

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. ^e ^f

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?

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

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