

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 J.J.

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.

^a **Imre Finta** *Intimé*

et

^b **Canadian Holocaust Remembrance Association, Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, Congrès juif canadien et InterAmicus** *Intervenants*

^c RÉPERTORIÉ: R. c. FINTA

N^{os} du greffe: 23023, 23097.

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

^d 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

^e *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 présenti 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.*

Drôit 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'acquittal. 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 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.

^a 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. ^b (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 essentielle au récit. ^c ^d

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, 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.

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?

^e 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 ^f 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 ^g ^h

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 véhémente 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 "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, 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 inculqué 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 stigmatisme 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 stigmatisme 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. Théroux*, [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. Théroux*, [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. 213a).

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 Suppl.), s. 4; am. French version, R.S.C., 1985, c. 1 (4th Suppl.), s. 18, Schedule 1, item 1], 7(3) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Suppl.); s. 5(1)], (3.1) [ad. *ibid.*, s. 5(3)], (3.71) [ad. R.S.C., 1985, c. 30 (3rd Suppl.), 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 Suppl.), s. 1], (4), 14, 15, 19, 25, 74(2), 465(1)(a) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Suppl.), 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 Suppl.), 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^{er} suppl.), art. 4; mod. version française, L.R.C. (1985), ch. 1 (4^e suppl.), art. 18, annexe 1, n^o 1], 7(3) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 5(1)], (3.1) [aj. *ibid.*, art. 5(3)], (3.71) [aj. L.R.C. (1985), ch. 30 (3^e 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^e suppl.), art. 1], (4), 14, 15, 19, 25, 74(2), 465(1)(a) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} 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^e 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^o 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. Toronto: Summerhill Press, 1987. ^a
- 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. ^b
- 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. ^c
- 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. By Michael Newman Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990. ^d
- Schwarzenberger, Georg. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 2, *The Law of Armed Conflict*. London: Stevens & Sons, 1968. ^e
- 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. ^f
- 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.
- Stone, Julius. *Legal Controls of International Conflict*. Holmes Beach, Florida: Wm. W. Gaunt & Sons, Inc., 1974. ^h
- 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.
- 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. ^j (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 châtement 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^e 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. By Michael Newman Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990. ^g
- 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. ⁱ
- 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.

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. IA. 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.

^a 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. IA. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.

^b 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.

^c 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. 11(a), (b), (d), (g), ni les art. 12 ou 15 de la *Charte*.

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

^f *Douglas H. Christie* et *Barbara Kulaszka*, pour l'intimé.

^g *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.

^h *Joseph R. Nuss, c.r.*, et *Lieba Shell*, pour l'intervenant InterAmicus.

Version française des motifs rendus par

ⁱ 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*.

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*.

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.

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.

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.

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 «déjudaiser» 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 *leitmotif* 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^e sess., suppl. n^o 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 châtement 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^e 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^e 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 équivalait 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
b
c
d
e
f

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.

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.

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:

... 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.

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

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.

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.

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:

[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.

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:

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:

a 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.

b 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:

c [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.

d 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.

^a 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
^b aux pp. 305 et 306:

[TRADUCTION] La compétence est une question de droit — relevant donc du juge président 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.]

^e 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.
^f 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.

^g 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.
^h 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.

a

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.

f

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.

i

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'appelant 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 (*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^e 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 devraient 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^e 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