligations repose sur l'existence présumée de la compétence de la cour de juger l'accusé, là où le procès se tient, relativement au crime reproché.

Le juge du procès en l'espèce a fait une distinction d'avec l'arrêt *Balcombe* pour le motif que les questions de fait soulevées par certaines conditions du par. 7(3.71) en matière de compétence vont au cœur même de la culpabilité morale de Finta quant aux actions qu'il aurait commises. Il s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Bien que, dans l'affaire *Balcombe*, on ait décidé que les faits attributifs de compétence, tel le lieu de l'infraction, relèvent du juge et non du jury, la cour y a remarqué que les faits dans cette affaire ne concernaient pas la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. La présente affaire est donc différente de l'affaire *Balcombe*. En l'espèce, le lieu de l'infraction n'est pas en litige. Les faits attributifs de compétence comme la réduction en esclavage, la déportation, la persécution ou la perpétration de tout autre acte inhumain par l'accusé sont des faits qui concernent sa culpabilité ou son innocence même. Ces questions relèvent du jury. En l'espèce, elles s'attachent au fondement même du principe du procès par jury.

C'est particulièrement le cas lorsqu'une détermination contraire à ces faits attributifs de compétence prive l'accusé d'un droit juridique important, dont ceux garantis par la *Charte*, de plaidoyers spéciaux et de la défense très importante de l'obéissance à la loi de facto.

Retirer au jury ces questions cruciales de faits attributifs de compétence priverait à la fois l'accusé et la collectivité du droit à ce que tous les faits qui concernent la culpabilité ou l'innocence de l'accusé soient tranchés par le jury. C'est par conséquent le jury qui se prononcera sur ces faits.

Je partage cette opinion. Il faut établir une importante distinction entre la question de compétence relative au lieu, sur laquelle un juge peut se prononcer après avoir considéré les faits, et la question de compétence quant à savoir si les éléments essentiels d'une infraction ont été établis. Cette dernière doit être laissée au jury. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a dit dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, la présomption d'innocence exige que la poursuite

of all of the essential elements of the offence — whether specified in the legislation enacting the offence or constitutionally mandated by s. 7 of the *Charter*. In subsequent decisions of this Court the requirement of proof beyond a reasonable doubt was extended to cover collateral factors, excuses and defences. (See *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.) Thus, it matters not whether the additional international elements involved in the offences of crimes against humanity and war crimes constitute jurisdictional factors or excuses. The essential question is not how the elements are characterized, but rather, whether the jury would be forced to convict in spite of having a reasonable doubt as to whether the offences constituted a war crime or a crime against humanity.

It is the appellant's position that the trial judge would be called upon to make determinations on the balance of probabilities on issues such as whether the accused was responsible for the confinement of 8,716 Jews, whether he was responsible for loading these people into the boxcars and whether the actions were inhumane in the sense that they constituted acts of persecution or discrimination against an identifiable group. The trial judge would also be required to make a decision with respect to the mental element of these offences. It would remain for a jury only to decide whether the accused committed the *actus reus* and had the requisite mental element required for the acts committed to constitute offences under the Canadian *Criminal Code*.

This cannot be correct. It is readily apparent that the jury could find that the accused was guilty of manslaughter and yet have reasonable doubts as to whether his actions and state of mind were such that his actions amounted to crimes against humanity or war crimes. If the appellant's submission were accepted, the jury would nonetheless be forced to convict. This would result in a denial both of the accused's right to have the essential

prouve hors de tout doute raisonnable l'existence de tous les éléments essentiels de l'infraction — qu'ils soient précisés dans la loi qui prévoit l'infraction ou constitutionnellement prescrits par l'art. 7 de la *Charte*. Dans des décisions subséquentes de notre Cour, l'exigence de la preuve hors de tout doute raisonnable a été étendue aux facteurs accessoires, excuses et moyens de défense. (Voir *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.) Ainsi, il n'importe pas que les éléments internationaux supplémentaires mis en cause dans les infractions de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre constituent des facteurs ou des excuses touchant la compétence. La question essentielle n'est pas de savoir comment les éléments sont qualifiés, mais plutôt de savoir si le jury serait contraint de déclarer l'accusé coupable en dépit du fait qu'il éprouve un doute raisonnable quant à savoir si les infractions constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité.

L'appelante soutient que le juge du procès serait appelé à se prononcer selon la prépondérance des probabilités sur des questions comme celle de savoir si l'accusé était responsable de la séquestration de 8 716 Juifs, s'il était responsable du chargement de ces personnes dans les wagons et si les actions étaient inhumaines en ce qu'elles constituaient des actes de persécution ou de discrimination à l'égard d'un groupe identifiable. Le juge du procès serait également tenu de prendre une décision relativement à l'élément moral de ces infractions. Il ne resterait au jury qu'à décider si l'accusé a commis l'acte répréhensible et s'il avait l'intention coupable requise pour que les actes commis constituent des infractions au *Code criminel* canadien.

Cette prétention ne peut être juste. Il est manifestement évident que le jury pouvait conclure que l'accusé était coupable d'homicide involontaire coupable et avoir en même temps des doutes raisonnables quant à savoir si ses actes et son état d'esprit étaient tels que ses actions équivalaient à des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre. Si la prétention de l'appelante était acceptée, le jury serait néanmoins contraint de le déclara-

element of the charges against him proven beyond a reasonable doubt and of his right to have his guilt or innocence determined by a jury.

### (i) Summary of Jurisdiction

Canadian courts have jurisdiction to try individuals living in Canada for crimes which they allegedly committed on foreign soil only when the conditions specified in s. 7(3.71) are satisfied. The most important of those requirements, for the purposes of the present case, is that the alleged crime must constitute a war crime or a crime against humanity. It is thus the nature of the act committed that is of crucial importance in the determination of jurisdiction. Canadian courts may not prosecute an ordinary offence that has occurred in a foreign jurisdiction. The only reason Canadian courts can prosecute individuals such as Imre Finta is because the acts he is alleged to have committed are viewed as being war crimes or crimes against humanity. As Cherif Bassiouni has very properly observed, a war crime or a crime against humanity is not the same as a domestic offence. (See M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992).) There are fundamentally important additional elements involved in a war crime or a crime against humanity.

### (2) *The Requisite Elements of the Crime Described by Section 7(3.71)*

#### (i) The Physical Elements or Actus Reus

The operative part of s. 7(3.71) is as follows:

7. ...

(3.71) Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time if,

rer coupable. Cela priverait l'accusé du droit à ce que l'élément essentiel des accusations portées contre lui soit établi hors de tout doute raisonnable et de son droit à ce que sa culpabilité ou son innocence soient déterminés par le jury.

### (i) Résumé de la compétence

Les tribunaux canadiens ne sont compétents pour juger des personnes qui vivent au Canada relativement à des crimes qu'ils auraient commis en pays étranger que si les conditions précisées au par. 7(3.71) sont remplies. La plus importante de ces conditions pour les fins de la présente affaire est que le crime reproché doit constituer un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. C'est donc la nature de l'acte commis qui est d'importance primordiale dans la détermination de la compétence. Les tribunaux canadiens ne peuvent juger un individu relativement à une infraction ordinaire commise à l'étranger. Ils ne peuvent juger des personnes comme Imre Finta que parce que les actes qu'il aurait commis sont qualifiés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Comme Cherif Bassiouni l'a à juste titre remarqué, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité n'est pas la même chose qu'une infraction de droit interne. (Voir M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992).) Le crime de guerre et le crime contre l'humanité mettent en cause d'autres éléments fondamentalement importants.

### (2) *Les éléments requis relativement au crime décrit au par. 7(3.71)*

#### (i) Les éléments matériels ou actus reus

La partie clé du par. 7(3.71) prévoit:

7. ...

(3.71) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi et par dérogation à toute autre loi, l'auteur d'un fait — acte ou omission — commis à l'étranger même avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque si l'une des conditions suivantes est remplie:

It can be seen that the accused, in order to be convicted, must have committed an act that constituted a war crime or a crime against humanity and that the same act would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time the act was committed. An integral part of the crime and an essential element of the offence is that it constitutes a crime against humanity. In the mind of the public those persons indicted for having committed crimes against humanity or war crimes stand charged with committing offences so grave that they shock the conscience of all right-thinking people. The stigma that must attach to a conviction for such a crime is overwhelming. Society simply cannot tolerate the commission of such crimes. As well, the nature of the penalty for committing a crime against humanity must be more severe than would be the punishment for an act of robbery, confinement or manslaughter committed in Canada.

What are the additional elements of a crime against humanity or a war crime that distinguish these crimes from other domestic offences such as manslaughter or robbery? Part of the answer to this question is found in the definition of the two terms in s. 7(3.76) of the *Criminal Code*. They are as follows:

7. ...

(3.76) ...

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

“war crime” means an act or omission that is committed during an international armed conflict, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention

Pour qu’il soit déclaré coupable, l’accusé doit donc avoir commis un acte qui constituait à la fois un crime de guerre ou un crime contre l’humanité et aurait constitué une infraction aux lois du Canada en vigueur à l’époque de sa perpétration. Qu’il représente un crime contre l’humanité fait partie intégrante du crime et constitue un élément essentiel de l’infraction. Dans l’esprit du public, les individus inculpés de crimes contre l’humanité ou de crimes de guerre sont accusés d’avoir commis des infractions si graves qu’elles choquent la conscience des gens sensés. Les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité relativement à ce crime sont accablants. La société ne peut tout simplement pas en tolérer la perpétration. De même, la nature de la peine rattachée à la perpétration d’un crime contre l’humanité doit être plus sévère que ne le serait la peine rattachée au vol qualifié, à la séquestration ou à l’homicide involontaire coupable commis au Canada.

Quels sont donc les éléments spécifiques au crime contre l’humanité ou au crime de guerre qui distinguent ceux-ci des autres infractions de droit interne, comme l’homicide involontaire coupable ou le vol qualifié? Une partie de la réponse se trouve dans la définition des deux termes au par. 7(3.76) du *Code criminel*:

7. ...

(3.76) ...

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

«crime de guerre» Fait — acte ou omission — commis au cours d’un conflit armé international — qu’il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l’époque et au lieu de la perpétration — et constituant, à l’époque et dans ce lieu, une transgression du

of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts. [Emphasis added.]

droit international coutumier ou conventionnel applicable à de tels conflits. [Je souligne.]

Thus, with respect to crimes against humanity the additional element is that the inhumane acts were based on discrimination against or the persecution of an identifiable group of people. With respect to war crimes, the additional element is that the actions constitute a violation of the laws of armed conflict. These elements must be established both in order for a Canadian court to have the jurisdiction to try the accused and in order to convict the accused of the offence.

(ii) The Mental Element or Mens Rea

The “international element” of the s. 7(3.71) offences is not comprised solely of the *actus reus* or of the physical quality of the actions. Canada acquires jurisdiction over actions performed in foreign territory only when those actions reach the level of an international crime or when they are “criminal” according to the general principles of international law. A crime is comprised of both a physical and a mental element. As was noted by the majority of the Court of Appeal in the present case, the definitions of war crimes and crimes against humanity found in s. 7(3.76) do not expressly define the mental state which must accompany the facts or circumstances that bring an act within the definition of a war crime or a crime against humanity. Thus, a mental element must be read into those definitions. Indeed, it is now trite law that *mens rea* has been elevated from a presumed element in offences (*R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299), to a constitutionally required element (*R. v. Vaillancourt*, *supra*). Proof of this mental element is an integral part of determining whether the offences committed amount to a war crime or a crime against humanity and thus, whether the court has jurisdiction to try the case.

The appellant contends that the deeming mechanism in the *Code* provision presently under consideration is such that an accused charged under s. 7(3.71) may be found guilty not of “war crimes” or

Ainsi, l'élément spécifique du crime contre l'humanité tient au fait que les actes inhumains aient été motivés par la discrimination à l'égard d'un groupe identifiable ou par la persécution de ce dernier. L'élément spécifique du crime de guerre tient au fait que les actes violent les lois en matière de conflit armé. Dans les deux cas, les tribunaux canadiens ne seront compétents pour juger l'accusé et l'accusé ne sera déclaré coupable d'avoir commis l'infraction que si ces éléments sont établis.

(ii) L'élément moral ou mens rea

L'«aspect international» des infractions visées au par. 7(3.71) ne tient pas uniquement à l'*actus reus* ou à la qualité physique des actes. Le Canada acquiert la compétence à l'égard des actes commis à l'étranger uniquement si ceux-ci revêtent le caractère d'un crime international ou s'ils sont «criminels» selon les principes généraux du droit international. Un crime se compose à la fois d'un élément matériel et d'un élément moral. Comme l'a noté la Cour d'appel à la majorité en l'espèce, les définitions de crime de guerre et de crime contre l'humanité énoncées au par. 7(3.76) ne précisent pas expressément l'état d'esprit qui doit s'ajouter aux faits ou circonstances en raison desquels un acte est visé par ces définitions. Il faut donc, par interprétation, y introduire un élément moral. En effet, il est maintenant bien établi en droit que, d'élément présumé des infractions qu'elle était (*R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299), la *mens rea* est maintenant un élément requis sur le plan constitutionnel (*R. c. Vaillancourt*, précité). La preuve de cet élément moral fait partie intégrante de la tâche qui consiste à déterminer si les infractions commises constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et, par conséquent, si le tribunal est compétent pour entendre l'affaire.

L'appelante soutient que le mécanisme déterminatif de la disposition du *Code* en cause en l'espèce est tel que l'individu accusé aux termes du par. 7(3.71) peut être déclaré coupable non pas de

“crimes against humanity” but of “ordinary” *Code* offences such as manslaughter, confinement or robbery. It is further argued that proof of the *mens rea* with respect to the domestic offences provides the element of personal fault required for offences under s. 7(3.71). Thus, it is submitted, proof of further moral culpability is not required, since once the necessary *mens rea* to confine forcibly, rob or commit manslaughter has been proved, it becomes impossible to maintain that the accused was morally innocent.

I cannot accept that argument. What distinguishes a crime against humanity from any other criminal offence under the Canadian *Criminal Code* is that the cruel and terrible actions which are essential elements of the offence were undertaken in pursuance of a policy of discrimination or persecution of an identifiable group or race. With respect to war crimes, the distinguishing feature is that the terrible actions constituted a violation of the laws of war. Although the term laws of war may appear to be an oxymoron, such laws do exist. War crimes, like crimes against humanity, shock the conscience of all right-thinking people. The offences described in s. 7(3.71) are thus very different from and far more grievous than any of the underlying offences.

For example, it cannot be denied that the crimes against humanity alleged in this case, which resulted in the cruel killing of thousands of people, are far more grievous than occasioning the death of a single person by an act which constitutes manslaughter in Canada. To be involved in the confinement, robbing and killing of thousands of people belonging to an identifiable group must, in any view of morality or criminality, be more serious than even the commission of an act which would constitute murder in Canada.

Therefore, while the underlying offences may constitute a base level of moral culpability, Parliament has added a further measure of blameworthiness by requiring that the act or omission consti-

«crimes de guerre» ou de «crimes contre l'humanité», mais d'infractions «ordinaires» prévues au *Code*, tel l'homicide involontaire coupable, la séquestration ou le vol qualifié. Elle soutient en outre que la preuve de la *mens rea* relative aux infractions de droit interne fournit l'élément de faute personnelle requis quant aux infractions visées au par. 7(3.71). Ainsi, soutient-elle, il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une culpabilité morale supplémentaire puisque, si la *mens rea* requise pour l'infraction de séquestration, de vol qualifié ou d'homicide involontaire coupable est établie, on ne saurait soutenir que l'accusé est moralement innocent.

Je ne peux retenir cet argument. Le crime contre l'humanité se distingue de toute autre infraction criminelle prévue au *Code criminel* canadien du fait que les actes cruels et atroces, qui sont des éléments essentiels de l'infraction, ont été commis dans la poursuite d'une politique de discrimination ou de persécution à l'égard d'un groupe ou d'un peuple identifiable. Les crimes de guerre se distinguent quant à eux du fait que les actes atroces violent les lois de la guerre. Même si cette expression peut être qualifiée d'oxymoron, de telles lois existent effectivement. Les crimes de guerre, comme les crimes contre l'humanité, choquent la conscience des gens sensés. Les infractions décrites au par. 7(3.71) sont donc fort différentes des infractions sous-jacentes, et beaucoup plus graves.

Par exemple, on ne saurait nier que les crimes contre l'humanité reprochés en l'espèce, qui ont entraîné le meurtre cruel de milliers de personnes, sont beaucoup plus graves que le fait de causer la mort d'une seule personne par un acte qui constitue un homicide involontaire coupable au Canada. La participation à la séquestration, au vol et au meurtre de milliers de personnes appartenant à un groupe identifiable doit, quelle que soit l'idée qu'on se fait de la moralité ou de la criminalité, être plus grave que même la perpétration d'un acte qui constituerait un meurtre au Canada.

Par conséquent, si les infractions sous-jacentes peuvent constituer un fondement de culpabilité morale, le législateur a exigé un élément supplémentaire de culpabilité en requérant que l'acte ou

tute a crime against humanity or a war crime. If the jury is not satisfied that this additional element of culpability has been established beyond a reasonable doubt, then the accused cannot be found guilty of a war crime or a crime against humanity.

In *R. v. Vaillancourt*, *supra*, this Court held that there are certain crimes where, because of the special nature of the available penalties or of the stigma attached to a conviction, the principles of fundamental justice require a mental blameworthiness or a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. It follows that the question which must be answered is not simply whether the accused is morally innocent, but rather, whether the conduct is sufficiently blameworthy to merit the punishment and stigma that will ensue upon conviction for that particular offence. In the present case there must be taken into account not only the stigma and punishment that will result upon a conviction for the domestic offence, but also the additional stigma and opprobrium that will be suffered by an individual whose conduct has been held to constitute crimes against humanity or war crimes. In reality, upon conviction, the accused will be labelled a war criminal and will suffer the particularly heavy public opprobrium that is reserved for these offences. Further the sentence which will follow upon conviction will reflect the high degree of moral outrage that society very properly feels toward those convicted of these crimes.

In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, I suggested the contextual approach for the determination of the appropriate level of fault required for a given offence. The offence must be viewed in the context of the objectives which Parliament attempted to achieve in enacting the provision as well as the competing interests of the individual accused. I think that the context in which the offence or offences are committed must also be taken into account in assigning the appropriate *mens rea* or mental element to the offence.

l'omission constituent un crime contre l'humanité ou un crime de guerre. S'il n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de cet élément supplémentaire de culpabilité, le jury ne peut déclarer l'accusé coupable d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité.

Dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, précité, notre Cour a conclu qu'il existait des crimes relativement auxquels, en raison des peines qui peuvent être imposées ou de la nature spéciale des stigmates causés par une déclaration de culpabilité, les principes de justice fondamentale exigent une culpabilité morale ou une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime. Par conséquent, il ne s'agit pas uniquement de savoir si l'accusé est moralement innocent, mais plutôt si son comportement est suffisamment blâmable pour justifier la peine et les stigmates rattachés à une déclaration de culpabilité pour cette infraction particulière. En l'espèce, il y a lieu de tenir compte non seulement des stigmates et de la peine qui découleront de la déclaration de culpabilité de l'infraction de droit interne, mais également des stigmates et de l'opprobre qui accableront l'individu dont les actes ont été qualifiés de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. En réalité, dès qu'il est déclaré coupable, l'accusé est catalogué comme criminel de guerre et il subit l'opprobre particulièrement marqué que la société réserve aux auteurs de ces infractions. En outre, la peine rattachée à la déclaration de culpabilité reflétera l'outrage moral extrême que ressent non sans raison la société à l'égard de ceux qui sont reconnus coupables d'avoir commis ces crimes.

Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, j'ai proposé l'utilisation d'une méthode contextuelle pour déterminer le degré approprié de faute requis relativement à une infraction donnée. L'infraction doit être examinée dans le contexte des objectifs que le législateur s'est fixés en adoptant la disposition de même que des intérêts concurrents de l'individu inculpé. J'estime également nécessaire de tenir compte du contexte dans lequel les infractions sont commises pour établir, relativement à l'infraction, la *mens rea* ou l'élément moral requis.

What was the aim of Parliament in passing the section? It was passed following the receipt of the Deschênes Commission Report. In the Parliamentary debates following the tabling of the report, the Minister of Justice observed that Canadians would never be satisfied with the notion that individuals guilty of war crimes during World War II should find a safe haven in Canada.

There can be no doubt that Canadians were revolted by the suffering inflicted upon millions of innocent people. It seems that the section was passed to bring to trial those who inflicted death and cruel suffering in a knowing, pre-meditated, calculated way. The essential quality of a war crime or a crime against humanity is that the accused must be aware of or wilfully blind to the fact that he or she is inflicting untold misery on his victims.

The requisite mental element of a war crime or a crime against humanity should be based on a subjective test. I reach this conclusion for a number of reasons. First, the crime itself must be considered in context. Such crimes are usually committed during a time of war. Wars are concerned with death and destruction. Sweet reason is often among the first victims. The manipulation of emotions, often by the dissemination of false information and propaganda, is part and parcel of the terrible tapestry of war. False information and slanted reporting is so predominant that it cannot be automatically assumed that persons in units such as the Gendarmerie would really know that they were part of a plot to exterminate an entire race of people.

It cannot be forgotten that the Hungarian people were loyal to the axis cause. There was strong pro-German sentiment throughout the country. This was a time of great stress and anxiety as the Russian advance pushed back the German armies towards the borders of Hungary. A newspaper report of the time presented at the trial may give some indication of the feelings of the Hungarian people:

Quel était l'objectif du législateur lorsqu'il a adopté la disposition? Celle-ci a été adoptée à la suite de la réception du Rapport de la Commission Deschênes. Au cours des débats parlementaires qui ont suivi le dépôt du rapport, le ministre de la Justice a fait remarquer que les Canadiens n'accepteraient jamais que des individus coupables de crimes de guerre au cours de la Seconde Guerre mondiale trouvent asile au Canada.

Il ne fait aucun doute que les Canadiens ont été révoltés par les souffrances infligées à des millions de personnes innocentes. Il semble que la disposition a été adoptée afin de pouvoir juger ceux qui ont infligé la mort et des souffrances cruelles d'une façon consciente, préméditée et calculée. La qualité essentielle du crime de guerre ou du crime contre l'humanité tient à ce que l'accusé doit savoir qu'il inflige un supplice inouï à ses victimes ou n'en tenir volontairement aucun compte.

L'élément moral requis pour un crime de guerre ou un crime contre l'humanité devrait à mon avis relever d'un critère subjectif et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, le crime lui-même doit être examiné dans son contexte. Ces crimes sont généralement commis en temps de guerre, et les guerres impliquent mort et destruction. Le simple bon sens compte souvent parmi les premières victimes. La manipulation des sentiments, souvent par la diffusion de faux renseignements et de propagande, forme l'horrible toile de fond de la guerre. Les faux renseignements et les reportages biaisés prédominent à un point tel qu'on ne peut automatiquement présumer que les membres d'organismes comme la Gendarmerie savaient vraiment qu'ils faisaient partie d'un complot visant à exterminer un peuple entier.

On ne peut oublier que les Hongrois étaient loyaux à la cause des pays de l'Axe. Leur pays était imprégné d'un profond sentiment pro-allemand. Le stress et l'appréhension étaient à leur paroxysme quand l'avance des Russes a fait reculer les armées allemandes vers les frontières de la Hongrie. Un article publié dans un journal à l'époque et présenté au procès reflète les sentiments qui animaient les Hongrois:

With the war, the front line nearing our borders, the Jewish problem is becoming more and more acute . . . this country, girding itself for self-defence, possibly with German help, the internal situation of eight to nine hundred thousand Jews of basically hostile attitude to our military objectives demands new and effective measures . . .

In his policy-making speech, the Prime Minister expressively stated that the only way open to us in solving the Jewish problem is the deportation.

(*Szegedi uj Nemzedék*, April 9, 1944.)

Section 7(3.71) cannot be aimed at those who killed in the heat of battle or in the defence of their country. It is aimed at those who inflicted immense suffering with foresight and calculated malevolence.

What then is the nature of a war crime or inhumane act? In addition to the definition provided by the *Code* itself, the trial judge in this case gave the following definition of an inhumane act to the jury:

Inhumane. Inhuman, uncivilized. Not humane; destitute of compassion for suffering.

Inhumanity. The quality of being inhuman or inhumane; want of human feeling; brutality; barbarous cruelty.

Inhuman. Not having the qualities proper or natural to a human being; especially destitute of natural kindness or pity; brutal, unfeeling.

Brutal; barbarous; cruel.

The trial judge added to his comments that "Inhumanity in this context means some kind of treatment that is unnecessarily harsh in the circumstances". He explained to the jury that one of the ways that the domestic offences of kidnapping, confinement, and robbery could achieve the level of a crime against humanity was if the acts could be considered to be inhumane.

In my view, this is an appropriate characterization which emphasizes that for example robbery,

[TRANSDUCTION] La guerre et la ligne de front qui approche nos frontières intensifient le problème juif [...] notre pays, qui s'apprête à se défendre, peut-être avec l'aide des Allemands, et la situation interne des huit ou neuf cent mille Juifs essentiellement hostiles à nos objectifs militaires, nécessitent l'adoption de nouvelles mesures efficaces . . .

Dans un discours visant à faire part de ses politiques, le premier ministre a expressément déclaré que la seule façon de régler le problème juif était la déportation.

(*Szegedi uj Nemzedék*, 9 avril 1944.)

Le paragraphe 7(3.71) ne peut viser ceux qui ont tué dans le feu de la bataille ou en défendant leur pays. Il vise ceux qui ont infligé des souffrances terribles dans un but précis et avec une malveillance calculée.

Quelle est donc la nature du crime de guerre ou de l'acte inhumain? En plus de la définition énoncée au *Code* même, le juge du procès en l'espèce a donné au jury la définition suivante de l'acte inhumain:

[TRANSDUCTION] Inhumain (*inhumane*). Inhumain, barbare. Non humain; dépourvu de compassion à l'égard de la souffrance.

Inhumanité. Le fait d'être inhumain. Absence de sentiment humain; brutalité; cruauté barbare.

Inhumain (*inhuman*). Dénué des qualités propres ou naturelles à l'être humain; particulièrement dépourvu de gentillesse naturelle ou de compassion; brutal, impitoyable.

Brutal; barbare; cruel.

Le juge du procès a ajouté à ses commentaires que [TRANSDUCTION] «[d]ans le présent contexte, l'inhumanité signifie une forme de traitement inutilement dur dans les circonstances». Il a expliqué au jury que les infractions de droit interne d'enlèvement, de séquestration et de vol qualifié pourraient revêtir la nature du crime contre l'humanité notamment si les actes pouvaient être qualifiés d'inhumains.

À mon avis, il s'agit là d'une qualification appropriée qui souligne que, le vol qualifié par

without the additional component of barbarous cruelty is not a crime against humanity. It cannot be inferred that someone who robs civilians of their valuables during a war has thereby committed a crime against humanity. To convict someone of an offence when it has not been established beyond a reasonable doubt that he or she was aware of conditions that would bring to his or her actions that requisite added dimension of cruelty and barbarism violates the principles of fundamental justice. The degree of moral turpitude that attaches to crimes against humanity and war crimes must exceed that of the domestic offences of manslaughter or robbery. It follows that the accused must be aware of the conditions which render his or her actions more blameworthy than the domestic offence.

I find support for this position in decisions of this Court relating to the constitutional requirements for *mens rea*. In *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, the Court struck down s. 213(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. This section provided that the offence of murder would be committed in circumstances where a person caused the death of another while committing or attempting to commit certain named offences, and meant to cause bodily harm for the purpose of committing the underlying offence or to facilitate flight after committing the offence. Murder was deemed to have been committed regardless of whether the person meant to cause death and regardless of whether that person knew that death was likely to result from his or her actions. The majority of the Court (*per* Lamer C.J.) affirmed that in order to secure a conviction for murder, the principles of fundamental justice required subjective foresight of the consequences of death. As was noted in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, while it is not a principle of fundamental justice that fault or *mens rea* must be proved as to each separate element of the offence, there must be a meaningful mental element demonstrated relating to a culpable aspect of the *actus reus*. See also: *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906.

exemple, sans l'élément additionnel de cruauté barbare, n'est pas un crime contre l'humanité. On ne saurait en effet présumer que celui qui a déposé des civils de leurs biens de valeur au cours de la guerre a de ce fait commis un crime contre l'humanité. Déclarer quelqu'un coupable d'une infraction alors qu'il n'a pas été établi hors de tout doute raisonnable qu'il connaissait l'existence de conditions donnant à ses actions cette autre dimension requise de cruauté et de barbarisme viole les principes de justice fondamentale. Le degré de turpitude morale qui se greffe aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre doit excéder celui des infractions de droit interne d'homicide involontaire coupable ou de vol qualifié. L'accusé doit donc être conscient des conditions qui rendent ses actes plus blâmables que l'infraction de droit interne.

Certaines décisions de notre Cour relatives aux exigences constitutionnelles de *mens rea* appuient cette position. Dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, la Cour a annulé l'al. 213a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Cet alinéa prévoyait que l'infraction de meurtre était commise lorsqu'une personne causait la mort d'un être humain pendant qu'elle commettait ou tentait de commettre une des infractions énumérées et qu'elle avait l'intention de causer des lésions corporelles aux fins de commettre l'infraction sous-jacente ou de faciliter sa fuite après avoir commis l'infraction. Le meurtre était présumé avoir été commis, que l'auteur ait ou non eu l'intention de causer la mort et qu'il ait ou non su que la mort d'un être humain en résulterait vraisemblablement. La Cour à la majorité (le juge en chef Lamer) a affirmé que, pour qu'une personne puisse être déclarée coupable de meurtre, il faut, selon les principes de justice fondamentale, qu'elle ait prévu subjectivement la mort. Comme on l'a signalé dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, bien que les principes de justice fondamentale n'exigent pas que la faute ou la *mens rea* soit établie à l'égard de chacun des éléments de l'infraction, un élément moral déterminé est requis à l'égard d'un aspect coupable de l'*actus reus*. Voir également: *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906.

These cases make it clear that in order to constitute a crime against humanity or a war crime, there must be an element of subjective knowledge on the part of the accused of the factual conditions which render the actions a crime against humanity.

Thus, for all of the reasons set out earlier, I am in agreement with the majority of the Court of Appeal's assessment that the mental element of a crime against humanity must involve an awareness of the facts or circumstances which would bring the acts within the definition of a crime against humanity. However, I emphasize it is not necessary to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane. As the majority stated at p. 116:

... if the jury accepted the evidence of the various witnesses who described the conditions in the boxcars which transported the Jews away from Szeged, the jury would have no difficulty concluding that the treatment was "inhumane" within the definition of that word supplied by the trial judge. The jury would then have to determine whether Finta was aware of those conditions. If the jury decided that he was aware of the relevant conditions, the knowledge requirement was established regardless of whether Finta believed those conditions to be inhumane.

Similarly, for war crimes, the Crown would have to establish that the accused knew or was aware of the facts or circumstances that brought his or her actions within the definition of a war crime. That is to say the accused would have to be aware that the facts or circumstances of his or her actions were such that, viewed objectively, they would shock the conscience of all right-thinking people.

Alternatively, the *mens rea* requirement of both crimes against humanity and war crimes would be met if it were established that the accused was wilfully blind to the facts or circumstances that would bring his or her actions within the provisions of these offences.

Il ressort clairement de ces affaires que les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre nécessitent chez l'accusé un élément de connaissance subjective des conditions factuelles qui font de ses actes des crimes contre l'humanité.

Par conséquent, pour tous les motifs exposés précédemment, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel à la majorité que l'élément moral d'un crime contre l'humanité doit comporter une connaissance des faits ou des circonstances qui entraîneraient les actes dans la sphère d'un crime contre l'humanité. Toutefois, je souligne qu'il n'est pas nécessaire d'établir que l'accusé savait que ses actes étaient inhumains. Comme la majorité l'a exprimé à la p. 116:

[TRADUCTION] ... s'il acceptait le témoignage des divers témoins qui ont décrit les conditions dans les wagons transportant les Juifs à partir de Szeged, le jury n'aurait aucune difficulté à conclure que le traitement était «inhumain» au sens de la définition donnée par le juge du procès. Le jury aurait alors à déterminer si Finta connaissait ces conditions. Si le jury décidait qu'il les connaissait effectivement, l'exigence en matière de connaissance était établie, que Finta ait cru ou non que ces conditions étaient inhumaines.

De même, en ce qui concerne les crimes de guerre, le ministère public aurait le fardeau d'établir que l'accusé connaissait les faits ou circonstances qui faisaient que ses actes étaient visés par la définition de crime de guerre ou en était conscient. En d'autres termes, il faudrait que l'accusé soit conscient que les faits et circonstances de ses actions étaient tels que, considérés objectivement, ils choqueraient la conscience de tous les gens sensés.

Subsidiairement, l'exigence relative à la *mens rea* des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre sera remplie s'il est établi que l'accusé a volontairement fermé les yeux sur les faits ou circonstances en raison desquels ses actions sont visées par les dispositions prévoyant ces infractions.

(iii) Summary of the Elements of the Offence Described in s. 7(3.71): The Integral Aspects of the Section

The wording of the section, the stigma and consequences that would flow from a conviction all indicate that the Crown must establish that the accused committed a war crime or a crime against humanity. This is an integral and essential aspect of the offence. It is not sufficient simply to prove that the offence committed in Canada would constitute robbery, forcible confinement or manslaughter. An added element of inhumanity must be demonstrated to warrant a conviction under this section. The mental element required to be proven to constitute a crime against humanity is that the accused was aware of or wilfully blind to facts or circumstances which would bring his or her acts within the definition of a crime against humanity. However it would not be necessary to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane. For example, if the jury was satisfied that Finta was aware of the conditions within the boxcars, that would be sufficient to convict him of crimes against humanity even though he did not know that his actions in loading the people into those boxcars were inhumane.

Similarly for war crimes the Crown would have to establish that the accused knew or was aware of facts that brought his or her action within the definition of war crimes, or was wilfully blind to those facts. It would not be necessary to prove that the accused actually knew that his or her acts constituted war crimes. Those then are the requisite elements of the offence and the mental element required to establish it.

(iv) Did the Trial Judge Err in his Charge Regarding the Requisite Mental Element?

The appellant concedes that the trial judge correctly instructed the jury on the mental element of the offences at various points in his charge. How-

(iii) Résumé des éléments de l'infraction prévue au par. 7(3.71): Les aspects intégraux de l'article

a Le libellé du paragraphe, ainsi que les stigmates et les conséquences qui découleraient d'une déclaration de culpabilité indiquent tous que le ministre public doit établir que l'accusé a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Il s'agit là d'un aspect intégral et essentiel de l'infraction. Il ne suffit pas de démontrer simplement que l'infraction commise au Canada constituerait un vol qualifié, une séquestration ou un homicide involontaire coupable. Il faut établir un élément supplémentaire d'inhumanité pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu de ce paragraphe. L'élément moral dont il faut faire la preuve pour qu'il s'agisse d'un crime contre l'humanité est que l'accusé connaissait les faits ou les circonstances qui font de ses actes des actes visés par la définition de crime contre l'humanité, ou qu'il n'en n'a volontairement tenu aucun compte. Il ne serait toutefois pas nécessaire d'établir que l'accusé savait que ses actions étaient inhumaines. Ainsi, s'il était convaincu que Finta connaissait les conditions dans les wagons, le jury pourrait le déclarer coupable de crimes contre l'humanité même si Finta ne savait pas que le fait d'entasser les gens dans les wagons était inhumain.

De même, pour ce qui est des crimes de guerre, le ministère public serait tenu d'établir que l'accusé avait une connaissance ou une conscience des faits qui faisait que ses actes étaient visés par la définition de crime de guerre, ou qu'il n'en a volontairement tenu aucun compte. Il ne serait pas nécessaire de démontrer que l'accusé savait effectivement que ses actes constituaient des crimes de guerre. Il s'agit donc là des éléments requis de l'infraction et de l'élément moral requis pour établir cette dernière.

(iv) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son exposé concernant l'élément moral requis?

L'appelante admet qu'à divers moments dans son exposé le juge du procès a donné des directives appropriées au jury sur l'élément moral des

ever it is contended that these instructions were negated by the frequent occasions in the course of his charge when his words could have conveyed the notion that the Crown must prove that the respondent actually knew his conduct constituted a crime against humanity or a war crime or amounted to an act which came within the definition of a crime against humanity or a war crime.

It is apparent that the trial judge made comments during the course of his very lengthy and complex charge which could have been construed as requiring the Crown to prove that the accused knew that his conduct was inhumane. However the charge included several clear directions as to the correct approach. When the charge is looked at as a whole, it is clear that the trial judge did not misdirect the jury on the issue of *mens rea*. For example, he stated:

The next item is heading No. 9, the mental element for crimes against humanity and simply the Crown has the duty to beyond a reasonable doubt [*sic*] that the particular offences; robbery, kidnapping, confinement, manslaughter, to the knowledge of the accused had those factual qualities that raise them up to a crime against humanity.

The Crown doesn't have to prove the accused is an international scholar, that he knows the pigeon holes or nooks and crannies of international law. It is sufficient to prove the accused knew his acts had the factual quality of enslavement or persecutorial deportation or racial or religious persecution or inhumanity that raised them up from the level of an ordinary crime to the international level of a crime against humanity.

With respect to proof of the mental element for crimes against humanity, the trial judge instructed the jury that:

The Crown also has to prove the physical and mental element of war crimes and crimes against humanity beyond a reasonable doubt and that knowledge has to be brought home personally to the accused as a factual quality that what he does is a war crime or crime against humanity, that it has those factual qualities.

infractions. Elle soutient toutefois que ces directives ont été annulées par les nombreux passages où le juge aurait pu donner l'impression que le ministère public devait établir que l'intimé savait en fait que son comportement constituait un crime contre l'humanité ou un crime de guerre ou équivalait à un acte visé par la définition de crime contre l'humanité ou de crime de guerre.

Manifestement, le juge du procès a fait, au cours de son très long et complexe exposé, des commentaires qui auraient pu être interprétés de manière à exiger que le ministère public établisse que l'accusé savait que son comportement était inhumain. Toutefois, l'exposé offrait plusieurs directives claires quant à la bonne approche. L'examen de l'ensemble de l'exposé fait clairement ressortir que, sur la question de la *mens rea*, les directives du juge du procès au jury étaient appropriées. Il a dit, par exemple:

[TRADUCTION] Le point suivant est la rubrique n° 9, l'élément moral relativement aux crimes contre l'humanité. Le ministère public doit simplement établir hors de tout doute raisonnable que les infractions particulières, soit le vol qualifié, l'enlèvement, la séquestration et l'homicide involontaire coupable, possédaient, à la connaissance de l'accusé, les qualités factuelles les élevant au niveau de crime contre l'humanité.

Le ministère public n'est pas tenu d'établir que l'accusé est un érudit du droit international et qu'il en connaît tous les aspects ou tous les tenants et aboutissants. Il suffit de prouver que l'accusé savait que ses actes avaient la qualité factuelle d'une réduction en esclavage, d'une déportation persécutrice, d'une persécution raciale ou religieuse ou d'une inhumanité qui les érigeait de crimes ordinaires en crimes contre l'humanité au niveau international.

À l'égard de la preuve de l'élément moral des crimes contre l'humanité, le juge a donné les directives suivantes au jury:

[TRADUCTION] Le ministère public doit également établir hors de tout doute raisonnable l'élément matériel et l'élément moral des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, et il faut que cette connaissance que ses actes constituent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité soit attribuée à l'accusé personnellement au niveau de leur qualité sur le plan factuel.

Again, he doesn't have to know the nooks and crannies of international law, just has to know what he is doing has the nature and quality factually that makes it a war crime or crime against humanity. Does he know it is deportation for racial persecution? Does he know it is an inhumane act? Does he know it is ill treatment of the civilian population? In the manner I described.

Here again the trial judge made it clear to the jury that the accused simply needed to be aware of the surrounding factual circumstances and the actions which came within the definition of war crimes. The trial judge correctly instructed the jury that the accused need not know that his actions constituted a crime at international law.

The trial judge on several occasion stressed that the test to be applied was an objective one. For example with regard to deportation he stated:

As to the necessary mental element; the accused must intend to deport within the meaning I gave you for a crime against humanity. Apply to this count the issues as I reviewed them. Is the deportation a reasonable temporary measure for public safety, with the bedding and furniture and so forth stored safely for their return; might the accused honestly think so on reasonable grounds. Or would it be clear to any reasonable person that they were being deported because they were Jews or they were being persecuted under inhumane conditions.

With regard to the taking of property he said this:

The second part of that branch is as I have read it before, has the Crown proved beyond a reasonable doubt any reasonable person in the position of the accused would know that the taking had the factual quality of a crime against humanity (see 5) below and the accused personally as a principal or aider or abettor used violence or threats of violence.

The charge made it very clear that the jury had to decide whether Finta was aware of the circum-

Je le répète, il ne doit pas nécessairement connaître les tenants et les aboutissants du droit international. Il doit uniquement savoir que ses actes ont la nature et la qualité qui, sur le plan factuel, en font des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Sait-il qu'il s'agit de déportation motivée par une persécution raciale? Sait-il qu'il s'agit d'un acte inhumain? Sait-il qu'il s'agit d'un mauvais traitement de la population civile? De la façon que j'ai décrite.

Le juge du procès a encore une fois souligné au jury que l'accusé devait simplement être conscient des circonstances factuelles entourant ces actes et des actions visées par la définition de crime de guerre. Le juge du procès a à juste titre dit au jury qu'il n'était pas nécessaire que l'accusé sache que ses actes constituaient un crime en droit international.

Le juge du procès a souligné à maintes reprises qu'il fallait appliquer un critère objectif. Par exemple, en ce qui concerne la déportation, il a dit:

[TRADUCTION] Pour ce qui est de l'élément moral nécessaire, l'accusé doit avoir l'intention de déporter au sens que je vous ai donné pour constituer un crime contre l'humanité. Vous devez appliquer à ce chef d'accusation les questions telles que je les ai analysées. La déportation est-elle une mesure provisoire raisonnable touchant la sécurité publique, la literie, les meubles et autres effets ayant été entreposés en prévision du retour des personnes, si l'accusé avait des motifs raisonnables de le croire sincèrement? Ou bien, serait-il évident aux yeux d'une personne raisonnable qu'ils étaient déportés parce qu'ils étaient Juifs ou qu'ils étaient persécutés dans des conditions inhumaines?

Pour ce qui est de la confiscation des biens, il a dit:

[TRADUCTION] La seconde partie de cet élément, comme je vous l'ai déjà lu, est de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable qu'une personne raisonnable dans la situation de l'accusé saurait que la confiscation avait la qualité factuelle d'un crime contre l'humanité (voir le n° 5) ci-dessous et que l'accusé personnellement, fait usage de violence ou de menaces de violence, ou aide ou encourage à commettre ces actes.

Dans son exposé, le juge a bien fait ressortir que le jury devait décider si Finta était conscient des

stances that rendered his actions either a crime against humanity or a war crime, and whether he had the requisite mental element for the domestic offences. The jury must have known that, in order to convict, they had to find that Finta knowingly participated in conduct that reached the level of a war crime or a crime against humanity, and that his level of awareness was such that he could be held personally responsible for the crimes that were committed in Hungary at that time. The trial judge stressed that it was not sufficient that the jurors thought that what had happened constituted a violation of the laws of war or were crimes against humanity. Finta himself had to be aware of those conditions and factual circumstances that raised the crimes to the level of crimes against humanity or war crimes.

It should also be noted that the trial judge instructed the jury that they must find that Finta knew or was aware that he was assisting in a policy of persecution. This is part of the factual circumstances that Finta would be required to have known in order for his actions to fall within the definition of crimes against humanity. Although the *Code* does not stipulate that crimes against humanity must contain an element of state action or policy of persecution/discrimination, the expert witness, M. Cherif Bassiouni, testified that at the time the offences were alleged to have been committed, "state action or policy" was a pre-requisite legal element of crimes against humanity. Thus, in my view, the trial judge properly instructed the jury that they had to be satisfied that Finta knew or was aware of the particular factual circumstance which rendered the acts he was alleged to have committed crimes against humanity. The trial judge properly distinguished this factor from motive which, he clearly indicated to the jury, the Crown did not have to establish.

The trial judge made every effort to give clear, well-organized instructions to the jury in this long, complex and difficult trial.

circonstances qui faisaient de ses actes soit un crime contre l'humanité soit un crime de guerre, et s'il avait l'élément moral requis quant aux infractions de droit interne. Le jury devait savoir que, pour prononcer une déclaration de culpabilité, il devait conclure que Finta avait consciemment participé à des actes qui revêtaient le caractère d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, et que ce niveau de conscience était tel que Finta pouvait être tenu personnellement responsable des crimes commis en Hongrie à l'époque en question. Le juge du procès a souligné qu'il ne suffisait pas que les jurés estiment que ce qui s'était produit violait les lois sur la guerre ou constituait un crime contre l'humanité. Finta lui-même devait connaître les conditions et circonstances factuelles qui faisaient de ces crimes des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre.

Il y a également lieu de souligner que le juge du procès a signalé au jury qu'il devait conclure que Finta savait ou était conscient qu'il prenait part à une politique de persécution. Il s'agit là d'une composante des circonstances factuelles que Finta serait requis de connaître pour que ses actions relèvent de la définition de crime contre l'humanité. Bien que le *Code* n'édicte pas que les crimes contre l'humanité doivent comporter un élément d'action ou de politique de persécution ou de discrimination par l'État, le témoin expert, M. Cherif Bassiouni, a témoigné qu'à l'époque où les infractions auraient été commises, [TRADUCTION] «l'action ou la politique de l'État» était un élément juridique préalable des crimes contre l'humanité. Ainsi, à mon avis, le juge du procès a eu raison de signaler au jury qu'il devait être convaincu que Finta avait une connaissance ou une conscience de la circonstance factuelle particulière qui faisait des actes qu'on l'accuse d'avoir commis des crimes contre l'humanité. Le juge du procès a à juste titre établi une distinction entre ce facteur et un mobile, que le ministère public, a-t-il précisé clairement au jury, n'est pas tenu d'établir.

Le juge du procès a fait tout son possible pour donner au jury des directives claires et bien structurées dans ce long, complexe et difficile procès.

(3) *The Defences*

Since the integral aspect of the offence is that the crime be against humanity or a war crime, some special defences may be raised with regard to it.

The questions raised with regard to the defences available to the respondent at trial are essentially the following: (1) should the defence of obedience to military orders and the peace officer defence be available to persons accused of offences pursuant to s. 7(3.71); (2) was the trial judge justified in putting the defences of mistake of fact and obedience to superior orders to the jury?

It might be helpful to first consider the defences which may be employed by a person accused of an offence pursuant to s. 7(3.71).

Section 7(3.73) of the *Criminal Code* provides that those accused of crimes pursuant to s. 7(3.71) may avail themselves of all of the defences and excuses under domestic and international law. It reads as follows:

7. . . .

(3.73) In any proceedings under this Act with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71), notwithstanding that the act or omission is an offence under the laws of Canada in force at the time of the act or omission, the accused may, subject to subsection 607(6), rely on any justification, excuse or defence available under the laws of Canada or under international law at that time or at the time of the proceedings.

Section 607(6) provides that a person who is alleged to have committed an act or omission outside Canada that is an offence in Canada and in respect of which that person has been tried and convicted outside Canada, may not plead *autrefois convict* under certain specified conditions.

Section 7(3.74) states that a person may be convicted of an offence referred to in s. 7(3.71) even if the act was committed in obedience to or conform-

(3) *Les moyens de défense*

Puisque l'infraction ne sera complète que s'il s'agit d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre, certains moyens de défense spéciaux peuvent être invoqués à cet égard.

Les moyens de défense que l'intimé peut invoquer au procès soulèvent essentiellement les questions suivantes: (1) le moyen de défense fondé sur l'obéissance à des ordres militaires et celui de l'agent de la paix devraient-ils pouvoir être invoqués par les personnes accusées d'infractions prévues au par. 7(3.71) et (2) le juge du procès était-il justifié de présenter au jury les moyens de défense d'erreur de fait et d'obéissance aux ordres d'un supérieur?

Il serait peut-être utile de considérer d'abord les moyens de défense que peut invoquer la personne accusée d'une infraction visée au par. 7(3.71).

Le paragraphe 7(3.73) du *Code criminel* prévoit que les personnes accusées de crimes visés au par. 7(3.71) peuvent se prévaloir de tous les moyens de défense et excuses reconnus par le droit national et le droit international. Il est ainsi libellé:

7. . . .

(3.73) Sous réserve du paragraphe 607(6) et bien que le fait visé au paragraphe (3.71) constitue une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, l'accusé peut, dans le cadre des poursuites intentées sous le régime de la présente loi à l'égard de ce fait, se prévaloir des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus à cette époque ou celle du procès par le droit canadien ou le droit international.

Aux termes du par. 607(6), la personne à qui on reproche d'être l'auteur d'un fait — acte ou omission — commis à l'étranger constituant une infraction au Canada, et à l'égard duquel elle a subi un procès et a été reconnue coupable à l'étranger, ne peut invoquer la défense d'autrefois convict dans certains cas précis.

Le paragraphe 7(3.74) prescrit qu'une personne peut être déclarée coupable d'une infraction visée au par. 7(3.71), même si l'acte a été commis en

ity with the law in force at the time and in the place of its commission.

Section 25 of the *Code* provides the accused with a justification for the use of as much force as is necessary to do anything in the administration or enforcement of a law, notwithstanding that the law is defective. It reads as follows:

25. (1) Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

- (a) as a private person,
- (b) as a peace officer or public officer,
- (c) in aid of a peace officer or public officer, or
- (d) by virtue of his office,

is, if he acts on reasonable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

(2) Where a person is required or authorized by law to execute a process or to carry out a sentence, that person or any person who assists him is, if that person acts in good faith, justified in executing the process or in carrying out the sentence notwithstanding that the process or sentence is defective or that it was issued or imposed without jurisdiction or in excess of jurisdiction.

(3) Subject to subsection (4), a person is not justified for the purposes of subsection (1) in using force that is intended or is likely to cause death or grievous bodily harm unless he believes on reasonable grounds that it is necessary for the purpose of preserving himself or any one under his protection from death or grievous bodily harm.

(4) A peace officer who is proceeding lawfully to arrest, with or without warrant, any person for an offence for which that person may be arrested without warrant, and every one lawfully assisting the peace officer, is justified, if the person to be arrested takes flight to avoid arrest, in using as much force as is necessary to prevent the escape by flight, unless the escape can be prevented by reasonable means in a less violent manner. [Emphasis added.]

exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

L'article 25 du *Code* permet à l'accusé de justifier l'utilisation de toute la force nécessaire pour faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi, même si celle-ci est défectueuse. Il prévoit:

25. (1) Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi:

- a) soit à titre de particulier;
- b) soit à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public;
- c) soit pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public;
- d) soit en raison de ses fonctions,

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

(2) Lorsqu'une personne est, par la loi, obligée ou autorisée à exécuter un acte judiciaire ou une sentence, cette personne ou toute personne qui l'assiste est, si elle agit de bonne foi, fondée à exécuter l'acte judiciaire ou la sentence, même si ceux-ci sont défectueux ou ont été délivrés sans juridiction ou au-delà de la juridiction.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), une personne n'est pas justifiée, pour l'application du paragraphe (1), d'employer la force avec l'intention de causer, ou de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves, à moins qu'elle n'estime, pour des motifs raisonnables, que cette force est nécessaire afin de se protéger elle-même ou de protéger toute autre personne sous sa protection, contre la mort ou contre des lésions corporelles graves.

(4) Un agent de la paix qui procède légalement à l'arrestation, avec ou sans mandat, d'une personne pour une infraction au sujet de laquelle cette personne peut être appréhendée sans mandat, ainsi que toute personne aidant légalement l'agent de la paix, est justifiable, si la personne qui doit être appréhendée s'enfuit afin d'éviter l'arrestation, d'employer la force nécessaire pour empêcher cette fuite, à moins que l'évasion puisse être empêchée par des moyens raisonnables d'une façon moins violente. [Je souligne.]

The peace officer defence, set out above, is similar to the defence of obedience to military orders. The latter defence is recognized by most systems of criminal law. (See, e.g., L. C. Green, "Superior Orders and Command Responsibility" (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167.) It is based on the well-recognized principle that in both the armed forces and police forces commands from superior officers must be obeyed. It follows that it is not fair to punish members of the military or police officers for obeying and carrying out orders unless the orders were manifestly unlawful. In this case, at the time the offences were allegedly committed this defence would have been available to the respondent and therefore, pursuant to s. 7(3.73) of the *Code*, it was available to him at trial.

The common law defence of mistake of fact is based on the concept that to have a guilty state of mind, the accused must have knowledge of the factual elements of the crime he is committing. In other words, although an accused may commit a prohibited act, he is generally not guilty of a criminal offence where he is ignorant of or mistaken as to a factual element of the offence. (See for example *R. v. Prue*, [1979] 2 S.C.R. 547.) An accused is deemed to have acted under the state of facts he or she honestly believed to exist when he or she did the act alleged to be a criminal offence. (See *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531, and *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.) The trial judge also instructed the jury that this defence was available to the respondent.

(A) Should the Defence of Obedience to Military Orders and the Peace Officer Defence be Available to an Accused Under Section 7(3.71)?

The appellant argues that neither the international law defence of obedience to superior orders nor the peace officer defence found in s. 25 of the Canadian *Criminal Code* should be available to persons charged with offences under s. 7(3.71). It

Le moyen de défense de l'agent de la paix, énoncé ci-dessus, est semblable au moyen de défense fondé sur l'obéissance à des ordres militaires. Celui-ci est reconnu dans la plupart des systèmes de droit criminel. (Voir, par exemple, L. C. Green, «Superior Orders and Command Responsibility» (1989), 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 167.) Il repose sur le principe bien reconnu suivant lequel, tant dans les forces armées que dans les forces policières, les ordres émanant des supérieurs doivent être exécutés. Il n'est donc pas juste de punir les membres des forces armées ou des forces policières qui obéissent aux ordres ou les exécutent à moins que ceux-ci ne soient manifestement illégaux. En l'espèce, à l'époque où les infractions auraient été commises, l'intimé aurait pu se prévaloir de ce moyen de défense. Par conséquent, conformément au par. 7(3.73) du *Code*, il pouvait l'invoquer au procès.

La défense d'erreur de fait prévue en common law est fondée sur le concept que, pour avoir un état d'esprit coupable, l'accusé doit connaître les éléments factuels du crime qu'il commet. En d'autres termes, bien qu'il puisse commettre un acte prohibé, l'accusé n'est généralement pas coupable d'une infraction criminelle s'il ignore l'élément factuel de l'infraction ou se méprend à son égard. (Voir par exemple *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547.) L'accusé est présumé avoir agi dans un contexte factuel qui, croyait-il sincèrement, existait lorsqu'il a commis l'acte qu'on allègue être une infraction criminelle. (Voir *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531, et *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.) Le juge du procès a également indiqué au jury que l'intimé pouvait invoquer ce moyen de défense.

(A) Le moyen de défense fondé sur l'obéissance à des ordres militaires et le moyen de défense de l'agent de la paix devraient-ils pouvoir être invoqués par un accusé sous le régime du par. 7(3.71)?

L'appelante soutient que ni le moyen de défense de droit international fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur ni le moyen de défense de l'agent de la paix prévu à l'art. 25 du *Code criminel* du Canada ne devraient pouvoir être invoqués

is submitted that, by putting the peace officer and military orders defences to the jury based on Hungarian decrees and orders, the trial judge gave effect to the defence of obedience to the law in force at that time and place. This, it is said, is contrary to Parliament's intention in enacting s. 7(3.74), and contrary to the principle that an accused cannot plead the laws of the state to justify crimes against humanity and war crimes, when those crimes, by their very nature, must be state sponsored. With respect to s. 25 of the *Code* the appellant argues that the trial judge having directed the jury, as a matter of law, that the Baky Order, the anti-Jewish decrees and the train schedule document were unlawful, should have found that the s. 25 defence was inapplicable since the respondent's acts could not be said to be "required or authorized by law" as stipulated in s. 25.

Secondly, the appellant argues, the defence of mistake of fact should not have been put to the jury in conjunction with the defence of obedience to superior orders and the peace officer defence since the question of what the respondent believed is a separate issue going to *mens rea* and is irrelevant to a "positive" defence. Additionally, the appellant contends that by putting the defence of mistake of fact to the jury, the trial judge was actually putting the defence of mistake of law to the jury. This, it is said, violates the presumption of knowledge of the law and requires the Crown to prove that the accused knew that his acts fell within the legal definition of the offence charged.

Finally, the appellant argues that the trial judge misdirected the jury in the manner in which he defined those defences. The trial judge incorporated the component elements of crimes against humanity and war crimes into the definition of the defences. This, the appellant argues, was incorrect.

par les personnes accusées d'infractions visées au par. 7(3.71). Elle soutient qu'en présentant au jury les moyens de défense de l'agent de la paix et de l'obéissance aux ordres militaires fondés sur les décrets et ordonnances hongrois, le juge du procès a ouvert la porte à la défense d'obéissance à la loi en vigueur à l'époque et au lieu concernés. Cela, soutient l'appelante, est contraire à l'intention du législateur lorsqu'il a adopté le par. 7(3.74) et au principe interdisant à l'accusé d'invoquer les lois de l'État pour justifier des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre lorsque, de par leur nature même, ces crimes doivent être autorisés par l'État. En ce qui concerne l'art. 25 du *Code*, l'appelante soutient qu'ayant donné au jury des directives sur des questions de droit, suivant lesquelles le décret de Baky, les décrets antisémites et le document contenant l'horaire des trains étaient illégaux, le juge du procès aurait dû conclure que le moyen de défense fondé sur l'art. 25 était inapplicable puisqu'on ne pouvait soutenir que l'intimé était, aux termes de l'art. 25, «par la loi, obligé ou autorisé» à commettre les actes qu'il a commis.

L'appelante soutient d'autre part que la défense d'erreur de fait n'aurait pas dû être soumise au jury conjointement avec le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et le moyen de défense de l'agent de la paix puisque la question de savoir ce que l'intimé croyait est une question distincte qui porte sur la *mens rea* et qui n'est pas pertinente aux fins d'un moyen de défense «positif». En outre, l'appelante soutient qu'en présentant la défense d'erreur de fait au jury, le juge du procès lui a en fait présenté la défense d'erreur de droit. Ceci, dit-on, viole la présomption de connaissance de la loi et force le ministère public à établir que l'accusé savait que ses actes étaient visés par la définition de l'infraction reprochée donnée dans la loi.

L'appelante soutient enfin que la manière dont le juge du procès a défini ces moyens de défense au jury constituait une directive erronée. Le juge du procès a intégré dans ces définitions les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Il s'agissait, soutient l'appelante, d'une erreur.

At this stage it may be appropriate to consider the history of the defence of obedience to superior orders. Whether obedience to superior orders can shield an offender has been a concern of legal writers for centuries. (See for example: L. C. Green, "Superior Orders and the Reasonable Man", in *Essays on the Modern Law of War* (1985), at pp. 43 and 49.)

(i) *Historical Analysis of the Defence of Obedience to Superior Orders*

Our principles of criminal law often cannot readily be applied to the military. Our ideas of criminal law have evolved slowly. They involve a concept of equality before and under the law. Everyone is entitled to respect, dignity and the integrity of his or her body. Gradually it became accepted that an accused charged with assault was to be held personally responsible for violating the integrity of another human being. It is difficult if not impossible to apply that concept to the military.

The whole concept of military organization is dependent upon instant, unquestioning obedience to the orders of those in authority. Let us accept that the military is designed to protect the physical integrity of a nation, its borders and its people. The orders of the commander in chief must be carried out through the chain of command. The division commanders must carry out the orders of the army commanders. The regimental commanders must carry out the orders of the divisional commanders, the company commanders those of the battalion commanders, and the men in the platoons those of the lieutenant in charge. This requirement of instant obedience to superior order applies right down to the smallest military unit. Military tradition and a prime object of military training is to inculcate in every recruit the necessity to obey orders instantly and unhesitatingly. This is in reality the only way in which a military unit can effectively operate. To enforce the instant carrying out of orders, military discipline is directed at punish-

À ce stade-ci, il convient peut-être d'examiner l'historique du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur. Les auteurs de doctrine se demandent depuis des siècles si l'obéissance aux ordres d'un supérieur peut protéger l'auteur d'une infraction. (Voir par exemple: L. C. Green, «Superior Orders and the Reasonable Man», dans *Essays on the Modern Law of War* (1985), aux pp. 43 et 49.)

(i) *Analyse historique du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur*

Il arrive fréquemment que nos principes de droit criminel ne puissent être facilement appliqués au régime militaire. Nos conceptions du droit criminel ont évolué lentement. Suivant ces conceptions, la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous. Chacun a droit au respect, à la dignité et à l'intégrité de sa personne. On en est venu progressivement à admettre que la personne accusée de voies de fait devait être tenue personnellement responsable d'avoir violé l'intégrité d'un autre être humain. Or, il est difficile, voire impossible, d'appliquer ce concept au régime militaire.

Le concept de l'organisation militaire repose entièrement sur l'obéissance immédiate et inconditionnelle aux ordres des détenteurs de l'autorité. Partons du principe que l'organisation militaire est destinée à protéger l'intégrité physique d'une nation, ses frontières et ses citoyens. Les ordres du commandant en chef doivent être exécutés selon la structure hiérarchique. Les commandants de division doivent exécuter les ordres des commandants de l'armée. Les commandants de régiment doivent obéir aux ordres des commandants de division, les commandants de compagnie à ceux des commandants de bataillons, et les soldats à ceux du lieutenant responsable. Cette nécessité d'obéissance immédiate aux ordres d'un supérieur s'applique jusqu'à la plus petite cellule militaire. La tradition militaire et l'un des objectifs primordiaux de l'entraînement militaire est d'inculquer à chaque recrue la nécessité d'obéir aux ordres instantanément et sans hésitation. Il s'agit en réalité de la seule façon pour une unité militaire de fonctionner

ing those who fail to comply with the orders they have received. In action, the lives of every member of a unit may depend upon the instantaneous compliance with orders even though those orders may, later, on quiet reflection, appear to have been unnecessarily harsh. <sup>a</sup>

The absolute necessity for the military to rely upon subordinates carrying out orders has, through the centuries, led to the concept that acts done in obedience to military orders will exonerate those who carry them out. The same recognition of the need for soldiers to obey the orders of their commanders has led to the principle that it is the commander who gives the orders who must accept responsibility for the consequences that flow from the carrying out of his or her orders. <sup>b</sup>

Cherif Bassiouni, *supra*, has written on the subject of obedience of the military to orders that they receive in this vein at p. 399:

... throughout the history of military law, obedience to superior orders has been one of the highest duties for the subordinate. This obedience exonerates the subordinate from responsibility because of the command responsibility of the superior who issued the order. <sup>c</sup>

This criminal responsibility attaches to the decision-maker and not to the executor of the order who is exonerated. As a counterpart, the subordinate is expected to obey the orders of a superior. This approach to responsibility is predicated on the assumption that the superior can be deterred from wrongful conduct by the imposition of criminal responsibility for unlawful commands. But when this assumption fails, obviously, the overall approach must be reconsidered. <sup>d</sup>

As the author correctly points out, the military leader's defence of obedience to superior orders has been brushed aside at various times throughout history. This has been done where the crimes committed in obedience to superior orders during hostilities were so atrocious that they exceeded the limits of acceptable military conduct, and shocked the conscience of society. <sup>e</sup>

efficacement. Afin que les ordres soient exécutés instantanément, la discipline militaire punit ceux qui ne respectent pas les ordres reçus. Dans l'action, la vie de chaque membre d'une unité dépend de l'exécution immédiate des ordres même si ceux-ci peuvent paraître, lorsqu'on y réfléchit à tête reposée, avoir été inutilement sévères.

Au fil des siècles, la nécessité absolue pour le régime militaire de pouvoir compter sur l'obéissance des subalternes aux ordres reçus a donné naissance à un concept suivant lequel l'auteur d'un acte accompli conformément à des ordres militaires sera exonéré. La même reconnaissance de la nécessité que les soldats obéissent aux ordres de leurs commandants a engendré le principe suivant lequel le commandant qui donne les ordres assume lui-même la responsabilité des conséquences qui découlent de leur exécution. <sup>f</sup>

Cherif Bassiouni, *op. cit.*, a tenu les propos suivants sur le sujet de l'obéissance à des ordres militaires, à la p. 399:

[TRADUCTION] ... dans l'histoire du droit militaire, l'un des plus importants devoirs du subalterne a été d'obéir aux ordres d'un supérieur. Cette obéissance l'exonère de toute responsabilité en raison de la position de commande du supérieur duquel émane l'ordre. <sup>g</sup>

Cette responsabilité criminelle vise celui qui prend la décision et non celui qui l'exécute, lequel est exonéré. En contrepartie, on s'attend à ce que le subalterne obéisse aux ordres des supérieurs. Cette position relativement à la responsabilité est fondée sur la présomption que le supérieur peut être dissuadé d'agir illégalement du fait qu'un ordre illégal entraînera sa responsabilité criminelle. Mais lorsque cette présomption échoue, de toute évidence la position générale doit être revue. <sup>h</sup>

Comme l'auteur le souligne à juste titre, le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur invoqué par le chef de l'armée a été écarté à différents moments de l'histoire. Ce fut le cas lorsque les crimes commis conformément aux ordres d'un supérieur au cours d'hostilités étaient si atroces qu'ils excédaient les limites du comportement militaire acceptable et choquaient la conscience de la société. <sup>i</sup>

Both Green (in "Superior Orders and Command Responsibility", *supra*, at p. 173) and Bassiouni (*supra*, at p. 416) report that one of the first people to assert the defence of superior orders before a tribunal. Peter von Hagenbach, was denied the protection of command responsibility.

Bassiouni, *supra*, writes at p. 416:

Perhaps the first person to assert the defense of superior orders before a tribunal was Peter von Hagenbach in the year 1474. Charles, the Duke of Burgundy, appointed Hagenbach the Governor (*Landvogt*) of the Upper Rhine, including the fortified town of Breisach. At the behest of Charles, Hagenbach, with the aid of his henchmen, sought to reduce the populace of Breisach to a state of submission by committing such atrocities as murder, rape and illegal confiscation of property. Hagenbach was finally captured and accused of having "trampled under foot the laws of God and man". Hagenbach relied primarily on the defense of "obedience to superior orders". His counsel claimed that Hagenbach "had no right to question the order which he was charged to carry out, and it was his duty to obey. Is it not known that soldiers owe absolute obedience to their superiors?" The Tribunal refused to accept Hagenbach's defense, found him guilty, and sentenced him to death.

See also Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2, (1968), at p. 465, and L. C. Green, "Superior Orders and Command Responsibility", *supra*, at p. 173.

In the United States, a significant case was tried during the War of 1812. There was then a divergence of opinion as to necessity of the war. In New England, the United States Navy was not very popular. One day while the ship *Independence* was docked in Boston Harbour, a passerby made some abusive remarks to a marine by the name of Bevans, who was standing guard on the ship. Bevans responded rather violently by driving his bayonet through the man. Bevans was charged with murder and pleaded the defence of obedience to superior orders, claiming that the marines on *Independence* had been ordered to bayonet whomever showed

Green (dans «Superior Orders and Command Responsibility» *loc. cit.*, à la p. 173) et Bassiouni (*op. cit.*, à la p. 416) rapportent tous deux que l'une des premières personnes à invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur devant un tribunal, Peter von Hagenbach, s'est vu refuser la protection de la responsabilité du commandement.

Bassiouni, *op. cit.*, écrit, à la p. 416:

[TRADUCTION] La première personne à avoir invoqué devant un tribunal le moyen de défense fondé sur les ordres d'un supérieur est probablement Peter von Hagenbach en l'an 1474. Charles, Duc de Bourgogne, a nommé Hagenbach gouverneur (*Landvogt*) du Haut-Rhin, qui comprend le village fortifié de Brisach. À la demande de Charles, Hagenbach, avec l'aide de ses forces a tenté de réduire la population de Brisach à l'état de soumission au moyen de meurtres, de viols et de confiscations illégales de biens. Hagenbach a finalement été capturé et accusé d'avoir «foulé aux pieds les lois de Dieu et de l'homme». Hagenbach a invoqué principalement le moyen de défense fondé sur «l'obéissance aux ordres d'un supérieur». Son avocat a soutenu que Hagenbach «n'était aucunement fondé à mettre en doute l'ordre qu'il était chargé d'exécuter, et c'était son devoir d'y obéir. N'est-il pas connu que les soldats doivent l'obéissance absolue à leurs supérieurs?» Le tribunal a rejeté la défense de Hagenbach, l'a déclaré coupable et l'a condamné à mort.

Voir aussi Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2 (1968), à la p. 465, et L. C. Green, «Superior Orders and Command Responsibility», *loc. cit.*, à la p. 173.

Les États-Unis ont connu un procès important au cours de la Guerre de 1812. Il existait alors une divergence d'opinions quant à la nécessité de faire la guerre. En Nouvelle-Angleterre, les Forces navales des États-Unis n'étaient pas très populaires. Un jour, alors que le navire *Independence* était accosté au port de Boston, un passant a fait des remarques désobligeantes à un nommé Bevans, un marine qui montait la garde sur le navire. Bevans a répliqué plutôt violemment en enfonçant sa baïonnette dans le corps de l'homme. Accusé de meurtre, il invoqua le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur, soutenant

them disrespect. At trial Story J. instructed the jury that such an order was illegal and void, and if given and carried out, both the superior and subordinate would be guilty of murder. Bevans was convicted (*United States v. Bevans*, 24 Fed. Cas. 1138 (C.C.D. Mass. 1816) (No. 14,589), although his conviction was later reversed by the U.S. Supreme Court on jurisdictional grounds in *United States v. Bevans*, 3 Wheat. 336 (1818)).

Green (in "Superior Orders and Command Responsibility", *supra*, at pp. 174-75) states that the decision of Solomon J. in *R. v. Smith* (1900), 17 S.C. 561 (Cape of Good Hope), established the English position. In that case a soldier acting on the orders of his superior during the Boer War, killed a native for not performing a menial task. Although the court acquitted the soldier, it introduced the "manifest illegality" test, stating at pp. 567-68:

... it is monstrous to suppose that a soldier would be protected where the order is grossly illegal. [That he] is responsible if he obeys an order [that is] not strictly legal... is an extreme proposition which the Court cannot accept... [E]specially in time of war immediate obedience... is required... I think it is a safe rule to lay down that if a soldier honestly believes he is doing his duty in obeying the commands of his superior, and if the orders are not so manifestly illegal that he must or ought to have known that they were unlawful, the private soldier would be protected by the orders of his superior officer.

Bassiouni, *supra*, at pp. 419-21, recounts:

The issue of "obedience to superior orders" first gained contemporary international significance during the war crimes trials that followed World War I. By virtue of Article 228 of the Treaty of Versailles, Germany submitted to the Allied Powers' right to try alleged war criminals. Although the Treaty originally provided that the trials would be administered by the state against whose nationals the alleged crimes were committed, it was subsequently agreed that the German *Reichsgericht*

que les marines à bord de l'*Independence* avaient reçu l'ordre d'attaquer à la baïonnette quiconque manquait de respect à leur égard. Au procès, le juge Story a signalé au jury que l'ordre était illégal et nul et que, s'il avait été donné et exécuté, le supérieur et le subalterne seraient tous deux coupables de meurtre. Bevans fut reconnu coupable (*United States c. Bevans*, 24 Fed. Cas. 1138 (C.C.D. Mass. 1816) (No. 14,589), bien que sa déclaration de culpabilité ait par la suite été renversée par la Cour suprême des États-Unis pour des motifs de compétence dans *United States c. Bevans*, 3 Wheat. 336 (1818)).

Green (dans «Superior Orders and Command Responsibility», *loc. cit.*, aux pp. 174 et 175) indique que la décision du juge Solomon dans *R. c. Smith* (1900), 17 S.C. 561 (Cap de Bonne-Espérance) a établi la position anglaise. Dans cette affaire, un soldat, obéissant aux ordres de son supérieur au cours de la Guerre des Boers, a tué un autochtone ayant refusé d'accomplir une tâche servile. Bien qu'elle ait acquitté le soldat, la cour a introduit le critère de l'«illégalité manifeste», déclarant aux pp. 567 et 568:

[TRADUCTION] ... il est aberrant de supposer qu'un soldat puisse être protégé lorsque l'ordre est manifestement illégal. [...] [La proposition voulant qu'il soit] responsable s'il obéit à un ordre non strictement légal [...] est une proposition extrême à laquelle la Cour ne peut souscrire. [...] [P]articulièrement en temps de guerre, l'obéissance immédiate [...] est nécessaire [...]. J'estime prudent de dire que, si le soldat croit sincèrement qu'il accomplit son devoir en obéissant aux ordres de son supérieur, et si les ordres ne sont pas si manifestement illégaux qu'il doit ou aurait dû savoir qu'ils étaient illégaux, le simple soldat sera protégé par les ordres de son supérieur.

Bassiouni, *op. cit.*, raconte, aux pp. 419 à 421:

[TRADUCTION] La question de l'«obéissance aux ordres d'un supérieur» a pour la première fois revêtu une importance internationale dans la société contemporaine au cours des procès sur les crimes de guerre qui ont suivi la Première Guerre mondiale. En vertu de l'article 228 du Traité de Versailles, l'Allemagne s'est soumise au droit des puissances alliées de juger des personnes accusées de crimes de guerre. Même si le Traité prévoyait initialement que les procès seraient adminis-

(Supreme Court) sitting at Leipzig would be the court to preside over these cases. The two most notable cases involving the issue of "obedience to superior orders" during the Leipzig Trials were the *Dover Castle* and the *Llandovery Castle*.

In *Dover Castle*, the defendant, Lieutenant Captain Karl Neuman [*sic*], the commander of a German submarine, was charged with torpedoing the *Dover Castle*, a British hospital ship. The defendant claimed that he was acting pursuant to "superior orders", which were issued by his naval superiors who claimed that they believed that Allied hospital ships were being used for military purposes in violation of the laws of war. The Leipzig Court, acquitted the commander holding:

It is a military principle that the subordinate is bound to obey the orders of his superiors . . . (w)hen the execution of a service order involves an offence against the criminal law, the superior giving the order is alone responsible. This is in accordance with the terms of the German law, § 47, para. 1 of the Military Penal Code . . . .

According to § 47 of the Military Penal Code No. 2, a subordinate who acts in conformity with orders is . . . liable to punishment as an accomplice, when he knows that his superiors have ordered him to do acts which involve a civil or military crime or misdemeanour. There has been no case of this here. The memoranda of the German Government about the misuse of enemy hospital ships were known to the accused . . . . He was therefore of the opinion that the measures taken by the German Admiralty against enemy hospital ships were not contrary to international law, but were legitimate reprisals . . . . The accused . . . cannot, therefore, be punished for his conduct.

In the subsequent *Llandovery Castle* case, the same court did not so readily grant the accused a defense of "obedience to superior orders". In that case, also involving a German submarine attack upon a British hospital ship, the submarine commander ordered his subordinates to open fire on the survivors of the torpedoed *Llandovery Castle* who had managed to get into lifeboats. The officers who carried out the order, First Lieutenants Ludwig Dithmar and John Boldt, were charged with the killings and pleaded that they followed the orders of their commander, Helmut Patzik (whom the

trés par l'État dont les citoyens auraient été victimes de crimes, on a convenu subséquemment que la *Reichsgericht* de l'Allemagne (la Cour suprême), siégeant à Leipzig, serait le tribunal qui présiderait ces affaires.

a Les deux affaires les plus remarquables sur la question de l'«obéissance aux ordres d'un supérieur», qui ont été entendues au cours des procès de Leipzig, sont *Dover Castle* et *Llandovery Castle*.

b Dans l'affaire *Dover Castle*, le lieutenant capitaine Karl Neuman [*sic*], commandant d'un sous-marin allemand, fut accusé d'avoir torpillé le *Dover Castle*, un navire-hôpital britannique. Le défendeur a prétendu avoir obéi aux «ordres d'un supérieur», qui émanaient de ses supérieurs de la marine, qui croyaient sincèrement que les navires-hôpitaux des Alliés étaient utilisés à des fins militaires en contravention des lois de la guerre. Dans sa décision d'acquitter le défendeur, le tribunal de Leipzig a affirmé:

d L'obligation du subalterne d'obéir aux ordres de ses supérieurs est un principe militaire. (...) Lorsque l'exécution d'un ordre militaire entraîne une infraction au droit criminel, le supérieur qui donne l'ordre est le seul responsable. Cela est conforme au libellé de la loi allemande, § 47, par. 1 du Code pénal militaire . . .

e En application du § 47 du Code pénal militaire n° 2, un subalterne qui agit conformément aux ordres est (...) passible d'être puni à titre de complice, lorsqu'il sait que ses supérieurs lui ont ordonné de commettre des actes qui constituent un crime ou un méfait civil ou militaire. Ce n'est pas le cas en l'espèce. L'accusé connaissait la note du gouvernement allemand relative à l'emploi illégal des navires-hôpitaux ennemis. (...) Il était par conséquent d'avis que les mesures adoptées par l'Amirauté allemande contre les navires-hôpitaux ennemis n'étaient pas contraires au droit international, mais qu'elles étaient plutôt des représailles légitimes. (...) L'accusé (...) ne peut, par conséquent, être puni pour son comportement.

h Dans l'arrêt *Llandovery Castle* rendu plus tard, le même tribunal n'a pas accordé aussi facilement à l'accusé le moyen de défense fondé sur l'«obéissance aux ordres d'un supérieur». Dans cette affaire, mettant également en cause l'attaque d'un sous-marin allemand contre un navire-hôpital britannique, le commandant du sous-marin a donné l'ordre à son équipage d'ouvrir le feu sur les survivants du *Llandovery Castle* torpillé qui avaient réussi à monter à bord d'embarcations de sauvetage. Les officiers qui ont exécuté l'ordre, les premiers lieutenants Ludwig Dithmar et John Boldt ont été accu-

German authorities failed to apprehend after the war). The court, however, rejected this defense and stated:

The firing on the boats was an offence against the law of nations . . . . The rule of international law, which is here involved, is simple and is universally known. No possible applicability . . . . (The commander's) order does not free the accused from guilt. It is true that according to para. 47 of the Military Penal Code, if the execution of an order in the ordinary course of duty involves such a violation the superior giving the order is alone responsible. However, the subordinate obeying such an order is liable to punishment if it was known to him that the order of the superior involved the infringement of civil or military law. This applies in the case of the accused. It is certainly to be urged in favor of the military subordinates, that they are under no obligation to question the order of their superior officer, and they can count upon its legality. But no such confidence can be held to exist, if such an order is universally known to everybody, including also the accused, to be without any doubt whatever against the law.

Nonetheless, the court acknowledged that the defence of obedience to superior orders was a mitigating factor to be taken into account in determining the appropriate penalty, and sentenced the accused to only four years' imprisonment.

Professor Yoram Dinstein, in *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965), analyzed the use of the defence of "obedience to superior orders" at the Leipzig trials and correctly concluded, at p. 19, that:

(1) As a general rule, a subordinate committing a criminal act pursuant to an order should not incur responsibility for it.

(2) This rule is inapplicable if the subordinate knew that the order entailed the commission of a crime, and obeyed it nonetheless.

(3) To determine whether the subordinate was aware of the fact that he had been ordered to perform a criminal act, the Court may use the auxiliary test of manifest illegality.

sés de meurtre et ont plaidé avoir obéi aux ordres de leur commandant Helmut Patzik (que les autorités allemandes n'ont pas appréhendé après la guerre). Le tribunal a toutefois rejeté cette défense en disant:

L'attaque dirigée contre les embarcations était une infraction au droit des nations. ( . . . ) La règle de droit international en cause en l'espèce est simple et universellement connue. Il ne peut y avoir aucun doute quant à la question de son applicabilité. ( . . . ) L'ordre (du commandant) n'exonère pas de culpabilité l'accusé. Certes, conformément au par. 47 du Code pénal militaire, si l'exécution d'un ordre dans le cadre ordinaire du service entraîne une telle violation, le supérieur qui donne l'ordre est l'unique responsable. Cependant, le subalterne qui obéit à un tel ordre est passible d'une peine s'il savait que l'ordre du supérieur enfreignait la loi civile ou militaire. En l'espèce, c'était le cas de l'accusé. Il doit certainement être avancé en faveur des subalternes militaires qu'ils ne sont aucunement tenus de mettre en cause l'ordre de leur supérieur, et qu'ils peuvent se fier à sa légalité. Mais on ne peut conclure que cette confiance existe si tous savent, dont l'accusé, que l'ordre est sans le moindre doute contraire à la loi.

Le tribunal a néanmoins reconnu que le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur était un facteur atténuant dont il fallait tenir compte dans la détermination de la peine appropriée, et il a condamné les accusés à seulement quatre ans d'emprisonnement.

Le professeur Yoram Dinstein a analysé, dans *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965), le recours au moyen de défense fondé sur l'«obéissance aux ordres d'un supérieur» aux procès de Leipzig, et il a correctement conclu, à la p. 19:

[TRADUCTION] (1) De façon générale, le subalterne qui commet un acte criminel en obéissant à un ordre ne devrait pas en être tenu responsable.

(2) Cette règle est inapplicable si le subalterne savait que l'ordre entraînait la perpétration d'un crime et l'a néanmoins exécuté.

(3) Pour déterminer si le subalterne savait qu'il avait reçu l'ordre de commettre un acte criminel, la cour peut recourir au critère connexe de l'illégalité manifeste.

The later cases, particularly those involving the hospital ships, reflect the increasing difficulties in determining when the defence of carrying out the order of a superior may be properly considered. In *Dover Castle*, 16 A.J.I.L. 704 (1921), it would at first blush have been unthinkable that the defence could be utilized in the sinking of a hospital ship. Yet when the evidence established that the German High Command and members of the German Forces believed that hospital ships were being used for purely military purposes, perhaps as troop ships, the defence became one that not only was considered but also properly proved successful at trial. On the other hand the machine gunning and shelling of the survivors in the lifeboats in *Llandoverly Castle*, 16 A.J.I.L. 708 (1921), was such an atrocious act and so adverse to all traditions and law of the sea that it was on its face manifestly unreasonable. As a result, the defence was unacceptable and the conviction correctly resulted. These cases also are an example of the necessity to consider the context in which the acts were committed. They cannot be viewed in any other way. The actions are the product of their times.

The manifest illegality test has received a wide measure of international acceptance. Military orders can and must be obeyed unless they are manifestly unlawful. When is an order from a superior manifestly unlawful? It must be one that offends the conscience of every reasonable, right-thinking person; it must be an order which is obviously and flagrantly wrong. The order cannot be in a grey area or be merely questionable; rather it must patently and obviously be wrong. For example the order of King Herod to kill babies under two years of age would offend and shock the conscience of the most hardened soldier. A very helpful discussion as to when an order is manifestly unlawful can be found in the decision of the Israel District Military Court in the case of *Ofer v. Chief Military Prosecutor* (the *Kafr Qassem* case) [Appeal 279-283/58, *Psakim*, (Judgments of the

Les affaires subséquentes, particulièrement celles mettant en cause les navires-hôpitaux, reflètent les difficultés croissantes à déterminer le moment où le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur peut être à juste titre pris en considération. Dans l'affaire *Dover Castle*, 16 A.J.I.L. 704 (1921), il aurait été à première vue impensable que le moyen de défense puisse être invoqué dans le torpillage d'un navire-hôpital. Toutefois, lorsque la preuve a établi que le haut commandement allemand et les membres des forces allemandes estimaient que les navires-hôpitaux étaient utilisés à des fins purement militaires, peut-être pour le transport des troupes, non seulement le moyen de défense fut pris en considération, mais il a à juste titre été accepté au procès. Par contre, l'attaque et le bombardement des survivants à bord des embarcations de sauvetage dans l'affaire *Llandoverly Castle*, 16 A.J.I.L. 708 (1921), étaient des actes atroces et contraires à toutes les traditions et lois navales, à un point tel qu'ils étaient à première vue manifestement déraisonnables. En conséquence, le moyen de défense était inacceptable et les accusés furent à juste titre déclarés coupables. Ces affaires démontrent également la nécessité de tenir compte du contexte dans lequel les actes sont commis. Ils ne peuvent être considérés d'aucune autre façon. En effet, les actions sont le produit de leur époque.

Le critère de l'illégalité manifeste est aujourd'hui grandement reconnu sur le plan international. On peut et l'on doit obéir aux ordres militaires à moins que ceux-ci ne soient manifestement illégaux. Quand l'ordre d'un supérieur est-il manifestement illégal? Il doit être de nature à offenser la conscience de toute personne raisonnable et sensée. Il doit être clairement et manifestement répréhensible. L'ordre ne peut se situer dans une zone grise ou être seulement douteux; il doit au contraire être manifestement et clairement répréhensible. Par exemple, l'ordre du Roi Hérode de tuer les bébés âgés de moins de deux ans offenserait et choquerait la conscience des soldats les plus endurcis. On peut trouver une analyse très utile sur les éléments caractéristiques d'un ordre manifestement illégal dans la décision de la Cour militaire de district d'Israël dans l'affaire *Ofer c. Chief Mili-*

District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], cited in appeal before the Military Court of Appeal, *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69, at p. 108, and also cited in Green "Superior Orders and Command Responsibility", *supra*, at p. 169, note 8:

The identifying mark of a 'manifestly unlawful' order must wave like a black flag above the order given, as a warning saying: 'forbidden'. It is not formal unlawfulness, hidden or half-hidden, not unlawfulness that is detectable only by legal experts, that is the important issue here, but an overt and salient violation of the law, a certain and obvious unlawfulness that stems from the order itself, the criminal character of the order itself or of the acts it demands to be committed, an unlawfulness that pierces and agitates the heart, if the eye be not blind nor the heart closed or corrupt. That is the degree of 'manifest' illegality required in order to annul the soldier's duty to obey and render him criminally responsible for his actions.

The most significant decisions which dealt with the superior order defence were rendered by the International Military Tribunal at Nuremberg. There, for the first time a rule was set down which addressed the superior orders defence. Article 8 of the *Charter of the International Military Tribunal*, provides:

**Article 8.** The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment, if the Tribunal determines that Justice so requires.

In interpreting and justifying this provision, the Tribunal stated that:

The provisions of this article are in conformity with the law of all nations. That a soldier was ordered to kill or torture in violation of the international law of war has never been recognized as a defense to such acts of brutality, though, as the Charter here provides, the order may be urged in mitigation of the punishment. The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible. [Emphasis added.]

*tary Prosecutor* (l'affaire *Kafr Qassem*) [Appel 279-283/58, *Psakim* (Jugements des Cours de district d'Israël), vol. 44, à la p. 362], citée en appel devant le tribunal d'appel militaire, *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69, à la p. 108, et dans Green «Superior Orders and Command Responsibility», *loc. cit.*, à la p. 169, note 8:

[TRADUCTION] Le signe déterminant d'un ordre «manifestement illégal» doit flotter au-dessus de l'ordre donné comme un drapeau noir en guise de mise en garde disant: «interdit». La question importante en l'espèce n'est pas l'illégalité formelle, dissimulée ou à demi dissimulée, ni l'illégalité qui se détecte par les seuls experts juridiques, mais une violation manifeste et frappante de la loi, une illégalité certaine et évidente qui découle de l'ordre lui-même, de la nature criminelle de ce dernier ou des actes qui doivent être commis de ce fait, une illégalité qui transperce et trouble le cœur, si l'œil n'est pas aveugle ni le cœur fermé ou corrompu. Il s'agit là du degré d'illégalité «manifeste» requis pour annuler le devoir d'obéissance du soldat et rendre ce dernier criminellement responsable de ses actes.

Les décisions les plus importantes sur le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur ont été rendues par le Tribunal militaire international de Nuremberg. C'est là que, pour la première fois, on a établi une règle relativement à ce moyen de défense. L'article 8 du *Statut du Tribunal militaire international* prévoit:

**Article 8.** Le fait que l'accusé a agi conformément aux ordres de son Gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégage pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige.

Dans son interprétation et sa justification de cette disposition, le Tribunal a dit:

Les dispositions de cet article sont conformes au Droit commun des États. L'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer en violation du Droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir, aux termes du Statut, que pour obtenir une réduction de la peine. Le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le Droit criminel de la plupart des pays, n'est nullement en rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché. [Je souligne.]

(*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. 22, (1946) (Official Text in the English Language), at p. 466.)

(ii) *The "Moral Choice" Test, Coercion and Necessity*

The "moral choice" test used by the International Military Tribunal has been criticized as undermining Art. 8, which effectively requires a subordinate to ignore a manifestly illegal order regardless of the consequences. (See for example: Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare* (1959), at p. 493.) However, other international legal scholars such as Professors Bassiouni (*supra*, at p. 427) and Dinstein (in *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, *supra*, at p. 152) assert that the moral choice test as enunciated by the International Military Tribunal "was meant to complement the provision of Article 8 and not to undermine its foundations". According to this interpretation, Bassiouni, *supra*, notes at p. 437 that

'obedience to superior orders' is not a defense . . . to an international crime when the order is patently illegal and when the subordinate has a moral choice with respect to obeying or refusing to obey the order. But, if the subordinate is coerced or compelled to carry out the order, the norms for the defense of coercion (compulsion) should apply. In such cases, the issue is not justification, but excuse or mitigation of punishment.

A person may be compelled to obey superior orders either because of natural causes which place the individual in a condition of danger (necessity) or because of pressure which is brought to bear on him or her by another person (coercion). Bassiouni, *supra*, at p. 439, explains:

The two sources of compulsion though different may lead a person to harm another in order to avoid a greater or equal personal harm. Both are a concession to the instinct of human survival, but both are limited for policy and moral-ethical reasons, by positive and natural law.

(*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, t. 22, (1946) (Texte officiel en langue française), à la p. 497.)

(ii) *Le critère de la «liberté morale», la contrainte et la nécessité*

On a critiqué le «critère de la liberté morale» appliqué par le Tribunal militaire international pour le motif qu'il minait l'art. 8, qui force effectivement le subalterne à ne pas obéir à un ordre manifestement illégal quelles qu'en soient les conséquences. (Voir par exemple: Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, (1959) à la p. 493.) Toutefois, d'autres auteurs reconnus en droit international comme les professeurs Bassiouni (*op. cit.*, à la p. 427) et Dinstein (dans *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, *op. cit.*, à la p. 152) soutiennent que le critère de la liberté morale établi par le Tribunal militaire international [TRADUCTION] «était destiné à compléter l'art. 8 et non à miner son fondement». Suivant cette interprétation, Bassiouni, *op. cit.*, fait remarquer à la p. 437 que

[TRADUCTION] «l'obéissance aux ordres d'un supérieur» ne constitue pas une défense [. . .] à un crime international lorsque l'ordre est manifestement illégal et lorsque le subalterne a la liberté morale d'exécuter l'ordre ou de refuser d'y obéir. Toutefois, si le subalterne est contraint ou forcé d'exécuter l'ordre, les normes relatives au moyen de défense de la coercition (contrainte) devraient s'appliquer. Dans un tel cas, il ne s'agit pas d'une question de justification, mais d'excuse ou de réduction de la peine.

Une personne peut être contrainte à obéir aux ordres d'un supérieur soit pour des raisons naturelles qui la mettent en danger (nécessité) soit pour des raisons de pression que lui fait subir une autre personne (coercition). Bassiouni, *op. cit.*, à la p. 439, explique:

[TRADUCTION] Les deux sources de contrainte, bien que différentes, peuvent amener quelqu'un à blesser une autre personne pour éviter un préjudice personnel plus grave ou équivalent. Si elles cèdent toutes deux à l'instinct de survie humain, ces deux sources sont néanmoins limitées pour des raisons d'ordre public, de moralité et d'éthique par le droit positif et le droit naturel.

The defence of obedience to superior orders based on compulsion is limited to "imminent, real, and inevitable" threats to the subordinate's life (*The Einsatzgruppen Case*, 4 Trials of War Criminals 470 (1948)). As Jeanne L. Bakker has pointed out in "The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement" (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55, the problem is to determine when threats become so imminent, real, and inevitable that they rise to the level of compulsion that disables a subordinate from forming a culpable state of mind.

I agree with Bakker, when she states, at pp. 72 and 73:

... a moral choice is available where subordinates have the freedom to choose between right and wrong courses of conduct without suffering detrimental consequences. Subordinates who choose to obey an illegal order when they could have disobeyed without suffering adverse consequences are guilty of criminal action.

Otto Ohlendorf, commanding officer of one of the notorious *Einsatzgruppen* (death wagons) [*sic*], executed more than 90,000 "undesirable elements composed of Russians, gypsies, Jews and others" on the basis of an order that he recognized as "wrong", although he refused to consider "whether it was moral or immoral".(.) In view of his acknowledged unwillingness to exercise moral judgment, the tribunal refused him a plea of obedience to superior orders.

Bakker suggests that it is only when the soldier faces an imminent, real and inevitable threat to his or her life that the defence of compulsion may be used as a defence to the killing of innocent people. "Stern punishment" or demotion would not be sufficient. She states at p. 74:

Whether a subordinate's belief in the existence of an imminent, real and inevitable threat to his life is justified should be a function of circumstances surrounding the subordinate faced with an illegal order. A number of circumstances may be considered including age, education, intelligence, general conditions in which subordi-

Le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur du fait d'une contrainte se limite aux menaces [TRADUCTION] «imminentes, réelles et inévitables» qui pèsent sur la vie du subalterne (*The Einsatzgruppen Case*, 4 Trials of War Criminals 470 (1948)). Comme Jeanne L. Bakker l'a fait remarquer dans «The Defence of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement» (1989), 17 *Am. J. Crim. L.* 55, la difficulté réside dans la détermination du moment où les menaces deviennent si imminentes, réelles et inévitables qu'elles se transforment en contrainte qui rend le subalterne incapable de former un état d'esprit coupable.

Je suis d'accord avec Bakker lorsqu'elle dit, aux pp. 72 et 73:

[TRADUCTION] ... la liberté morale peut s'exercer lorsque les subalternes peuvent choisir entre un comportement irrépréhensible et un comportement répréhensible sans subir de préjudice. Les subalternes qui choisissent d'obéir à un ordre illégal alors qu'ils auraient pu y désobéir sans en subir de conséquences préjudiciables sont coupables d'un acte criminel.

Otto Ohlendorf, le commandant de l'un des fameux *Einsatzgruppen* (wagons [*sic*] de la mort), a exécuté plus de 90 000 «éléments indésirables réunissant Russes, gitans, Juifs et autres» en se fondant sur un ordre qu'il admettait être «répréhensible», bien qu'il ait refusé de considérer «s'il était moral ou immoral». Puisque l'accusé a reconnu ne pas avoir voulu exercer un jugement moral, le tribunal a rejeté son moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur.

D'après Bakker, ce n'est que lorsque la vie du soldat est menacée de façon imminente, réelle et inévitable que le moyen de défense fondé sur la contrainte peut être invoqué à titre de défense au meurtre d'innocentes personnes. La crainte d'une «peine sévère» ou d'une rétrogradation ne serait pas suffisante. Elle dit, à la p. 74:

[TRADUCTION] La question de savoir si le subalterne est fondé à croire qu'une menace réelle, imminente et inévitable pèse sur sa vie devrait être résolue en fonction de la situation dans laquelle se trouve le subalterne qui a reçu l'ordre illégal. De nombreux facteurs peuvent être considérés, notamment l'âge, l'éducation, l'intelligence,

nates find themselves, length of time spent in action, nature of the hostilities, the type of enemy confronted, and opposing methods of warfare.

Circumstances that go directly to the state of mind of the offender confronted with a moral choice include the announced penalty for disobeying orders, the probable penalty for disobedience, the typical subordinate's reasonable beliefs about the penalty, the subordinate's belief as to what the penalty is, and any alternatives available to the subordinate to escape execution of the penalty.

The element of moral choice was, I believe, added to the superior orders defence for those cases where, although it can readily be established that the orders were manifestly illegal and that the subordinate was aware of their illegality, nonetheless, due to circumstances such as compulsion, there was no choice for the accused but to comply with the orders. In those circumstances the accused would not have the requisite culpable intent.

I would add this to the comments of the text writers. The lower the rank of the recipient of an order the greater will be the sense of compulsion that will exist and the less will be the likelihood that the individual will experience any real moral choice. It cannot be forgotten that the whole concept of the military is to a certain extent coercive. Orders must be obeyed. The question of moral choice will arise far less in the case of a private accused of a war crime or a crime against humanity than in the case of a general or other high ranking officer.

(iii) *Obedience to Superior Orders Constituting Just Another Factual Element to be Taken into Account in Determining Mens Rea*

Some writers have concluded that the requirement to obey superior orders should not be characterized as a defence. Rather it is simply one of the many factual circumstances which must be

les conditions générales dans lesquelles les subalternes se trouvent, le temps passé en service, la nature des hostilités, le genre d'ennemi auquel ils font face et les méthodes de guerre de ce dernier.

Les facteurs qui affectent directement l'état d'esprit de l'auteur de l'infraction à qui s'offre une liberté morale sont notamment la nature de la peine prévue pour la désobéissance à des ordres, la peine probable pour la désobéissance, les croyances raisonnables du subalterne type relativement à la peine, la connaissance du subalterne quant à la nature de la peine, et toutes les solutions qui s'offrent à lui pour éviter qu'elle lui soit infligée.

L'élément de la liberté morale a été, je crois, ajouté au moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur dans les cas où, bien qu'il puisse être facilement établi que les ordres étaient manifestement illégaux et que le subalterne était conscient de leur illégalité, l'accusé n'avait néanmoins d'autre choix en raison de circonstances comme la contrainte, que d'obéir aux ordres. Dans un tel cas, l'accusé n'aurait pas l'intention coupable requise.

J'ajouterais ceci aux commentaires des auteurs. Plus on descend dans la hiérarchie, plus le sentiment de contrainte de celui qui reçoit l'ordre sera grand et moins il sera vraisemblable que l'individu ait vraiment une liberté morale. Il faut se rappeler que le concept global de l'organisation militaire est dans une certaine mesure coercitif. Il faut obéir aux ordres. La question de la liberté morale sera beaucoup plus rarement soulevée dans le cas du simple soldat accusé d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité que dans le cas d'un général ou autre haut gradé.

(iii) *L'obéissance aux ordres d'un supérieur ne constituant qu'un autre élément factuel à considérer dans la détermination de la mens rea*

Certains auteurs ont conclu que l'obligation d'obéir aux ordres d'un supérieur ne devrait pas être qualifiée de moyen de défense. Il s'agit plutôt uniquement de l'une des nombreuses circonstances

examined in determining whether the accused had the guilty mind required for a conviction.

Professor Dinstein, at p. 88, states that:

... obedience to orders constitutes not a defence *per se* but only a factual element that may be taken into account in conjunction with the other circumstances of the given case within the compass of a defence based on lack of *mens rea*, that is, mistake of law or fact or compulsion.

Professor, later Sir, Hersch Lauterpacht expressed the same view in "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes" (1944), 21 *Brit. Y.B. Int'l L.* 58, stating at p. 73:

... it is necessary to approach the subject of superior orders on the basis of general principles of criminal law, namely, as an element in ascertaining the existence of *mens rea* as a condition of accountability.

Bakker, *supra*, at p. 79, also argued, that "obedience to superior orders should be just another *factual* finding in the search for evidence indicative of the actor's state of mind when carrying out orders." (Emphasis in original.)

#### (iv) *The Canadian Context*

Section 7(3.74) of the Canadian *Criminal Code* provides that:

7....

(3.74) Notwithstanding subsection (3.73) and section 15, a person may be convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection (3.71) even if the act or omission is committed in obedience to or in conformity with the law in force at the time and in the place of its commission.

Section 15 of the *Criminal Code* provides a defence against conviction when the accused acted "in obedience to the laws for the time being made and enforced by persons in *de facto* possession of the sovereign power in and over the place where the act or omission occurs".

factuelles devant être examinées pour déterminer si l'accusé avait l'intention coupable requise pour être déclaré coupable.

a Selon le professeur Dinstein, à la p. 88:

[TRADUCTION] ... l'obéissance aux ordres ne constitue pas un moyen de défense en soi, mais seulement un élément factuel dont il peut être tenu compte en conjonction avec les autres circonstances de l'affaire dans les limites d'une défense fondée sur l'absence de *mens rea*, c'est-à-dire l'erreur de droit ou de fait ou la contrainte.

Le professeur Hersch Lauterpacht, plus tard sir Hersch Lauterpacht, a exprimé la même opinion dans «The Law of Nations and the Punishment of War Crimes» (1944), 21 *Brit. Y.B. Int'l L.* 58, à la p. 73:

[TRADUCTION] ... il est nécessaire d'examiner la question des ordres d'un supérieur en se fondant sur les principes généraux du droit criminel, c'est-à-dire comme un élément qui permet de confirmer l'existence de la *mens rea* comme condition de la responsabilisation.

Bakker, *loc. cit.*, à la p. 79, a également soutenu que [TRADUCTION] «l'obéissance aux ordres d'un supérieur ne devrait être qu'une conclusion *factuelle* parmi d'autres dans la recherche d'une preuve indiquant l'état d'esprit de l'auteur au moment où il a exécuté les ordres.» (En italique dans l'original.)

#### (iv) *Le contexte canadien*

Le paragraphe 7(3.74) du *Code criminel* canadien est ainsi libellé:

7....

(3.74) Par dérogation au paragraphe (3.73) et à l'article 15, une personne peut être déclarée coupable d'une infraction à l'égard d'un fait visé au paragraphe (3.71), même commis en exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

L'article 15 du *Code criminel* offre une défense contre les déclarations de culpabilité lorsque l'accusé a agi «en exécution des lois alors édictées et appliquées par les personnes possédant *de facto* le pouvoir souverain dans et sur le lieu où se produit l'acte ou l'omission».

It is apparent that s. 7(3.74) was enacted to provide judicial discretion to deny a defence of reliance on laws such as the Baky Order. The section reflects the internationally recognized exception to the rule of international law which provides that states have a duty to refrain from intervention in the international or external affairs of other states. (See Brownlie, *supra*, at p. 291.) Without this exception, countries such as World War II Germany, whose state policy of persecution was enshrined in national legislation, could effectively claim that the matter was one of domestic concern and that the principle of sovereign integrity prevented other states from interfering with their citizens who carried out their laws which constituted crimes against humanity.

In the absence of this exception, even Hitler could have defended charges against him by claiming that he was merely obeying the law of the country. As a German citizen he too was subject to the laws of the state, and was required to comply with the legislation mandating the "Final Solution". If obedience to *de facto* law were permitted to be used as an automatic defence then not even the most despotic tyrant, the author and enforcer of the most insidious laws against humanity, could be convicted for the crimes committed under his regime. This would be an unacceptable result. Hence, Canadian courts have the discretion to convict a person of a war crime or a crime against humanity notwithstanding the existence of laws in the country where the offence was committed which justified or even required such conduct.

The defence of obedience to *de facto* law is not the same as obedience to superior orders. Although at times, the superior orders which a soldier receives may become part of the domestic legal system, this would not change the nature of the order as far as the soldier was concerned. He or she would still be obliged to follow the order unless it were manifestly unlawful. Thus, the removal of the automatic right to claim obedience

Il est évident que le par. 7(3.74) a été adopté dans le but d'investir les tribunaux du pouvoir discrétionnaire de rejeter une défense fondée sur l'application d'une règle de droit, tel le décret de Baky. Le paragraphe reprend l'exception à la règle de droit international, reconnue au niveau international, qui prévoit que les États doivent se garder d'intervenir dans les affaires internationales ou extérieures des autres États. (Voir Brownlie, *op. cit.*, à la p. 291.) Sans cette exception, les pays, comme l'Allemagne de la Seconde Guerre mondiale, dont la politique étatique de persécution a été inscrite dans la loi nationale, pourraient effectivement prétendre que la question est d'intérêt national et que le principe de l'intégrité souveraine empêche les autres États de s'en prendre à ceux de leurs citoyens qui ont obéi aux lois qui constituaient des crimes contre l'humanité.

En l'absence de cette exception, même Hitler aurait pu se défendre contre de telles accusations en prétendant s'être seulement conformé à la loi du pays. À titre de citoyen allemand, lui aussi était soumis aux lois de l'État et devait respecter la loi prescrivant la «solution finale». Si l'obéissance à la loi de facto pouvait être invoquée comme moyen de défense automatique, il serait alors impossible de déclarer coupables de crimes commis sous leur régime même les tyrans les plus despotiques, les auteurs des lois les plus insidieuses contre l'humanité et ceux qui les exécutent. Ce serait là un résultat inacceptable. Les tribunaux canadiens ont donc le pouvoir discrétionnaire de déclarer une personne coupable d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité nonobstant l'existence, dans le pays où l'infraction a été commise, de lois justifiant ou même exigeant un pareil comportement.

Le moyen de défense fondé sur l'obéissance à la loi de facto n'est pas identique à celui fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur. Bien qu'à certains moments les ordres émanant d'un supérieur puissent devenir partie d'un régime juridique interne, cela ne changerait pas la nature de l'ordre pour le soldat. Il serait toujours forcé d'obéir à l'ordre à moins que celui-ci ne soit manifestement illégal. Par conséquent, la suppression du droit

to *de facto* law does not affect the defence of obedience to superior orders.

It follows that the trial judge was correct in putting the defence of obedience to military orders to the jury. In so doing he was not permitting the respondent to plead obedience to the laws of Hungary in effect at the time of the alleged actions. He reminded the jury of the expert testimony to the effect that the respondent, as a Captain of the Gendarmerie, would have been subject to the orders of General Baky. Then he instructed the jury that the Baky Order was unconstitutional according to Hungarian law, but that their task was to determine whether a reasonable person in the respondent's position would have found that the order was manifestly illegal and whether the respondent would have had a choice to obey the order or not. The trial judge did not characterize the defence as being obedience to laws of Hungary in existence at the time of the alleged offences. Rather, it was properly characterized as obedience to military orders.

I can find no fault in these instructions. Once again the situation must be considered in its context. This was a time of war. The Russian armies were approaching the borders of Hungary. Hungary was in effect an occupied state. German forces were in command and in control of the country. No matter how unlawful the Baky Order was, it was open to the jury to find that it would be difficult to expect a Captain of the Gendarmerie to disobey that order and that to the accused the Baky Order was a military order. It was in that light that his defence of obeying an order from a superior had to be considered.

The appellant argues that the effect of s. 7(3.74), which limits the accused's right to plead obedience to *de facto* law, is to preclude the use of the peace officer defence under s. 25 of the *Criminal Code*. The thrust of this argument is that s. 25(2), which permits the accused to rely on the law notwithstanding the fact that the law may be defective, is contrary to the purpose of s. 7(3.74). However, I

automatique d'invoquer l'obéissance à la loi de facto n'a aucun effet sur le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur.

En conséquence, le juge du procès a eu raison de présenter au jury le moyen de défense fondé sur l'obéissance à des ordres militaires. Ce faisant, il ne permettait pas à l'intimé d'invoquer l'obéissance aux lois de la Hongrie en vigueur à l'époque où les actes reprochés ont été commis. Il a rappelé au jury le témoignage de l'expert suivant lequel, à titre de capitaine de la Gendarmerie, l'intimé aurait été soumis aux ordres du général Baky. Il a ensuite signalé au jury que le décret de Baky était inconstitutionnel au regard de la loi hongroise, mais que sa tâche consistait à déterminer si une personne raisonnable dans la position de l'intimé aurait conclu que ce décret était manifestement illégal, et si l'intimé aurait eu la liberté d'obéir ou non à l'ordre. Le juge du procès n'a pas mentionné qu'il s'agissait du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux lois de la Hongrie en vigueur à l'époque des infractions reprochées. Au contraire, il a qualifié le moyen à juste titre de défense fondée sur l'obéissance à des ordres militaires.

Je ne vois rien d'erronné dans ces directives. Encore une fois, il faut se replacer dans le contexte. On était en temps de guerre. Les armées russes s'approchaient des frontières de la Hongrie, qui était en fait un État occupé. Les forces allemandes étaient aux commandes du pays et le contrôlait. Peu importe l'illégalité du décret de Baky, il était loisible au jury de conclure qu'on aurait difficilement pu s'attendre à ce qu'un capitaine de la Gendarmerie désobéisse à ce décret et que, aux yeux de l'accusé, le décret de Baky était un ordre militaire. C'est sous cet angle que son moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur devait être considéré.

L'appelante soutient que le par. 7(3.74), qui limite le droit de l'accusé d'invoquer l'obéissance à la loi de facto, a pour effet d'empêcher l'utilisation du moyen de défense de l'agent de la paix prévu à l'art. 25 du *Code criminel*. Elle fonde son argument sur le fait que le par. 25(2), qui permet à l'accusé de s'appuyer sur la loi nonobstant le fait que celle-ci puisse être défectueuse, est contraire à

am of the view that the trial judge correctly interpreted the application of the peace officer defence in the context of a war crime and a crime against humanity. The purpose of s. 25(2) is to provide legal protection to a police officer, who, acting in good faith and on a reasonable belief that his or her actions are justified by law, later finds out that those actions were not authorized because the law was found to be defective.

Section 25 is akin to the defence of mistake of fact. Unless, the law is manifestly illegal, the police officer must obey and implement that law. Police officers cannot be expected to undertake a comprehensive legal analysis of every order or law that they are charged with enforcing before taking action. Therefore, if it turns out that they have followed an illegal order they may plead the peace officer defence just as the military officer may properly put forward the defence of obedience to superior orders under certain limited conditions. The qualification is that the military officer must act in good faith and must have reasonable grounds for believing that the actions taken were justified. An officer acting pursuant to a manifestly unlawful order or law would not be able to defend his or her actions on the grounds they were justified under s. 25 of the *Criminal Code*.

In the case at bar, the trial judge clearly instructed the jury that if the law was manifestly illegal, in the sense that its provisions were such that it had the factual qualities of a crime against humanity or a war crime, then the accused could not rely on the peace officer defence under s. 25 of the *Code*. The written instructions provided to the jury make it clear that the peace officer defence would not be available if a reasonable person in the accused's position would know that his or her actions had the factual quality of a crime against humanity or a war crime. The peace officer defence would be available only if the law or orders were not manifestly illegal and if the accused honestly, and on reasonable grounds, believed his actions to be justified. For example,

l'objectif du par. 7(3.74). Toutefois, je suis d'avis que le juge du procès a bien interprété l'application du moyen de défense de l'agent de la paix dans le contexte d'un crime de guerre et d'un crime contre l'humanité. Le paragraphe 25(2) vise à fournir une protection légale au policier qui, agissant de bonne foi, s'appuyant sur des motifs raisonnables et s'estimant fondé par la loi à agir ainsi, réalise ensuite que ses actes n'étaient pas autorisés, la loi ayant été jugée défectueuse.

L'article 25 s'apparente à la défense de l'erreur de fait. À moins que la loi ne soit manifestement illégale, le policier doit y obéir et la faire respecter. On ne peut s'attendre à ce que les policiers entreprennent, avant d'agir, une analyse juridique exhaustive de tous les ordres ou lois qu'ils sont tenus de faire respecter. Par conséquent, s'il appert qu'ils ont exécuté un ordre illégal, ils peuvent invoquer le moyen de défense de l'agent de la paix de la même manière que le militaire peut à juste titre invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur dans certaines conditions restreintes. La réserve tient à ce que le militaire doit agir de bonne foi et avoir des motifs raisonnables de croire que les mesures prises étaient justifiées. L'agent qui agit conformément à un ordre ou une loi manifestement illégal ne serait pas en mesure de se défendre en faisant valoir que ses actes étaient justifiés aux termes de l'art. 25 du *Code criminel*.

En l'espèce, le juge du procès a clairement indiqué au jury que, si la loi était manifestement illégale puisque, du fait de ses dispositions, elle revêtait les qualités factuelles du crime contre l'humanité ou du crime de guerre, l'accusé ne pouvait invoquer le moyen de défense de l'agent de la paix prévu à l'art. 25 du *Code*. Les directives écrites fournies au jury confirment que le moyen de défense de l'agent de la paix ne pouvait être invoqué si, placée dans la situation de l'accusé, une personne raisonnable aurait su que ses actes avaient la qualité factuelle du crime contre l'humanité ou du crime de guerre. L'accusé ne pourrait invoquer le moyen de défense de l'agent de la paix que si la loi ou les ordres n'étaient pas manifestement illégaux et que si, s'appuyant sur des motifs

the following instructions given to the jury were, in my view, entirely appropriate.

So it is very important to judge a policeman or soldier, anyone subject to military discipline with the test of whether they acted honestly and reasonably in all the circumstances at that time and in that place.

These defences are limited. They depend on honesty, they depend on reasonable conduct, they depend on not using excessive force. They aren't a licence to commit a crime. They aren't a licence if some government or some deputy minister or some under secretary of state goes off the rails and tells the policeman or soldier to do something that is clearly illegal. These defences are no licence to commit obvious crimes in the name of the government.

These instructions did not permit the accused to plead obedience to the laws of his country.

It is worth noting that s. 7(3.74) is permissive. It provides that a person may be convicted of an offence under s. 7(3.71) even if the actions were taken in conformity with *de facto* law. Thus, the existence of a law which is not manifestly unlawful and which appears to justify the conduct of the accused may, under certain conditions, be a factor to be considered in determining whether in acting under those laws the officer had the requisite guilty mind. More will be said on this issue when the constitutionality of the provisions is considered.

(B) Whether Mistake of Fact Should Have Been Put to the Jury in Conjunction With the Other Defences and With the Other Elements of the Offences

(i) Whether Mistake of Fact Can be Combined With the Military Orders and Peace Officer Defences

The appellant argues here that the trial judge improperly combined the military orders and peace officer defences with an issue going to *mens rea*, that is, mistake of fact. The appellant argues that,

raisonnables, il croyait sincèrement ses actes justifiés. Ainsi, les directives suivantes données au jury étaient à mon avis tout à fait appropriées:

[TRADUCTION] Il est donc très important de juger le policier, le soldat ou toute personne soumise à la discipline militaire, en se demandant si, dans les circonstances, à l'époque et au lieu concernés, il a agi honnêtement et raisonnablement.

Ces moyens de défense sont limités. Ils reposent sur l'honnêteté, sur le comportement raisonnable et sur l'absence de force excessive. Ils n'autorisent pas la perpétration d'un crime, ni ne permettent à un policier ou un soldat de commettre un acte manifestement illégal à la suite d'un ordre d'un gouvernement, d'un sous-ministre ou d'un sous-secrétaire d'État qui s'écarte du droit chemin. Ces moyens de défense ne cautionnent pas la perpétration de crimes évidents au nom du gouvernement.

Ces directives ne permettaient pas à l'accusé de plaider l'obéissance aux lois de son pays.

Il convient de rappeler que le par. 7(3.74) confère une faculté. Il prévoit qu'une personne peut être déclarée coupable d'une infraction visée au par. 7(3.71) même si les actes ont été commis en exécution de la loi de facto. Il peut donc, dans certains cas, être nécessaire de tenir compte de l'existence d'une loi qui n'est pas manifestement illégale et qui paraît justifier le comportement de l'accusé pour décider si, en agissant en vertu de cette loi, l'agent avait l'intention coupable requise. J'ajouterai des commentaires à cet égard au moment d'examiner la constitutionnalité de la disposition.

(B) L'erreur de fait aurait-elle dû être présentée au jury conjointement avec les autres moyens de défense et les autres éléments des infractions?

(i) L'erreur de fait peut-elle être rattachée aux moyens de défense de l'obéissance à des ordres militaires et de l'agent de la paix?

L'appelante soutient ici que le juge du procès a eu tort de joindre les moyens de défense des ordres militaires et de l'agent de la paix à une question relative à la *mens rea*, c'est-à-dire, l'erreur de fait.

in effect, the trial judge put mistake of law to the jury. The appellant further argues that the trial judge erred in incorporating into the definition of the defences, the component elements of crimes against humanity and war crimes.

I cannot accept these arguments. The trial judge correctly instructed the jury that the accused charged with an offence under s. 7(3.71) cannot claim that, although a reasonable person would in the circumstances have known that the actions allegedly performed had the factual quality of crimes against humanity or war crimes, he mistakenly thought that they were lawful and that therefore he was justified in following orders and performing the actions. If this were so then an accused could always claim the defence of obedience to military orders by stating that the illegality of the order simply did not occur to him or her at the time. This would be stretching the defence beyond all reasonable limits. If it were permitted it would require the Crown to establish that the accused knew the orders and his or her actions were manifestly unlawful.

Rather, it is sufficient if it is established that the accused was aware of the factual qualities of his or her actions, provided that the jury finds that those actions come within the definition of crimes against humanity or war crimes and that a reasonable person in his or her position would know that orders to perform such actions would be manifestly unlawful. Further, if it is established that the accused had a valid moral choice as to whether to obey the orders, the accused will not be able to avail him- or herself of the defence of obedience to superior orders regardless of what his or her personal thoughts were concerning the lawfulness of the actions. It is not a requirement that the accused knew or believed, according to his or her own moral code or knowledge of the law, that the orders and his or her actions were unlawful.

These same principles apply with respect to the peace officer defence. As the trial judge correctly stated:

Elle affirme qu'en fait, le juge du procès a présenté au jury l'erreur de droit. Il aurait également commis une erreur en intégrant aux définitions des moyens de défense les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

Je ne peux retenir ces arguments. Le juge du procès a eu raison de signaler au jury que l'individu accusé d'avoir commis une infraction visée au par. 7(3.71) ne peut prétendre que, bien qu'une personne raisonnable aurait su dans les circonstances que les actes qu'on lui reprochait d'avoir commis avaient la qualité factuelle des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre, il a cru par méprise que ces actes étaient légaux et que, par conséquent, il était fondé à exécuter les ordres et à commettre les actes. Si c'était le cas, l'accusé pourrait toujours invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance à des ordres militaires en prétendant que l'illégalité de l'ordre ne lui est simplement pas apparue à l'époque. On pousserait ainsi le moyen de défense au-delà des limites raisonnables. En outre, le ministère public devrait alors établir que l'accusé était conscient de l'illégalité manifeste des ordres et de ses actes.

Il suffit plutôt d'établir que l'accusé était conscient des qualités factuelles de ses actes, à condition que le jury conclue que ceux-ci sont visés par la définition de crime contre l'humanité ou de crime de guerre et qu'une personne raisonnable dans la situation de l'accusé aurait su que des ordres d'accomplir ces actes étaient manifestement illégaux. De plus, s'il est établi que l'accusé avait véritablement la liberté morale d'obéir ou non aux ordres, il ne pourra se prévaloir du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur, quelles qu'aient été ses opinions personnelles sur la légalité des actes. Il n'est pas nécessaire que l'accusé ait su ou cru, selon son propre code moral ou sa connaissance du droit, que les ordres et ses actes étaient illégaux.

Les mêmes principes s'appliquent au moyen de défense de l'agent de la paix. Comme le juge du procès l'a indiqué correctement:

When the order is clearly unlawful in the sense I have described it [it clearly has the factual quality of a war crime or crime against humanity], there's no defence. No peace officer is required or authorized by law to do anything that is clearly a war crime or a crime against humanity.

[TRADUCTION] Lorsque l'ordre est manifestement illégal au sens où je l'ai expliqué [il a manifestement la qualité factuelle du crime de guerre ou du crime contre l'humanité], aucune défense n'est possible. Aucun agent de la paix n'est par la loi obligé ou autorisé à commettre un acte qui constitue clairement un crime de guerre ou un crime contre l'humanité.

He was also correct in instructing the jury that when the order or law is not manifestly unlawful and the peace officer or soldier acts on reasonable grounds, he is justified in using as much force as is required for the purpose even if it is later discovered that the law was defective. He properly told the jury that "[i]f the peace officer or soldier honestly believes the law or order is lawful domestically, he acts on reasonable grounds at the time, he has a right to be wrong even if it turns out later he was, in fact, wrong". In my view, this is a correct instruction on the defence of mistake of fact in combination with the peace officer and military orders defences. Mistake of fact is applicable only in circumstances where the order (in the case of the superior orders defence) or law (in the case of the peace officer defence) is not manifestly unlawful.

Il a également signalé à juste titre au jury que, si l'ordre ou la loi ne sont pas manifestement illégaux et que l'agent de la paix ou le soldat s'appuient sur des motifs raisonnables, ils sont fondés à recourir à toute la force nécessaire même s'il est subséquentement déterminé que la loi était défectueuse. Il a eu raison de dire au jury que, [TRADUCTION] «[s]i l'agent de la paix ou le soldat croit sincèrement que la loi ou l'ordre est légal au pays, il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables à l'époque, il a le droit d'avoir tort même s'il appert par la suite qu'il avait effectivement tort». À mon avis, il s'agit là d'une directive appropriée sur le moyen de défense d'erreur de fait joint aux moyens de défense de l'agent de la paix et de l'obéissance à des ordres militaires. L'erreur de fait peut être invoquée dans les seuls cas où l'ordre (dans le cas d'une défense fondée sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur) ou la loi (dans le cas de la défense de l'agent de la paix) ne sont pas manifestement illégaux.

In my opinion the trial judge did an admirable job of combining these defences with the elements of the crimes in such a way that the jury was able to follow a logical and legally correct process of reasoning when considering their verdict.

À mon sens, le juge du procès a fait un travail remarquable en joignant ces moyens de défense aux éléments des crimes de manière que le jury soit en mesure de suivre un mode de raisonnement logique et juste du point de vue juridique au moment de considérer son verdict.

(ii) *Summary With Respect to Availability of Defences*

(ii) *Résumé des moyens de défense ouverts à l'accusé*

The defence of obedience to superior orders and the peace officer defence are available to members of the military or police forces in prosecutions for war crimes and crimes against humanity. Those defences are subject to the manifest illegality test. That is to say, the defences will not be available where the orders in question were manifestly unlawful. Even where the orders were manifestly unlawful, the defence of obedience to superior

Les membres des forces militaires ou policières peuvent invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et celui de l'agent de la paix dans des poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Ces moyens de défense sont examinés en regard du critère de l'illégalité manifeste. Ils ne peuvent donc être invoqués lorsque les ordres en question étaient manifestement illégaux. Même dans le cas où les

orders and the peace officer defence will be available in those circumstances where the accused had no moral choice as to whether to follow the orders. That is to say, there was such an air of compulsion and threat to the accused that the accused had no alternative but to obey the orders. As an example, the accused could be found to have been compelled to carry out the manifestly unlawful orders in circumstances where the accused would be shot if he or she failed to carry out the orders.

(iii) *Whether the Defences of Mistake of Fact and Obedience to Superior Orders Should Have Been Put to the Jury*

The appellant argues that the trial judge erred in putting the defences of mistake of fact and obedience to superior orders to the jury since there was no air of reality to these defences. It is said that because the accused did not testify, nor call any evidence, there was no evidence to support an inference that he mistakenly believed that the Hungarian decrees and orders, particularly the "Baky Order" and the "train schedule", authorized the actions he allegedly took. The appellant further argues that since the respondent's position was that he did not commit the offences, (with the exception of the acts of robbery which he admitted doing but claimed he believed he was authorized to perform) he could not then claim that if it was found that he had committed the offences in question, he was excused because he honestly believed his actions were lawful since he was obeying orders.

It is trite law that a trial judge must instruct the jury only upon those defences for which there is a real factual basis. A defence for which there is no evidentiary foundation should not be put to the jury (*Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220). A defence should not be put to the jury if a reasonable jury, properly instructed, would have been unable to acquit on the evidence presented in support of that defence. However, if a reasonable jury properly instructed could acquit on the basis of the evidence giving rise to the defence, then the defence must be put to the jury. It is for the trial judge to decide whether the evidence is sufficient

ordres étaient manifestement illégaux, le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et celui de l'agent de la paix pourront être invoqués si l'accusé n'avait pas la liberté morale d'y obéir ou non. C'est-à-dire que l'accusé voyait dans l'ordre un élément de contrainte ou de menace telle qu'il n'avait d'autre choix que d'y obéir. On pourrait par exemple conclure que l'accusé a été forcé d'exécuter les ordres manifestement illégaux dans le cas où, n'eût été son obéissance, il aurait été tué.

(iii) *Les moyens de défense d'erreur de fait et d'obéissance aux ordres d'un supérieur auraient-ils dû être présentés au jury?*

L'appelante soutient que le juge du procès a commis une erreur en présentant au jury les moyens de défense d'erreur de fait et d'obéissance aux ordres d'un supérieur puisque ceux-ci n'avaient aucune vraisemblance. L'accusé n'ayant ni témoigné ni présenté de preuve, soutient-elle, aucun élément de preuve ne permettait de conclure qu'il a par erreur cru que les décrets et ordonnances hongrois, en particulier le «décret de Baky» et celui relatif à l'«horaire du train», autorisaient les actes qu'il est accusé d'avoir commis. En outre, soutient l'appelante, l'intimé plaide son innocence à l'égard des infractions dont il est accusé (à l'exception des vols qualifiés, qu'il a admis avoir commis, mais avoir cru être autorisé à commettre). Il ne pourrait donc soutenir que, si on conclut qu'il a commis les infractions en question, il doit être exonéré puisque, du fait qu'il obéissait à des ordres, il a sincèrement cru que ses actes étaient légaux.

Il est bien établi en droit que le juge du procès ne doit donner de directives au jury que sur les moyens de défense véritablement fondés sur des faits. Le moyen de défense qui n'est pas appuyé par la preuve ne devrait pas être présenté au jury (*Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220). Il ne peut non plus être présenté si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées aurait été incapable d'acquitter l'accusé en regard de la preuve présentée à l'appui de ce moyen de défense. Toutefois, si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait acquitter l'accusé en se fondant sur la preuve donnant lieu

to give rise to the defence as this is a question of law (*Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Dunlop v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881). There is thus a two-stage process to be followed. The trial judge must look at all the evidence to consider its sufficiency. Then, if the evidence meets the threshold, it should be put before the jury which will weigh it and decide whether it raises a reasonable doubt. See: *Wigmore on Evidence* (1983), vol. IA, at pp. 968-69; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, at p. 276. This is all that is meant by the requirement of sufficient evidence.

I cannot accept the appellant's contention that merely because the respondent chose not to testify at trial that the defences of mistake of fact and obedience to superior orders became unavailable to him. It matters not who put forward the evidence which supports the "air of reality" test; the crucial question is whether the evidence is sufficient to support an acquittal. In my view, the respondent has correctly noted that evidence of the following circumstances was entered at trial which gave the defences of mistake of fact and obedience to superior orders an air of reality:

- (1) Finta's position in a para-military police organization;
- (2) the existence of a war;
- (3) an imminent invasion by Soviet forces;
- (4) the Jewish sentiment in favour of the Allied forces;
- (5) the general, publicly stated belief in newspapers in Hungary that the Jews were subversive and disloyal to the war efforts of Hungary;
- (6) the universal public expression in the newspapers cited by one of the witnesses of approval of the deportation of Hungarian Jews;

au moyen de défense, celui-ci doit être présenté au jury. Il appartient au juge du procès de décider si la preuve appuie le moyen de défense puisqu'il s'agit là d'une question de droit (*Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Dunlop c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881). Pour ce faire, le juge du procès doit suivre deux étapes. Il doit d'abord examiner l'ensemble de la preuve pour déterminer si elle est suffisante. Dans l'affirmative, la preuve doit être présentée au jury, qui l'appréciera et décidera si elle suscite un doute raisonnable. Voir: *Wigmore on Evidence* (1983), vol. IA, aux pp. 968 et 969; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, à la p. 276. Voilà tout ce qu'implique l'exigence d'une preuve suffisante.

Je ne peux souscrire à la prétention de l'appelante que, du seul fait que l'accusé a choisi de ne pas témoigner au procès, il ne peut se prévaloir des moyens de défense d'erreur de fait et d'obéissance aux ordres d'un supérieur. Peu importe qui présente la preuve appuyant le critère de la «vraisemblance»; la question primordiale est de savoir si la preuve est suffisante pour fonder un acquittement. À mon avis, l'intimé a à juste titre signalé que la preuve des circonstances suivantes, introduite au procès, a donné une vraisemblance aux moyens de défense d'erreur de fait et d'obéissance aux ordres d'un supérieur:

- (1) la position de Finta dans la hiérarchie policière paramilitaire;
- (2) l'état de guerre
- (3) l'invasion imminente par les forces soviétiques;
- (4) l'appui des Juifs aux forces alliées;
- (5) la croyance générale et étalée publiquement dans les journaux hongrois que les Juifs étaient subversifs et déloyaux envers les efforts de guerre de la Hongrie;
- (6) la manifestation publique, dans les journaux cités par l'un des témoins, d'une approbation générale à l'égard de la déportation des Juifs hongrois;

(7) the organizational activity involving the whole Hungarian state together with their ally, Germany, in the internment and deportation;

(8) the open and public manner of the confiscations under an official, hierarchical sanction; <sup>a</sup>

(9) the deposit of seized property with the National Treasury or in the Szeged synagogue. <sup>b</sup>

The evidence of the state of the war, that the country was occupied by German forces, the existence of state-sanctioned conduct by police officers in a state of emergency, and the imminent invasion by the Soviet army which was but 100 km from Szeged was sufficient in my view to give an air of reality to the defence of obedience to superior orders. The evidence from the newspapers of public approval for the deportation, and the open manner in which the confiscations took place could have supported the defence of mistaken belief that the orders to undertake the actions which gave rise to the charges against the respondent were lawful. <sup>e</sup>

Although the respondent only admitted to having taken the property of those people confined in the brickyard, the jury could have found that the respondent aided and abetted the deportation and internment. The fact that the respondent only admitted to confiscating the property did not mean that the jury would believe that that was all he did. Thus, the defenses were properly put to the jury on this basis. Additionally, a war crime and a crime against humanity may be committed by omission as well as by acts. If the jury found that the respondent had committed a war crime or a crime against humanity by having knowledge of the unlawful confinement and kidnapping and doing nothing to stop it, the respondent would be entitled to have the defences put before the jury. Thus, the defences may have been applicable to all counts depending on how the jury viewed the facts. Since there was an air of reality to the defences the trial judge acted properly in putting them to the jury. <sup>j</sup>

(7) l'activité organisationnelle impliquant l'État hongrois entier de même que son alliée, l'Allemagne, dans l'internement et la déportation;

(8) la façon manifeste et publique dont les confiscations ont été effectuées en vertu d'une sanction officielle et hiérarchique;

(9) le dépôt des biens saisis auprès du Trésor national ou dans la synagogue de Szeged.

La preuve portant sur l'état de guerre, l'occupation du pays par les forces allemandes, le comportement des policiers autorisé par l'État dans une situation d'urgence et l'invasion imminente par l'armée soviétique, qui n'était qu'à 100 km de Szeged, était à mon avis suffisante pour donner une vraisemblance au moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur. La preuve, tirée des journaux, relative à l'approbation publique de la déportation et à la manière publique dont les confiscations ont été effectuées, aurait pu appuyer le moyen de défense fondé sur la croyance erronée que les ordres de commettre les actes que l'intimé est accusé d'avoir commis étaient légaux.

Bien que l'intimé ait seulement admis avoir confisqué les biens des gens séquestrés à la briqueterie, le jury aurait pu conclure que l'intimé avait apporté aide et encouragement à la déportation et à la séquestration. Le fait que l'intimé ait seulement admis avoir confisqué les biens ne signifiait pas que le jury croirait qu'il n'avait rien fait d'autre. Par conséquent, les moyens de défense ont été à juste titre présentés au jury sur ce fondement. De plus, un crime de guerre et un crime contre l'humanité peut être commis tant par action que par omission. Si le jury avait conclu que l'intimé a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité du fait que, conscient de la séquestration et de l'enlèvement, il n'a rien fait pour l'empêcher, l'intimé aurait droit à ce que les moyens de défense soient présentés au jury. Ainsi, les moyens de défense étaient peut-être applicables relativement à tous les chefs d'accusation, suivant la façon dont le jury considérerait les faits. Les moyens de défense ayant une vraisemblance, le juge du procès a bien agi en les présentant au jury.

(4) *Inflammatory Address*

The trial of this matter was long and complex. It raised issues of a highly emotional and deeply troubling nature. In this context it is perhaps understandable that both defence and Crown counsel made inappropriate remarks to the jury. Among these were suggestions by defence counsel that the jury should stop what was described as the application of "diabolical" legislation. However, in my view, the errors made by both lawyers were satisfactorily corrected by the trial judge in his charge to the jury. For example, in order to correct the suggestion made by defence counsel that the jury could choose to ignore the law the trial judge stated:

If I make a mistake, it can and will be corrected. If you make a mistake it probably can't be corrected. That is why your task is so important.

The defence counsel in his address predicted accurately I would say something like that. Defence counsel said something that needs to be corrected. He said that that position I just expressed to you is one that most people in hierarchies of command rely on. He said that position is similar to the military where a captain follows the order from a lieutenant-colonel, relying on his superiors, in public acts like the entrainment, and each of us relies on the government's judgment of authority, which might later on turn out to be wrong.

Now, that wasn't a very helpful comparison. You make up your own mind whether a reasonable person in the position of the accused can honestly believe the Baky order or the train schedule order were lawful and did not involve racial or religious persecution or inhumane acts. Don't get the idea you are following orders or I am following orders. There is all the difference in the world between someone following government orders and someone like you and me who has a duty to apply the law in all due process and all the principles of fundamental justice and all the rights of the accused.

You are not following orders in this case from anyone and neither am I. You are independent and so am I. You are judges. We do not follow any orders. We go wherever the path of the law takes us. No matter whether we

(4) *L'exposé incendiaire*

L'audition de la présente affaire a été longue et complexe. Elle comportait des questions très émotives et profondément troublantes. Dans ce contexte, il est peut-être compréhensible que l'avocat de la défense et le substitut du procureur général aient tous deux fait des remarques inappropriées au jury. L'avocat de la défense a notamment laissé entendre que le jury devait mettre un frein à ce qui a été qualifié d'application d'une loi «diabolique». À mon avis, toutefois, le juge du procès a suffisamment corrigé les erreurs des deux avocats dans son exposé au jury. Par exemple, pour neutraliser le commentaire de l'avocat de la défense laissant entendre que le jury pouvait choisir de ne pas tenir compte de la loi, le juge du procès a indiqué:

[TRADUCTION] Si je commets une erreur, elle peut être corrigée, et elle le sera. En revanche, si vous commettez une erreur, il ne pourra probablement pas y être remédié. C'est pourquoi votre tâche est si importante.

Dans son exposé, l'avocat de la défense a prédit avec justesse que je dirais quelque chose de ce genre. Il a dit quelque chose qui doit être corrigé. Il a dit que la position dont je viens de vous faire part est celle sur laquelle la plupart des personnes faisant partie d'une structure hiérarchique se fondent. Selon lui, cette position est semblable à celle de l'organisation militaire, où le capitaine exécute l'ordre du lieutenant-colonel, qui se fie à ses supérieurs hiérarchiques, dans l'exécution d'actes publics comme l'embarquement, et chacun de nous se fie au jugement d'autorité du gouvernement, qui subséquemment pourrait se révéler incorrect.

Cette comparaison n'est guère utile. Vous décidez vous-même si une personne raisonnable dans la situation de l'accusé a pu croire sincèrement que le décret de Baky et celui relatif à l'horaire des trains étaient légaux et n'entraînaient ni persécution raciale ou religieuse ni acte inhumain. Ne croyez pas que vous exécutez des ordres, ou que j'en exécute. Il y a une énorme différence entre une personne qui exécute les ordres du gouvernement et quelqu'un, comme vous et moi, qui a le devoir d'appliquer la loi de façon régulière, de même que les principes de justice fondamentale et les droits de l'accusé.

En l'espèce, vous n'obéissez aux ordres de personne, ni moi non plus. Vous êtes indépendants, tout comme moi. Vous êtes les juges. Nous n'obéissons à aucun ordre. Nous allons là où le sentier de la loi nous conduit,

think it will please someone in authority or displease someone in authority. Your sense of responsibility and [mine] come from our oaths, our knowledge that what we do is the right thing. None of us, you or I, are following government orders. We are going down the path of the law as interpreted by the independent courts of this country. It isn't helpful to draw a parallel between someone following government orders and independent judges like you and me.

With regard to defence counsel's descriptions of the *Code* provisions as "diabolical", the trial judge stated:

Defence counsel called diabolical the law which you have a sworn duty to apply. He is entitled to his opinion but I am not sure how helpful his opinion is in the difficult duty you have to perform. It really isn't relevant to your judicial task what you think of the wisdom of the law. As to its fundamental fairness under our constitution, this court, in this case, has given this law a clean bill of health and has said it does comply with the principles of fundamental justice.

You are here to judge the accused; you are not here to judge the law. Judges do judge the law in this country in a system with a lot of safeguards. In Canada courts do not leave it to the government or parliament to decide whether the law conforms with the principles of fundamental justice. I am not here to defend the law and I am not here to criticise the law. Because you heard it criticized as a diabolical law, I think you are entitled to know this court has ruled the law, which you took the oath to apply, the defence counsel calls diabolical, is constitutionally valid. This court in this case has ruled this law complies with the principles of fundamental justice and our higher courts provide a further safeguard to the accused on that issue.

The trial judge went on to correct the statements made by defence counsel that the jurors might at some point find themselves on trial for persecution of the accused. He spoke at some length, and in clear and unequivocal terms instructed the jury that they were not to take into consideration any other concerns. They were simply to determine whether the evidence established the accused's guilt beyond a reasonable doubt.

peu importe que nous pensions que cela plaira ou non à une personne en situation d'autorité. Notre sens des responsabilités naît de nos serments, du fait que nous savons que ce que nous faisons est juste. Aucun d'entre nous, ni vous ni moi, n'obéissons aux ordres du gouvernement. Nous suivons le sentier de la loi tracé par les tribunaux indépendants du pays. Il ne sert à rien d'établir un parallèle entre une personne qui obéit aux ordres du gouvernement et des juges indépendants comme vous et moi.

En ce qui concerne les commentaires de l'avocat de la défense qualifiant les dispositions du *Code* de «diaboliques», le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] L'avocat de la défense a qualifié de diabolique la loi que vous avez juré d'appliquer. Il a droit à son opinion, mais je doute de l'utilité de celle-ci en regard de la tâche difficile qui vous attend. Votre opinion sur la sagesse de la loi n'est pas vraiment utile à votre fonction judiciaire. Quant à l'équité fondamentale de la loi en regard de notre constitution, notre tribunal a en l'espèce donné son approbation à cette loi et indiqué qu'elle respectait les principes de justice fondamentale.

Vous êtes ici pour juger l'accusé. Vous n'êtes pas ici pour juger la loi. Au Canada, les juges se prononcent sur la loi dans le cadre d'un système pourvu de nombreuses garanties. Les tribunaux canadiens ne laissent pas au gouvernement ni au législateur la tâche de décider si la loi est conforme aux principes de justice fondamentale. Mon rôle n'est pas de défendre la loi ni de la critiquer. Vous avez entendu quelqu'un la qualifier de diabolique; j'estime que vous devez savoir que notre cour a confirmé la constitutionnalité de la loi que vous avez juré d'appliquer et que l'avocat de la défense qualifie de diabolique. En l'espèce, notre cour a déterminé que la loi en cause respecte les principes de justice fondamentale, et nos tribunaux supérieurs fournissent une garantie supplémentaire à l'accusé à cet égard.

Le juge du procès a ensuite corrigé les déclarations faites par l'avocat de la défense suivant lesquelles les jurés pourraient à leur tour être jugés pour avoir persécuté l'accusé. Le juge a parlé longuement et, en des termes clairs et sans équivoque, il a indiqué aux jurés qu'ils ne devaient tenir compte d'aucune autre considération. Ils devaient simplement déterminer si la preuve établissait hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé.

In further response to the inappropriate comments on the part of defence counsel he stated: "Your oath requires you to deliver a just and fair verdict on the law and the evidence and not to send a message to one side or the other in some dispute in this country or some other country about what policy should be followed in respect of the suspected war crimes or crimes against humanity". The trial judge's instructions to the jury were clear and unambiguous. They would have greatly assisted the jurors to focus on the task before them and to reach a verdict based solely on the evidence. He discounted any suggestions on the part of defence counsel that the jury ought to take any other improper considerations into account in making their decision.

He also commented on Crown counsel's treatment of some of the evidence in these terms:

While I am on the subject of counsels' addresses, let me also say it didn't seem to me helpful for Crown counsel to refer to the degrading body searches carried out upon the women in the ghetto or other places, or to the cruel comments by that gendarme captain Dr. Uray at a meeting in Munkacs, that the accused did not attend, about putting 100 people in the boxcar packed like sardines and those who couldn't take it, would perish. There isn't a scrap of evidence here, the accused had anything to do with any body searches or he attended that meeting that Dr. Uray made that comment at or that he knew about the comment or heard about it or agreed with it or was even aware of it.

It is most important in this case to separate in your minds the things the accused knew and the things he didn't know and not to attribute to him personally those things about which he personally knew nothing.

Unfortunate statements were indeed made by counsel for the respondent. They were unprofessional and prejudicial. Yet at the conclusion of the jury addresses the trial judge very carefully instructed the jury with regard to all the significant prejudicial statements made by counsel for the respondent. At the conclusion of a long, difficult,

En réponse aux commentaires déplacés de l'avocat de la défense, le juge du procès a également indiqué: [TRADUCTION] «Votre serment vous oblige à prononcer un verdict juste et équitable en fonction de la loi et de la preuve, et non pas à indiquer à une partie ou l'autre dans un litige ici ou à l'étranger quelle politique doit être suivie à l'égard des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité allégués». Les directives du juge du procès au jury étaient claires et non équivoques. Elles pouvaient grandement aider les jurés à se limiter à la tâche qui leur incombait et à rendre un verdict fondé uniquement sur la preuve. Le juge du procès a discrédité toute suggestion de la part de l'avocat de la défense concernant d'autres considérations non pertinentes dont le jury devrait tenir compte pour rendre sa décision.

Il a également commenté la façon dont le substitut du procureur général a traité la preuve:

[TRADUCTION] Puisqu'il est question des exposés des avocats, laissez-moi également vous signaler qu'il m'a semblé inutile que le substitut du procureur général renvoie aux fouilles corporelles dégradantes effectuées sur les femmes dans le ghetto ou ailleurs, ou aux commentaires cruels d'un capitaine de la gendarmerie, le Dr Uray, faits lors d'une réunion tenue à Moukatchevo, à laquelle l'accusé n'a pas assisté, sur le fait d'embarquer 100 personnes dans un wagon de sorte qu'elles y soient entassées comme des sardines et que celles qui ne peuvent s'y faire périssent. Il n'y a en l'espèce pas la moindre preuve que l'accusé ait été impliqué dans les fouilles corporelles, qu'il ait assisté à la réunion où le Dr Uray a fait ce commentaire, qu'il ait été au courant du commentaire, qu'il en ait entendu parler, y ait souscrit ou même qu'il en ait été conscient.

Il est primordial en l'espèce de distinguer dans votre esprit les choses que l'accusé savait et les choses qu'il ne savait pas et de ne pas lui attribuer personnellement les choses au sujet desquelles il ne savait rien personnellement.

L'avocat de l'intimé a effectivement fait des déclarations regrettables, dénuées de professionnalisme et préjudiciables. Toutefois, à la fin des exposés au jury, le juge du procès lui a donné des directives très minutieuses sur toutes les déclarations préjudiciables importantes faites par l'avocat de l'intimé. Au terme d'un procès long et difficile

and emotional trial it is only natural that a jury would turn to a trial judge as the impartial arbiter for instructions and directions with regard to the case. In this case their trust was well placed. The jury received from the unbiased arbiter, clear, unequivocal directions pertaining to all the improper statements of counsel for the accused. It is those instructions that they would hear last and take with them to the jury room and rely upon during the course of their deliberations. The final instructions of the trial judge are rightly assumed to be of great significance to the jury. That is why these directions are carefully reviewed by appellate courts. Here those instructions were sufficient to rectify any prejudicial effect that may have been caused by the unfortunate statements of counsels in their addresses.

Neither counsel was a model of perfection in his address to the jury, although I hasten to add that the remarks of the counsel for the respondent were far more prejudicial. Nonetheless the directions given by the trial judge pertaining to the counsels' addresses remedied any prejudice that might have arisen.

#### (5) *Admissibility of the Evidence of Dallos*

The evidence of Dallos came in two forms. The first was a deposition given by him to the Hungarian state police in Szeged on January 16, 1947. On that occasion, Dallos was told of his obligation to tell the truth and advised that he might have to confirm his testimony by oath. Dallos testified that the Commandant of the Gendarmerie guarding the Jews confined in the brickyard was a man by the name of Bodolay. Captain Finta, he said, was in charge of those detained and the taking of their possessions.

The second was a statement made before the People's Tribunal of Szeged in the form of a deposition, in which he stated again that Bodolay was in charge of the brick factory along with another man by the name of Narai. Neither form of evidence was subject to cross-examination. Both contained hearsay. The majority of the Court of Appeal observed that there is an element of fair-

qui a soulevé les passions, il est bien naturel que le jury se tourne vers le juge du procès comme arbitre impartial pouvant lui donner des directives relatives à l'affaire. En l'espèce, le jury a placé sa confiance entre bonnes mains. Il a reçu de l'arbitre impartial des directives claires et non équivoques concernant toutes les déclarations inappropriées de l'avocat de l'accusé. Ce sont ces directives qu'il a entendu en dernier, qu'il a gardé à l'esprit une fois dans la salle du jury et sur lesquelles il s'est appuyé au cours de ses délibérations. Les directives finales du juge du procès sont à bon droit présumées revêtir une grande importance pour le jury. C'est pourquoi elles sont minutieusement examinées par les cours d'appel. En l'espèce, les directives permettaient de rectifier tout effet préjudiciable qui aurait pu découler des déclarations regrettables des avocats dans leurs exposés.

Ni l'un ni l'autre avocat n'a été un modèle de perfection dans son exposé au jury. Je m'empresse toutefois d'ajouter que les remarques de l'avocat de l'intimé étaient beaucoup plus préjudiciables. Néanmoins, les directives du juge du procès concernant les exposés des avocats ont remédié à tout préjudice qui aurait pu en découler.

#### (5) *L'admissibilité du témoignage de Dallos*

Le témoignage de Dallos s'est présenté sous deux formes, la première étant une déposition donnée à la police d'État hongroise à Szeged le 16 janvier 1947. Dallos fut alors avisé de son obligation de dire la vérité et de la possibilité qu'il doive confirmer son témoignage sous serment. Il a témoigné que le commandant de la gendarmerie qui surveillait les Juifs séquestrés à la briqueterie était un nommé Bodolay. Le capitaine Finta, a-t-il affirmé, était responsable des détenus et de la confiscation de leurs biens.

La deuxième forme du témoignage consistait en une déposition faite par Dallos devant le tribunal du peuple de Szeged, dans laquelle il a déclaré de nouveau que Bodolay, de même qu'un homme appelé Narai, étaient à la tête de la briqueterie. Les deux témoignages, qui contenaient du oui-dire, n'ont jamais été soumis à un contre-interrogatoire. La Cour d'appel à la majorité a fait remarquer

ness arising from the right of confrontation implicit in the adversarial system. However, the majority held that the trial judge did not err in admitting the evidence in light of this Court's judgment in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. The majority determined that the requirement of necessity was clearly met in this case as the declarant was dead. It also determined that Dallos' statement had the requisite *indicia* of reliability. It noted, at p. 136:

The statements were made on a solemn occasion, somewhat akin to a court proceeding, by a person adverse to the party seeking to tender the statement. They appear to have been made by a person having peculiar means of knowledge of the events described in the statement, and the statements themselves distinguish between events within Dallos' personal knowledge and events about which he had merely received information from others.

The majority also determined that the fact that the statements were officially recorded and preserved favoured their admissibility. It held that cross-examination could shed little light on the truth of what Dallos said since only he could testify to that. On this issue they observed, at p. 136:

The cross-examination of which the Crown says it was deprived could only clarify what was said by Dallos. As in the case of a business record, there is little reason here to doubt the accuracy, as opposed to the truth, of what Dallos is reported to have said.

Finally, the majority held that the exception to the hearsay rule in the form of statements made against penal interest by a person who is unavailable could only be invoked by the defence. It concluded that it would be unfair to allow the Crown to prosecute an accused today with the assistance of evidence which had been in existence for some 46 years and which the accused was not given the opportunity to challenge.

qu'un élément d'équité découle du droit implicite du système contradictoire de confronter le témoin. Les juges majoritaires ont toutefois conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en admettant le témoignage sur le fondement de la décision de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. La majorité a également conclu que, l'auteur de la déclaration étant décédé, l'exigence de nécessité était clairement respectée, et que la déclaration de Dallos possédait l'indice nécessaire de fiabilité. Elle a dit à la p. 136:

[TRADUCTION] Les déclarations ont été faites lors d'une occasion solennelle, quelque peu semblable à une instance judiciaire, par une personne opposée à la partie cherchant à produire la déclaration. Elles semblent avoir été faites par une personne possédant une connaissance particulière des événements décrits dans la déclaration. De plus, les déclarations elles-mêmes établissent une distinction entre les événements qui se situent dans les limites de la connaissance personnelle de Dallos et les événements au sujet desquels des tiers lui avaient communiqué des renseignements.

La majorité a également déterminé que le fait que les déclarations aient été officiellement enregistrées et conservées privilégiait leur admissibilité. Elle a conclu que le contre-interrogatoire ne pourrait jeter que peu de lumière sur la vérité des propos de Dallos puisque lui seul pouvait en témoigner. Sur cette question, la majorité a conclu, à la p. 136:

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire dont le ministère public a prétendu être privé ne pourrait clarifier les propos de Dallos. Comme dans le cas d'un dossier d'entreprise, il n'y a guère de raison en l'espèce de douter de l'exactitude, par opposition à la vérité, des propos que Dallos aurait tenus.

Enfin, la majorité a conclu que seule la défense peut invoquer l'exception à la règle du oui-dire sous la forme de déclarations faites contre l'intérêt pénal par une personne qui ne peut témoigner. Les juges majoritaires ont conclu qu'il serait injuste de permettre au ministère public de poursuivre un accusé aujourd'hui avec l'aide d'une preuve ayant existé pendant quelque 46 ans, sans accorder à l'accusé la possibilité de la contester.

In *R. v. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356, Martin J.A. stated that there is a need for a flexible application of some rules of evidence in order to prevent a miscarriage of justice. He said at p. 378: "It seems to me that a court has a residual discretion to relax in favour of the accused a strict rule of evidence where it is necessary to prevent a miscarriage of justice and where the danger against which an exclusionary rule aims to safeguard does not exist." His words are particularly apposite to this case.

In *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, at p. 57, the Ontario Court of Appeal held that the rules of evidence were properly relaxed in order to permit a question to be asked of a witness the answer to which constituted inadmissible hearsay. This was permitted because to do otherwise would have denied the accused the right to make full answer and defence, a right encompassed in the term "fundamental justice" now enshrined in s. 7 of the *Charter*.

In *R. v. Khan*, *supra*, this Court observed that in recent years courts have adopted a more flexible approach to the hearsay rule, rooted in the principles and the policies underlying the hearsay rule, rather than in the narrow strictures of the traditional exceptions. The requirements for the admission of hearsay evidence are that it be necessary and reliable. Necessity may be present where no other evidence is available. The testimony may be found to be reliable when the person making the statement is disinterested, and the statement is made before any litigation is undertaken. It is also helpful if the declarant is possessed of a peculiar or special means of knowledge of the event. See also *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740. The evidence of Dallos meets all these criteria and was therefore admissible.

I agree with the majority of the Court of Appeal that there was a firm foundation supporting the trial judge's ruling that the evidence of Dallos was admissible. The importance of putting all relevant and reliable evidence that is available before the

Dans l'arrêt *R. c. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356, le juge Martin de la Cour d'appel a dit qu'il était nécessaire d'appliquer avec souplesse certaines règles de preuve afin d'éviter qu'une erreur judiciaire soit commise. Il a dit à la p. 378: [TRADUCTION] «Il me semble qu'un tribunal a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'assouplir en faveur de l'accusé une règle de preuve stricte lorsque cela est nécessaire pour éviter une erreur judiciaire et lorsque le danger que la règle d'exclusion est destinée à prévenir n'existe pas.» Ses propos sont particulièrement appropriés en l'espèce.

Dans l'arrêt *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, à la p. 57, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les règles de preuve étaient à juste titre assouplies afin de permettre qu'une question, dont la réponse constituait du ouï-dire inadmissible, soit posée à un témoin. La question fut permise parce que le contraire aurait privé l'accusé de son droit à une défense pleine et entière, un droit visé par la «justice fondamentale» maintenant garantie par l'art. 7 de la *Charte*.

Dans l'arrêt *R. c. Khan*, précité, notre Cour a signalé qu'au cours des dernières années, les tribunaux ont adopté en regard de la règle du ouï-dire une attitude plus souple, fondée sur les principes et les politiques qui sous-tendent la règle du ouï-dire plutôt que sur les restrictions étroites des exceptions traditionnelles. Pour être admissible, la preuve par ouï-dire doit être à la fois nécessaire et fiable. Elle peut s'avérer nécessaire lorsqu'il n'existe aucune autre preuve. Le témoignage pourra être jugé fiable lorsque l'auteur de la déclaration est désintéressé et que la déclaration est faite avant que toute poursuite soit engagée. Le témoignage est également utile si l'auteur de la déclaration possède une connaissance particulière ou spéciale des événements. Voir aussi *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. Le témoignage de Dallos respectant tous ces critères, il était par conséquent admissible.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel à la majorité que la décision du juge du procès d'admettre le témoignage de Dallos était bien fondée. L'importance de présenter au juge des faits tous les éléments de preuve pertinents et fiables existants afin

trier of fact in order to provide the clearest possible picture of what happened at the time of the offences is indisputable. It would have been unfair to have deprived the respondent of the benefit of having all relevant, probative and reliable evidence before the jury. This is particularly true of evidence that could be considered to be helpful to his position.

(6) *Trial Judge's Calling Evidence of Dallos, Kemeny and Ballo Himself*

The trial judge found that the evidence of Dallos was essential to the narrative as he was in a unique position to observe directly the command structure in the brickyard.

With respect to the evidence of Ballo and Kemeny, the trial judge ruled that their evidence was essential to the unfolding of the narrative on which the prosecution was based. In his decision to call the evidence himself he also considered their evidence to be significant in relation to the confinement, to the question as to who was in command of the brickyard, and to the quality of evidence of the other survivors who testified that Finta was the commander. Additionally, he considered the fact that the evidence of Kemeny and Ballo could potentially support an inference quite different from that left by all the other survivors. Kemeny was the only living witness who, as one of the Jewish leaders, was involved in the administrative centre of the brickyard, including the preparation of the list of names of those who were to be deported from the brickyard. The transcript of her testimony at Finta's trial in Hungary revealed that she could not identify Finta as the commander of the brickyard. Indeed, she went further and said that she never heard his name. Ballo was the only witness who testified regarding the house in the area of the brickyard, guarded by a Gendarme, in which a German officer had his seat. This could have been viewed by a jury as strong evidence that the commander of the brickyard was a German officer.

qu'on ait un portrait des plus précis des événements à l'époque des infractions est indiscutable. Il aurait été injuste de priver l'intimé de l'avantage que tous les éléments de preuve pertinents, probants et fiables soient présentés au jury. C'est particulièrement vrai de la preuve qui pourrait être jugée utile à sa cause.

(6) *Les témoignages de Dallos, Kemeny et Ballo produits par le juge du procès lui-même*

Le juge du procès a conclu que le témoignage de Dallos était essentiel au récit puisque, grâce à sa situation unique, ce témoin a pu observer lui-même la hiérarchie de commandement mise en place à la briqueterie.

En ce qui concerne les témoignages de Ballo et de Kemeny, le juge du procès a déclaré qu'ils étaient essentiels quant au déroulement du récit sur lequel la poursuite était fondée. Sa décision de présenter lui-même les témoignages était également fondée sur leur importance relativement à la séquestration, à la question de savoir qui était aux commandes de la briqueterie et à la qualité des dépositions des autres survivants qui ont témoigné que Finta était le commandant. En outre, le juge du procès a tenu compte du fait que les témoignages de Kemeny et de Ballo pouvaient éventuellement permettre de tirer une conclusion très différente de celle découlant de la déposition des autres survivants. Kemeny est le seul témoin survivant qui, à titre de dirigeante juive, travaillait au centre administratif de la briqueterie, notamment à la préparation de la liste des noms de ceux qui devaient être déportés à partir de la briqueterie. La transcription du témoignage qu'elle a donné lors du procès de Finta en Hongrie a révélé qu'elle n'avait pu identifier Finta comme le commandant de la briqueterie. En fait, elle est allée plus loin en ajoutant qu'elle n'avait jamais entendu son nom. Ballo était le seul à avoir témoigné sur la maison sise près de la briqueterie, gardée par un gendarme, qui était le siège d'un officier allemand. Cet élément aurait pu être considéré par le jury comme une preuve convaincante que le commandant de la briqueterie était un officier allemand.

The majority of the Court of Appeal held that the evidence of Dallos, Kemeny and Ballo should not have been called by the trial judge, as he was moved to proceed in this way in order to preserve the right of the defence to address the jury last. With respect, I disagree. In a case such as this where the evidence of witnesses is based on events that occurred over 45 years ago, it is essential that all evidence which is relevant, probative and relatively reliable be admitted. The jury must have the benefit of all the testimony pertaining to events which occurred at the time of the alleged offences. Furthermore, it would have been manifestly unfair if the jury had returned a verdict of guilty without having considered the available evidence which suggested that Finta was not the commander of the brickyard. Since such a possibility existed, the trial judge correctly decided to call the evidence on his own behalf since both sides refused to call the evidence themselves. In my view, this was entirely appropriate. What happened to the Jewish people in Hungary was despicably cruel and inhumane. Yet those who are charged with those fearful crimes are entitled to a fair trial. It is the fundamental right of all who come before the courts in Canada. In order to ensure a fair trial for Finta, the evidence of these witnesses had to be presented to the jury.

The evidence was admissible. It was important in determining the outcome of this case. It was known to be available to the court. If a miscarriage of justice was to be avoided then the trial judge was bound to call this evidence. I can see no alternative to that decision. This is one of those rare cases where the residual discretion resting with a trial judge to call witnesses was properly exercised.

#### (i) Canadian and English Law

It has long been recognized in Canada and in England that in criminal cases a trial judge has a limited discretion to call witnesses without the consent of the parties. This step may be taken if, in the opinion of the trial judge it is necessary for the discovery of truth or in the interests of justice. This

La Cour d'appel à la majorité a conclu que les témoignages de Dallos, Kemeny et Ballo n'auraient pas dû être produits par le juge du procès puisqu'il a été incité à procéder ainsi afin de préserver le droit de la défense de s'adresser au jury en dernier. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Dans un cas comme la présente affaire, où les dépositions des témoins sont fondées sur des événements qui se sont déroulés il y a plus de 45 ans, il est essentiel que tous les éléments de preuve pertinents, probants et relativement fiables soient admis. Le jury doit avoir le bénéfice de tous les témoignages portant sur les événements qui se sont déroulés à l'époque des infractions reprochées. En outre, il aurait été manifestement injuste que le jury prononce un verdict de culpabilité sans avoir considéré la preuve qui laissait entendre que Finta n'était pas le commandant de la briqueterie. Comme cette possibilité existait, le juge du procès a eu raison de décider de présenter les témoignages lui-même puisque les deux parties refusaient de le faire. À mon avis, sa décision était tout à fait fondée. Les Juifs en Hongrie ont subi des traitements basement cruels et inhumains. Ceux qui sont accusés d'avoir commis ces crimes affreux ont néanmoins droit à un procès équitable. C'est le droit fondamental de tous ceux qui sont jugés par les tribunaux canadiens. Pour garantir un procès équitable à Finta, il était donc nécessaire de présenter au jury les dépositions de ces témoins.

Les témoignages étaient admissibles. Ils étaient importants quant à l'issue de la présente affaire. La cour savait qu'ils existaient. Pour éviter toute erreur judiciaire, le juge du procès devait citer ces témoignages. Je ne vois aucune autre solution. Il s'agit de l'un des rares cas où le pouvoir discrétionnaire résiduel conféré au juge du procès de citer des témoins a été exercé correctement.

#### (i) Le droit canadien et le droit anglais

Il est depuis longtemps reconnu au Canada et en Angleterre qu'en matière criminelle, le juge du procès est investi du pouvoir discrétionnaire limité de citer des témoins sans le consentement des parties. Il peut prendre cette mesure si, à son avis, la recherche de la vérité ou l'intérêt de la justice

discretion is justified in criminal cases because "the liberty of the accused is at stake and the object of the proceedings is to see that justice be done as between the accused and the state" (Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 826).

The discretion should only be exercised rarely and then with extreme care, so as not to interfere with the adversarial nature of the trial procedure or prejudice the accused. It should not be exercised after the close of the defence case, unless the matter was one which could not have been foreseen. (See Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 826; Peter K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988), at para. 27:10830 "Right of judge to call witnesses", at pp. 27-15 and 27-16; *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 266-68; *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at pp. 219-20; Archbold, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (45th ed. 1993), at p. 1/555; see also annotation by Philip C. Stenning, "One Blind Man To See Fair Play": The Judge's Right To Call Witnesses" (1974), 24 C.R.N.S. 49, and Michael Newark and Alec Samuels, "Let the Judge Call the Witness", [1969] *Crim. L. Rev.* 399.)

There is very little case law on how the discretion should be exercised. In his annotation, *supra*, Stenning enumerates seven propositions derived from English case law. These propositions were cited with approval as correctly stating the Canadian law in *Campbell v. The Queen* (1982), 31 C.R. (3d) 166 (P.E.I.S.C.), at pp. 172-75, *per* Campbell J., and in *R. v. S. (P.R.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 109 (Ont. H.C.), *per* McKinlay J. (as she then was), affirming decision of Kurisko Dist. Ct. J. A summary of these propositions is as follows:

1. The trial judge may call a witness not called by either the prosecution or the defence, and without the consent of either the prosecution or the defence, if in his opinion this course is necessary in the interest of justice: *R. v. Harris* (1927), 20 Cr. App. R. 86 at p. 89

l'exigent. En matière criminelle, ce pouvoir discrétionnaire est justifié parce que [TRADUCTION] «la liberté de l'accusé est en jeu et l'instance vise à ce que justice soit rendue à l'égard de l'accusé et de l'État» (Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 826).

Le pouvoir discrétionnaire ne devrait être exercé que rarement et, alors, avec une extrême prudence afin de ne pas entraver la nature contradictoire du procès ou de ne pas causer de préjudice à l'accusé. Il ne devrait être exercé, lorsque la présentation de la preuve de la défense est terminée, que si la question n'aurait pu être prévue. (Voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 826; Peter K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, (3<sup>e</sup> éd. 1988), au par. 27:10830 «Right of judge to call witnesses», aux pp. 27-15 et 27-16; *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 266 à 268; *Phipson on Evidence* (14<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 219 et 220; Archbold, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (45<sup>e</sup> éd. 1993), à la p. 1/555; voir également les commentaires de Philip C. Stenning, ««One Blind Man To See Fair Play»: The Judge's Right To Call Witnesses» (1974), 24 C.R.N.S. 49, et Michael Newark et Alec Samuels, «Let the Judge Call the Witness», [1969] *Crim. L. Rev.* 399.)

Il existe très peu de jurisprudence portant sur la façon d'exercer le pouvoir discrétionnaire. Dans ses commentaires, *loc. cit.*, Stenning énumère sept propositions nées de la jurisprudence anglaise. Au motif qu'elles reflétaient fidèlement le droit canadien, ces propositions ont été reprises avec approbation dans les arrêts *Campbell c. The Queen* (1982), 31 C.R. (3d) 166 (C.S.Î.P.-É.), aux pp. 172 à 175, le juge Campbell, et *R. c. S. (P.R.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 109 (H.C. Ont.) le juge McKinlay (maintenant juge de la Cour d'appel), confirmant la décision du juge Kurisko de la Cour de district. Voici un résumé de ces propositions:

1. Le juge du procès peut citer un témoin que ni la poursuite ni la défense n'a cité, et sans leur consentement, s'il est d'avis que l'intérêt de la justice l'exige: *R. c. Harris* (1927), 20 Cr. App. R. 86, à la p. 89 (B.R.); *R. c. Holden* (1838), 8 Car. & P. 606, 173 E.R.

- (K.B.); *R. v. Holden* (1838), 8 Car. & P. 606, 173 E.R. 638; *R. v. Brown*, [1967] 3 C.C.C. 210, at p. 215, *per* Hyde J. (dissenting in part on another issue), at pp. 219-20 *per* Taschereau J. (for the majority); *R. v. Bouchard* (1973), 24 C.R.N.S. 31, (N.S. Co. Ct.), at p. 46; *Campbell v. The Queen*, *supra*, at pp. 172-75; *R. v. S. (P.R.)*, *supra*, at pp. 111, 119-24; *R. v. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421 (N.S.S.C.A.D.), at p. 425. <sup>a</sup>
2. The right to call a witness after the close of the case of the defence should normally be limited to a case where a matter was one which could not have been foreseen. <sup>c</sup>
3. A witness may be called after the close of the defence not in order to supplement the evidence of the prosecution but to ascertain the truth and put all the evidence before the jury. <sup>d</sup>
4. The trial judge may not exercise his right to call a witness after the jury has retired, even at the request of the jury. <sup>e</sup>
5. In a non-jury case, in the absence of special circumstances, it is wrong to allow new evidence to be called once a trial judge has retired, and probably after the defence has closed its case. <sup>f</sup>
6. A judge ought not to exercise his discretion to call a witness if the defence would in no way be prejudiced by calling the witness. The defence should not be permitted in this way to use the judge to call their witness to give him a greater appearance of objectivity. <sup>g</sup>
7. The calling of the witness after the defence has closed its case is a factor which may be taken into account on appeal. <sup>i</sup>
- 638; *R. c. Brown*, [1967] 3 C.C.C. 210, à la p. 215, le juge Hyde (dissident en partie sur une autre question), aux pp. 219 et 220, le juge Taschereau (au nom de la majorité); *R. c. Bouchard* (1973), 24 C.R.N.S. 31 (C. cté N.-É.), à la p. 46; *Campbell c. The Queen*, précité, aux pp. 172 à 175; *R. c. S. (P.R.)*, précité, aux pp. 111, et 119 à 124; *R. c. Black* (1990), 55 C.C.C. (3d) 421 (C.S. N.-É., Sect. app.), à la p. 425.
2. Le droit de citer un témoin une fois la défense terminée devrait normalement se limiter aux cas où la question n'aurait pu être prévue.
3. Un témoin peut être cité une fois la défense terminée, non pas en vue de compléter la preuve de la poursuite, mais pour établir la vérité et présenter tous les éléments de preuve au jury.
4. Le juge du procès ne peut exercer son droit de citer un témoin après que le jury s'est retiré, même à la demande de celui-ci.
5. Dans une affaire où le juge siège seul, et en l'absence de circonstances exceptionnelles, il est interdit de présenter une nouvelle preuve après que le juge du procès s'est retiré, et vraisemblablement après que la défense a terminé la présentation de sa preuve.
6. Le juge ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire de citer un témoin dans les cas où la défense ne subirait aucun préjudice si elle le citait elle-même. En effet, la défense ne devrait pas pouvoir utiliser le pouvoir du juge de citer ses témoins pour qu'il soit donné à ces derniers une plus grande apparence d'objectivité.
7. En appel, il peut être tenu compte du fait qu'un témoin a été cité après la fin de la présentation de la preuve par la défense.

None of these propositions is really helpful in deciding how the trial judge should have exercised his discretion in this case. In a number of reported decisions, trial judges have called witnesses themselves and either been upheld on appeal, or not <sup>j</sup>

Aucune de ces propositions ne peut vraiment nous aider à déterminer la façon dont le juge du procès aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire en l'espèce. On retrouve un certain nombre de décisions publiées, où les juges du procès ont

appealed. For example in a murder trial, where three doctors examined the body of the deceased and had a difference of opinion, and only two of those doctors were called by the prosecution, the trial judge called the third doctor (*R. v. Holden*, *supra*). In a trial for "riot" and wounding with intent to cause grievous bodily harm, the trial judge called two eye witnesses (*R. v. Tregear*, [1967] 2 Q.B. 574 (C.A.)). In a trial for impaired driving the trial judge called a doctor who could provide the factual basis for earlier expert testimony given on the defence of automatism (*R. v. Bouchard*, *supra*). In a trial for indecent assault and sexual assault the accused sought to adduce polygraph evidence and the crown called an expert to testify to the unreliability of such evidence. The accused could not afford an expert to support the opposing position. The trial judge called an expert on the reliability of polygraphs, so the court would have the benefit of hearing evidence on both sides of the issue (*R. v. S. (P.R.)*, *supra*).

cité des témoins eux-mêmes. Leur décision a été confirmée en appel, ou elle n'a pas fait l'objet d'un appel. Ainsi, dans un procès pour meurtre, où trois médecins avaient examiné le corps de la victime et formé des opinions différentes et où seuls deux d'entre eux avaient été cités par la poursuite, le juge du procès a cité le troisième médecin (*R. c. Holden*, précité). Dans un procès pour «émeute» et blessures avec intention de causer des lésions corporelles graves, le juge du procès a cité deux témoins oculaires (*R. c. Tregear*, [1967] 2 Q.B. 574 (C.A.)). Dans un procès pour conduite avec facultés affaiblies, le juge du procès a cité un médecin qui était en mesure d'apporter un fondement factuel au témoignage d'expert déposé antérieurement sur la défense d'automatisme (*R. c. Bouchard*, précité). Dans un procès pour attentat à la pudeur et agression sexuelle, où l'accusé avait tenté de produire une preuve par détecteur de mensonge, le ministère public a cité un expert devant témoigner sur la non-fiabilité d'une telle preuve. L'accusé n'était pas financièrement en mesure de citer un témoin expert appuyant la position adverse. Le juge du procès a donc cité un expert pouvant témoigner sur la fiabilité des détecteurs de mensonge afin que la cour ait l'avantage d'entendre un témoignage à l'appui des deux côtés de la question (*R. c. S. (P.R.)*, précité).

## (ii) American Law

The American law is essentially the same as the Canadian and British law. A trial judge has the discretion to call witnesses whom the parties do not choose to present: *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 1, at pp. 23, 26; Annot., 67 A.L.R.2d 538; Annot., 53 A.L.R. Fed. 498. *United States v. Lutwak*, 195 F.2d 748 (7th Cir. 1952), at pp. 754-55, aff'd 344 U.S. 604 (1952), rehearing denied 345 U.S. 919 (1953), refers to the discretion in these words, at pp. 754-55:

Indeed, it is generally recognized that where there is a witness to a crime for whose veracity and integrity the prosecuting attorney is not willing to vouch, he is not compelled to call the witness, but that the court, in its discretion, may do so and allow cross examination by both sides within proper bounds.

## (ii) Le droit américain

Le droit américain est essentiellement identique au droit canadien et au droit anglais. Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de citer des témoins que les parties choisissent de ne pas appeler: *McCormick on Evidence*, vol. 1 (4<sup>e</sup> éd. 1992), aux pp. 23 et 26; Annot., 67 A.L.R.2d 538; Annot., 53 A.L.R. Fed. 498. Dans l'arrêt *United States c. Lutwak*, 195 F.2d 748 (7th Cir. 1952), aux pp. 754 et 755, conf. par 344 U.S. 604 (1952), nouvelle audience refusée 345 U.S. 919 (1953), on invoque le pouvoir discrétionnaire dans les termes suivants aux pp. 754 et 755:

[TRADUCTION] En fait, il est généralement reconnu que l'avocat de la poursuite n'est pas tenu de citer le témoin d'un crime dont il n'est pas disposé à garantir la sincérité et l'intégrité, mais que la cour peut, à sa discrétion, le faire et permettre le contre-interrogatoire par les deux parties dans les limites acceptables.

Another statement of the discretion is found in *United States v. Marzano*, 149 F.2d 923 (2nd Cir. 1945), at p. 925:

It is permissible, though it is seldom very desirable, for a judge to call and examine a witness whom the parties do not wish to call . . . . A judge is more than a moderator; he is charged to see that the law is properly administered, and it is a duty which he cannot discharge by remaining inert.

A similar statement was made, *obiter*, in *United States v. Liddy*, 509 F.2d 428 (D.C. 1974), at p. 438, *certiorari* denied 420 U.S. 911 (1975):

The precepts of fair trial and judicial objectivity do not require a judge to be inert. The trial judge is properly governed by the interest of justice and truth, and is not compelled to act as if he were merely presiding at a sporting match. He is not a "mere moderator". As Justice Frankfurter put it, "(f)ederal judges are not referees at prize-fights but functionaries of justice". . . . A federal trial judge has inherent authority not only to comment on the evidence adduced by counsel, but also — in appropriate instances — to call or recall and question witnesses. He may do this when he believes the additional testimony will be helpful to the jurors in ascertaining the truth and discharging their fact-finding function.

Some other federal cases recognizing this discretion are: *Young v. United States*, 107 F.2d 490 (5th Cir. 1939); *Estrella-Ortega v. United States*, 423 F.2d 509 (9th Cir. 1970); *United States v. Pape*, 144 F.2d 778 (2nd Cir. 1944); *Steinberg v. United States*, 162 F.2d 120 (5th Cir. 1947); *United States v. Browne*, 313 F.2d 197 (2nd Cir. 1963).

It has been observed that appellate courts should be hesitant to interfere in the trial judge's exercise of his discretion:

An appellate court should not interfere with the district court's performance of that sensitive task [exercising the discretion] absent a clear showing of an abuse of discretion, resulting in prejudice to the defendant.

(*Estrella-Ortega v. United States*, *supra*, at p. 511.)

L'arrêt *United States c. Marzano*, 149 F.2d 923 (2nd Cir. 1945), à la p. 925, parle également de ce pouvoir discrétionnaire:

[TRADUCTION] Le juge peut, bien que ce soit rarement très souhaitable, citer et interroger un témoin que les parties ne souhaitent pas appeler. [ . . . ] Le juge est plus qu'un modérateur; il doit veiller à ce que la loi soit appliquée régulièrement, fonction dont il ne peut s'acquitter en demeurant passif.

Une constatation semblable a été faite de façon incidente dans l'arrêt *United States c. Liddy*, 509 F.2d 428 (D.C. 1974), à la p. 438, *certiorari* refusé 420 U.S. 911 (1975):

[TRADUCTION] Les préceptes du procès équitable et de l'objectivité judiciaire n'exigent pas la passivité du juge. Ce dernier, à juste titre guidé par l'intérêt de la justice et la vérité, n'est pas contraint d'agir comme s'il était simplement l'arbitre d'une compétition sportive. Il est plus qu'un «simple modérateur». Comme le dit le juge Frankfurter, «(l)es juges fédéraux ne sont pas des arbitres de boxe professionnelle, mais des fonctionnaires au service de la justice». [ . . . ] Au pouvoir inhérent du juge du procès fédéral de commenter la preuve produite par les avocats, s'ajoute celui — dans les cas appropriés — de citer, citer de nouveau et interroger des témoins. Le juge peut exercer ce pouvoir s'il estime que le témoignage additionnel aidera le jury à établir la vérité et à s'acquitter de sa fonction de recherche des faits.

Les tribunaux fédéraux ont reconnu ce pouvoir discrétionnaire dans d'autres affaires: *Young c. United States*, 107 F.2d 490 (5th Cir. 1939); *Estrella-Ortega c. United States*, 423 F.2d 509 (9th Cir. 1970); *United States c. Pape*, 144 F.2d 778 (2nd Cir. 1944); *Steinberg c. United States*, 162 F.2d 120 (5th Cir. 1947); *United States c. Browne*, 313 F.2d 197 (2nd Cir. 1963).

On a signalé que les tribunaux d'appel devraient se garder d'intervenir dans l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire:

[TRADUCTION] Un tribunal d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exécution par une cour de district de cette tâche délicate [l'exercice du pouvoir discrétionnaire] en l'absence d'un signe évident d'abus du pouvoir discrétionnaire causant un préjudice au défendeur.

(*Estrella-Ortega c. United States*, précité, à la p. 511.)

In the United States the trial judge's discretion to call witnesses exists both at common law, and under Rule 614(a) of the *Federal Rules of Evidence*, which has been held to be declaratory of the pre-existing common law: *United States v. Ostrer*,<sup>a</sup> 422 F.Supp. 93 (S.D.N.Y. 1976), at p. 103.

Aux États-Unis, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de citer des témoins existe en vertu tant de la common law que de la règle 614a) des *Federal Rules of Evidence* qui, a-t-on jugé, est déclaratoire de la common law préexistante: *United States c. Ostrer*, 422 F.Supp. 93 (S.D.N.Y. 1976), à la p. 103.

(iii) Summary as to the Discretion of the Trial Judge to Call Witnesses and the Exercise of that Discretion in this Case <sup>b</sup>

(iii) Résumé du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de citer des témoins, et l'exercice de ce pouvoir en l'espèce

In order to take this unusual and serious step of calling witnesses, the trial judge must believe it is essential to exercise the discretion in order to do justice in the case. In the case at bar, where the trial judge had decided that certain evidence was essential to the narrative it was a reasonable and proper exercise of the discretion to call the evidence if the Crown refused to do so. It is essential in a case where the events took place 45 years ago that all material evidence be put before the jury. With the passage of time it becomes increasingly difficult to get at the truth of events; witnesses die or cannot be located, memories fade, and evidence can be so easily forever lost. It is then essential that in such a case all available accounts are placed before the court. The majority of the Court of Appeal dismissed concerns about the problems of defending in this case by saying that all cases pose difficulties in presenting a defence. With respect, I think this fails to recognize that this case presents very real difficulties for the defence in getting at the truth which are not comparable to other cases due to the length of time that has elapsed since the events at issue occurred. <sup>c</sup>

Le juge du procès doit, pour recourir à cette pratique inhabituelle et sérieuse de citer des témoins, estimer qu'il est nécessaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour que justice soit rendue. En l'espèce, le juge du procès ayant décidé que certains éléments de preuve étaient essentiels au récit, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de présenter la preuve si le ministère public refusait de le faire était raisonnable et approprié. Dans une affaire où les événements se sont déroulés il y a 45 ans, il est essentiel que tous les éléments de preuve pertinents soient présentés au jury. Les années écoulées rendent difficile la tâche d'obtenir la vérité sur les événements; les témoins meurent ou sont introuvables, la mémoire décline et les éléments de preuve peuvent si facilement être perdus à jamais. Il est alors important que, dans un tel cas, toutes les versions existantes soient présentées à la cour. La Cour d'appel à la majorité a écarté les préoccupations relatives à la présentation d'une défense en l'espèce en disant que toutes les affaires posent des difficultés dans ce domaine. Avec égards, j'estime qu'elle néglige ainsi le fait que, dans la présente affaire, la défense éprouve des difficultés très réelles à établir la vérité, lesquelles ne peuvent se comparer à ce qui se produit dans d'autres affaires en raison de la période qui s'est écoulée depuis les événements en question. <sup>d</sup>

The Court of Appeal erred in holding that the trial judge was wrong to take into account the fact that if he did not call the evidence the defence would lose its right to address the jury last. In a case where the trial judge has found that the evidence in question should have been called by the <sup>e</sup>

La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le juge du procès n'aurait pas dû tenir compte du fait que, s'il ne présentait pas la preuve, la défense perdrait son droit de s'adresser au jury en dernier. Lorsque le juge du procès a conclu que la preuve en question aurait dû être produite par le <sup>f</sup>

Crown, the issue of who addresses the jury last is indeed relevant. If this were not so it would be open to the Crown not to call certain evidence in order to force the defence to give up its right to address the jury last. I am certainly not suggesting the Crown acted for improper reasons in this case, but it seems to me that the opportunity for such abuse should not be left open. Further, I think the trial judge's concern for the order of addresses to the jury was secondary to his finding that the evidence was essential to the narrative, which was the principal reason for calling the evidence himself.

Finally, I do not think the appellant can be correct that the trial judge should have waited until after the defence had decided whether or not to call evidence before he called the evidence in question himself. The trial judge could not do that without risking offending the rule that a trial judge should not call evidence him- or herself after the close of the defence case unless the matter was unforeseeable. If the trial judge had waited, and the defence had elected not to call evidence, the trial judge would have been prevented from calling the evidence, as the matter was readily foreseeable, and calling it at that point would have been prejudicial to the defence.

(7) *Jury Instructions on the Identification Evidence*

The appellant argues that the trial judge improperly linked the Dallos evidence to the Crown's identification evidence of the respondent, and thereby called into question the Crown's *viva voce* evidence which identified the respondent as the commander of the brickyard. A witness by the name of Mrs. Fonyo testified that there was someone who looked like the respondent who was not in charge of the brickyard. She stated that Finta was in charge of the brickyard. The appellant argues that the trial judge's linking of Mrs. Fonyo's evidence to that of the witness Dallos may have created a strong impression in the mind of the jury that Finta was the look-alike while a man by

ministère public, la question de savoir qui s'adresse au jury en dernier est effectivement pertinente. Sinon, il serait loisible au ministère public de ne pas produire certains éléments de preuve afin de forcer la défense à abandonner son droit de s'adresser au jury en dernier. Je ne veux certainement pas donner à entendre que les motifs du ministère public en l'espèce étaient illégitimes, mais il me semble qu'il faudrait fermer la porte au risque d'un tel abus. En outre, j'estime que la préoccupation du juge du procès quant à l'ordre des exposés au jury était d'importance secondaire par rapport à sa conclusion que la preuve était essentielle au récit, principale raison pour laquelle il l'a présentée lui-même.

Enfin, à mon avis, l'appelante a tort de soutenir que le juge du procès aurait dû attendre que la défense décide de présenter ou non la preuve en question avant de la présenter lui-même. Le juge du procès ne pouvait effectivement agir ainsi sans risquer d'enfreindre la règle suivant laquelle, après que la défense a terminé la présentation de sa preuve, il ne devrait pas présenter de preuve lui-même que si la question était imprévisible. Si le juge du procès avait attendu, et que la défense avait choisi de ne pas présenter de preuve, il n'aurait pu le faire lui-même puisque la question était fort prévisible, et la présenter à ce moment-là aurait causé un préjudice à la défense.

(7) *Les directives au jury quant à la preuve d'identification*

L'appelante soutient que le juge du procès a commis une erreur en reliant le témoignage de Dallos à la preuve d'identification du ministère public mettant ainsi en doute le témoignage *viva voce* cité par ce dernier, qui identifiait l'intimé comme le commandant de la briqueterie. Une dame Fonyo a témoigné qu'il y avait un homme ressemblant à l'intimé qui n'était pas à la tête de la briqueterie. Elle a déclaré que Finta dirigeait la briqueterie. L'appelante soutient qu'en reliant le témoignage de Mme Fonyo à celui du témoin Dallos, le juge du procès a pu créer chez le jury la forte impression que Finta ressemblait au commandant de la briqueterie, mais qu'un lieutenant

the name of Lieutenant Bodolay was the commander of the brickyard. The appellant argues that there was little evidence to support such an inference and the trial judge should have indicated this to the jury.

A reading of the trial judge's charge to the jury leads me to believe that his instructions on this point were satisfactory. He did not dwell on this connection, and his reference to it was preceded and followed by admonitions to be very cautious about the weight to be attached to the evidence. Furthermore, throughout his charge to the jury, the trial judge reminded the jury that they were the judges of the facts, and that they were free to disregard any inferences which he may have suggested that they make. In other words, they were free to disagree with his conclusions on the evidence and to draw their own inferences based on their perceptions of the strength of the witnesses' testimony and other factors. Thus, in my view, the jury was not misdirected on the identification issue.

### Conclusion on the Appeal

For the reasons stated above, I am of the view that the appeal should be dismissed.

### *The Cross-Appeal (8) and (9)*

Leave was granted to the respondent to cross-appeal. The Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 7(3.74) of the *Criminal Code* violate ss. 7, 11(a), 11(b), 11(d), 11(g), 12 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to this question is in the affirmative, is s. 7(3.74) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Does s. 7(3.71) read with s. 7(3.76) of the *Criminal Code* violate ss. 7, 11(a), 11(b), 11(d), 11(g), 12 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to this question is in the affirmative, is s. 7(3.71) read with s. 7(3.76) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and

du nom de Bodolay en était le véritable commandant. Selon l'appelante, il n'y avait guère de preuve appuyant une telle conclusion, et le juge du procès aurait dû le mentionner au jury.

Une lecture de l'exposé du juge du procès au jury m'amène à conclure que ses directives à cet égard étaient satisfaisantes. Il n'a pas insisté sur cette relation, et ses propos à cet égard ont été précédés et suivis d'invitations à une extrême prudence dans l'appréciation de la preuve. De plus, tout au long de son exposé aux jurés, le juge du procès leur a rappelé qu'ils étaient les juges des faits et qu'ils étaient libres de ne pas tenir compte des conclusions qu'il avait pu les inciter à tirer. En d'autres termes, ils pouvaient se dissocier de ses conclusions sur la preuve et tirer leurs propres conclusions en se fondant, notamment, sur leur opinion de la valeur des témoignages. À mon sens, les directives au jury sur la question de l'identification étaient donc appropriées.

### Conclusion quant au pourvoi

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

### *Le pourvoi incident (8) et (9)*

L'intimé a reçu l'autorisation d'interjeter un pourvoi incident. Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 7(3.74) du *Code criminel* viole-t-il les art. 7, 11(a), 11(b), 11(d), 11(g), 12 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à cette question est affirmative, le par. 7(3.74) du *Code criminel* est-il une limite qui est raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Le paragraphe 7(3.71) interprété conjointement avec le par. 7(3.76) du *Code criminel*, viole-t-il les art. 7, 11(a), 11(b), 11(d), 11(g), 12 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si la réponse à cette question est affirmative, le par. 7(3.71) interprété conjointement avec le par. 7(3.76) du *Code criminel*, est-il une limite qui

democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

est raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(i) Do Sections 7(3.74) and (3.76) of the *Criminal Code* Violate Section 7 of the *Charter* Because These Purport to Remove the Protection of Section 15 of the *Criminal Code*?

(i) Les paragraphes 7(3.74) et (3.76) du *Code criminel* violent-ils l'art. 7 de la *Charte* du fait qu'ils visent à éliminer la protection offerte par l'art. 15 du *Code criminel*?

#### (8) *Charter Violation*

#### (8) *Violation de la Charte*

The respondent argues that the removal of the defence of obedience to *de facto* law by operation of s. 7(3.74) of the *Criminal Code* constitutes a violation of the principles of fundamental justice. It is contended that it is reasonable to assume that because Finta acted in obedience to the law (the Baky Order), he did not have the guilty mind required to found a conviction for the offence. In other words, he might well have had an honest, though mistaken belief that the Baky Order was lawful and therefore, if he acted in obedience to the law, he cannot be faulted. I cannot agree.

It was noted earlier that s. 7(3.74) is permissive rather than mandatory. There may well be situations where the law is not manifestly unlawful, and as a consequence the accused may be able to argue mistaken belief in the validity of the law successfully. The existence of a law which is unlawful but not manifestly so will not give rise to a defence of obedience to *de facto* law *per se*. Rather, it will be one of the factors that may be taken into account in determining whether the individual had the requisite guilty mind. However if the jury finds that the accused was aware of factual circumstances which would render his or her actions a crime against humanity or a war crime, it would be highly unlikely that a mistaken belief in the validity of a law could provide a defence to the commission of the inhumane acts. However, the removal of the defence of obedience to *de facto* law does not relieve the Crown of its obligation to prove the requisite *mens rea*. As well, the accused is entitled to raise any defence that may be appropriate, such as obedience to military orders. The issue was

L'intimé soutient qu'en éliminant le moyen de défense fondé sur l'obéissance à la loi de facto, le par. 7(3.74) du *Code criminel* viole les principes de justice fondamentale. Il serait selon lui raisonnable de présumer que, parce qu'il a agi conformément à la loi (le décret de Baky), il n'avait pas l'intention coupable requise pour être déclaré coupable de l'infraction. En d'autres termes, il aurait très bien pu croire sincèrement, bien que par méprise, que le décret de Baky était légal. S'il a agi en exécution de la loi, on ne peut donc le lui reprocher. Je ne peux souscrire à cet argument.

Je le répète, le par. 7(3.74) ne crée pas une obligation, il accorde une faculté. Il peut très bien exister des situations où la loi n'est pas manifestement illégale et où, en conséquence, l'accusé peut soutenir avec succès qu'il a cru erronément que la loi était valide. L'existence d'une loi qui est illégale sans l'être manifestement ne donnera pas lieu en soi à la défense d'obéissance à la loi de facto. Elle sera plutôt l'un des facteurs à considérer pour déterminer si l'individu avait l'intention coupable nécessaire. Toutefois, si le jury conclut que l'accusé connaissait des circonstances factuelles qui érigeraient ses actes au niveau d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre, il serait fort peu probable que celui-ci puisse, pour justifier la perpétration d'actes inhumains, invoquer sa croyance erronée que la loi était valide. L'élimination du moyen de défense fondé sur l'obéissance à la loi de facto ne décharge toutefois pas le ministère public de son obligation d'établir la *mens rea* requise. De même, l'accusé a le droit d'invoquer tous les moyens de défense appropriés, telle

aptly dealt with in Smith and Hogan, *Criminal Law* (7th ed. 1992), at pp. 261-62, in this way:

Though there is little authority on this question, it is safe to assert that it is not a defence for D merely to show that the act was done by him in obedience to the orders of a superior, whether military or civil . . . . The fact that D was acting under orders may, nevertheless, be very relevant. It may negative *mens rea* by, for example, showing that D was acting under a mistake of fact or that he had a claim of right to do as he did, where that is a defence; or, where the charge is one of negligence, it may show that he was acting reasonably.

I agree with Callaghan A.C.J.H.C. that s. 7(3.74) does not, by permitting the removal of this defence, result in a breach of fundamental justice. In *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, Dickson C.J. stated that Parliament may re-define the meaning of "excuse", by expanding or narrowing it to include only certain excuses. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Dickson C.J. explained the rationale for this at p. 70:

The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions. When a defence is provided, especially a specifically-tailored defence to a particular charge, it is because the legislator has determined that the disapprobation of society is not warranted when the conditions of the defence are met.

When the *Criminal Code* provides that a defence is to be expressly excluded it is because Parliament has determined that the criminal act is of such a nature that not only is the disapprobation of society warranted, but also the act cannot be justified by the excluded defence. Such a legislative provision will not generally violate s. 7 when a defence is inconsistent with the offence proscribed in that it would excuse the very evil which the offence seeks to prohibit or punish. For example it would be illogical and senseless to permit an

l'obéissance à des ordres militaires. La question a été traitée avec justesse par Smith et Hogan, *Criminal Law* (7<sup>e</sup> éd. 1992), aux pp. 261 et 262:

[TRADUCTION] Bien qu'il existe peu de jurisprudence et de doctrine sur la question, on peut, sans crainte de se tromper, affirmer que D ne peut simplement établir qu'il a commis l'acte en exécution des ordres d'un supérieur, qu'il soit militaire ou civil. [ . . . ] Le fait que D ait agi conformément à des ordres peut néanmoins être très pertinent. On peut ainsi établir l'absence de *mens rea* en démontrant, par exemple, que D a agi en raison d'une erreur de fait, ou qu'il pouvait prétendre avoir le droit d'agir comme il l'a fait. Lorsqu'il s'agit là d'une défense, ou que l'accusé fait face à une accusation de négligence, son obéissance à des ordres peut démontrer qu'il agissait raisonnablement.

Je suis d'accord avec le juge en chef adjoint Callaghan pour dire qu'en permettant l'élimination de ce moyen de défense, le par. 7(3.74) ne porte pas atteinte à la justice fondamentale. Dans l'arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, le juge en chef Dickson a affirmé que le législateur pouvait redéfinir le sens d'«excuse» en l'élargissant ou en le limitant de façon à n'y inclure que certaines excuses. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge en chef Dickson a expliqué le fondement de cette position à la p. 70:

Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de défense est prévu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de défense conçu spécifiquement pour une accusation particulière, c'est parce que le législateur a jugé que la désapprobation de la société n'est pas justifiée lorsque les conditions de ce moyen de défense sont remplies.

Lorsque le *Code criminel* prévoit l'exclusion expresse d'un moyen de défense c'est que le législateur a déterminé que l'acte criminel est d'une nature telle que, non seulement la désapprobation de la société est fondée, mais l'acte ne peut être justifié par le moyen de défense exclu. De façon générale, la disposition législative ayant cet effet ne viole pas l'art. 7 lorsque le moyen de défense entre en conflit avec l'infraction prévue en ce qu'il excuserait le mal même que l'infraction vise à interdire ou à punir. Par exemple, il serait illogique

accused to rely on the laws of a sovereign state which violate international law by legislating the commission of crimes against humanity on the grounds that the laws themselves justify criminal conduct. In this case the expert testified that the accused's awareness of his country's directed policy of persecution or discrimination constituted the "international element" of crimes against humanity. Similarly the accused's awareness of his state's conduct of war is the international element of war crimes. The trial judge identified these as essential elements of the offences in question. It follows that just as it is not a violation of s. 7 to prevent drunkenness' being used as a defence to a charge of impaired driving (*R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865) it is not a violation of s. 7 to limit the use that can be made of the defence of obedience to superior orders.

(ii) Do the Impugned Sections of the Code Violate the Charter by Reason of Vagueness?

The respondent argues that s. 7(3.71) and s. 7(3.76) of the *Criminal Code* violate the principle that there must be no crime or punishment except in accordance with fixed, predetermined law. That is to say the citizen must be able to ascertain beforehand how he or she stands with regard to the criminal law. If the citizen cannot determine the consequences of his or her actions due to the vagueness of the law then to punish the citizen for breach of that law would be purposeless cruelty. Specifically, the respondent argues that the state of international law prior to 1944 was such that it could not provide fair notice to the accused of the consequences of breaching the still evolving international law offences.

Secondly, the respondent argues that the definitions of "war crime" and "crime against humanity" constitute a standardless sweep authorizing imprisonment. He submits that the definition of "crimes against humanity" which includes "murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that . . . constitutes a contravention of customary international

et insensé de permettre à un accusé d'invoquer les lois d'un État souverain qui violent le droit international en autorisant la perpétration de crimes contre l'humanité pour le motif que les lois elles-mêmes justifient un comportement criminel. En l'espèce, l'expert a déclaré que la connaissance qu'avait l'accusé de la politique de persécution et de discrimination adoptée par son pays constituait l'«aspect international» des crimes contre l'humanité. De même, sa connaissance de la guerre menée par son pays constituait l'aspect international des crimes de guerre. Le juge du procès a qualifié ces éléments d'essentiels pour les infractions en question. Il s'ensuit que, tout comme le fait d'empêcher un accusé de plaider l'état d'ébriété à une accusation de conduite avec facultés affaiblies (*R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865), le fait de restreindre l'utilisation possible du moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur ne viole pas l'art. 7.

(ii) Les dispositions contestées du Code violent-elles la Charte pour des motifs d'imprécision?

L'intimé soutient que les par. 7(3.71) et 7(3.76) du *Code criminel* violent le principe suivant lequel il n'y a ni crime ni peine, si ce n'est en conformité avec une loi établie et prédéterminée. Le citoyen doit donc être en mesure de connaître préalablement sa position en regard du droit criminel. S'il ne peut déterminer les conséquences de ses actes en raison de l'imprécision de la loi, il serait inutilement cruel de le punir pour avoir enfreint cette loi. L'intimé soutient plus précisément que l'état du droit international avant 1944 était tel qu'il ne pouvait donner un avertissement raisonnable à l'accusé des conséquences de la perpétration des infractions toujours en évolution en droit international.

En outre, l'intimé soutient que les définitions de «crime de guerre» et de «crime contre l'humanité» laissent une large place à l'arbitraire, permettant l'incarcération. Il est d'avis que la définition de «crime contre l'humanité», qui inclut «[a]ssassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait — acte ou omission — inhumain d'une part . . . et d'autre part,

law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations" permits the inclusion of any act so long as it is seen by the jury to be "persecution" etc. An accused would have no notice that his or her acts were contrary to international law since the proscribed acts are not adequately defined.

At the outset it may be helpful to reiterate some of the major points which this Court has established with respect to the issue of vagueness. In the *Reference re ss. 193 and 195.1 (1)(c) of the Criminal Code (Man.) (Prostitution Reference)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, it was held that it is not fatal that a particular legislative term is open to varying interpretations by courts. In *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, it was stated that the threshold for finding a law vague is relatively high. There Gonthier J. provided guidance for determining whether a provision is so vague that it violates the principle of legality in these words at p. 639:

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion.

And later, at p. 643 he stated:

The doctrine of vagueness can therefore be summed up in this proposition: a law will be found unconstitutionally vague [only] if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate.

In my view, the fact that the entire body of international law is not codified and that reference must be made to opinions of experts and legal writing in interpreting it does not in itself make the legislation vague or uncertain. This material is often helpful in determining the proper interpretations to be given to a statute. Further, the fact that there

soit constituant [...] une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations», permet d'inclure tout acte, pourvu que le jury y voit une «persécution», etc. Un accusé n'aurait aucun avertissement que ses actes sont contraires au droit international puisque les actes interdits ne sont pas clairement définis.

Il peut être utile de réitérer immédiatement certains points importants établis par notre Cour à l'égard de la question de l'imprécision. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code Criminel (Man.) (Renvoi sur la prostitution)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, la Cour a jugé que le fait qu'un terme législatif particulier soit susceptible de diverses interprétations par les tribunaux n'est pas fatal. Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, on a déclaré que le seuil au-delà duquel une loi est qualifiée d'imprécise est relativement élevé. Dans cet arrêt, le juge Gonthier a donné dans les termes suivants certaines indications sur la façon de déterminer si une disposition législative est imprécise au point qu'elle viole le principe de la légalité, à la p. 639:

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi.

Et il ajoute, à la p. 643:

La théorie de l'imprécision peut donc se résumer par la proposition suivante: une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle [seulement] si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire.

À mon avis, le fait que l'ensemble du droit international ne soit pas codifié et qu'il faille recourir aux opinions des experts et à la doctrine pour l'interpréter ne rend pas en soi la disposition législative imprécise ou incertaine. Ces outils sont souvent utiles pour interpréter correctement une loi. En outre, le fait qu'il puisse y avoir des diver-

may be differences of opinion among international law experts does not necessarily make the legislation vague. It is ultimately for the court to determine the interpretation that is to be given to a statute. That questions of law and of fact arise in the interpretation of these provisions and their application in specific circumstances does not render them vague or uncertain. In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, it was recognized at p. 983 that:

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies.

Thus I agree with the following statement made by Tarnopolsky J.A. in this context, at pp. 64-65:

The fact . . . that reference may have had to be made to legal texts and even to the opinions of experts to determine, for purposes of jurisdiction, what constitutes a war crime or a crime against humanity, is not an issue concerning vagueness of a charge, any more than any other piece of new legislation may require legal research and analysis beyond the competence of some accused but not, presumably, that of a lawyer.

In *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra*, Gonthier J. distinguished between formal and substantive notice. Formal notice involved an acquaintance with the actual text of a statute. The substantive aspect of notice is described as an understanding that some conduct comes under the law. This is considered to be the "core concept of notice".

Gonthier J., at p. 634, set out an analysis of the concept of notice using the crime of homicide as an example which I think is apposite in this context:

Let me take homicide as an example. The actual provisions of the *Criminal Code* dealing with homicide are numerous (comprising the core of ss. 222-240 and other

gences d'opinion entre les experts en droit international ne rend pas nécessairement la disposition imprécise. Il appartient en dernier lieu au tribunal d'interpréter la loi. Les questions de droit et de fait qui se posent dans l'interprétation de ces dispositions et dans leur application dans des circonstances précises ne les rend ni imprécises ni incertaines. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, on a reconnu, à la p. 983:

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application.

Par conséquent, je suis d'accord avec la déclaration suivante du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel dans le présent contexte, aux pp. 64 et 65:

[TRADUCTION] Le fait [ . . . ] qu'il ait pu être nécessaire de recourir aux ouvrages juridiques et même à l'opinion d'experts pour déterminer, aux fins de la compétence, ce qui constitue un crime de guerre ou un crime contre l'humanité n'a rien à voir avec l'imprécision d'une accusation, au même titre qu'une autre disposition d'une nouvelle loi qui peut nécessiter une recherche et une analyse juridiques excédant la compétence de certains accusés mais non, on le présume, celle d'un avocat.

Dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, le juge Gonthier a établi une distinction entre l'avertissement formel et l'avertissement quand au fond. L'avertissement formel implique une connaissance du texte de loi lui-même, alors que l'aspect de l'avertissement qui porte sur le fond est décrit comme la conscience qu'une conduite est visée par la loi. On l'appelle le «concept central de l'avertissement».

Le juge Gonthier a analysé, à la p. 634, le concept de l'avertissement en utilisant le crime d'homicide à titre d'exemple, lequel je pense est pertinent dans le présente contexte:

Prenons l'exemple de l'homicide. Les dispositions du *Code criminel* relatives à l'homicide sont nombreuses (elles sont concentrées dans les art. 222 à 240 mais se

related sections). When one completes the picture of the *Code* with case law, both substantive and constitutional, the result is a fairly intricate body of rules. Notwithstanding formal notice, it can hardly be expected of the average citizen that he know the law of homicide in detail. Yet no one would seriously argue that there is no substantive fair notice here, or that the law of homicide is vague. It can readily be seen why this is so. First of all, everyone (or sadly, should I say, almost everyone) has an inherent knowledge that taking the life of another human being is wrong. There is a deeply-rooted perception that homicide cannot be tolerated, whether one comes to this perception from a moral, religious or sociological stance. Therefore, it is expected that homicide will be punished by the State. Secondly, homicide is indeed punished by the State, and homicide trials and sentences receive a great deal of publicity.

The same principles must apply with respect to a war crime and a crime against humanity. The definitions of crimes against humanity and war crimes include the gravest, cruellest, most serious and heinous acts that can be perpetrated upon human beings. These crimes, which violate fundamental human values, are vehemently condemned by the citizens of all civilized nations. War crimes or crimes against humanity are so repulsive, so reprehensible, and so well understood that it simply cannot be argued that the definition of crimes against humanity and war crimes are vague or uncertain.

The same considerations apply with respect to the respondent's second argument. So long as the crimes are ones which any reasonable person in the position of the accused would know that they constituted a violation of basic human values or the laws of war, it cannot be said that the crimes constitute a "standardless sweep authorizing imprisonment". The standards which guide the determination and definition of crimes against humanity are the values that are known to all people and shared by all.

I am in agreement with the decision of the Court of Appeal, unanimous on this issue, that the law is not vague.

trouvent aussi dans d'autres articles connexes). Quand on ajoute aux textes du *Code* la jurisprudence, tant sur les règles de fond que sur la constitutionnalité, on se retrouve avec un ensemble de règles assez complexe. En dépit de l'avis formel, on peut difficilement s'attendre à ce que le citoyen moyen connaisse en détail le droit régissant l'homicide. Et pourtant, personne ne saurait affirmer sérieusement qu'aucun avertissement raisonnable quant au fond n'a été donné ou que le droit en matière d'homicide est imprécis. On peut facilement en comprendre les raisons. Premièrement, chacun (ou malheureusement, dirais-je, presque tout le monde) a une connaissance innée que de tuer un être humain est blâmable. L'homicide est fermement perçu comme intolérable, que ce soit du point de vue moral, religieux ou sociologique. Par conséquent, on s'attend à ce que l'homicide soit puni par l'État. Deuxièmement, l'homicide est en effet puni par l'État et les médias se font abondamment l'écho des procès pour homicide ainsi que des peines infligées.

Les mêmes principes doivent s'appliquer à l'égard du crime de guerre et du crime contre l'humanité. Par leurs définitions, ces crimes incluent les actes les plus graves, cruels, sérieux et haineux qui puissent être infligés à des êtres humains. Ces crimes, qui violent les valeurs humaines fondamentales, sont condamnés de façon véhémente par les citoyens de toutes les nations civilisées. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont répugnants, répréhensibles et connus au point qu'on ne peut tout simplement pas soutenir que leur définition est imprécise et incertaine.

Les mêmes considérations s'appliquent au deuxième moyen de l'intimé. On ne saurait soutenir que les «crimes laissent une large place à l'arbitraire, permettant l'incarcération» si une personne raisonnable dans la situation de l'accusé saurait qu'ils constituaient une violation des valeurs humaines fondamentales ou des lois de la guerre. Les normes qui guident la détermination et la définition des crimes contre l'humanité sont des valeurs connues de tous et partagées par tous.

Je souscris à la décision de la Cour d'appel, unanime sur cette question, que la loi n'est pas imprécise.

(iii) Do the Impugned Sections of the Code Violate Section 7 and Section 11(g) of the Charter?

The respondent's arguments with respect to ss. 7 and 11(g) relate to the allegedly retrospective character of the impugned provisions. Most nations recognize that a statute can neither retroactively make criminal an act which was lawful at the time it was done, nor impose a penalty for past acts which were not criminal when they were committed.

In an effort to avoid violating the principle against retroactivity, the provisions of the *Criminal Code* concerning a war crime and a crime against humanity were drafted in such a way that the accused is deemed to have committed Canadian *Criminal Code* offences which were in existence at the time the actions were alleged to have occurred. Perhaps the drafters hoped that by not creating new offences they could avoid violating the principle against retroactivity.

However, as I have indicated earlier the only constitutionally permissible way to interpret the provisions in question is to conclude that two new offences have been created, namely, crimes against humanity and war crimes. This however, does not result in a violation of the principle that actions cannot be retroactively made criminal.

There are two approaches which have generally been advanced in this debate. There are those who, like Robert H. Jackson J., Chief Counsel for the United States in the Nuremberg prosecution, believe that the humanitarian principles which form the basis of crimes against humanity evolved from the law of war which is itself over 7,000 years old. See Bassiouni, *supra*, at p. 150. Jackson J., in his report to the President of the United States on June 6, 1945 stated: "These principles (crimes against humanity) have been assimilated as part of International Law at least since 1907" (quoted in Bassiouni at p. 168). Jackson J. thought that the recognition of "crimes against humanity" as constituting violations of the already existing conventional and customary international law was

(iii) Les dispositions contestées du Code violent-elles l'art. 7 et l'al. 11g) de la Charte?

Les arguments de l'intimé fondés sur l'art. 7 et l'al. 11g) se rapportent à la nature supposément rétrospective des dispositions contestées. La plupart des nations reconnaissent qu'une loi ne peut criminaliser rétroactivement un acte qui, au moment où il a été commis, était légal, ni infliger une peine pour des actes antérieurs qui, au moment où ils ont été commis, n'étaient pas criminels.

Dans un effort visant à éviter que le principe de la non-rétroactivité soit violé, on a rédigé les dispositions du *Code criminel* concernant le crime de guerre et le crime contre l'humanité de manière que l'accusé soit réputé avoir commis des infractions au *Code criminel* canadien en vigueur à l'époque où les actes auraient été commis. Peut-être les rédacteurs espéraient-ils qu'en ne créant pas de nouvelles infractions, ils pourraient ainsi éviter de violer le principe de la non-rétroactivité.

Toutefois, comme je l'ai indiqué précédemment, la seule façon acceptable sur le plan constitutionnel d'interpréter les dispositions en question est de conclure que deux nouvelles infractions ont été créées, soit le crime contre l'humanité et le crime de guerre. Il n'en résulte toutefois pas une violation au principe suivant lequel les actes ne peuvent pas être rétroactivement criminalisés.

Le débat sur cette question oppose généralement deux positions. Il y a ceux, comme le juge Robert H. Jackson, avocat principal des États-Unis pour les poursuites engagées dans le cadre des procès de Nuremberg, qui croient que les principes humanitaires sur lesquels reposent les crimes contre l'humanité découlent du droit de la guerre, qui remonte lui-même à plus de 7 000 ans. Voir Bassiouni, *op. cit.*, à la p. 150. Dans un rapport présenté au président des États-Unis le 6 juin 1945, le juge Jackson a écrit: [TRADUCTION] «Ces principes (sur les crimes contre l'humanité) sont intégrés au droit international depuis au moins 1907» (cité dans Bassiouni, à la p. 168). Le juge Jackson estimait que, par ses efforts antérieurs visant à interdire le genre de comportement visé à l'al. 6c) du *Statut du*

clearly demonstrated by the previous efforts of the international community to prohibit the same kind of conduct which was the subject of Article 6(c) of the *Charter of the International Military Tribunal*. (See also: Egon Schwelb, "Crimes Against Humanity" (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178.)

The primary evidence of the prohibition of violations of the laws of humanity (or crimes against humanity) is found in the Preamble of the two Hague Conventions. The preamble to the *Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land* (Hague Convention IV, 1907) contains a clause known as the Martens clause which states:

Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilised peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.

With regard to Hague Convention IV, the International Military Tribunal (IMT) at Nuremberg, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, *supra*, held at p. 497:

The rules of land warfare expressed in the convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the convention expressly stated that it was an attempt "to revise the general laws and customs of war", which it thus recognized to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the convention were recognized by all civilized nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war . . .

In his article entitled "The Prosecution of War Criminals in Canada" (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256, W. J. Fenrick notes at p. 261 that "[a]lthough this statement is unsubstantiated in the judgment, it has been unchallenged since it was first uttered". In the German High Command Trial, a U.S. Military Tribunal sitting at Nuremberg in 1947-48 adopted at vol. 22, p. 497, the IMT position that

*Tribunal militaire international*, la communauté internationale démontrait clairement qu'elle reconnaissait que les «crimes contre l'humanité» constituent des violations du droit international conventionnel et coutumier déjà existant. (Voir également: Egon Schwelb, «Crimes Against Humanity» (1946), 23 *Brit. Y.B. Int'l L.* 178.)

La principale preuve de l'interdiction de violer des lois humanitaires (ou de commettre des crimes contre l'humanité) se trouve dans le préambule des deux Conventions de La Haye. Celui de la *Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* (Convention IV de La Haye de 1907) contient une disposition connue sous le nom de clause Martens, laquelle édicte:

En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité, et des exigences de la conscience publique . . .

En ce qui concerne la Convention IV de La Haye, le Tribunal militaire international (TMI) de Nuremberg, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, précité, a conclu, à la p. 528:

Les règles de la guerre terrestre contenues dans la Convention réalisaient certes un progrès du Droit international. Mais il résulte de ses termes mêmes, que ce fut une tentative «pour réviser les lois générales et les coutumes de la guerre», dont l'existence était ainsi reconnue. En 1939, ces règles, contenues dans la Convention, étaient admises par tous les États civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre . . .

Dans son article intitulé «The Prosecution of War Criminals in Canada» (1989), 12 *Dalhousie L.J.* 256, W. J. Fenrick remarque, à la p. 261, que, [TRADUCTION] «[b]ien que cette déclaration ne soit pas corroborée dans le jugement, elle est demeurée incontestée depuis qu'elle a été formulée pour la première fois». Au cours du procès du haut commandement allemand, le tribunal militaire améri-

Hague Convention IV of 1907 was binding as declaratory of international law and went on to outline how specific provisions of Hague Convention IV and of the 1929 Geneva Prisoners of War Convention (*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field*, 27 July 1929, 118 L.N.T.S. 303) were incorporated into customary law.

In 1946, the United Nations General Assembly passed, without dissent or abstention, a resolution reaffirming the principles of international law recognized by the *Charter of the International Military Tribunal* and the judgment of the Nuremberg Tribunal. David Matas in his book *Justice Delayed* (1987) expressed the view that this universal acceptance gave the Nuremberg trials an authoritative position in international law. Mr. Matas at p. 90 writes:

Its pronouncements on the international law of war crimes and crimes against humanity must be regarded as authoritative. Any statement by a Tribunal whose judgment has been accepted by all nations of the world must carry more weight than any declaration on international law made by the courts of a single state.

The second approach to the problem of retrospectivity is that put forward by people such as Professors Kelsen and Schwarzenberger. Schwarzenberger rejected the argument that the International Military Tribunal's jurisdiction regarding "crimes against humanity" extended to crimes committed against German nationals, other nationals and stateless persons under German control, irrespective of whether such acts were lawful under any particular local law, so long as the war connection existed. He thought that the Nuremberg and Tokyo Charters were not declarative of already existing international law but were merely meant to punish the atrocious behaviour of the Nazi and Japanese regimes because their deeds could not go unpunished. Thus, he stated:

cain siégeant à Nuremberg en 1947 et 1948 a adopté à la t. 22, p. 497, la position du TMI, selon laquelle la Convention IV de La Haye de 1907 était obligatoire du fait qu'elle était déclaratoire du droit international, et a souligné la façon dont des dispositions particulières de la Convention IV de La Haye et des conventions de Genève de 1929 sur les prisonniers de guerre (*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne*, le 27 juillet 1929, 118 R.T.S.N. 303) étaient intégrées dans le droit coutumier.

En 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté sans dissidence ni abstention, une résolution réaffirmant les principes du droit international reconnus par le *Statut du Tribunal militaire international* et le jugement du tribunal de Nuremberg. Dans son ouvrage intitulé *Justice Delayed* (1987), David Matas exprime l'opinion que cette acceptation universelle a donné aux procès de Nuremberg une position d'autorité en droit international. À la p. 90, M. Matas écrit:

[TRADUCTION] Ses décisions sur le droit international des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité doivent être considérées comme faisant autorité. La déclaration d'un tribunal dont le jugement a été accepté par toutes les nations du monde doit peser plus lourd que celle faite par les tribunaux d'un seul État concernant le droit international.

La seconde position à l'égard de la question de la rétroactivité est celle avancée notamment par les professeurs Kelsen et Schwarzenberger. Ce dernier a rejeté l'argument suivant lequel la compétence du Tribunal militaire international en matière de «crimes contre l'humanité» s'étendait aux crimes commis contre les ressortissants allemands et les autres ressortissants et apatrides sous l'autorité de l'Allemagne, peu importe que de tels actes aient été légaux sous le régime d'une loi locale particulière, pourvu qu'il ait existé un lien avec la guerre. Il estimait que les statuts de Nuremberg et de Tokyo n'étaient pas déclaratoires du droit international préexistant, et qu'ils étaient simplement destinés à punir le comportement horrible des régimes nazis et japonais, leurs actes ne pouvant rester impunis. Il a donc écrit:

... the limited and qualified character of the rule on crimes against humanity as formulated in the Charters of the Nuremberg and Tokyo Tribunals militates against the rule being accepted as one declaratory of international customary law. This rudimentary legal system [of international law] does not know of distinctions as subtle as those between crimes against humanity which are connected with other types of war crime and, therefore, are to be treated as analogous to war crimes in the strict sense and other types of inhumane acts which are not so linked and, therefore, are beyond the pale of international law. The Four-Power Protocol of October 6, 1945, offers even more decisive evidence of the anxiety of the Contracting Parties to avoid any misinterpretation of their intentions as having codified a generally applicable rule of international customary law.

[Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *supra*, at p. 498.]

Similarly, Professor Kelsen is of the view that the rules created by the *Charter of the International Military Tribunal* and applied by the Nuremberg Trial represented "a new law" (Hans Kelsen, "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?" (1947), 1 *Int'l L.Q.* 153; see also: Hans Kelsen, "The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals" (1945), 2:3 *Judge Advocate J.* 8). However, he proposed the following solution to the problem of retrospectivity in his article "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", at p. 165:

A retroactive law providing individual punishment for acts which were illegal though not criminal at the time they were committed, seems also to be an exception to the rule against *ex post facto* laws. The London Agreement is such a law. It is retroactive only in so far as it established individual criminal responsibility for acts which at the time they were committed constituted violations of existing international law, but for which this law has provided only collective responsibility. The rule against retroactive legislation is a principle of justice. Individual criminal responsibility represents certainly a higher degree of justice than collective responsibility.

[TRANSDUCTION] ... la nature limitée et restreinte de la règle formulée dans les statuts des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo en matière de crimes contre l'humanité milite contre la possibilité qu'elle soit reconnue comme étant déclaratoire du droit international coutumier. Ce régime juridique rudimentaire [de droit international] n'établit pas de distinctions aussi subtiles que celles qui existent entre les crimes contre l'humanité qui sont reliés à d'autres formes de crimes de guerre et qui, par conséquent, doivent être considérés comme semblables aux crimes de guerre dans le sens strict du terme, et d'autres formes d'actes inhumains qui ne sont pas ainsi reliés et qui, par conséquent, excèdent la portée du droit international. Le Protocole signé le 6 octobre 1945 par les quatre puissances démontre de façon encore plus convaincante le désir des parties contractantes d'éviter qu'on leur prête faussement l'intention d'avoir codifié une règle de droit international coutumier applicable généralement.

(Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, à la p. 498.)

De même, le professeur Kelsen est d'avis que les règles créées par le Statut du Tribunal militaire international et appliquées dans le cadre des procès de Nuremberg constituaient [TRANSDUCTION] «de nouvelles règles de droit» (Hans Kelsen, «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?» (1947), 1 *Int'l L.Q.* 153; voir également: Hans Kelsen, «The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals» (1945), 2:3 *Judge Advocate J.* 8). Toutefois, il a proposé la solution suivante à la question de la rétroactivité dans son article intitulé «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», à la p. 165:

[TRANSDUCTION] La loi qui prévoit rétroactivement une peine individuelle pour des actes qui, à l'époque où ils ont été commis, étaient illégaux sans être criminels, semble également être une exception à la règle contre les lois adoptées après le fait. L'entente de Londres en est une. Elle n'est rétroactive que dans la mesure où elle a établi la responsabilité criminelle individuelle à l'égard d'actes qui, à l'époque où ils ont été commis, enfreignaient le droit international en vigueur, mais pour lesquels ce droit prévoyait une responsabilité collective seulement. La règle de la non-rétroactivité des lois est un principe de justice. La responsabilité criminelle indi-

bility, the typical technique of primitive law. Since the internationally illegal acts for which the London Agreement established individual criminal responsibility were certainly also morally most objectionable, and the persons who committed these acts were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them can hardly be considered as absolutely incompatible with justice. Justice required the punishment of these men, in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they performed the acts made punishable with retroactive force. In case two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for the international crime of the second World War may certainly be considered as more important than to comply with the rather relative rule against ex post facto laws, open to so many exceptions.

See also: Professor Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (1974), at p. 359.

The approach of Professor Kelsen seems eminently sound and reasonable to me. I would adopt it as correct and apply it in reaching the conclusion that the provisions in question do not violate the principles of fundamental justice.

(iv) Did the Pre- and Post-Charge Delay Violate Sections 7, 11(b) and 11(d) of the Charter?

The respondent argues that this Court should extend the principles set out in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, to the situation of pre-charge delay. He argues that since 45 years have elapsed between the date of the actions giving rise to the charges and the date of the trial, there is bound to be prejudice. However, in my view Callaghan A.C.J.H.C. was correct in deciding that the trial judge, after hearing all the evidence, would be in the best position to decide whether or not a s. 24(1) Charter remedy is available (*Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863) and therefore that the legislation itself should not be struck down.

viduelle offre certainement une plus grande justice que la responsabilité collective, la technique usuelle du droit primitif. Puisque les actes illégaux en droit international, à l'égard desquels l'entente de Londres a établi une responsabilité criminelle individuelle, étaient également des plus blâmables du point de vue moral, et que les auteurs de ces actes étaient certainement conscients de leur nature immorale, on peut difficilement considérer que la rétroactivité de la loi appliquée à leur égard est tout à fait contraire à la justice, qui exigeait la punition de ces hommes, en dépit du fait que, dans le cadre du droit positif, ils ne pouvaient être punis à l'époque où ils ont commis les actes rendus punissables rétroactivement. Si deux postulats de la justice sont en conflit, le plus important doit prévaloir. Punir ceux qui étaient moralement responsables du crime international de la Seconde Guerre mondiale peut certainement être considéré comme plus important que de respecter la règle plutôt relative contre les lois adoptées après le fait, susceptible de tant d'exceptions.

Voir également: Professeur Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (1974), à la p. 359.

La position du professeur Kelsen me semble éminemment sage, raisonnable et juste. Je l'appliquerais pour conclure que les dispositions en question ne violent pas les principes de justice fondamentale.

(iv) Les délais antérieur et postérieur à l'accusation violent-ils l'art. 7 et les al. 11(b) et 11(d) de la Charte?

L'intimé soutient que notre Cour devrait étendre les principes établis dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, au délai antérieur à l'accusation. Il soutient que, puisque 45 ans se sont écoulés entre le moment où les actes donnant naissance aux accusations ont été commis et la date du procès, il ne peut que subir un préjudice. À mon avis toutefois, le juge en chef adjoint Callaghan a à juste titre décidé qu'après avoir entendu l'ensemble de la preuve, le juge du procès serait le mieux placé pour décider si une réparation fondée sur le par. 24(1) de la Charte était possible (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863) et que, par conséquent, la loi elle-même ne devrait pas être annulée.

In the present case, I am unable to see any merit in the respondent's arguments that he suffered prejudice as a result of the pre-charge delay. Indeed, it is far more likely that the delay was more prejudicial to the Crown's case than it was that of the defence. Defence counsel was entitled to argue that the witnesses' memories had become blurred with the passage of 45 years. Further, the documentary and physical evidence that the respondent now complains is not available was probably destroyed during World War II. Thus it is difficult to accept the respondent's assertion that any documentary or physical evidence that would have been available within a few years after the war has since been lost. Additionally, any prejudice occasioned by the death of witnesses that could have helped the defence was substantially reduced by the admission of the Dallos statements.

With regard to the post-charge delay, less than a year passed from the time when the legislation was proclaimed in force to when the indictment was preferred. In light of the amount of investigatory work that had to be done before any charges could be laid, this seems to be a minimal and very reasonable period of delay.

(v) Do the Impugned Sections of the Code Violate Sections 7 and 15 of the Charter?

The respondent argues that the legislation contravenes s. 15 of the *Charter* because it relates only to acts or omissions performed by individuals outside Canada. Thus, a Canadian who committed a crime against humanity in Canada, arising for example, from the internment of Japanese Canadians, could not be charged under the impugned provisions, whereas someone in the position of Finta who committed the offence outside of Canada could be charged.

In my view, the apparent difference in treatment is not based on a personal characteristic but on the location of the crime. In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, it was held that the determination of whether a group falls into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15 is not to be

En l'espèce, je n'arrive pas à voir le bien-fondé des arguments de l'intimé suivant lesquels il a subi un préjudice en raison du délai antérieur à l'accusation. En fait, il est beaucoup plus probable que le délai ait été plus préjudiciable à la preuve du ministère public qu'à celle de la défense. L'avocat de la défense avait le droit de soutenir que la mémoire des témoins s'était effacée après 45 ans. En outre, la preuve documentaire et matérielle qui, se plaint maintenant l'intimé, n'existe plus, a probablement été détruite au cours de la Seconde Guerre mondiale. Il est donc difficile de retenir la prétention de l'intimé voulant que toute preuve documentaire ou matérielle qui aurait existé quelques années après la guerre ait depuis été perdue. De plus, le préjudice causé par le décès de témoins qui auraient pu aider la défense a été grandement diminué par l'utilisation des déclarations de Dallos.

En ce qui concerne le délai postérieur à l'accusation, moins d'un an s'est écoulé entre le moment où la disposition législative est entrée en vigueur et celui où l'acte d'accusation a été présenté. Compte tenu de l'ampleur du travail d'enquête qui devait être abattu avant que des accusations soient portées, le délai en cause me semble minime et très raisonnable.

(v) Les dispositions contestées du Code violent-elles les art. 7 et 15 de la Charte?

L'intimé soutient que la loi contrevient à l'art. 15 de la *Charte* parce qu'elle ne porte que sur des faits — actes ou omissions — commis par des individus à l'étranger. Par conséquent, le Canadien qui a commis au Canada un crime contre l'humanité, du fait par exemple de l'internement de Canadiens japonais, ne pourrait être accusé en vertu des dispositions contestées, alors qu'un individu dans la situation de Finta, qui a commis l'infraction à l'étranger, pourrait l'être.

À mon avis, la différence apparente de traitement ne repose pas sur une caractéristique personnelle mais sur le lieu du crime. Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, notre Cour a conclu que la question de savoir si un groupe relève d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément

made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society. The question to be resolved is whether the group represents a discrete and insular minority which has suffered stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice. It was decided that in some circumstances the person's province of residence could be a personal characteristic. However, in this case I do not think that the group of persons who commit a war crime or a crime against humanity outside of Canada could be considered to be a discrete and insular minority.

The respondent's submission that it is contrary to the principles of fundamental justice to subject an individual to prosecution based on an extension of jurisdiction founded on alleged crimes for which Parliament does not make its own government members and its own people in Canada criminally liable cannot be accepted for the same reasons.

(vi) Do the Impugned Provisions violate Section 12 of the Charter?

No argument was made by the parties with respect to s. 12.

(9) *Section 1 of the Charter*

As I have concluded that ss. 7(3.74) and (3.76) of the *Criminal Code* do not violate ss. 7, 11(a), (b), (d) and (g), or 15 of the *Charter*, it is not necessary to consider the application of s. 1 of the *Charter*.

Conclusion on the Cross-Appeal

For the reasons set out above, I am of the view that Callaghan A.C.J.H.C. and the Court of Appeal, unanimous on this issue, were correct in their conclusion that the challenged provisions of the *Criminal Code* do not violate the *Charter*.

*Appeal dismissed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

énumérées à l'art. 15 ne peut être résolue seulement dans le contexte de la loi qui est contestée, mais plutôt en fonction de la place qu'occupe le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société. Il s'agit de déterminer si le groupe représente une minorité discrète et isolée, ayant souffert de stéréotypes, de désavantages historiques ou de vulnérabilité à des préjugés politiques et sociaux. On a décidé que, dans certains cas, la province de résidence d'une personne pourrait être une caractéristique personnelle. Toutefois, en l'espèce, je ne crois pas que le groupe des personnes qui commettent un crime de guerre ou un crime contre l'humanité à l'étranger puisse être qualifié de minorité discrète et isolée.

Pour les mêmes raisons, je ne peux retenir la prétention de l'intimé, suivant laquelle il est contraire aux principes de justice fondamentale d'engager des poursuites contre un individu en se fondant sur une extension de la compétence née des crimes reprochés pour lesquels le législateur ne rend pas ses propres députés et ses propres citoyens du Canada criminellement responsables.

(vi) Les dispositions contestées violent-elles l'art. 12 de la Charte?

Les parties n'ont soumis aucun argument concernant l'art. 12.

(9) *L'article premier de la Charte*

Puisque j'ai conclu que les par. 7(3.74) et (3.76) du *Code criminel* ne violent pas l'art. 7, les al. 11(a), (b), (d) ou (g) ou l'art. 15 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de considérer l'application de l'article premier de la *Charte*.

Conclusion quant au pourvoi incident

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge en chef adjoint Callaghan et la Cour d'appel, unanimes sur cette question, ont à juste titre conclu que les dispositions contestées du *Code criminel* ne violent pas la *Charte*.

*Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Cross-appeal dismissed. Sections 7(3.74) and 7(3.76) of the Criminal Code do not violate ss. 7, 11(a), (b), (d), (g), 12 or 15 of the Charter.*

*Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Douglas H. Christie, Victoria.*

*Solicitors for the intervener Canadian Holocaust Remembrance Association: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Solicitors for the intervener League for Human Rights of B'Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg and Dale, Streiman and Kurz, Brampton.*

*Solicitors for the intervener Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.*

*Solicitors for the intervener InterAmicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montreal.*

*Pourvoi incident rejeté. Les paragraphes 7(3.74) et 7(3.76) du Code criminel ne violent pas l'art. 7, les al. 11a), b), d), g), ni les art. 12 ou 15 de la Charte.*

*Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: Douglas H. Christie, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante la Canadian Holocaust Remembrance Association: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg et Dale, Streiman and Kurz, Brampton.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant InterAmicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.*