

Les crimes contre l'humanité dans le *Code criminel* : une contribution canadienne au droit international

Alain Joffe

Volume 9, 1995

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1100772ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1100772ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Joffe, A. (1995). Les crimes contre l'humanité dans le *Code criminel* : une contribution canadienne au droit international. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 9, 52–103. <https://doi.org/10.7202/1100772ar>

Les crimes contre l'humanité dans le *Code criminel* : Une contribution canadienne au droit international

Alain JOFFE*

I - Historique de la problématique canadienne

- A-La politique d'indifférence (1946—1979)
- B-Le changement de cap dans la politique officielle du Canada (1979-1982)
- C-La reconnaissance des crimes contre l'humanité dans la constitution du Canada
- D-La contribution de la Commission Deschênes

II - Les crimes contre l'humanité en droit criminel

- A-Les nouvelles modifications législatives
- B-Le principe de la rétroactivité
- C-Les éléments constitutifs de l'infraction

III - La compétence extra-territoriale

- A-La juridiction extra-territoriale à l'endroit de l'accusé lors de la commission du crime
- B-Le principe de la compétence universelle

C-Les autres compétences reconnues par le droit international à l'aube de la Seconde guerre mondiale

IV - Les moyens de défense

- A-L'exclusion de l'obéissance à la «loi de facto» prévue à l'article 15 C.cr.
- B-La défense d'agent de la paix nonobstant l'exclusion de l'article 15 C.cr.
- C-Les autres moyens de défense prévus par le droit canadien et international

V - Les poursuites judiciaires dans le domaine criminel

- A-Introduction
- B-Les contraintes inhérentes au système de justice canadien
- C-L'expérience canadienne dans les affaires Finta, Pawlowski et Reistetter

Quarante-deux ans après la fin de la seconde guerre mondiale, le Canada s'est doté des instruments juridiques nécessaires à la répression des Crimes contre l'humanité. Ces modifications législatives en vigueur depuis le 16 septembre 1987 permettent pour la première fois aux tribunaux canadiens de juger, en vertu du *Code criminel canadien*, toute personne accusée d'avoir commis un crime contre l'humanité (ou un crime de guerre) à l'étranger¹.

Au même moment, le législateur a apporté des changements législatifs aux lois d'immigration afin de faciliter les mesures de révocation de citoyenneté, de renvoi, et d'expulsion à l'encontre de toute personne soupçonnée d'avoir commis à l'étranger un crime contre l'humanité (ou un crime de guerre)².

Ces modifications législatives sont nées d'une volonté politique de mettre fin à la présence de criminels de guerre nazis au Canada et de s'assurer dans la mesure du possible que le territoire canadien ne puisse jamais constituer un havre de paix pour les auteurs de crimes contre l'humanité perpétrés à l'étranger³.

Dans cette étude divisée en trois parties nous nous proposons d'analyser exclusivement la notion de crimes contre l'humanité à la lumière des nouvelles dispositions du *Code criminel canadien* et de la jurisprudence qui s'en est ensuivie.

La première partie consistera en un bref historique de la politique canadienne concernant la répression des crimes contre l'humanité. Nous expliquerons également les raisons qui ont amené le gouvernement canadien, après plus de quarante ans d'indifférence sur la question, à adopter les modifications législatives qui permettent au ministère public canadien de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre perpétrés à l'extérieur du pays.

* Avocat, Barreau de Montréal

¹ *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur l'immigration de 1976 et la Loi sur la citoyenneté* 2^{ème} session, Projet de loi C-71, 33^{ème} législature 35-36, Elisabeth II 1986-1987; maintenant S.C. 1987, c. 37.

² L'article 20 de la *Loi sur la citoyenneté* tel que abrogé et modifié en vertu de l'article 13 de la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur l'immigration de 1976 et la Loi sur la la citoyenneté*, interdit d'accorder la citoyenneté à toute personne qui fait l'objet d'une enquête ou est formellement accusée d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre au sens du *Code criminel*, ou qui a été condamnée d'un tel crime. En vertu de la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur l'immigration de 1976 et la Loi sur la la citoyenneté*, l'article 19 (j) de la *Loi sur l'immigration de 1976* se lit maintenant comme suit: « Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible: celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel* et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à son époque de la perpétration.»

³ Dans son allocution à la Chambre des communes le 20 août 1987, cité dans *Débats de la Chambre des Communes*, le 20 août 1987, p. 8264, le Ministre de la Justice et procureur général du Canada, l'honorable Ray Hnatyshyn s'exprimait ainsi sur le projet de loi C-71:

« Comme je l'ai précisé le 30 juin, le gouvernement considère l'adoption de ce projet de loi comme une étape essentielle d'un processus tendant à redresser les torts qui ont été causés dans le passé et à modifier nos lois, afin de nous assurer que le Canada ne puisse jamais être considéré comme un refuge sûr pour les criminels de guerre ou ceux qui ont commis des crimes contre l'humanité. En outre, la loi devrait s'appliquer aux crimes commis dans le passé, à l'heure actuelle, ou dans l'avenir.»

La deuxième partie sera consacrée à l'analyse détaillée des éléments constitutifs de la notion légale de « Crimes contre l'humanité » en droit criminel canadien. La notion légale de « Crimes contre l'humanité » n'a jamais fait l'objet au Canada d'études spécialisées dans un contexte où la doctrine et la jurisprudence internationales relatives à des situations contemporaines sont peu abondantes. Comme la notion de « crimes contre l'humanité » en droit criminel canadien s'inspire des définitions apportées par le droit international et y réfère directement, nous nous proposons d'expliquer l'état du droit international sur la question tout en faisant les nuances nécessaires apportées par la jurisprudence canadienne dans l'affaire *Finta*.

La compétence extra-territoriale du Canada de traduire en justice devant ses tribunaux toute personne soupçonnée d'avoir commis à l'étranger un crime contre l'humanité au sens du droit international coutumier ou conventionnel fera l'objet d'une étude spécialisée au sein de cette deuxième partie en raison de sa complexité et du fait qu'il s'agit là d'une condition incluse dans la définition légale de l'incrimination prévue au Code criminel.

Dans cette deuxième partie, nous verrons que les modifications législatives apportées au *Code criminel* en 1987 concernant la notion de crimes contre l'humanité permettent à l'accusé de se prévaloir des moyens de défense reconnus par le droit international ou par le droit anglo-canadien qui lui sont les plus favorables et qui s'appliquaient au moment des faits reprochés ou au cours du procès.

Nous traiterons surtout des critères d'admissibilité de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs et de celle de contrainte dans chacun de ces deux systèmes juridiques en ce qu'elles constituent les moyens de défense les plus usités dans cette branche du droit criminel et international.

La troisième partie sera exclusivement consacrée à l'analyse de l'expérience judiciaire dans le domaine de la répression criminelle des crimes contre l'humanité. Nous montrerons à la lumière des affaires *Finta*, *Pawlowski*, et *Reistetter*, les difficultés de mise en oeuvre des dispositions du *Code criminel*, à la lumière entre autre chose, des garanties juridiques que le système constitutionnel canadien accorde aux accusés dans le domaine du droit criminel.

I - Historique de la problématique canadienne

A. - La politique d'indifférence (1946 - 1979).

La problématique des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité a rarement fait l'objet de discussions approfondies au Canada avant la fin des années soixante-dix. Il faut savoir qu'en dépit de la participation active de ce pays dans le dernier conflit mondial, le gouvernement fédéral n'avait jamais jugé bon d'incorporer la notion de « crimes contre l'humanité » au droit canadien au lendemain de ce conflit. La situation est d'autant plus incompréhensible que le Canada faisait partie des premiers pays alliés qui s'étaient opposés à la politique hégémonique du Troisième Reich.

Pendant plus de quarante ans, la politique officielle canadienne concernant la répression des auteurs de crimes de

guerre et de crimes contre l'humanité fut des plus ambivalentes et des plus ambiguës. Il en était de même concernant la question connexe que constituait la présence d'anciens criminels de guerre nazis au Canada. Du point de vue strictement formel, le Canada, à l'instar d'autres pays alliés, ne fut pas étranger aux efforts de codification concernant ce domaine du droit international. Le gouvernement canadien avait envoyé des observateurs lors de la Conférence de St-James de 1942 au cours de laquelle les gouvernements respectifs de neuf pays européens avaient déclaré que l'un des principaux objectifs du conflit était le châtement des criminels de guerre⁴.

Le Canada participa par la suite aux travaux de la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre, ce qui attestait de sa part un certain intérêt pour la question. Toutefois, ce pays n'avait pas adhéré au *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* comme l'avaient pourtant fait d'autres États du Commonwealth comme l'Australie, l'Inde, et la Nouvelle-Zélande⁵. Cela n'empêcha pas le Canada de reconnaître la validité en droit international des principes dégagés par le Tribunal militaire international de Nuremberg lors de l'adoption de la résolution 95(I) de l'Assemblée générale des Nations Unies⁶.

Fait paradoxal, le gouvernement canadien qui n'avait pas jugé approprié d'être partie au *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* avait adhéré au *Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient* dont l'article 5 visait spécifiquement les crimes contre l'humanité perpétrés par les forces armées et les dirigeants japonais⁷. Le Canada avait même dépêché un juge de la Cour d'appel du Québec en la personne de l'honorable juge McDougall afin de siéger comme juge canadien dans le cadre des procès des grands criminels de guerre japonais. Cette contribution exceptionnelle du Canada au développement du droit pénal international est malheureusement tombée dans l'oubli.

L'attitude assez réservée du Canada à l'égard des crimes contre l'humanité s'expliquait par le fait que ni le gouvernement canadien, ni la population ne percevaient la Deuxième Guerre mondiale différemment des autres conflits internationaux dans lesquels le Canada s'était auparavant impliqué, comme la guerre des Boers ou la Première Guerre mondiale. La sauvegarde des intérêts de l'Empire britannique restait le leitmotiv préféré de la justification de l'entrée en guerre du Canada auprès du Royaume-Uni, même si par ailleurs la défense des valeurs démocratiques occidentales fut également soulignée comme un facteur important dans la lutte contre les Puissances de l'Axe.

⁴ La Commission inter-allié sur le châtement des criminels de guerre fut responsable de la tenue de cette conférence au palais St-James de Londres qui adopta la célèbre *Déclaration de St-James* signé le 13 janvier 1942 par les représentants de gouvernements belge, grec, luxembourgeois, norvégien, néerlandais, polonais, yougoslave et de la France libre. J. DESCHENES, *Rapport de la Commission d'enquête sur les criminels de guerre*, 1ère partie, Ottawa, Ministère des approvisionnement et services Canada, 1986.

⁵ voir sur le sujet : DESCHENES, *op. cit.*, supra, note 4, pp. 108-109.

⁶ Assemblée générale des Nations-Unies, *Résolution 95(I)*, 11 décembre 1946.

⁷ La participation du Canada pouvait s'expliquer en raison des exactions commises contre certains membres des forces armées canadiennes à Hong-Kong durant leur captivité.

L'indifférence du Canada pour toutes les questions concernant les crimes contre l'humanité se refléta dans l'approche sélective de la législation canadienne applicable aux châtiments des criminels de guerre nazis soit la *Loi sur les crimes de guerre de 1946*⁸. Le but premier de cette loi était d'octroyer aux tribunaux militaires canadiens installés en Europe toute la compétence juridictionnelle nécessaire afin de juger les ressortissants ennemis soupçonnés d'avoir commis des « infractions aux lois et usages de la guerre » contre des membres des forces armées canadiennes ou alliées durant le conflit⁹. Malheureusement, le législateur canadien, influencé sans doute par l'esprit de la législation britannique du *British Warrant* de 1945 - qui lui avait servi de modèle pour la rédaction de sa loi - n'avait pas jugé bon d'inclure les crimes contre l'humanité dans la liste de crimes pouvant faire l'objet de poursuites pénales¹⁰.

⁸ *Loi sur les crimes de guerre*, 10 Georges VI (1946), c. 73 qui est toujours en vigueur ne contient que trois articles dont voici la teneur: « 1. Sont par les présentes réédités les *Règlements concernant les crimes de guerre* (Canada) établis par le gouverneur en conseil le trente août mil neuf cent quarante-cinq et énoncés à l'annexe de la présente loi. 2. La présente loi est censée être entrée en vigueur le trente août mil neuf cent quarante-cinq, et tout ce qui est censé avoir été fait jusqu'ici en conformité des dits règlements est réputé l'avoir été sous l'autorité de la présente loi. 3. La présente loi restera en vigueur jusqu'au jour que le gouverneur en conseil fixera par proclamation et, à compter de ladite date, sera censée être abrogée ».

Règlements concernant les crimes de guerre cités dans la *Loi sur les crimes de guerre*, 10 Georges VI (1946), c. 73 Art. 2(f): « Crime de guerre signifie une infraction aux lois ou usages de la guerre, commise pendant toute guerre à laquelle le Canada a participé ou peut participer, en tout temps, après le neuvième jour de septembre mille neuf cent trente-neuf (1939) ».

⁹ Cent soixante-et-onze affaires impliquant des crimes commis contre des membres de forces armées canadiennes ont fait l'objet d'une enquête de la part du service d'enquête canadien no2 sur les crimes de guerre rendu en mars 1946. Les forces armées canadiennes ont intentées leurs propres poursuites dans le cadre de procès publics qui se sont tenus à Aurich en Allemagne. Le procès le plus célèbre fut celui du général Kurt Meyer qui avait été condamné à être fusillé pour avoir donné l'ordre d'exécuter un certain nombre de prisonniers de guerre canadiens. Sa sentence fut commuée en une peine d'emprisonnement que le général a purgée au Canada. L'aviation royale du Canada « avait intenté des procédures criminelles à l'endroit de six accusés dans le cadre de trois procès distincts: Neitz, Jung, Schumacher, Weigel, Ossenbach et Holzer. Les six accusés furent déclarés coupables et condamnés; trois à être fusillés, un à l'emprisonnement à vie, un à quinze ans, et le dernier à dix ans d'emprisonnement. Six autres procès impliquant vingt-huit accusés furent conduits par les autorités britanniques agissant au compte des forces armées canadiennes. » Sur le sujet voir DESCHENES, *op. cit.*, *supra*, note 4, pp. 28-29 qui renvoie aux pièces P-10, *Final Report of the War Crimes Investigation Section*, 30 août 1947, p. 4, parag. 20; P-100, *Note of British Army Historical Branch*.

¹⁰ Même si le gouvernement du Royaume-Uni avait reconnu la légitimité de la notion de « Crimes contre l'humanité » en ratifiant le *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg*, le *Royal Warrant* de 1945 ne réprimait que les violations aux lois et usages de la guerre.

La politique officielle du gouvernement britannique particulièrement réfractaire à l'insertion de la notion de crimes contre l'humanité est restée inchangée quarante-cinq ans après la Seconde Guerre mondiale. Ainsi l'article 1(b) du «*War Crimes Bill*» du 8 mars 1990 ne souffle mot de la problématique des crimes contre l'humanité. Ce projet de loi ne prévoyait la compétence des tribunaux britanniques que dans le cas de meurtre ou d'homicide involontaire coupable qui constituait une violation des lois et des usages de la guerre entre le 1er septembre 1939 et le 5 juin 1945. voir *War crimes: «A Bill to confer jurisdiction on United Kingdom Courts in respect of certain grave violations of the laws and customs of war committed in German-Held territory during the Second World War and for connected purposes»*, [Bill 95] London, March 8, 1990.

Le gouvernement canadien avait tout de même adopté au lendemain de la seconde guerre mondiale des normes administratives dans le but d'empêcher que le territoire canadien ne devienne une destination privilégiée d'anciens criminels nazis¹¹. Toutefois, les fonctionnaires canadiens n'avaient pas appliqué cette réglementation avec très grande sévérité¹². Le manque de conviction du gouvernement canadien favorisa la mise en oeuvre de certaines exemptions qui permirent par exemple à d'anciens membres de formations SS d'origine ukrainienne de venir s'établir au Canada au début des années cinquante¹³.

Des pressions politiques exercées par le gouvernement britannique expliquent également la décision du gouvernement canadien de ne prendre aucune mesure coercitive d'envergure à l'endroit des criminels de guerre nazis. Dans un télégramme secret adressé au gouvernement canadien le 13 juillet 1948, le ministère britannique des affaires étrangères recommandait à tous les pays du Commonwealth d'enterrer définitivement la question du châtimement des criminels de guerre nazis à la lumière des changements politiques futurs de l'Allemagne, et ce, afin d'en finir le plus rapidement possible avec le passé de la Seconde

¹¹ Le gouvernement canadien avait, néanmoins, adopté, dès les années cinquante, une panoplie de règlements d'immigration qui interdisait la venue au Canada de toute personne ayant appartenu au parti nazi ou à des organisations militaires ou para-militaires reconnues comme criminelles par le tribunal militaire international de Nuremberg. En vertu des manuels d'immigration, en vigueur au Canada, durant les années soixante et soixante-dix, le fait d'avoir appartenu à la Gestapo, d'être l'auteur d'une infraction majeure, ou d'avoir servi comme garde dans les camps de concentration sont demeurés des motifs d'exclusion automatique conformément aux politiques approuvées par le gouvernement dans les années cinquante. Toutefois le fait d'avoir été membre des S.S. ou des S.A. n'était plus un motif de refus mais seulement un motif d'enquête additionnelle quels que soient les liens de sang avec un citoyen canadien. Malheureusement celui d'avoir été membre du parti nazi ne constituait plus un motif d'exclusion automatique depuis 1950. Voir à ce sujet DESCHENES, *op. cit.*, *supra*, note 4, à la p. 194.

¹² Ces règlements fédéraux furent contournés par l'ampleur de l'immigration est-européenne et allemande des années cinquante et soixante. Le Canada, à l'instar, d'autres pays anglo-saxons, comme les États-unis, l'Australie et le Royaume-Uni considéraient l'arrestation des criminels de guerre nazis ou de leurs collaborateurs comme une question moins importante que la reconstruction économique du pays: d'autant plus que les services d'immigration savaient que leur haine profonde de l'idéologie communiste garantissait une immigration aux valeurs conservatrices qui se mariait très bien à l'idéologie dominante des années cinquante.

Ce phénomène fut souligné respectivement pour le Canada par la Commission d'enquête Deschênes et pour l'Australie par le *Rapport Menzie sur les criminels de guerre*; voir à ce sujet: *Review of Material Relating to the Entry of Suspected War Criminals into Australia* (Canberra: 1987) 9. voir également G. TRIGGS, «*Australia's War crimes Trials: A moral Necessity or Legal Minefield?*» 16 *Melbourne Univ. Law Review*, aux pp. 382-384. Sur les développements en Grande-Bretagne: *Report on the Entry of Nazi War Criminals and Collaborators into the United Kingdom 1945-1950* Commissioned by and prepared for the All Party Parliamentary War Crimes Group, November 1988; *Report on the War Crimes Inquiry (the Hetherington Report)*, prepared for the Secretary of State for the Home Department, July 1989.

¹³ DESCHENES, *op. cit.*, *supra*, note 4 aux pp. 266-267.

Guerre mondiale¹⁴. Des considérations liées à la guerre froide ne furent pas étrangère au cynisme dont firent preuve le Canada et les grandes puissances dans la répression des criminels de guerre nazis¹⁵.

La politique officielle du gouvernement canadien de vouloir faire table rase de toute la question expliqua le refus de la direction générale de la Gendarmerie Royale du Canada pendant plus de trente ans d'enquêter activement sur la présence au Canada de certains criminels de guerre nazis, et ce, en dépit des demandes répétées du centre de Simon Wiesenthal, du Congrès juif canadien et même de pays étrangers qui avaient formulé des demandes d'extradition¹⁶. La Gendarmerie Royale du Canada justifiait sa politique par le fait que les tribunaux canadiens n'avaient pas la compétence de se prononcer sur ce genre d'infractions en vertu du *Code criminel* ou de quelque autre loi fédérale¹⁷.

B. - Le changement de cap dans la politique officielle du Canada (1979-1982).

¹⁴ Le télégramme daté du 13 Juillet 1948 énonçait ce qui suit: « a) Il convient de régler le 31 Août 1948 le plus grand nombre d'affaires possible qui doivent faire l'objet d'un procès (les procès commencés avant cette date se poursuivront.) b) En général, aucun procès ne doit être entrepris après le 31 août 1948. Cette mesure touche tout particulièrement les présumés criminels de guerre, qui ne sont pas actuellement en détention préventive et qui pourraient par la suite tomber entre nos mains. (...) A notre avis, le châtement des criminels de guerre a plus pour but de décourager les générations futures de récidiver que de punir tous les individus coupables. Du reste, compte tenu des changements politiques futurs en Allemagne envisagés dans le cadre des récents pourparlers tripartites, nous sommes convaincus qu'il est maintenant nécessaire d'en finir avec le passé le plus tôt possible. » DESCHENES, *op. cit.*, *supra*, note 4.

¹⁵ Les liens privilégiés qui existaient entre les services de renseignements canadiens et britanniques jusqu'au milieu des années soixante, particulièrement dans le contexte de la guerre froide, n'ont pas été étrangers à ce phénomène d'indifférence politique et d'immobilisme juridique. Le conflit Est-Ouest avait précipité une course contre la montre afin de s'assurer le concours des anciens membres des services de renseignements des pays de l'Axe. Ces nouvelles priorités ont pris le dessus sur les liens de solidarité tissés entre l'Union soviétique et les puissances alliées occidentales au cours de la Seconde Guerre mondiale.

C'est d'ailleurs ce que confirme A.A. Ryan, l'ancien directeur de l'Office of Special Investigations de Washington dans son rapport officiel au gouvernement américain qui portait sur l'utilisation de Klaus Barbie par les services de renseignements américains après la Seconde Guerre mondiale. Suite à ses recommandations, le gouvernement exprima ses excuses officielles auprès du gouvernement français. Sur le sujet voir A. A. RYAN, *Quiet Neighbors: Prosecuting Nazi War Criminals in America*, New York, Harcourt Barce Jovanovich, 1984.

¹⁶ Le gouvernement canadien refusa de donner suite aux demandes d'extradition de la part de l'Union soviétique, de la Pologne et des Pays-Bas prétextant qu'aucune des dispositions du droit international coutumier ou conventionnel n'obligeait le Canada à remettre à ces pays des personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité; voir: DESCHENES, *op. cit.*, *supra*, note 4, aux pp. 29-31, 103-104 et 108-109.

¹⁷ DESCHENES, *op. cit.*, *supra*, note 4 à la p. 31.

Au cours des années quatre-vingt, le gouvernement canadien modifia sa politique officielle concernant la présence au Canada de criminels de guerre nazis. En 1980, le solliciteur général du Canada, M. Robert Kaplan en tant que ministre responsable de la Gendarmerie Royale du Canada (G.R.C.) fit de la question de la présence au Canada d'un certain nombre de criminels de guerre nazis, l'une des priorités du ministère de la justice¹⁸.

Le Solliciteur général mit sur pied un comité interministériel, présidé par Martin Low, qui fut chargé de coordonner les activités des différents ministères et de la Gendarmerie Royale du Canada (G.R.C.) afin d'examiner la possibilité de recours criminels à l'endroit des criminels de guerre nazis résidents au Canada¹⁹. Ces développements ne pouvaient être sans incidence sur l'incorporation éventuelle de la notion de « crimes contre l'humanité » en droit criminel canadien.

L'affaire Rauca constitua la première occasion pour le gouvernement canadien de démontrer sa bonne foi dans la mise en oeuvre de sa nouvelle politique censée être plus favorable au châtement des criminels de guerre nazis²⁰. Le gouvernement canadien s'engagea au printemps 1982, à extraditer vers la République fédérale d'Allemagne ce citoyen canadien contre qui pesait des accusations très graves de participation à titre d'officier dans les Einsatzgruppen au meurtre de plusieurs milliers de juifs en Lituanie²¹. L'extradition de Rauca vers l'Allemagne fédérale où il fut traduit en justice dans le cadre d'accusations de meurtre, encouragea certains avocats du ministère de la justice comme Christopher A. Amerinsinghe et certains représentants du Congrès juif canadien à demander au gouvernement fédéral d'accélérer la mise en place de mesures de révocation de citoyenneté, d'expulsion, et d'extradition à l'endroit des criminels de guerre nazis²².

La publication de l'ouvrage « None is Too Many » des deux auteurs, I. Abella et H. Troper joua un rôle non négligeable dans un regain d'intérêt pour toute la question du châtement des criminels de guerre dans les années quatre-vingt particulièrement au Canada anglais²³. Ces deux historiens s'étaient penchés sur la

¹⁸ DESCHENES, *op. cit.*, *supra*, note 4 à la p. 31.

¹⁹ DESCHENES, *op. cit.*, *supra*, note 4 à la p. 31. TROPER et WEINFELD, *Old Wounds: Jews, Ukrainians and the Hunt for Nazi War Criminals in Canada*, Markham Ontario, Ed. Penguin, 1988, à la p.122.

²⁰ *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983) 41 O.R. (2nd) 225 (C.A. Ont.).

²¹ voir sur le sujet TROPER et WEINFELD, *op. cit.*, *supra*, note 19. Ce renversement étant d'autant plus inattendu que le gouvernement canadien collabora pour la première fois avec les autorités soviétiques afin de s'assurer que le juge préposé à l'extradition reçut en main propre l'original du document attestant la participation de Rauca dans le massacre de plusieurs milliers de personnes. M. Rauca ne put empêcher son extradition vers l'Allemagne fédérale où il mourut en attente de son procès.

²² TROPER et WEINFELD, *op. cit.*, *supra*, note 19 à la p. 134

²³ I. ARBELLA et H. TROPER, *None is Too Many*, Toronto, Lester & Orpen Dennys Limited, 1982. Le titre de cet ouvrage est tiré d'une conférence de presse au cours de laquelle un journaliste avait demandé à un haut-fonctionnaire canadien d'immigration si le Canada projetait d'augmenter ses quotas d'immigration juive à la lumière des persécutions nazies en Europe. La réponse du haut-fonctionnaire fut des plus directes. Elle se traduit en français par la remarque suivante : « En n'y aurait t-il aucun, ce serait déjà encore trop ».

problématique de l'immigration juive au Canada pendant la période des persécutions nazies afin de comprendre les raisons pour lesquelles le gouvernement canadien faisait partie des pays occidentaux qui avaient accepté le moins de contingents de réfugiés juifs pendant la période cruciale où l'on aurait pu empêcher l'holocauste nazi, où à tout le moins en diminuer le nombre de ses victimes²⁴.

Ces deux auteurs avaient réussi à établir que de hauts fonctionnaires - mus par des préjugés antisémites très enracinés dans la fonction publique canadienne de l'époque - avaient, au cours des années 1938-1945, mis en oeuvre une politique administrative, visant à limiter le plus possible l'immigration juive au Canada, et ce, avec l'accord tacite du gouvernement dirigé par le premier-ministre Mackenzie King²⁵. La situation était d'autant plus embarrassante qu'il était facile d'opposer le zèle avec lequel ces fonctionnaires d'immigration avaient limité considérablement l'immigration de juifs au Canada avec le peu d'effort qu'ils déploierent après la Deuxième Guerre mondiale pour empêcher l'entrée des criminels de guerre nazis au pays.

L'élite parlementaire canadienne fut secouée à la lecture des conclusions de cet ouvrage qui remettaient en question l'idée que la conduite officielle du gouvernement canadien vis-à-vis de sa communauté juive avait toujours été irréprochable. Pour un nombre croissant de députés fédéraux, le châtement des criminels de guerre nazis résidant au pays était un geste de bonne volonté qui pouvait permettre de rétablir l'honneur et la crédibilité du Canada dans ce dossier épineux:

« Le gouvernement a non seulement fermé les portes aux juifs avant la guerre alors qu'ils tentaient de se soustraire à la persécution de l'Allemagne nazie, mais après la guerre il les a aussi ouvertes à beaucoup trop de personnes qui, de fait, avaient été les auteurs des atrocités que les juifs tentaient de fuir. Le Canada est parmi les pays qui ont été les moins accueillants à l'égard des Juifs qui fuyaient l'holocauste entre 1940 et 1945 et il n'a guère été plus hospitalier à l'égard des survivants durant les trois années qui ont suivi. Ce bilan peu reluisant nous impose certainement aujourd'hui plus qu'à d'autres l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires dans notre pays pour faire comparaître en justice ceux qui ont été responsables de l'holocauste. Cela est d'autant plus important en raison de certaines tentatives récentes visant à nier la réalité de l'holocauste. »²⁶

C. - La reconnaissance des crimes contre l'humanité dans la Constitution du Canada.

En 1981-82 s'engagea le processus de réforme et de modifications à la *Constitution canadienne*. Il faut savoir que la Constitution canadienne était toujours restée une simple loi britannique en dépit de l'accession du Canada à la souveraineté politique dans les années trente. Ce processus de réforme portait sur le rapatriement de la *Constitution canadienne* à laquelle s'était greffé un projet de charte modelé sur le *Bill of Rights* américain et sur les garanties contenues dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

Cette réforme ne put arriver à un meilleur moment pour ceux qui étaient favorables à la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Cette tâche coïncidait avec l'émergence d'une majorité de députés et de sénateurs fermement convaincus de la nécessité de tenir compte de cette problématique dans la rédaction des garanties constitutionnelles en matière de non-rétroactivité des lois pénales²⁷.

Le premier projet du gouvernement, consacré au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, ne soufflait mot de la problématique particulière des crimes contre l'humanité. Le texte prévoyait que « tout inculpé à le droit de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui au moment où elle est survenue ne constituait pas une infraction »²⁸. Le projet fut transmis à un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes qui fut chargé d'étudier le projet à la lumière des nombreux mémoires et représentations des organismes intéressés à la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité²⁹.

²⁴ Pendant que le gouvernement des États-Unis acceptait plus de 200,000 juifs, entre 1933 et 1945, le Canada n'en reçut que quelques milliers pendant la même période soit moins que la Chine. D. MATAS, *Justice Delayed - Nazi War Criminals in Canada*, Toronto, Summerhill Press Ltd, 1987 à la p. 52. H. MIZRAHI, « An Application and Critique of Canada's War Crimes Legislation: The Made in Canada Solution », (1989) *Civil Liberties Essay*.

²⁵ Les deux auteurs expliquent également que cette politique de rejet reçut l'aval du gouvernement dirigé par le Premier-ministre Mackenzie King. En août 1944, malgré les demandes incessantes du Congrès juif canadien, le cabinet de guerre canadien refusa d'accepter des contingents de juifs hongrois que le gouvernement hongrois avait accepté de remettre à la Croix-rouge internationale. Il faut savoir que c'est au cours de cette période cruciale que les autorités allemandes, sous l'instigation d'Adolph Eichmann, commencèrent à déporter les juifs hongrois vers le camp d'extermination d'Auschwitz dans le cadre de la solution finale. Sur ce sujet voir: KPC, *Cabinet War Committee Minutes*, August 31, 1944, vol. 425, cité par ARBELLA et TROPER, *op. cit.*, supra, note 23 à la p. 178.

²⁶ Déclaration du député Svend J. Robinson de la circonscription de Burnaby à la Chambre des Communes: Débats de la Chambre des Communes, Projet de Loi C-71, 12 mars 1987, p. 4083; voir aussi TROPER et WEINFELD, *op. cit.*, supra, note 19 à la p. 129.

²⁷ DESCHENES, *op. cit.*, supra, note 4 à la p. 154.

²⁸ Voir l'article 11 du premier projet du gouvernement déposé en chambre, 2 octobre 1980 cité dans DESCHENES, « Art. 11 - Tout inculpé a le droit : e) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction », *op. cit.*, supra, note 4 à la p. 154.

²⁹ DESCHENES, *ibid*

Le Congrès juif canadien et l'Association nord-américaine des étudiants juifs, appuyés en cela par certains membres du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes proposèrent des modifications importantes au premier projet afin d'empêcher que ces garanties constitutionnelles en matière de non-rétroactivité des lois en matière criminelle et pénale ne portent atteinte aux efforts législatifs de traduire en justice les responsables de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre devant les tribunaux canadiens.

À la séance du 28 janvier 1981, le gouvernement et l'opposition officielle présentèrent la version finale de l'article 11 (g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui levait toute ambiguïté sur ce point. Le libellé de l'article 11(g) précise que « tout inculpé a le droit de ne pas être déclaré coupable en raison d'un acte ou d'une omission qui au moment où elle est survenue ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada, ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».

La modification apportée aux premières ébauches de l'article 11(g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'inspirait de l'article 7 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* et de l'article 15 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Ces deux dispositions avaient été insérées, dans ces deux traités internationaux afin d'empêcher que les auteurs de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre puissent échapper aux sanctions de la loi pénale au nom de l'adage *Nulla poena sine lege*:

Art. 7 (1) Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. (2) Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

Art. 15(1) Nul ne sera condamné pour des actions ou des omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement, à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier. (2) Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou d'omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

Le libellé final de l'article 11(g) dans la *Charte canadienne des droits et libertés* raviva considérablement les espoirs de ceux qui croyaient enfin possible l'adoption des modifications substantielles au *Code criminel canadien* afin de

juger en priorité les criminels de guerre nazis³⁰.

Les carences éventuelles du système juridique canadien obligeaient le gouvernement à s'interroger sur les mesures législatives appropriées en regard des nouvelles garanties constitutionnelles accordées en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ce, afin d'éviter dans la mesure du possible de longs débats devant les tribunaux. À ces questions juridiques, s'ajoutait le problème de déterminer le nombre exact de criminels de guerre nazis résidant au Canada. Certaines organisations spécialisées avaient affirmé au début des années quatre-vingt que le nombre de criminels de guerre au Canada se situait entre 2000 et 3000 environ. On prétendait même que le docteur Joseph Mengele, auteur notoire d'expériences médicales inhumaines, s'était rendu au Canada - un fait qui fut démenti par la suite.

Le gouvernement canadien créa une Commission d'enquête sur la présence des criminels de guerre dans le but de vider une fois pour toutes les questions juridiques et factuelles relatives à la présence de criminels de guerre nazis au Canada. Cette Commission fut présidée par l'ancien juge en chef de la Cour supérieure du Québec, l'honorable juge Jules Deschênes.

D. - La contribution de la Commission Deschênes

La Commission d'enquête sur les criminels de guerre (ci-après appelée Commission Deschênes en raison du nom de son commissaire unique) fut créée le 7 février 1985. Elle avait eu pour mandat d'enquêter sur la présence possible de criminels de guerre nazis au Canada et d'examiner les mécanismes juridiques existants qui permettraient de les poursuivre. À défaut de tels mécanismes, il incombait à la Commission Deschênes de proposer au gouvernement canadien ceux qu'il y aurait lieu d'instituer par voie législative³¹. Tout organisme intéressé à faire des recommandations fut invité à le faire devant la Commission. Ce fut le cas, entre autres, du Congrès juif canadien³², de l'Association nord-américaine des étudiants juifs³³ et du Comité ukrainien du

³⁰ K. M. NARVEY « Trial in Canada of Nazi War Criminals » (1983) 34 *Criminal Reports* (3d) 126. C.B. WAGNER, « The Passing of Legislation allowing for Trial of Those Accused of War Crimes and Crimes against Humanity », *Windsor Yearbook of Access to Justice* pp. 150-151. COTE-HARPER « Les garanties juridiques et la charte », *72 Formation permanente, du Barreau du Québec*, Montréal, 1983, pp. 174-175. M. COHEN, et A. BAYEFSKI, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Public International Law », (1983) 61 *Can. B. R.*, 265.

³¹ DESCHENES, *op. cit.*, supra, note 4 à la p. 191. « La Commission a été chargée de conseiller le gouverneur en conseil quant aux dispositions à prendre au Canada pour traduire en justice les criminels de guerre pouvant y résider, et de préciser les mécanismes juridiques existants qui pourraient être utilisés à cette fin, ou à défaut, ceux qu'il y aurait lieu pour le Parlement canadien d'instituer par voie législative ».

³² Sur la position officielle du Congrès juif canadien: S. SILVERSTONE, *War Criminals in Canada: Legislative Options*, Library of Parliament, Ottawa, 1981, I. COTLER, *Submissions and Recommendations of the Canadian Jewish Congress to the Deschenes Commission*, July 10, 1985.

³³ Pour l'Association nord-américaine des étudiants juifs: K. M. NARVEY, *Some Comments on the Report of the Commission's Legal Expert to the Deschênes Commission*, August 22 1986.

Canada³⁴.

Le *Rapport de la Commission Deschênes* comporte deux parties. La première partie traite des moyens juridiques appropriés en droit canadien en vue de régler définitivement la problématique que pose la présence au pays d'un certain nombre de criminels de guerre. La deuxième partie est consacrée à l'analyse détaillée de 29 cas précis ayant fait l'objet d'une enquête approfondie du fait de la gravité des allégations et de l'existence possible d'éléments de preuve.

La commission Deschênes, après avoir consulté divers organismes canadiens et étrangers, avait dressé une liste définitive de 880 noms de personnes présentes au Canada et soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre lors de la Seconde Guerre mondiale³⁵. Elle exigea que cette partie de son rapport ne soit pas publiée afin de ne pas préjuger du droit des éventuels accusés à un procès équitable.

Le rapport de la Commission Deschênes fut soumis au gouvernement le 30 décembre 1986. Selon la Commission, il ne faisait aucun doute que le Parlement canadien pouvait promulguer des lois habilitantes ayant même un caractère rétroactif pour autoriser la poursuite et le châtement des criminels de guerre en vertu du paragraphe 11(g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Commission Deschênes recommanda que le *Code criminel* soit utilisé comme un instrument privilégié dans le châtement des criminels de guerre se trouvant au Canada afin de réprimer non seulement les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre commis pendant la Seconde Guerre mondiale mais ceux qui auraient pu être commis à une date ultérieure.

La Commission Deschênes proposa également que des modifications soient apportées à diverses lois d'immigration et de la citoyenneté afin de permettre la révocation et l'expulsion de toute personne qui aurait caché son passé de criminel de guerre aux autorités d'immigration. Toutefois la Commission Deschênes n'était pas favorable à la création d'une organisation similaire à l'Office of Special Investigation de Washington spécialisée dans la recherche active des criminels de guerre nazis aux fins de révocation de leur citoyenneté américaine.

Dans ses recommandations finales, la Commission Deschênes recommanda au gouvernement canadien d'engager des procédures judiciaires de nature criminelle, contre vingt-neuf (29) personnes qui avaient fait l'objet d'enquête de la Commission et de procéder ultérieurement à des enquêtes additionnelles dans deux cent vingt (220) autres dossiers.

Les travaux de la Commission Deschênes, et tout ce qui s'ensuivit du point de vue législatif, servirent d'exemple à l'Australie et au Royaume-Uni, intéressés comme le Canada à tirer un trait définitif sur ce chapitre peu glorieux de leur histoire nationale³⁶. Le Commonwealth d'Australie adopta une législation sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, d'application beaucoup plus restreinte que celle du Canada puisqu'elle ne portait que sur ceux commis pendant la seconde guerre mondiale³⁷.

Le gouvernement canadien accepta la plupart des recommandations suggérées par le Rapport de la Commission Deschênes. Le Ministre de la justice et procureur général du Canada M. Ray Hnatyshyn décida de soumettre au Parlement canadien le projet de loi C-71 qui reçut l'appui quasi-unanime de la Chambre des communes.

Ces nouvelles dispositions législatives du Code criminel reconnaissent pour la première fois au Ministère public le droit de poursuivre au Canada plusieurs catégories de gens soupçonnés d'avoir perpétré à l'étranger des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, pour autant que le droit international accordait aux autorités canadiennes la compétence requise pour les faire juger devant ses tribunaux au moment de la commission du crime³⁸. Le gouvernement canadien mit sur pied un bureau d'enquête spécialisé dans les poursuites des crimes de guerre et de crimes contre l'humanité au sein du ministère fédéral de la justice et du ministère de l'immigration. Il accepta les recommandations de la Commission Deschênes et ne créa pas un pendant canadien de l'Office of Special Investigations américain qui aurait été spécialisé dans la recherche active de criminels de guerre aux fins de révocation de leur citoyenneté canadienne.

³⁴ Sur la position officielle du Comité ukrainien du Canada voir J. SOPINKA, *Submission of the Ukrainian Canadian Committee before the Deschênes Commission*, May 5, 1986. Le Comité ukrainien du Canada soumit officiellement un mémoire dans lequel il recommandait à la Commission Deschênes de n'entreprendre aucune action à l'endroit des présumés criminels de guerre nazis réfugiés au Canada au grand mécontentement du Congrès juif canadien. La position officielle du Comité canadien ukrainien s'expliquait par le fait que certains présumés criminels de guerre canadiens d'origine ukrainienne étaient considérés comme des héros par une partie de la communauté ukrainienne du Canada; d'où l'opposition farouche de certains de leurs représentants à l'idée que le Canada puisse réouvrir la question des crimes de guerre commis sous la période nazie. L'Honorable juge Deschênes rejeta les recommandations du Comité ukrainien qui suggérait à la Commission Deschênes de ne pas recommander au gouvernement canadien d'adopter quelque mesure que ce soit lorsqu'il était question de « vieillards obscurs contre qui on allègue un rôle mineur dans ces crimes de guerre nazis ».

³⁵ Avant toute chose, la Commission Deschênes devait vérifier les sources étrangères qui lui avaient permis d'établir cette liste. Cette vérification avait pour but d'éliminer de la liste les personnes faussement identifiées comme criminelles ou encore d'étayer la dénonciation grâce à un complément d'information. Les organismes consultés étaient la Gendarmerie Royale du Canada, les centres Wiesenthal de Vienne et de Los Angeles, le Congrès juif canadien, l'organisation B'nai Brith Canada, le Ministère de la Justice du Canada, la police d'Israël, le Jewish Federation of North Jersey et l'U.R.S.S.

³⁶ Le Royaume-Uni et l'Australie créèrent leur propre Commission copiée sur le modèle de la Commission Deschênes pour enquêter sur la présence de criminels de guerre nazis dans leur territoire. Pour le Royaume-Uni: *Report of the War Crimes Enquiry*, London, England, H.M.S.O., 16 Juin 1989, the Chalmers-Hetherington Report. Pour l'Australie on peut consulter: *Review of Material Relating to the Entry of Suspected War Criminals into Australia* (Canberra: 1987) 9 The Menzies report. Ce rapport fut commandé par le gouvernement australien suite à des allégations des médias voulant que l'Australie ait abrité des criminels de guerre nazis; également TRIGGS, *loc. cit.*, *supra*, note 12, aux pp. 382-384.

³⁷ *War Crimes Amendment Act 1988, An Act to amend the War Crimes Act 1945 No. 3 of 1989*, Assented to 25 January 1989, Sec. 3: «Whereas: (a) concern has arisen that a significant number of persons who committed serious war crimes in Europe during World War II may since have entered Australia and become Australian citizens or residents; (b) it is appropriate that persons accused of such war crimes be brought to trial in the ordinary courts in Australia; and (c) it is also essential in the interests of justice that persons so accused be given a fair trial with all the safeguards for accused persons in trials in those courts, having particular regard to matters such as the gravity of the allegations and the lapse of time since the alleged crimes ».

³⁸ Pour reprendre l'expression du Ministre de la Justice du Canada, l'adoption du projet de loi C-71 «incitera davantage à favoriser la justice fondamentale qui doit empêcher une société libre et démocratique d'accepter en son sein la présence de ceux qui ont commis certains des pires crimes au monde, tout en demeurant impunis».

II - Les crimes contre l'humanité en droit criminel

A. - Les nouvelles modifications législatives

Le libellé des nouvelles modifications législatives apportées au *Code criminel* est particulièrement complexe. Trois conditions doivent être remplies afin qu'un crime contre l'humanité (ou un crime de guerre) puisse faire l'objet d'une poursuite en vertu du *Code criminel*:

- 1) L'infraction reprochée doit répondre à la définition de crime contre l'humanité (ou de crime de guerre) reproduite au *Code criminel*;
- 2) L'acte ou omission reprochée devrait constituer une infraction au *Code criminel canadien* dans le cas fictif où il aurait été commis au Canada et non à l'étranger;
- 3) Les principes de droit international relatif à l'exercice de la compétence extra-territoriale d'un État en matière criminelle qui étaient applicables au moment des faits reprochés reconnaissent au Canada la compétence de traduire en justice l'accusé devant ses propres tribunaux.

À la différence du droit criminel français qui distingue clairement entre les crimes contre l'humanité qui sont imprescriptibles et les crimes de guerre qui ne le sont pas, le droit criminel canadien ne connaît que le régime unique de l'imprescriptibilité en matière pénale.

L'article 7(3.71) C.cr. assimile tout « crime de guerre » ou « crime contre l'humanité » commis à l'étranger à un fait commis au Canada à condition que le fait commis à l'étranger ait constitué par une fiction de la loi une infraction au droit canadien:

Art. 7(3.71) C. cr. - 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 été 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.

L'article 7(3.76) C.cr. définit la notion de « crimes contre l'humanité » et de « crimes de guerre » de la façon suivante: « 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 ou au lieu de l'infraction - et d'autre part, soit constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. »

«crime de guerre: un 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 perpétration - et constituant, à l'époque et dans ce lieu une transgression du droit international coutumier ou conventionnel applicable à des tels conflits».

«droit international conventionnel : Conventions, traités et autres ententes internationales en vigueur auxquels le Canada est partie, ou qu'il a accepté d'appliquer dans un conflit armé auquel il participe.»

Selon l'article 7(3.77) C.cr. les nouvelles infractions de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité incluent les infractions de tentative, de complicité, de conseil, d'aide, d'encouragement ou de complicité après le fait:

7(3.77) - Sont assimilés à un fait aux définitions de «crime contre l'humanité» et «crimes de guerre» au paragraphe (3.76) la tentative, le complot, la complicité après le fait, le conseil, l'aide, ou l'encouragement à l'égard de ce fait.

Les articles 7(3.72) à 7(3.75) traitent des règles de preuve et de l'admissibilité de moyens de défense, justifications ou excuses, prévus par le droit criminel canadien et international:

Art. 7(3.72) C.cr. - Les poursuites engagées à l'égard du fait visé au paragraphe (3.71) sont exercées conformément aux règles de preuve et de procédure en vigueur lors du procès.

Art. 7(3.73) C.cr. - 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 sa perpétration, l'accusé peut, dans le cadre des poursuites intentées 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.

(7.374) C. cr. - 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 perpétration ou en conformité avec ce droit.

L'article 606 (6) C.cr encadre rigoureusement l'admissibilité de la règle « autrefois acquies, autrefois convict » dans le contexte où l'accusé ferait valoir qu'il a déjà fait l'objet d'un procès ou d'une condamnation à l'étranger relatif aux crimes contre l'humanité ou aux crimes de guerre pour lesquels il fait actuellement l'objet de poursuites criminelles au Canada:

Article 606 (6) C.cr. - Bien qu'elle soit réputée avoir subi un procès et avoir été traitée au Canada en vertu du

paragraphe 7(6), la personne censée avoir commis, à l'étranger, un acte constituant une infraction au Canada en raison des paragraphes 7(2) à (3.4) et 7(3.7) ou un fait visé au paragraphe 7(3.7.) ou un fait visé au paragraphe 7(3.71.), et à l'égard duquel elle a subi un procès et à été reconnue coupable à l'étranger, ne peut invoquer la défense d'autrefois convict à l'égard d'un chef d'accusation relatif à cet acte ou ce fait lorsque: a) d'une part, cette personne n'était pas présente au procès ni représentée par l'avocat qu'elle avait mandaté; b) d'autre part, la sentence imposée à l'égard de l'acte ou du fait n'a pas été purgée.

En vertu de l'article 7(3.75) C.cr., seul le Procureur général du Canada est habilité de porter des accusations criminelles à l'endroit de toute personne soupçonnée d'avoir commis à l'étranger un crime contre l'humanité ou un crime de guerre:

Art. 7(3.75) - Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, les poursuites à l'égard du fait visé au paragraphe (3.71) ne peuvent être intentées sans le consentement écrit du procureur général ou du Sous-procureur général du Canada et menée que par le Procureur général du Canada ou en son nom.

Il s'agit là d'une exception au principe voulant qu'il appartienne au procureur général de la province ou à son substitut d'intenter des accusations en vertu du *Code criminel*.

B. - Le principe de la rétroactivité

Les modifications législatives relatives aux crimes contre l'humanité ou aux crimes de guerre ne créent pas de nouvelles infractions au *Code criminel*. Ces modifications législatives, qualifiées pour cette raison de « rétroactives », sont des dispositions législatives à caractère intertemporel qui s'appliquent aussi bien aux situations passées que pour l'avenir.

Ces dispositions ont eu pour objet d'étendre dans le temps et dans l'espace l'application des dispositions du *Code criminel canadien* à des faits qui n'y étaient pas assujettis au moment de leur perpétration mais qui constituaient déjà en leur lieu un crime contre l'humanité ou un crime de guerre en vertu du droit international.

Ces considérations diverses expliquent pourquoi le législateur a inséré les nouvelles dispositions relatives aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité à l'article 7 C.cr. Cet article rassemble les divers exemples d'application rétrospective des dispositions du *Code criminel canadien* à des situations survenues à l'étranger, et ce, en regard de conventions multilatérales ratifiées par le Canada dans le domaine de la répression de crimes internationaux³⁹.

Cette technique de rédaction législative a permis au législateur canadien de réprimer les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité commis à l'étranger pendant la Seconde Guerre mondiale ou à n'importe quelle autre période tout en lui évitant la nécessité de recourir à l'adoption d'une loi d'application rétroactive de peur que cela ne contrevienne aux principes de justice fondamentale garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁰.

L'on se souviendra que la Commission Deschênes dans son rapport avait pourtant conclu qu'une telle démarche était constitutionnelle en regard du libellé de l'article 11(g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui admettait une exception au principe de la non-rétroactivité des lois pénales du moment que l'on était capable d'établir que le fait visé constituait une infraction d'après le droit international ou avait un « caractère

³⁹ Le législateur canadien n'a pas adopté une loi ajoutant une nouvelle infraction au *Code criminel* intitulée « crimes contre l'humanité » ou « crimes de guerre ». Pour cela il aurait fallu que les définitions de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre soient incorporées dans les parties II à XII du *Code criminel* qui énumèrent toutes les infractions du *Code criminel*. Or, les nouvelles dispositions législatives relatives aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre furent insérées dans l'article 7 C.cr. de la partie I du *Code criminel* qui ne traite que des dispositions générales, y compris l'application extra-territoriale des dispositions du *Code criminel canadien* à certains faits commis à l'étranger comme des crimes à bord d'un aéronef ou d'actes de torture.

Les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions criminelles couvrent les parties II à XII. On peut citer à titre d'exemples: Les infractions contre l'ordre public (partie II); Les infractions reliées à l'emploi des armes à feu et d'autres armes offensives (partie III); Les infractions contre l'application de la loi et l'administration de la justice (partie IV); Les infractions d'ordre sexuel (partie V); Les atteintes à la vie privée (partie VI); Les maisons de désordre, jeux et paris (partie VI); Les infractions contre la personne et la réputation (partie VIII).

⁴⁰ Dans l'affaire *Re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act*, (B.C.), [1985] 2 R.C.S. 486, la Cour suprême du Canada a jugé que la garantie offerte par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne se limitait pas qu'aux seules règles de procédure mais devait aussi s'étendre aux règles de fond afin de s'assurer que les personnes bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*.

criminel d'après les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des Nations ».

Toutefois, le gouvernement canadien décida de ne pas avoir recours à une loi rétroactive en raison d'opinions juridiques émanant du Ministère fédéral de la Justice. Certains haut-fonctionnaires appartenant à la section de la politique et de la modification du droit en matière pénale, défendirent avec succès le point de vue voulant que l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* vienne limiter le droit du Parlement fédéral d'adopter des lois rétroactives à caractère criminel⁴¹. Selon ces derniers, les obligations constitutionnelles et internationales du Canada, exigeaient l'adoption d'une plus grande rigueur dans la rédaction législative fondée sur le principe de la « rétrospectivité ».

L'obligation du Ministère public d'établir a) que les faits reprochés constituaient des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité au moment des faits reprochés b) qu'ils constituaient également une infraction au droit canadien c) que le Canada avait la compétence extra-territoriale de poursuivre l'accusé au moment du crime allégué, permettait, selon les experts juridiques du Ministère de la justice, de justifier la constitutionnalité des modifications législatives sous l'angle de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴².

Le respect de ces trois éléments décrits au paragraphe précédent explique que les nouvelles modifications législatives sont qualifiées de « rétrospectives » et non de rétroactives puisque l'accusé sera toujours jugé en vertu des règles de fond du *Code criminel canadien* ou du droit international qui avaient une existence légale au moment des faits reprochés.

Du point de vue juridique, les modifications législatives de 1987 doivent jouer un rôle auxiliaire par rapport à celui dévolu aux règles de fond, soit les principes de droit international relatifs à la notion de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre et les dispositions du *Code criminel canadien* en vigueur lors de la commission de l'infraction.

C'est ce qui explique que toute accusation en vertu des modifications législatives au *Code criminel* relatives aux crimes contre l'humanité sera portée officiellement en vertu des dispositions du *Code criminel* applicables au moment des faits reprochés et non en vertu de celles qui existaient au moment du dépôt de l'acte de l'accusation ou du procès.

Les tribunaux canadiens dans l'affaire *Finta* se sont référés à ces principes afin de justifier la constitutionnalité des modifications apportées par le législateur dans le domaine de la répression des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre⁴³.

Comme on le verra ultérieurement, la rédaction législative des modifications au *Code criminel* qui s'avère être une source de difficulté même pour le juriste accompli, n'a rien fait pour sensibiliser le citoyen ordinaire à la question des crimes contre l'humanité et encore moins les membres du jury appelés à siéger dans le cadre de procès devant les assises.

C. - Les éléments constitutifs de l'infraction

1) Le renvoi obligatoire au droit international coutumier ou conventionnel applicable au moment des faits reprochés

La définition de « crimes contre l'humanité » que le législateur canadien a adoptée s'inspire directement des trois principaux instruments internationaux conclus par les quatre principales puissances alliées pour réprimer les graves atteintes aux droits de la personne commises par l'Allemagne national-socialiste et l'Empire du Japon:

Art. 7(3.76) C.cr. - 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 ou au lieu de l'infraction - 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.

Art. 6(c) T.M.I. - Assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, ou la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal ou en liaison avec ce crime.⁴⁴

Art. II(1)(c) Loi no 10 - Atrocités, et délits comprenant, sans que cette énumération soit limitative, l'assassinat, l'extermination, l'asservissement, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol, ou tous les actes inhumains, commis contre la population civile, et les persécutions, pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux, que les dits crimes aient constitué ou non une violation de la loi nationale du pays où ils ont été perpétrés.⁴⁵

⁴¹ *Les Procès verbaux et témoignages du Comité législatif de la Chambre des Communes relatif au Projet de loi C-71, Loi modifiant le Code criminel, La Loi sur l'immigration de 1976 et la Loi sur la citoyenneté*, deuxième session de la trente-troisième législature, 1986-1987, Lundi 24 août 1987, déposition de M. Daniel Piragoff, avocat-conseil, Section de la politique et de la modification du droit en matière pénale, Ministère de la Justice, à la p.1: 60.

⁴² *Les Procès verbaux et témoignages du Comité législatif de la Chambre des Communes relatif au Projet de loi C-71, Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur l'immigration de 1976 et la Loi sur la citoyenneté*, deuxième session de la trente-troisième législature, 1986-1987, lundi 24 août 1987, déposition de M. Daniel Piragoff, avocat-conseil, Section de la politique et de la modification du droit en matière pénale, Ministère de la Justice à la p.1: 60.

⁴³ *R. v. Finta*, (1989) 69 O.R. (2d) 557; (1992) 92 D.L.R. (4th) 1.

⁴⁴ *Statut du tribunal militaire international de Nuremberg*, art. 6(c); *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international*, Vol. 1, Nuremberg, 14 novembre 1945.

⁴⁵ *Loi no 10 du Contrôle de Conseil allié relative aux châtiments des crimes de guerre, des crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité*, art. II(1) (c), Journal officiel du Conseil de Contrôle en Allemagne, aux pp. 50 et s.

Art. 5, Far East Trib. Stat. - Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.⁴⁶

Plus récemment, le Conseil de sécurité a adopté, dans le contexte de la répression des crimes commis dans l'ex-Yougoslavie, la définition suivante tel qu'il appert à l'article 5 du Statut du Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-yougoslavie depuis 1991:

Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelque qu'elle soit: a) assassinat; b) extermination; c) réduction en esclavage; d) expulsion; e) emprisonnement; f) torture; g) viol; h) persécutions pour des raisons politiques, raciales ou religieuses; i) autres actes inhumains.⁴⁷

Un crime contre l'humanité au sens du *Code criminel* exige, comme condition préalable, la présence d'un crime contre l'humanité selon le droit international coutumier ou conventionnel. Il faut donc se référer aux deux sources principales du droit international public que sont le droit international coutumier et conventionnel afin de cerner la notion de crimes contre l'humanité en vertu du *Code criminel*.

La notion de droit international coutumier renvoie à celle de « coutume internationale » telle que définie à l'article 38 (b) du *Statut de la Cour internationale de justice* comme « preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ». La notion de droit international conventionnel renvoie aux « Conventions, traités et autres ententes internationales en vigueur auxquels le Canada est partie, ou qu'il a accepté d'appliquer dans un conflit armé auquel il participe » que l'on retrouve à l'article 7(3.76) C.cr.

Le *Code criminel* ne définit pas ce que l'on doit entendre par l'expression « Conventions, traités et autres ententes internationales en vigueur auxquels le Canada est partie ». La disposition des mots conjuguée à l'application de la règle *Ejusdem Generis* nous permet de dire que cette expression vise tout accord international créant sur le plan international des obligations juridiques formelles à l'endroit du Canada. L'application de cette dernière règle milite incontestablement en faveur de cette interprétation dans la mesure où le terme « autres ententes internationales en vigueur auxquels le Canada est partie » vient s'ajouter à celui de « Conventions » et « traités » qui

désignent tous deux des accords internationaux écrits en bonne et due forme⁴⁸.

L'expression « Conventions, Traités et autres ententes » inclut un certain nombre d'accords internationaux dont la conclusion est dénuée de formalisme mais qui produisent des effets juridiques immédiats dans l'ordre international comme les échanges de notes qualifiés par ailleurs de « traité » selon la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁴⁹. Sont donc exclus de la définition de « droit international conventionnel » au sens du *Code criminel* les déclarations et communiqués officiels conjoints qui ne créeraient que des expectatives ou des obligations de nature purement politiques ou morales de la part du Canada comme d'autres États participants.

Qu'en est-il des accords internationaux conclus oralement qui ne sont pas visés par la *Convention de Vienne sur le droit des traités* mais qui font quand même partie du droit international conventionnel selon le droit international public⁵⁰. Sont-ils visés par la définition canadienne du terme droit international conventionnel ?

L'expression « Conventions, traités et autres ententes que le Canada a accepté d'appliquer dans un conflit armé auquel il participe » nous permet d'envisager au moins une situation où un accord international à caractère oral en vertu du droit international public sera reconnu comme faisant partie du « droit international conventionnel » au sens de la définition canadienne. Nous voulons parler d'un accord international consistant en des assurances données oralement par le Canada et un autre État d'appliquer dans leurs rapports mutuels un accord international écrit se rapportant à un conflit armé auquel les deux pays participent⁵¹.

48 Voir sur le sujet: C. EMANUELLI, *Droit international public, les fondements, les sources, les États*, Tome 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, aux p. 60-61.

49 Le législateur en utilisant le terme « traité » à l'article 7(3.76) C.cr. renvoie implicitement à la définition très large de ce terme que l'on retrouve à la *Convention de Vienne sur le droit des traités* auquel le Canada est partie. La définition du terme « traité » à l'article 2(a) de cette convention inclut toute forme d'accord international conclu entre États par écrit; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, [1980] R.T. Can. no 37, art. 2(a) « L'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelque soit sa dénomination particulière ».

50 Comme le rappelle C. Emanuelli, les traités internationaux qui ne sont pas compris dans la définition de traité selon l'article 2(1)(a) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* continuent d'être régis par la coutume tel qu'il appert de l'article 3 de cette même convention. EMANUELLI, *op. cit.*, supra, note 48 à la p. 60.

51 C'est ainsi que le tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient avait assimilé à un accord international les assurances données par le gouvernement britannique, américain et japonais auprès des puissances neutres d'appliquer dans leurs rapports mutuels les termes de la *Convention de 1929 sur le traitement des prisonniers de guerre*; International Military Tribunal for the Far-East, 4-12 novembre 1948; The Tokyo Judgment, Ed. B.V.A. Röling and C.F. Rüter, Univ. Press, Amsterdam, 1977 vol. 3.

46 *International Military Tribunal for the Far East, Judgment*, 4-12 November 1948; The Tokyo Judgment éd. B.V.A. Röling and C.F. Rüter, Univ. Press Amsterdam, 1977, vol. 3.

47 Art. 5, *Statut du Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-yougoslavie depuis 1991*, Annexé au *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité*, S/ 25704 3 mai 1993.

De plus, le *Code criminel canadien* assimile au « droit international conventionnel » des normes juridiques que le droit international public ne qualifie pas comme tel, comme les engagements unilatéraux du Canada ou un autre État d'appliquer une convention internationale se rapportant à un conflit armé. C'est ce qui ressort de l'expression « Conventions, traités et autres ententes que le Canada a accepté d'appliquer dans un conflit armé auquel il participe ». Or, la qualification juridique d'une déclaration unilatérale relative au respect de *facto* d'une convention internationale relève plus du droit international coutumier que du droit international conventionnel si l'on se réfère exclusivement aux critères prévus par le droit international public.

Le droit international n'oppose pas toujours droit international coutumier et droit international conventionnel et l'on ne saurait donc les considérer comme deux compartiments étanches pour les fins de l'interprétation de l'article 7(3.76) C.cr. Comme le rappelle le professeur Claude Emanuelli, « certains traités conclus sous l'égide de l'O.N.U. visent à codifier la coutume existante et à en développer le contenu dans un domaine donné des relations internationales »⁵².

Ces deux sources du droit international sont souvent appelées à jouer un rôle complémentaire comme en témoigne la jurisprudence du Tribunal militaire international de Nuremberg dans les *Procès des grands Criminels de guerre* et celle plus récente de la Cour internationale de justice dans les *Affaires sur le plateau continental de la mer du nord*⁵³.

Dans cette affaire, la Cour internationale de justice avait reconnu la possibilité qu'une règle de droit contenue dans un traité souvent à caractère multilatéral (et donc faisant partie du droit international conventionnel au sens du *Code criminel canadien*) puisse éventuellement donner naissance à une règle de droit international coutumier. Le fait qu'un État étranger n'ait pas ratifié ou adhéré à une convention, traité ou autre entente internationale dans le domaine du droit international humanitaire n'exclut pas la responsabilité criminelle de ses ressortissants en droit criminel canadien, dans la mesure où les tribunaux en arrivent à la conclusion que certaines des dispositions du traité étaient l'expression d'une règle de droit international coutumier au moment de la commission des crimes reprochés.

Trois conditions de base sont requises pour qu'un tel processus soit reconnu par les tribunaux internationaux. Premièrement, la disposition en cause doit avoir un caractère essentiellement normatif afin de pouvoir constituer la base d'une règle générale de droit. Deuxièmement, la pratique des États mettant en oeuvre cette règle de droit international conventionnel doit avoir été uniforme et constante (*opinio juris*). La troisième condition consiste en l'élément psychologique, soit la prise de conscience par ces États qu'une obligation juridique est en jeu

⁵² EMANUELLI, op. cit., supra, note 48 à la p. 59.

⁵³ Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, Vol. I, Nuremberg, 14 novembre 1945; Le Tribunal militaire international de Nuremberg avait jugé que les termes de la Convention de la Haye de 1907 concernant les lois et usages de la guerre sur terre et les règlements y afférents étaient l'expression du droit international coutumier en vigueur en 1939 et qu'à ce titre ses dispositions liaient tout État y compris ceux qui n'avaient pas jugé bon d'adhérer formellement à cette Convention. La possibilité qu'un traité ou une de ses dispositions puissent se cristalliser en une norme de droit international coutumier fut reconnue par la Cour internationale de justice dans les *Affaires sur le plateau continental de la mer du nord*: Plateau continental de la mer du nord, arrêt C.I.J. 1969, p. 3, 42.

(*opinio juris sive necessitatis*).

Les tribunaux canadiens devront suivre de très près l'évolution de la pratique internationale afin de définir la notion de droit international coutumier en droit criminel canadien. Ils devront cerner la notion de crimes contre l'humanité en regard de la jurisprudence des tribunaux internationaux et de la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » tel qu'il appert de l'article 38(d) du *Statut de la Cour internationale de justice*⁵⁴.

2) Le contenu juridique des crimes contre l'humanité.

La notion de crimes contre l'humanité en droit international coutumier contemporain pose toute la problématique d'une branche du droit encore dominée de nos jours par l'influence juridico-historique des crimes commis par les puissances de l'Axe lors de la Seconde Guerre mondiale et par le droit jurisprudentiel issu de cette période. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il existe une définition unique de la notion légale de crimes contre l'humanité en droit international et donc, par le fait même, en droit criminel canadien.

En effet, la notion légale de « crimes contre l'humanité » en droit international coutumier n'est pas immuable: son contenu juridique variera souvent en fonction de la date de commission des faits reprochés. Les faits remontant à la Seconde Guerre mondiale seront jugés à la lumière des principes développés exclusivement à partir des principes jurisprudentiels découlant du droit de Nuremberg⁵⁵. Toutefois, les faits qui lui sont postérieurs seront sujets à l'application de principes de droit international coutumier ou conventionnel dont le contenu pourrait sensiblement différer de celui applicable en vertu du droit de Nuremberg.

a) La terminologie unique des faits inhumains

La définition canadienne fusionne en une seule catégorie dite « des faits inhumains » deux catégories distinctes de l'incrimination si l'on se reporte à la définition de Nuremberg⁵⁶.

⁵⁴ Sur l'application du droit international par les tribunaux canadiens, particulièrement dans le domaine des Droits de l'Homme voir W. SCHABAS, *International Human Rights Law and the Canadian Charter*, Toronto, Carswell, 1991.

⁵⁵ Par « Droit de Nuremberg » nous faisons non seulement référence à l'ensemble des principes et règles dégagés par la jurisprudence du Tribunal militaire international de Nuremberg relative à l'interprétation de l'article 6(c) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg*, mais également aux principes et règles dégagés par les tribunaux internationaux et nationaux qui se réfèrent directement ou indirectement aux termes de l'article 6(c) dudit Statut ou aux dispositions d'autres instruments internationaux à caractère multilatéral comme le *Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient* ou la *Loi no 10 du Conseil de Contrôle allié*.

⁵⁶ Aussi bien l'article 6(c) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* que l'article II(1)(c) de la *Loi no 10 du Conseil de Contrôle allié* divise le libellé de l'incrimination en deux catégories distinctes: la première étant constituée par les infractions « d'assassinat, d'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain » et la deuxième par les « persécutions pour des motifs d'ordre religieux, racial ou politique ».

Les faits décrits comme inhumains dans la définition canadienne englobent en une seule rubrique non seulement ceux qualifiés comme tels dans la première rubrique de Nuremberg (soit l'assassinat, l'extermination, la mise en esclavage etc.), mais aussi « les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux » que le droit de Nuremberg ne définit pas nécessairement comme devant constituer un fait inhumain pour faire l'objet de poursuites comme crime contre l'humanité⁵⁷.

Le libellé simplifié de l'article 7(3.76) C.cr. fait en sorte que les faits inhumains décrits dans l'incrimination canadienne constituent une catégorie résiduelle touchant aussi bien l'une ou l'autre des deux catégories distinctes des crimes contre l'humanité si l'on se réfère à l'article 6(c) du *Statut du tribunal international de Nuremberg* ou de l'article II(1)(c) de la *Loi no 10 du Conseil de Contrôle allié*. Nous verrons que la disposition des termes que l'on retrouve à l'article 7(3.76) C.cr. consacre, en droit criminel canadien, l'interprétation des plus libérales du domaine d'application de la notion de « groupes victimes » développée par les tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique peu après la Seconde Guerre mondiale⁵⁸.

Dans l'affaire *Finta* la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de préciser pour la première fois ce qu'il fallait entendre par « fait inhumain » au sens de l'incrimination canadienne de « Crimes contre l'humanité » prévue aux articles 7(3.71) et s.s. C.cr. Selon le plus haut tribunal du pays, la notion de « crimes contre l'humanité » contenue dans les modifications au *Code criminel canadien* vise uniquement la répression de faits à caractère barbare et cruel commis à l'étranger dans le cadre d'une politique de discrimination ou de persécution d'un groupe identifiable ou d'une groupe racial. Il incombe donc au Ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable:

- que les faits reprochés s'inscrivent dans un contexte de cruauté et de barbarie;

- que l'accusé ait été en mesure d'en apprécier ce caractère à l'instar de toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances⁵⁹.

Des considérations propres au droit constitutionnel canadien explique la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Finta* d'inclure l'exigence additionnelle de cruauté et de barbarie dans la définition légale de l'incrimination canadienne de crimes contre l'humanité.

Selon le plus haut tribunal du pays, il serait contraire aux principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de qualifier la conduite de l'accusé de « crimes contre l'humanité » dans un contexte où le Ministère public ne se serait pas déchargé de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable le caractère cruel et barbare du crime commis à l'étranger. Les stigmates particuliers qui s'attachent à toute condamnation d'avoir commis un crime contre l'humanité, particulièrement au chapitre de l'exemplarité de la peine, a joué un rôle décisif dans le raisonnement du plus haut tribunal du pays⁶⁰.

Il s'ensuit que la définition légale de l'incrimination adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Finta* est légèrement plus restrictive que celle qu'avaient adoptée les tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique dans la mesure où ces derniers admettaient qu'un acte ou une omission ne doit pas nécessairement être caractérisé comme étant « cruel » pour qu'on puisse le qualifier d'« inhumain » au sens de l'incrimination⁶¹.

⁵⁷ Le législateur canadien a choisi de ne pas fractionner la définition de « Crimes contre l'humanité » en deux catégories distinctes comme l'avaient fait les rédacteurs de l'article 6(c) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* et de l'article II(1)(c) de la *Loi no 10 du Conseil de Contrôle allié*. La deuxième catégorie dite des « persécutions pour des motifs d'ordre religieux racial ou politique » que l'on retrouve dans le droit de Nuremberg disparaît pour s'intégrer à la première. Toute persécution contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes est réprimée dans la mesure où il s'agit d'un fait inhumain présentant le même niveau d'inhumanité que ceux visés par les infractions appartenant à la première catégorie du droit de Nuremberg, soit: l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, l'emprisonnement, la torture, ou le viol ».

⁵⁸ O.G.H. Br. ZI p. 231 cité dans H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la Loi no 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 250. Selon la Cour suprême de la zone britannique, il n'était pas nécessaire qu'un acte donné réponde exactement à l'un des exemples cités à l'article II (1) (c) pour être qualifié de crimes contre l'humanité. L'auteur, après analyse de cette jurisprudence précise ce qui suit: la qualification d'un acte comme constituant un crime contre l'humanité pouvait être composé d'éléments tirés de plusieurs exemples. Il s'ensuit que la Cour suprême de la zone britannique, a effectué, par voie jurisprudentielle, une fusion des différents éléments de chacune des deux rubriques qui composent la définition légale de l'infraction si l'on se rapporte au libellé de l'article 6(c) du *Statut du Tribunal international de Nuremberg* et l'article II(1)(c) de la *Loi no 10 du Conseil de Contrôle allié*.

⁵⁹ *R. v. Finta*, [1994] 1 R.C.S 701.

⁶⁰ *R. v. Finta*, supra, note 59 à la p. 817. Le juge Cory s'exprimant au nom de la majorité de la Cour avalisa les directives que le juge Campbell de la Cour supérieure d'Ontario avait données au jury en première instance: « The trial judge added to his comments that « Inhumanity in this context means some kind of treatment that is unnecessarily harsh in the circumstances ». He explained to the jury that one of the ways that the domestic offences of kidnapping, confinement, and robbery could achieve the level of a crime against humanity was if the acts could be considered to be inhumane. In my view, this is an appropriate characterization which emphasizes for example, robbery, without the additional component of barbarous cruelty is not a crime against humanity. It cannot be inferred that someone who robs civilians of their valuables during a war has thereby committed a crime against humanity. To convict someone of an offence when it has not been established beyond a reasonable doubt that he or she was aware of the conditions that would bring to his or her actions that requisite added dimension of cruelty and barbarism violated the principles of fundamental justice. The degree of moral turpitude that attaches to crimes against humanity and war crimes must exceed that of the domestic offences of manslaughter or robbery. It follows that the accused must be aware of the conditions which render his or her actions more blameworthy than the domestic offence. »

⁶¹ O.G.H. br. Z. I.; H. KRAUS, *Kontrollratgesetz Nr 10*, 1948. cités dans MEYROWITZ, *Sur la qualification comme crime contre l'humanité d'actes considérés comme inhumains sans être cruels* voir: O.L.G. Kiel, M.D.R. 1947, p.307; LANGE S.J.Z. 1948, col. 305, cités dans MEYEROWITZ, *op. cit.*, supra, note 58 à la p. 251

Toutefois, il ne faut pas exagérer cette nuance, dans la mesure où dans la plupart des cas ces deux éléments seront simultanément présents sans que l'on soit obligé d'envisager la possibilité de l'un sans l'autre et donc la nécessité d'admettre qu'un fait puisse être poursuivi comme crime contre l'humanité au sens du droit international coutumier sans nécessairement l'être sous l'angle du droit criminel canadien.

Les faits inhumains peuvent consister en l'accomplissement de crimes atroces, massifs et systématiques à l'instar de ceux commis par le gouvernement national-socialiste ou japonais pendant la Seconde Guerre mondiale. Toutefois, l'élément massif ou l'ampleur exceptionnellenent grande des faits reprochés n'est pas un élément constitutif de l'infraction de crimes contre l'humanité en droit international coutumier.

Selon le droit international coutumier, les crimes contre l'humanité commis de nos jours peuvent également consister en la participation d'un agent de la puissance publique à un acte inhumain ou de persécution à caractère isolé présentant un caractère matériel peu différent d'un crime de droit commun si ce n'est le fait qu'il s'intègre dans une politique systématique et sur une large échelle de faits inhumains ou de persécutions contre une population civile ou un groupe identifiable protégé par le droit international.

Pour prendre un exemple concret, ce sera le cas d'un seul cas d'exécution sommaire, d'acte de torture ou de viol perpétré à l'endroit d'un membre d'un groupe identifiable dans un contexte où cet acte s'inscrit directement dans le cadre d'une politique officielle de discrimination à l'endroit du groupe auquel appartenait l'unique victime⁶².

À l'origine, un courant jurisprudentiel et doctrinal, refusait d'assimiler à des crimes contre l'humanité des atrocités à caractère isolé au nom de l'application sévère de la règle *ejusdem generis*. Selon ce courant, la notion de crimes contre l'humanité ne visait que la répression d'actes ou d'omissions ressemblant de très près aux pires atrocités nazies. Cette interprétation restrictive du droit international coutumier s'expliquait par le désir d'éviter, dans la mesure du possible, la banalisation du crime⁶³.

Selon cette approche, les cas isolés d'atrocités, de faits inhumains, ou de persécutions commis à l'endroit d'une ou plusieurs personnes en raison de leur appartenance à un groupe

identifiable ne pouvaient jamais être qualifiés de « Crimes contre l'humanité » au sens du droit international coutumier⁶⁴. C'est ainsi que le tribunal militaire américain de Nuremberg, dans l'affaire *Re Alstötter and Others, (The justice trial)* avait jugé dans le contexte de l'interprétation de l'article 6(c) du *Statut du tribunal militaire international de Nuremberg* que le meurtre ou la déportation d'un seul individu ne constituait pas l'*actus reus* nécessaire à la commission d'un crime contre l'humanité⁶⁵.

La jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique était plus nuancée que celle de certains tribunaux militaires américains de Nuremberg puisqu'elle admettait le principe voulant que des faits isolés puissent faire l'objet d'une répression pénale sous l'incrimination. Les tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique n'ont pas retenu l'élément de masse comme étant une condition *sine qua non* à la qualification d'un acte ou d'une omission comme crime contre l'humanité⁶⁶. Selon ces mêmes tribunaux, il n'était pas question de recourir à la règle *ejusdem generis* aux fins de limiter le domaine d'application de la notion légale des crimes contre l'humanité à des situations factuelles de masse destruction⁶⁷.

⁶⁴ Cette interprétation qui excluait les cas isolés s'inspirait des premiers travaux de codification de la Commission juridique des Nations-Unies pour les crimes de guerre qui exigeaient l'existence d'une « action massive et systématique » comme condition préalable à la transformation d'un crime de droit commun en un crime de droit international. Dans l'ouvrage *History of the U.N. War crimes commission*, p. 179, l'on mentionne que seuls des « crimes qui ont mis en danger la communauté internationale ou qui ont scandalisé la conscience de l'humanité, soit pas leurs dimensions et leur brutalité » peuvent rencontrer le qualificatif de crimes contre l'humanité. Selon la Commission « des délits isolés n'entraient pas dans la notion de crimes contre l'humanité. En principe, une action massive et systématique, en particulier si elle était revêtue d'autorité, était nécessaire pour transformer un crime de droit commun, punissable seulement par le droit interne, en crime contre l'humanité, intéressant par là le droit international ». L'on peut voir également : « la Résolution du Congrès du «Mouvement national judiciaire» Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé 488, où l'on précise qu'il doit s'agir « d'assassinat de masse » (1946).

⁶⁵ *In Re Alstötter and Others (The Justice Trial)*, Nuremberg, Germany, United States Military Tribunal, December 4, 1947, Annual Digest, vol. 14, 266, 284: «Our jurisdiction to try persons charged with crimes against humanity is limited in scope. Both by definition and illustration as appears from C.C. Law 10. It is not the isolated crime by a private German individual which is condemned, nor is the isolated crime perpetrated by the German Reich through its officers against a private individual. It is significant that the enactment employs the words 'against any civilian population' instead of 'against any civilian individual'. The provision is directed against offences and inhumane acts and persecutions on political, racial or religious grounds systematically organised and conducted by or with the approval of government ».

⁶⁶ Voir MEYROWITZ, *op. cit.*, supra, note 58, pp. 281-282: « il ne faut pas plus mettre l'accent sur le mot « population » que sur l'adjectif « civil ». Le mot « population » figure également dans la définition des crimes de guerre, et l'on ne songe pourtant pas à soutenir que des actes isolés commis contre des membres isolés de la population d'un territoire occupé ne soit pas couverts par la définition. Il n'en est pas autrement en ce qui touche les crimes contre l'humanité ».

⁶⁷ MEYROWITZ, *op. cit.*, supra, note 58 à la p. 251. Voir également J. SAWIKI, *Les crimes contre l'humanité et les délits de droit commun*, Actes de la Conférence, rapport présenté à la VIII^{ème} conférence internationale pour l'unification du droit pénal p. 154, où ce dernier précise que les crimes contre l'humanité « se manifestent d'habitude en masse. Pourtant ce n'est pas la caractéristique fondamentale qui fait distinguer ce genre de délit du délit ordinaire... c'est un caractère accessoire bien que non accidentel ».

⁶² MIZRAHI, *loc. cit.*, supra, note 24: L'auteur soulève la possibilité que la définition canadienne ne s'appliquerait pas aux cas isolés tout en reconnaissant qu'il y a des précédents à l'effet d'assimiler de tels actes à des crimes contre l'humanité en regard de la jurisprudence américaine dans le domaine de la révocation de citoyenneté. Voir aussi la jurisprudence du Nigéria dans l'affaire *Pius Nwaoga v. State* (1972) 52 I.L.R. 494.

⁶³ La règle *ejusdem generis* d'inspiration anglo-saxonne a été définie par H. Meyrowitz de la manière suivante: « lorsque la désignation d'une catégorie générale y est suivie de spécifications, l'interprète sera limité par ces spécifications dans l'interprétation de la catégorie générale ». Selon cet auteur, le terme « actes ou faits inhumains » remplit une fonction particulière d'étendre le domaine d'application de l'incrimination à des faits qui sont extrêmement voisins de ceux faisant déjà l'objet d'une incrimination. Voir MEYROWITZ, *op. cit.*, supra, note 58 à la p. 220.

Cette jurisprudence s'appuyait sur une mise au point officielle du gouvernement britannique concernant l'interprétation de l'article II (1)(c) de la *Loi no 10 du Conseil de Contrôle allié*⁶⁸.

La jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique reconnaissait l'hypothèse d'un crime contre l'humanité par un acteur solitaire à l'endroit d'une ou d'un nombre assez limité de personnes à condition que le fait reproché que l'on qualifie d'« inhumain » s'inscrive dans un cadre plus large d'une politique de destruction ou de persécution systématique d'un groupe identifiable ou d'une population civile sur une large échelle⁶⁹. En vertu de cette jurisprudence, il incombait au Ministère public de démontrer la présence d'un lien de causalité satisfaisant entre la perpétration d'un acte criminel isolé et la poursuite d'une politique officielle de répression sur une large échelle à l'endroit d'un groupe identifiable ou d'une population civile auxquels appartenait la victime.

Indépendamment de la question de savoir si l'une ou l'autre de ces deux écoles reflétait le mieux l'état du droit international coutumier pendant la Seconde Guerre mondiale, il faut admettre que l'évolution récente du droit international coutumier sanctionne l'interprétation libérale de la jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique comme en fait foi l'évolution sans précédent du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire au cours des trente dernières années.

Les critères jurisprudentiels développés par les tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique dans ce domaine ont le mérite de réprimer des comportements moraux assez déviants pour mériter l'opprobre d'une qualification de crimes contre l'humanité sans pour autant rabaisser l'incrimination au rang d'une simple infraction criminelle de droit interne. Ils font partie de l'incrimination canadienne dans la mesure où le fait inhumain à caractère isolé possède le caractère cruel et barbare requis par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Finta*.

b) Violations flagrantes des droits de l'Homme et du droit international humanitaire

Le droit international coutumier qualifie de « crimes contre l'humanité » toute violation flagrante des règles fondamentales du droit humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme, dans le cadre d'une politique officielle de discrimination à l'encontre d'un groupe déterminé de personnes, qu'il y ait ou non un conflit armé interne ou international et quelle que soit la nationalité de la victime. C'est ce qu'il appert des travaux de la Commission d'experts constituée conformément à la *Résolution 780* du Conseil de sécurité relatifs à la répression des crimes commis dans l'ex-Yougoslavie:

La notion de crimes contre l'humanité telle qu'elle a été définie dans le droit international conventionnel et appliquée en droit international coutumier est considérée par la Commission comme applicable au présent conflit. La Commission considère comme crime contre l'humanité toute violation flagrante des règles fondamentales du droit humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme, commise par une personne dont il peut être établi qu'elle appartient à une partie au conflit, dans le cadre d'une politique officielle de discrimination à l'encontre d'un groupe déterminé de personnes, qu'il y ait ou non guerre et quelle que soit la nationalité de la victime.⁷⁰

L'interaction de plus en plus vive qui existe entre la notion de crimes contre l'humanité en droit international coutumier et celle de la protection des droits de l'Homme et du droit international humanitaire nous permet d'avancer la proposition suivante: à savoir que le libellé de l'article 4 (2) du *Protocole no 2 aux Conventions de Genève de 1949* renferme les principales manifestations des crimes contre l'humanité indépendamment de l'applicabilité du *Protocole* dans la mesure où les faits reprochés ont été perpétrés dans le cadre d'une politique officielle de discrimination émanant d'une organisation structurée à l'encontre d'un groupe déterminé de personnes:

- Les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes en particulier le meurtre, de même que les traitements cruels tels que la torture les mutilations ou toutes formes de peines corporelles;
- Les punitions collectives, la prise d'otages, les actes de terrorisme;
- Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur;
- L'esclavage et la traite des esclaves sous toutes leurs formes;
- Le pillage;
- La menace de commettre les actes précités⁷¹.

Cette organisation structurée peut consister en un État, un gouvernement de *facto*, un mouvement de libération nationale, ou tout autre organisation ayant le statut de belligérant.

L'expression « violation flagrante des règles fondamentales du droit humanitaire et du droit relatif aux Droits de l'Homme » mentionnée pour la première fois en termes non-équivoques par la Commission d'experts ne vient pas

⁷⁰ *Rapport intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780(1992) du Conseil de sécurité*, le 26 janvier 1993. Annexe 1. S/25274.

⁷¹ Il faut noter que le libellé de certaines infractions prévues à l'article 4(2) du *Protocole no 2* de 1977 s'inspire des garanties prévues au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171. L'article 6 prévoit que nul ne peut être arbitrairement privé de la vie. Selon l'article 7, aucune personne ne sera soumise à la torture ni à des peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants. L'article 8 précise que nul ne sera tenu en esclavage ou tenu en servitude. Selon l'article 4 du *Pacte*, aucun État ne peut déroger à ces dispositions même en cas de conflit armé interne ou international. De plus, même si l'article 4 du *Pacte* permet à l'État d'adopter des mesures exceptionnelles qui dérogent aux autres dispositions du *Pacte*, encore faut-il que « ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, ou l'origine sociale ».

⁶⁸ La mise au point du gouvernement britannique (Zonal Office of the Legal Adviser) dans la zone d'occupation britannique datée du 15 octobre 1948 offre un précédent valable en faveur du point de vue voulant que la mention du terme population civile dans le texte d'incrimination n'empêche pas que des faits isolés à caractère inhumain même commis à l'endroit d'une seule personne puisse se qualifier de crimes contre l'humanité. Un acte inhumain commis contre une seule personne pourrait, donc, constituer un crime contre l'humanité s'il se trouve relié à la persécution systématique d'un groupe identifiable ou d'une population civile. ZJBI, 1948 pp. 250-51 cité dans H. MEYROWITZ, *op. cit.*, *supra*, note 58 à la p. 280.

⁶⁹ O.G.H. br. Z. II pp. 314-15 cité dans MEYROWITZ, *op. cit.*, *supra*, note 58 à la p. 360.

radicalement modifier le champ d'application de la notion juridique de crimes contre l'humanité⁷². Un grand nombre de ces règles étaient déjà contenues dans l'expression des « faits inhumains » dans la mesure où l'on souscrivait à une conception très large des conditions d'applicabilité de l'incrimination comme l'avait fait, par exemple, la jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique.

Par ailleurs, les tribunaux canadiens souscrivent déjà à cette interprétation large du droit international coutumier lorsqu'il s'agit de déterminer si un revendicateur du statut de réfugié doit faire l'objet d'une exclusion en raison de sa participation à des crimes contre l'humanité dans son pays d'origine ou ailleurs au sens de l'article 1.F a) de la *Convention de Genève relative au statut de réfugiés*⁷³.

Ces décisions rendues par la Cour fédérale et la section du statut de réfugié dans le domaine connexe du droit de l'immigration sont particulièrement pertinentes même si notre étude porte d'abord et avant tout sur la notion de crimes contre l'humanité dans le domaine du droit criminel⁷⁴. En effet, ces décisions constituent encore aujourd'hui la seule jurisprudence canadienne qui aient qualifié de « Crimes contre l'humanité » au sens du droit international et interne canadien des graves violations aux droits de la personne commises actuellement dans un certain nombre de pays d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine, et ce, aussi bien par des agents de l'État que des guérilleros

appartenant à des groupes d'insurgés organisés⁷⁵.

c) Les infractions contre les biens

La définition de « crimes contre l'humanité » que l'on retrouve au *Code criminel* mentionne spécifiquement, à titre de chef d'infraction distinct, un « autre fait - acte ou omission - inhumain » commis contre une population civile ou d'un groupe identifiable de personnes constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ».

De cet énoncé de principe, il est possible de déduire que l'infraction de crimes contre l'humanité - loin de se limiter aux crimes contre la personne - englobe également les atteintes aux biens; surtout celles commises sur une vaste échelle et qui sont incidentes à une politique systématique de destruction physique ou moral d'un groupe identifiable ou d'une population civile.

Ne sont visées par l'incrimination que les atteintes assez graves pour mériter le qualificatif de faits inhumains ou de persécutions au sens de la définition légale et universelle de l'incrimination. Plus le Ministère public sera en mesure de prouver le caractère généralisé et systématique de la persécution ou des actes inhumains dont souffre le groupe visé, plus il sera facile de qualifier les mesures discriminatoires à caractère économique qui y sont incidentes de crimes contre l'humanité.

Une certaine jurisprudence des tribunaux militaires américains de Nuremberg, dans l'affaire *Flick*, avait émis des réserves concernant l'intégration des atteintes aux biens dans l'incrimination des crimes contre l'humanité en vertu de la *Loi no 10 du Conseil de contrôle allié*. Dans cette décision, le tribunal

⁷² Le savant auteur, E. Aroneanu, l'un des premiers juristes à avoir écrit sur la notion légale des crimes contre l'humanité, peu après la seconde guerre mondiale, reconnut la filiation étroite entre l'incrimination et le développement des Droits de l'Homme; voir sur le sujet: E. ARONEANU « Les Droits de l'Homme et le crime contre l'humanité, rapport présenté au Congrès international des juristes démocrates de Bruxelles », (1947) *Revue de Droit international de sciences diplomatiques et politiques*.

⁷³ *Convention de Genève relative au statut des réfugiés*, Art. 1 F (a), (1954) 189 R.T.N.U. 150. L'article 1 F a) se lit ainsi : « Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser: a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre, ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ». L'exclusion du statut de réfugié contenue à l'article 1 F a) de la *Convention de Genève relative au statut des réfugiés* a été incorporé en droit canadien par la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, Ch. I-2, a. 2(1).

⁷⁴ *Narêdo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990) 11 Imm. L.R. (2d) 92 (C.F. 1er inst.); *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [1992] 2 C.F. 306; *Moreno c. Canada, (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* 14 sept. 1993 A-746-91 (Fed. C.A.); *R. (M.I.) (Re), Décisions de la Section du statut de réfugié*, [1991] D.S.S.R. no 44 No T 89-01895 (T); il s'agissait de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, soit des actes de torture et d'exécutions sommaires perpétrés dans le contexte d'une guerre civile par un membre de la garde nationale du El Salvador à l'endroit de guérilleros; selon le tribunal, il y avait des motifs sérieux de qualifier ces meurtres et ces tortures de « crimes contre l'humanité » : *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 4 novembre 1993, A-1043-91 (Fed. C.A.); dans cette affaire il s'agissait d'un membre du groupe des « Tamil Tigers » accusé de complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité perpétrés au Sri-Lanka par son organisation.

⁷⁵ *R. (M.I.) (Re), Décisions de la Section du statut de réfugié*, D.S.S.R.[1991]. no 44 No T 89-01895 (T): crimes de guerre commis au Salvador par les forces armées; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 4 novembre 1993, A-1043-91 (Fed. C.A.); Crimes commis au Sri-Lanka par les insurgés « Tamil Tigers ».

J.(M.Z.) (Re) Convention Refugee Determination Decisions [1992] C.R.D.D. No 42 No V-91 01359. Un ancien conseiller du président de la Somalie, Siad Barre, ne put obtenir de se prévaloir du statut de réfugié parce que le gouvernement somalien avait été impliqué dans des crimes contre l'humanité et des actes de génocide à l'endroit du clan de Isaaq en plus de s'être rendu coupable de graves violations des droits de l'homme incluant la torture. À titre de conseiller de haut niveau, il était présumé avoir acquiescé à ces politiques.

M.(T.E.) (Re) Décisions de la Section du statut de réfugié [1992] D.S.S.R. no 188. La Section du statut de réfugié refusa d'octroyer le statut de réfugié à un membre des forces armées salvadoriennes car il avait participé en sa qualité de militaire à des opérations dont l'objectif était de capturer des prisonniers pour ensuite les exécuter. Le demandeur d'asile avait avoué avoir servi de garde lors de la détention et de la torture de deux guérilleros salvadoriens. Il avait servi de sentinelle à l'intérieur de la salle de torture lorsque les prisonniers furent soumis à divers sévices: application de chocs électriques, asphyxie par application d'un bandeau en plastique sur la figure. Par la suite il servit de fossoyeur pour leur creuser une tombe après que les prisonniers eurent été tués d'une balle dans le dos, alors qu'ils se croyaient libérés et sortaient en courant de leur prison. Le tribunal vint à la conclusion qu'il s'agissait de crimes contre l'humanité.

(1) *(F.N.) (Re) Décisions de la Section du statut de réfugié* [1991] D.S.S.R. no 705. La section du Statut de réfugié refusa d'octroyer le statut de réfugié à un ancien ministre du gouvernement libérien dirigé par le président Samuel Doe. Selon le tribunal, le revendicateur du statut de réfugié, était censé avoir cautionné les graves violations des Droits de l'Homme du fait de sa position privilégiée dans le gouvernement de ce pays. Les crimes comprenaient des actes de torture et le meurtre d'innombrables citoyens innocents dont la seule erreur avait été d'appartenir à une tribu comptant parmi ses membres des gens impliqués dans la tentative faite en 1985 pour renverser le régime Doe; le tribunal qualifia ces agissements d'« agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies » tout en précisant qu'il y avait des motifs sérieux de croire qu'il s'agissait également de crimes contre l'humanité.

avait décidé que la confiscation et le pillage des usines ou d'autres moyens de production des ressortissants d'origine juive ne constituaient pas un crime contre l'humanité même si par ailleurs, il était disposé à envisager en *obiter* la possibilité que la privation de biens essentiels à la survie de ce peuple persécuté puissent néanmoins mériter une telle qualification⁷⁶.

Cette jurisprudence est restée isolée et ne reflète aucunement l'*opinio juris* définitive du droit international coutumier sur la question. Les tribunaux israéliens dans l'affaire *Eichmann* qualifièrent de crimes contre l'humanité toute mesure discriminatoire affectant la propriété et les biens des juifs dans le cadre de la politique systématique de persécution nazie à l'endroit de ce groupe⁷⁷. Plus récemment, la Commission d'expert des Nations Unies, dans ses conclusions au Conseil de sécurité confirma que ce dernier point de vue correspondait tout à fait à l'état du droit international coutumier sur la question⁷⁸.

Selon la jurisprudence israélienne, le pillage de la propriété privée doit être considéré comme un fait inhumain visé par l'incrimination soit parce qu'il a été commis dans un contexte de terreur généralisé à l'endroit d'une population civile ou soit parce qu'il était lié à d'autres actes de violence déjà clairement défini par la loi comme étant un crime contre l'humanité comme l'assassinat l'extermination, la déportation d'une population civile.

⁷⁶ *Flick Case*, Annual Digest 14 (1947) p. 266. Le Tribunal militaire américain vint à la conclusion que de tels pressions, même sur des bases religieuses ou raciales, n'avaient jamais été considérées comme un crime contre l'humanité. Toutefois le tribunal s'empresse d'ajouter que la confiscation, le pillage ou d'autres mesures discriminatoires à caractère économique puissent éventuellement constituer les ingrédients du crime contre l'humanité dans des situations où celles-ci touchent les biens des particuliers par opposition à ceux qui possèdent les moyens de production sur une large échelle: A distinction could be made between industrial property and the dwellings, household furnishings and food supplies of a persecuted people. In this case, however, we are only concerned with industrial property. La distinction nous semble extrêmement artificielle et critiquable car dans les deux cas il s'agit de mesures discriminatoires à l'endroit d'un même groupe identifiable dans un contexte où il n'y a aucun doute que l'État ou le système de terreur organisé vise la destruction physique ou morale de ce dernier.

⁷⁷ *Eichmann Case*, 36 I.L.R. 9 (Jerusalem District Court), où le tribunal s'exprime comme suit: « Counts 5 to 7 related to crimes against humanity. The fifth Count alleged the murder, extermination, enslavement, starvation, and deportation of civilian Jewish populations in Germany, the Axis countries and the occupied areas during the period from 1939 to 1945. The sixth Count alleged persecution of Jews on national, racial religious, and political grounds. The seventh Count alleged the spoliation of the property of Jews in Germany and in Axis and occupied and de facto controlled territories, by inhumane measures involving compulsion, theft, terrorism, and torture - including the establishment, organization, and operation of Central Authorities for the Emigration of Jews in Vienna (from the date of entry of the Nazis into Austria in March 1938) in Prague (from the invasion of Czechoslovakia in March 1939) and in Berlin (from 1939). Through these authorities the property of Jews in those countries was transferred to German control, compulsory payments were levied on those deported, and the property of those murdered was stolen. »

⁷⁸ *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780(1992) du Conseil de sécurité*, S/1994/674, 27 mai 1994, p. 22 paragr. 79.

Il est manifeste du raisonnement de la jurisprudence israélienne que les faits inhumains dont on se plaint et que l'on qualifie de crimes contre l'humanité s'inscrivent obligatoirement dans le cadre d'une politique systématique de discrimination, de terreur ou d'intimidation à l'endroit d'une population civile ou d'un groupe identifiable⁷⁹.

Dans l'affaire *Finta*, la Cour suprême du Canada, avalisa, en des termes différents, le point de vue défendu par les tribunaux israéliens dans l'affaire *Eichmann*. Selon le jugement majoritaire, les infractions contre les biens, comme le vol, sont incluses dans la nomenclature des crimes contre l'humanité dans la mesure où le Ministère public établit hors de doute raisonnable une dimension cruelle ou barbare qui s'ajoute à la commission d'un crime de droit commun⁸⁰.

⁷⁹ Le tribunal en vint même à la conclusion que la participation de l'accusé aux décisions les plus importantes de la solution finale le rendait criminellement responsable de la confiscation, du pillage et du vol des biens des déportés et de certaines pratiques inhumaines qui avaient lieu dans les camps d'extermination nazis comme le fait d'arracher systématiquement les dents en or des victimes et de couper les cheveux des femmes aux fins d'utilisation dans l'arsenal industriel nazi. *Eichmann Case*, supra, note 77, pp. 241-242. « We hold that according to the terms of the Law in question the plunder of property may only be considered an inhumane act within the meaning of the definition of « crime against humanity », if it is committed by pressure of mass terror against a civilian population, or if it is linked to any of the other acts of violence defined by the Law as a crime against humanity or as a result of any of those acts, i.e. murder, extermination, starvation, or deportation of any civilian population, so that the plunder is only part of a general process - as the scriptures put it « Hast thou killed (or expelled) and also taken possession ? » Hence the plunder of the property of the Jews of Austria and of their institutions through the Centres for Jewish Emigration, in the organization of which the accused held a leading position, must be regarded as a crime against humanity in the commission of which the accused participated, because it was carried out by means of terror against the Jews as a group. As for the plundering of the property of the Jews who were expelled from the Reich by means of forced emigration, this was an inseparable part of expulsion itself. The same applies to the confiscation of the property of the Jews of the Protectorate and of their institutions, throughout the Center for Jewish Emigration in Prague, set up and administered by the accused as well as in connection with the property of the Jews in Germany and of their institutions, from the commencement of operations of the Central Authority for Jewish Emigration in Berlin, in the conduct of which the accused was active from its establishment in 1939.

⁸⁰ *R. v. Finta*, supra, note 59 à la p. 817. Dans cette affaire, le juge Cory, au nom de la majorité sanctionna les directives donnée au jury par le juge Campbell en première instance: *R. v. Finta*, supra, note 43, Material for Assistance of Jury, Index Material, 1990. Dans le jugement majoritaire, le juge Cory expliqua qu'en raison du stigmate particulier qui s'attachait à toute déclaration de culpabilité d'avoir commis un crime contre l'humanité, l'on ne saurait qualifier comme tel un vol en l'absence d'un contexte donnant à ce crime une dimension cruelle ou barbare. Selon lui, toute autre interprétation des dispositions du Code criminel violerait les principes de justice fondamentale garantis à l'accusé en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*: « The trial judge added to his comments that « Inhumanity in this context means some kind of treatment that is unnecessarily harsh in the circumstances ». He explained to the jury that one of the ways that the domestic offences of kidnapping, confinement, and robbery could achieve the level of a crime against humanity was if the acts could be considered to be inhumane. In my view, this is an appropriate characterization which emphasizes that for example robbery, without the additional component of barbarous cruelty is not a crime against humanity. It cannot be inferred that someone who robs civilians of their valuables during a war has thereby committed a crime against humanity. To convict someone of an offence when it has not been established beyond a reasonable doubt that he or she was aware of conditions that would bring to his or her actions that requisite added dimension of cruelty and barbarism violates the principle of fundamental justice. »

d) Absence de lien de connexité avec un crime contre la paix ou un crime de guerre

De plus, la définition canadienne de ce que constitue un crime contre l'humanité omet de reprendre l'exigence juridictionnelle d'un lien de connexité entre la présence d'un « crime contre l'humanité » et de l'un ou l'autre crime international que l'on retrouvait à l'article 6(c) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg*, soit la présence d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre *stricto sensu*.

Le choix du législateur s'explique aisément. Même en admettant que le droit international coutumier en vigueur pendant la Seconde Guerre mondiale exigeait un tel lien de connexité, il faut reconnaître qu'il se serait libéré d'une exigence qui avait pour effet de nier à cette catégorie de crimes internationaux toute autonomie véritable par rapport aux crimes contre la paix et les crimes de guerre *stricto sensu*⁸¹.

e) L'extension de la notion de « crimes contre l'humanité » par le droit international conventionnel

À première vue, la question du droit international conventionnel dans le contexte de l'étude des « crimes contre l'humanité » en droit criminel canadien est actuellement très théorique et ne mérite pas de développements majeurs. La seule convention internationale à laquelle le Canada a adhéré et qui traite de la question des crimes contre l'humanité est le *Statut du*

81 D'ailleurs, il est utile de mentionner que cette question a fait l'objet de décisions contradictoires de la part des tribunaux nationaux et internationaux même pour des faits remontant à la seconde guerre mondiale. Dans deux décisions, le Tribunal militaire américain de Nuremberg décida que l'exigence du lien de connexité contenue à l'article 6(c) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* s'appliquait à des poursuites judiciaires fondées sur la Loi no 10 du Conseil de contrôle allié même si une telle restriction avait été omise de la définition de crimes contre l'humanité prévue à l'article II(1)(c) de cette même loi: Flick Case, Annual Digest 14 (1947) p. 266 (Nuremberg Military Tribunal); Ministries Case Annual Digest 16 (1949) p. 344. (Nuremberg Military Tribunal).

Selon un autre courant jurisprudentiel, l'exigence du lien de connexité que l'on retrouve à l'article 6(c) du *Statut du Tribunal international de Nuremberg* ne faisait pas partie de la définition légale de l'incrimination mais constituait une simple question procédurale touchant la compétence juridictionnelle du Tribunal militaire international de traduire en justice les grands criminels de guerre. Cette approche fut défendue par la jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone britannique et deux décisions du Tribunal militaire international de Nuremberg: MEYROWITZ, *op. cit.*, *supra*, note 58 à la p. 233. Justice Case, 14 Annual Digest (1947) p. 278 (Nuremberg Military Tribunal); *Operations Group*, 15 Annual Digest (1948) p. 656 (Nuremberg Military Tribunal). Ce fut l'opinion de la Cour de district dans l'affaire *Eichmann*; *Eichmann Case*, *supra*, note 77 à la p. 48.

Toutefois l'exigence du lien de connexité fut appliquée dans l'affaire *Finta* sur les conseils du savant professeur Bassiouni; *R. v. Finta*, Supreme Court of Ontario, Proceeding at Trial, Official Transcripts, April, 10, 1990, p. 9175. L'accusé était poursuivi pour des crimes contre l'humanité commis en Hongrie pendant la seconde guerre mondiale contre la population juive de Szegeed en sa qualité de capitaine dans la Gendarmerie hongroise. Dans ses instructions au jury, le juge Campbell de la Cour supérieure d'Ontario, avait inclut l'élément de connexité dans le fardeau de preuve que devait rencontrer le ministère public afin d'établir la connaissance coupable de l'accusé selon le Code criminel. Le juge énonça au jury l'exigence d'un élément de connexité dans les termes suivants: « has the Crown proved beyond a reasonable doubt that the accused personally as a principal or as an aider or abetter accused knew the confinement was in execution of or in connection with the conduct of war or any war crime? ». voir également le contenu des instructions du juge Campbell au jury: *R. v. Finta*, Supreme Court of Ontario, Proceedings at Trial, vol. 85, May, 23, 1990, p. 11699.

Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient relatif au châtiement des grands criminels de guerre japonais - une matière définitivement réglée par les célèbres procès de Tokyo.

Toutefois, la situation pourra se modifier en regard de l'inclusion possible de certaines infractions criminelles liées à la drogue dans l'éventail des crimes pouvant faire l'objet d'une qualification de « crimes contre l'humanité » en droit international et canadien. Une décision canadienne, rendue dans le domaine de l'immigration n'exclut pas la possibilité que certaines infractions impliquant de larges transactions de drogues puissent, dans un proche avenir, être qualifiées de « crimes contre l'humanité » en plus de constituer déjà des « agissements contraires aux buts et aux principes des Nations-Unies »⁸².

f) Chevauchement avec les crimes de guerre

Il faut souligner également que la qualification de crimes de guerre que l'on impute à la perpétration d'un acte ou à une omission dans le cadre d'un conflit armé international n'exclut pas qu'il puisse constituer un crime contre l'humanité au sens de l'article 6(c) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg*⁸³ ou de l'article 7(3.76) C.c.r.

Le champ d'application de la définition canadienne de crimes contre l'humanité chevauche dans certains cas, les catégories de crimes de guerre *stricto sensu*, commis sur une large échelle sous l'égide de l'État, ou d'une organisation jouissant du statut de belligérant en droit international coutumier ou conventionnel.

Il peut s'agir, par exemple d'infractions graves commises aux quatre *Conventions de Genève de 1949* et aux *protocoles 1 et 2* aux dites *Conventions*. Il ne fait aucun doute que l'élargissement du champ d'application des lois et usages de la guerre aux situations de guerres civiles décrites à l'article 3 des

82 *Sothinathan Manikkan*, 17 Imm. L.R. (2d) 236 (Immigration and Refugee Board); *D (N.U.) (Re) Convention Refugee Determination Decisions*, [1993] C.R.D.D. no 12 No U 92-04760 p. 4. La Section du Statut de réfugié cita en obiter l'article X du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité soumis par la Commission de droit international qualifiant le trafic d'importantes quantités de drogue de « Crime contre l'humanité ».

83 *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, Nuremberg*, 14 novembre 1945, Nuremberg Judgment (1946), Cmd. 6964, (1947) A.J.I.L. 172; *Eichmann Case*, *supra*, note 77 à la p. 277.; *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, (Cass. crim.), reproduite dans (1986) A.F.D.I. 957.

quatre *Conventions de Genève de 1949*⁸⁴ et aux *Protocoles 1 et 2* aux dites *Conventions* a enfoncé la frontière, déjà plus ou moins étanche, qui existait entre le concept de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

g) Crimes commis sous l'égide de l'État, de belligérants ou de structures organisées en gouvernement

À l'origine, la participation d'un gouvernement aux crimes commis constituait un élément matériel de la qualification des crimes contre l'humanité. Il faut noter toutefois que les tribunaux militaires américains de Nuremberg, ont statué que le terme « participation » devait s'entendre dans un sens large. Dans l'affaire *Re Alstötter*, le Tribunal militaire américain de Nuremberg avait décidé que la notion de crimes contre l'humanité s'étendait aux faits inhumains perpétrés par de simples individus lorsque l'on pouvait présumer, eu égard aux circonstances que ces derniers jouissaient de l'approbation des autorités gouvernementales⁸⁵.

Le Tribunal militaire américain de Nuremberg dans l'affaire *Einsatzgruppen* a étendu beaucoup plus loin les limites du domaine d'application de l'incrimination en imputant au gouvernement une participation fictive dans l'éventualité où les atteintes systématiques à la vie et à la liberté de la personne ont été perpétrées non seulement en raison de sa participation, de sa

complicité ou de son approbation mais en raison de son indifférence ou de son impuissance d'arrêter ou de punir les coupables⁸⁶.

Encore aujourd'hui, un certain nombre de décisions relatives à la répression de faits commis pendant la Seconde Guerre mondiale font encore référence à cet élément matériel dans la définition légale de l'incrimination⁸⁷. Toutefois, nous devons également faire mention qu'il existe un courant jurisprudentiel et doctrinal, selon nous minoritaire, qui veut que la participation de l'État n'ait jamais constitué un élément matériel de l'infraction parce qu'une telle condition n'a jamais été textuellement prévue dans les instruments internationaux qui ont défini les éléments constitutifs de l'incrimination⁸⁸.

La stricte exigence d'une participation d'un gouvernement aux crimes commis limiterait considérablement le domaine d'application de l'incrimination. Il s'agit là d'une condition, somme toute, très artificielle dans la mesure où l'histoire nous apprend que des organisations humaines autres que celles regroupées en des gouvernements ou des États ont la capacité de commettre des crimes contre l'humanité au sens du droit international coutumier. On pourrait même aller plus loin et

⁸⁴ Article 3 - En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties Contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes:

1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour tout autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion, ou la croyance, le sexe, la naissance, la fortune, ou de tout autre critère analogue.

A cet effet sont et demeurent prohibés, en tout temps, et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus: a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures, et supplices; b) les prises d'otages; c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti de garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés;

2) Les blessés et les malades seront recueillis et soignés.

⁸⁵ *Re Alstötter (The justice Trial) Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law no. 10*, Vol. III 954, 973, 982: Le jugement rendu dans l'affaire *Re Alstötter* est souvent cité comme l'autorité voulant qu'un crime contre l'humanité nécessitait la participation active d'un gouvernement; voir cette citation traduite en français par MEYROWITZ, *op. cit.*, supra, note 58 à la p. 265: « la participation des gouvernements constitue un élément matériel de la qualification des crimes contre l'humanité. C'est seulement quand des organes officiels de la puissance publique ont pris part aux atrocités et persécutions que de tels crimes ont pris une envergure internationale. La condamnation suppose que soit apportée la preuve de la participation du gouvernement. » Toutefois, un autre passage du même jugement est plus nuancé puisque l'on qualifie de crimes contre l'humanité les infractions, faits inhumains et les persécutions pour des motifs politiques raciaux ou religieux organisés de manière systématique et pratiqués par un gouvernement mais ceux commis avec son approbation, soit une participation passive, comme l'indique le passage suivant p. 973: « The provision is directed against offense and inhumane acts and persecutions on political, racial, or religious grounds systematically organized and conducted by or with the approval of government. »

⁸⁶ *Einsatzgruppen Case, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law no. 10* Vol. IV p. 411, 498. C'est ce qui ressort du passage suivant: « Crimes against Humanity are acts committed in the course of wholesale and systematic violation of life and liberty. It is to be observed that insofar as international jurisdiction is concerned, the concept of crimes against humanity does not apply to offenses for which the criminal code of any well-ordered state makes adequate provision. They can only come within the purview of this basic code of humanity because the state involved, owing to indifference, impotency, or complicity, has been unable or has refused to halt the crimes and punish the criminals. »

L'on peut rapprocher le raisonnement du Tribunal militaire américain de Nuremberg dans l'affaire *Einsatzgruppen* sur le sujet de l'impuissance de l'État comme élément matériel de l'infraction au domaine d'application très large de la notion de persécution dans le droit international relatif au statut de réfugié tel qu'avalisé au paragraphe 65 du guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié du HCNUR: « On entend normalement par persécution une action qui est le fait des autorités d'un pays. Cette action peut également être le fait de groupes de la population qui ne se conforment pas aux normes établies par les lois du pays. À titre d'exemple, on peut citer l'intolérance religieuse, allant jusqu'à la persécution, dans un pays par ailleurs laïc mais où d'importantes fractions de la population ne respectent pas les convictions religieuses d'autrui. Lorsque des actes ayant un caractère discriminatoire grave ou très offensant sont commis par le peuple, ils peuvent être considérés comme des persécutions s'ils sont sciemment tolérés par les autorités ou si les autorités refusent ou sont incapables d'offrir une protection efficace. » Cette approche fut sanctionnée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ward c. Ministère de l'Emploi et de l'Immigration, (Canada)*, 20 Imm. L.R. (2d) p. 133, 146. (C.S.C.).

⁸⁷ Le tribunal de première instance, dans l'affaire *Finta*, a souscrit à cette interprétation en regard de l'exposé du professeur Bassiouni; R. v. *Finta* Proceeding at Trial, Supreme Court of Ontario, Official Transcripts, April, 10, 1990, p. 9186; voir également les observations de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann: Eichmann Case, supra*, note 77 à la p. 288. *Public Prosecutor v. Menten*, 75 I.L.R. 362 (The Netherlands Supreme Court).

⁸⁸ K. NARVEY, *Crimes against Humanity*, 1994 (non published). Kenneth Narvey défend le point de vue voulant que la participation de l'État n'ait jamais constitué un élément matériel de l'infraction puisqu'une telle condition ne se retrouve pas textuellement dans les instruments internationaux qui ont défini la notion légale de crimes contre l'humanité. À l'appui de sa thèse, Kenneth Narvey cite une décision peu connue du Tribunal militaire américain de Nuremberg dans laquelle un prisonnier en charge de la discipline interne d'un camp de concentration fut déclaré coupable de crimes contre l'humanité pour les sévices commis à l'endroit d'autres prisonniers dont il avait la charge, et ce, dans un contexte où le tribunal releva l'absence de participation des autorités nazies.

dire qu'il est absurde que la qualification juridique de faits inhumains commis de manière systématique et sur une large échelle par des gens sans scrupules dépende uniquement de la qualification comme État ou comme gouvernement de la structure organisationnelle qu'ils se sont donnés.

La multiplication des guerres civiles dans les pays anciennement colonisés et l'émergence des mouvements de libération nationale rendaient donc impérative une remise en question des critères traditionnels au nom d'une interprétation contextuelle et téléologique du droit international seule capable d'assurer efficacement la protection efficace des valeurs universelles d'humanité à l'origine de l'incrimination.

Cet élément matériel tel que compris, selon nous, à l'origine, n'est plus requis par l'incrimination en regard de l'essor des principes du droit humanitaire international relatif aux conflits armés internes et de ceux du droit international des droits de l'Homme.

L'évolution sans précédent du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'Homme permet de qualifier de « crimes contre l'humanité » des faits qui n'auraient pas nécessairement été caractérisés comme tels selon le droit de Nuremberg. Dans cette catégorie nous trouvons les faits inhumains qui n'ont pas seulement été commis sous l'égide de l'État mais de structures organisées présentant certains des attributs essentiels de la puissance publique dans leur zone de contrôle ou d'opérations militaires. Il peut s'agir de gouvernements auto-proclamés, de mouvements de libération nationale, de forces armées dissidentes, d'insurgés, ou d'autres groupes armés. La jurisprudence canadienne dans le domaine de l'immigration sanctionne cette approche⁸⁹.

Les travaux de la *Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780* du Conseil de sécurité, relatifs à la répression des crimes dans l'ex-Yougoslavie confirment cette tendance en droit international coutumier. Le crime contre l'humanité y est défini comme « toute violation flagrante des règles fondamentales du droit humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme commises par toute les parties, au conflit, et ce, dans un contexte où cela inclut non seulement les États souverains de Bosnie-Herzégovine, de Croatie ou de Yougoslavie mais également les autres parties au conflit rassemblées en des mouvements d'insurgés, des forces dissidentes ou même de

gouvernements auto-proclamés qui ne jouissent pas d'un statut d'État reconnu par la Communauté internationale⁹⁰.

La question de savoir si une structure doit exercer une autorité effective suffisante dans un territoire relevant de son contrôle pour que l'on puisse en inférer une responsabilité criminelle de ses agents en regard de l'incrimination de crimes contre l'humanité n'a pas fait l'objet de commentaires de la part de la *Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780* (1992) du Conseil de sécurité.

Toutefois, à en juger par les conclusions de la Commission d'experts, le champ d'application de la notion de crimes contre l'humanité varierait en fonction de l'évolution des principes du droit international des conflits armés relatifs au statut de belligérant. Dans la mesure où le droit international coutumier ou conventionnel reconnaît à un groupe organisé le statut objectif de belligérant (et ce, indépendamment de l'exercice d'une souveraineté *de facto* sur une parcelle du territoire national ou étranger) ce groupe posséderait une personnalité juridique suffisante pour engager la responsabilité pénale des ses agents qui se seraient rendus coupable d'un crime contre l'humanité par analogie aux critères déjà appliqués aux agents officiels de l'État.

La définition que donne l'article 1 du Protocole 2 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 du terme « belligérant » dans le contexte d'un conflit armé à caractère non-international se borne à exiger la présence de forces armées dissidentes ou de groupes organisés qui exercent sur une partie du territoire national un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent protocole. Les conditions d'obtention du statut de belligérant tel que prévues à l'article 1 du *Protocole 2*, semblent donc moins sévères que ce qui est exigé à l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève* même si en principe la raison d'être du *Protocole* était de compléter et non de modifier lesdites conventions⁹¹.

⁸⁹ Voir les observations de la Cour fédérale d'appel dans *Thalaysingam Sivakumar and Minister of Employment and Immigration*, A-1043-91 Nov. 4, 1993, aux pp.11-12: « *It can no longer be said that individuals without any connection to the state, especially those involved in paramilitary or armed revolutionary movements can be immune from the reach of international criminal law. On the contrary, they are now governed by it.* »

⁹⁰ *Rapport intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780(1992) du Conseil de sécurité*, le 26 janvier 1993, S/25274. Il va sans dire qu'un crime contre l'humanité peut être commis par un membre d'un mouvement de libération nationale dans la mesure où la violation flagrante des règles fondamentales du droit humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme, a été perpétrée dans le cadre d'une politique officielle de discrimination à l'encontre d'un groupe déterminé de personnes. Les mouvements de libération nationale reconnus par l'organisation des Nations-Unies, ou d'autres organisations internationales sont des structures de pouvoir organisés qui jouissent d'une personnalité internationale distincte reconnue par le droit international. Le droit international coutumier ne saurait logiquement leur imposer des obligations moindres que celles qui régissent les groupes dissidents ou d'insurgés déjà visés par les travaux de la *Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 du conseil de sécurité* relatifs à la répression des crimes dans l'ex-Yougoslavie.

⁹¹ On peut imaginer que des groupes armés puissent exercer sur une partie de territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations continues et concertées et d'appliquer le présent *Protocole* sans pouvoir justifier l'exercice d'un contrôle effectif total sur une fraction déterminée du territoire national ou de la population qui y habite. Les conditions d'obtention du statut de belligérant dans le contexte d'un conflit armé non-international que prévoit l'article 1 du *Protocole 2 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* semblent moins sévères que ceux que prévoit l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. En effet, selon J.S. Pictet, l'un des critères fondamentaux relatif à la reconnaissance objective du statut de belligérant selon l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève* serait l'exercice par les insurgés d'un pouvoir de facto sur la population d'une fraction déterminée du territoire national: voir sur le sujet: *La Convention de Genève relative à la Protection des personnes civiles en temps de guerre*, *Commentaire publié sous la direction de Jean S.Pictet*, Vol. IV, Genève, Comité international de Croix-Rouge 1956, aux pp. 40-42.

Il est bon de souligner, que les critères prévus à l'article 3 communs aux quatre *Conventions* sont déclaratoires du droit international coutumier et qu'ils lient tous les États y compris ceux qui ne sont pas parties à ces instruments internationaux⁹².

Il ne fait aucun doute que dans la plupart des cas, toute puissance belligérante sera en mesure de constituer un noyau territorial à l'intérieur duquel elle exercera une autorité effective lui permettant de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le *Protocole 2*. Généralement, la perpétration de crimes contre l'humanité en regard de leur caractère systématique et du fait qu'ils sont commis sur une large échelle requiert un minimum d'organisation et la présence d'un commandement responsable au sens du *Protocole 2* impliquant un tel noyau territorial. Cela laisse présumer, dans la plupart des cas, l'existence d'une structure suffisamment organisée, de laquelle dépendent les fautes, pour que l'on puisse en déduire la présence de l'élément matériel suffisant au sens de l'incrimination⁹³.

Le lieu de commission des crimes n'a aucune incidence sur leur qualification possible de « crimes contre l'humanité » dans la mesure où sont remplies les conditions prévues par l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève de 1949* ou de l'article 1 au *Protocole 2* à ces mêmes *Conventions*. Les agents d'une puissance belligérante reconnue comme telle selon le droit international coutumier ou conventionnel qui commettent des crimes de guerre de manière systématique et sur une large échelle à l'endroit d'un groupe identifiable et ce, dans le cadre d'une politique officielle de discrimination se rendent aussi responsables de crimes contre l'humanité quelque soit le lieu de commission de leurs crimes.

h) Les groupes-victimes: la population civile ou un groupe identifiable

Le crime contre l'humanité n'atteint pas l'individu considéré isolément, mais l'individu en tant que membre d'une collectivité. La définition canadienne classe les groupes-

victimes en deux rubriques principales: celles qui appartiennent à une population civile ou à un groupe identifiable.

La notion de crime contre l'humanité pose la problématique de définir en droit criminel canadien l'étendue des groupes-victimes pouvant se prévaloir d'une protection du droit international en vertu de cette incrimination. Ce problème mérite d'autant plus d'être posé qu'il existe dans le domaine du droit international des controverses historiques quant à la question de savoir si tel ou tel groupe est protégé en vertu de l'incrimination. La situation est d'autant plus complexe en droit criminel canadien que la définition de crime contre l'humanité que l'on retrouve au *Code criminel* inclut parmi les catégories de groupes victimes non seulement les populations civiles mais un « groupe identifiable » — une terminologie qui est absente du droit international coutumier ou conventionnel.

Les dispositions du *Code criminel* canadien relatives à la notion de crime contre l'humanité ne donnent aucune définition du terme « groupe identifiable ». Ce terme n'est défini qu'une fois au *Code criminel* dans le contexte de la détermination des groupes-victimes protégés en vertu de l'infraction distincte de fomentation ou d'incitation au génocide en territoire canadien prévue à l'article 318 (C.cr.). Or, la définition que l'on donne de groupe identifiable à l'article 318 (C.cr.), exclut les personnes visées pour des motifs autres que religieux, ethniques ou raciaux ce qui pose la question de savoir dans quelle mesure cette limitation de l'étendue des groupes-victimes fait partie de la définition canadienne de crimes contre l'humanité⁹⁴.

Il faut savoir que le droit international coutumier issu de l'article 6(c) du *Statut du Tribunal international de Nuremberg* et l'article II(1)(c) de la *Loi no 10 du Conseil de Contrôle allié* englobe parmi les groupes victimes, non seulement les personnes ayant fait l'objet de persécutions pour des motifs raciaux ou religieux mais celles qui ont fait l'objet de persécutions pour des motifs politiques; sans compter qu'un courant jurisprudentiel non-négligeable a étendu la protection internationale visée par l'incrimination à d'autres groupes-victimes dans la mesure où ces personnes faisaient partie d'une population civile et qu'elles avaient fait l'objet de faits inhumains en raison de leur appartenance à un groupe.

Le législateur aurait pu apporter aux dispositions du *Code criminel* consacrées à la définition de crimes contre l'humanité les mêmes restrictions qu'il a imposées lorsqu'il a déterminé l'étendue des groupes de personnes protégées en vertu

⁹² Comme le rappelle, le professeur Claude Emanuelli, l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève de 1949* impose automatiquement des règles minimales d'humanité aux parties à un conflit interne indépendamment d'une reconnaissance de belligérance: EMANUELLI, *op. cit.*, supra, note 48 à la p. 161. Or, selon la Cour internationale de justice dans l'*Affaire relative aux activités militaires et para-militaires des États-Unis d'Amérique au Nicaragua*, Arrêt C.I.J. Recueil, 1986, p. 259, l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève* serait déclaratoire du droit international coutumier; voir également T. MERON, « The Geneva Conventions as Customary Law », (1987) *A.J.I.L.*, 353.

⁹³ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatifs à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux* (Protocole 2), Canada, 1991/2, Art. 1. Art. 1 - Le présent protocole ... s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole 1), et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés, qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole. Le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés.

⁹⁴ Article 318 C.cr. où le législateur précise que le terme « groupe identifiable désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion, ou l'origine ethnique ». Cette terminologie reprend les limites posées par la *Convention des Nations Unies sur la prévention et la répression du crime de génocide* et exclut toute section du public qui se différencie des autres en raison de ses opinions politiques ou de toute autre considération. Cet omission s'explique historiquement par l'opposition de l'URSS et des autres pays du bloc socialiste lors de la rédaction de la *Convention des Nations Unies sur la prévention et la répression du crime de génocide*, d'inclure dans les victimes potentielles de ce crime international un ensemble de personnes ciblées en raison de leur convictions politiques.

de l'infraction distincte de « fomentation ou d'incitation au génocide » au sens de l'article 318 (C.cr.)⁹⁵.

Le fait que le législateur canadien ait décidé de ne pas définir le terme « groupe identifiable » en des termes aussi restrictifs que ce qui a été prévu pour l'infraction de « fomentation ou d'incitation au génocide » nous permet d'inférer au nom de l'adage *expressio unius est exclusio alterius* que la catégorie des personnes visées pour des motifs politiques et même d'autres catégories potentielles de groupes-victimes sont protégées par l'incrimination dans la mesure où le droit international coutumier leur reconnaît une telle protection.

En effet, il ne fait aucun doute qu'en l'absence d'un renvoi législatif à la définition de « groupe identifiable » prévue à l'article 318 C.cr., la notion de « groupe identifiable » dans le contexte précis de l'incrimination doit s'interpréter à la lumière de la définition de « crimes contre l'humanité ». Or celle-ci prévoit le renvoi obligatoire au droit international coutumier ou conventionnel applicable au moment des faits reprochés lorsqu'il s'agit de déterminer le domaine d'application de la notion de « crimes contre l'humanité » en droit criminel canadien.

Il faut savoir que les personnes faisant l'objet de persécutions pour des motifs politiques ont toujours fait partie des groupes-victimes protégés par l'incrimination de crimes contre l'humanité en vertu du droit international coutumier. En font foi l'article 6(c) *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg*, l'article II(1)(c) de la *Loi no 10 du Conseil de Contrôle allié* et l'article 5 du *Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient*.

La protection accordée par l'article 6(c) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* aux groupes-victimes visés par les persécutions d'ordre politique avait expliqué la décision de la Cour de Cassation dans l'affaire *Barbie* d'inclure les faits inhumains commis par l'occupant nazi contre les résistants dans le domaine d'application de la définition française du crime contre l'humanité.

Dans cette affaire, l'instance inférieure avait refusé d'assimiler à des crimes contre l'humanité les persécutions nazies même à caractère inhumain exercés à l'encontre des franc-tireurs ou des membres de groupe de résistance parce qu'il s'agissait de groupes de gens qui n'étaient pas visés en raison de leur race, leur religion, ou leur origine ethnique mais pour des motifs politiques. La Cour de cassation renversa la décision du tribunal inférieur parce que les actes inhumains dont ces gens furent

victimés aux mains de la Gestapo s'expliquaient par leur opposition politique à l'idéologie nazie⁹⁶.

Qu'en est-il maintenant des catégories de personnes constituant un groupe identifiable pour des motifs autres que politiques raciaux, ou religieux ? Dans quelle mesure sont-ils visés par les dispositions du Code criminel relatives aux crimes contre l'humanité ? L'interprétation littérale du terme « groupe identifiable » que l'on retrouve dans la définition canadienne est assez large pour que l'on puisse y inclure ces autres catégories. Toutefois cela ne suffit pas pour que l'on puisse en déduire que tout fait inhumain ou persécution pour des motifs autres que politiques, raciaux, ou religieux soit nécessairement réprimé d'après le droit canadien. Encore faut-il que le droit international coutumier ou conventionnel applicable au moment des faits reprochés admette une telle généralisation pour que le fait visé soit qualifié de crime contre l'humanité au sens de l'article 7(3.71) et ss. du C.cr.

Le droit de Nuremberg sanctionnait uniquement les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux; ce qui n'avait pas empêché les tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique d'élargir considérablement le domaine d'application de cette notion à d'autres groupes par le biais d'une interprétation large du terme « population civile ». Comme le *Code criminel canadien* se réfère à cette même notion de « population civile », il sera possible de se référer à cette jurisprudence afin de cerner en droit criminel canadien l'étendue des groupes-victimes protégées par l'incrimination.

La jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique avait déjà qualifié de crimes contre l'humanité au sens du droit international des mesures de persécutions ayant pour origine des motifs de différenciation autres que ceux qui étaient d'ordre politique, religieux, racial ou ethnique lorsque ces mesures de persécutions étaient à ce point inhumaines qu'elles pouvaient être assimilées à un fait inhumain

⁹⁵ Il ne saurait être question de déterminer la portée des groupes protégés en vertu de l'incrimination de « crimes contre l'humanité » en se fondant sur la définition que le code criminel apporte à l'expression « groupe identifiable » dans le contexte des éléments constitutifs de l'infraction canadienne de génocide. Les principes d'interprétation des lois militent en faveur de notre thèse dans la mesure où il aurait été possible pour le législateur canadien soit d'adopter dans le Code criminel une définition du terme « groupe identifiable » calquée sur celle qu'il a adoptée dans le cadre de l'infraction de « fomentation ou d'incitation au Génocide » commise au Canada, ou encore de faire un renvoi explicite à la définition de « groupe identifiable » prévue à l'article 316 C.cr.

⁹⁶ *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, supra, note 83 à la p. 957. Le tribunal de première instance, avait décidé que les faits inhumains perpétrés contre les franc-tireurs ou les membres de groupes de résistance ne pouvaient rentrer dans la première rubrique parce qu'ils n'étaient pas inclus dans la terminologie de « population civile » qui ne protégeait que les citoyens paisibles ou les personnes susceptibles de bénéficier du statut de prisonniers de guerre. Selon le tribunal de première instance, la lutte que menait l'occupant allemand contre la résistance ne procédait aucunement d'une politique systématique de persécution au sens de l'article 6(b) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* comme c'était le cas pour les actes inhumains commis contre les juifs ou d'autres groupes ethniques ou religieux. La Cour de Cassation renversa la décision du tribunal inférieur parce que les actes inhumains perpétrés par Klaus Barbie à l'endroit des résistants français s'expliquaient en partie par leur opposition de nature politique à l'idéologie nazie; d'où la conclusion que les actes de barbaries commis de ce chef à l'endroit de cette catégorie rentraient dans le champ d'application des persécutions pour des motifs politiques tel que prévu dans la deuxième catégorie des crimes décrits à l'article 6(c) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg*.

contre une population civile⁹⁷.

Le fait que le législateur ne définit pas le terme « groupe identifiable » dans le contexte d'un crime contre l'humanité nous permet de penser que ce dernier a voulu intégrer en droit criminel canadien une conception très large de la notion de « population civile » qui avait déjà été sanctionnée par la jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique. Les rapports de plus en plus étroits qui existent entre la notion de crimes contre l'humanité en droit international coutumier et les principes de droit international relatifs aux droits de l'Homme viendraient justifier le point de vue qu'indépendamment des controverses jurisprudentielles datant des années quarante ou cinquante, la position des tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique reflète le mieux la lettre et l'esprit du droit international coutumier en vigueur de nos jours.

Si l'on applique au droit criminel canadien les enseignements de la jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique, le terme groupe identifiable engloberait les victimes « frappées en raison d'un comportement purement personnel et occasionnel sans rapport avec des convictions religieuses et politiques » des victimes⁹⁸. C'est ainsi que les tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique n'ont pas hésité à inclure dans cette catégorie l'arrestation, les mauvais traitements, ou l'assassinat des citoyens allemands atteints de maladie mentale ou de crétinisme et qui ont été victimes des politiques d'euthanasie du gouvernement national-socialiste⁹⁹.

Cette approche libérale avait même permis d'inclure en certaines circonstances bien précises les prisonniers de droit commun. Selon la jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique, la notion de groupe-victime de l'incrimination englobe des catégories de victimes qui ne sont pas toujours innocentes mais qui sont différenciées en fait ou en droit dans des conditions tellement inusitées en regard de la dignité humaine qu'elles choquent la conscience du monde civilisé¹⁰⁰.

Il ne fait aucun doute que le terme « population civile » ou « groupe identifiable » fait en sorte que l'on devrait pouvoir inclure les prisonniers de droit commun dans la liste des groupes-victimes protégées par l'incrimination au sens canadien ou international du terme lorsque leur conditions de détention violent les principes les plus fondamentaux de la dignité humaine. Selon la jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone d'occupation britannique, des crimes contre l'humanité peuvent être constitués par des actes inhumains perpétrés à l'endroit des prisonniers de droit commun lorsque les conditions qui leur furent imposées violaient les normes de la civilisation¹⁰¹.

Cette approche libérale fut critiquée par certains auteurs qui comme Graven mettaient l'accent sur le caractère innocent des victimes¹⁰². La notion du caractère innocent des victimes est éminemment critiquable en regard de l'angle profondément humaniste dans lequel s'inscrit la notion des crimes contre l'humanité en droit international coutumier.

L'interaction de plus en plus profonde entre la notion de crimes contre l'humanité et celle de protection des droits de l'homme et du droit international humanitaire justifie que les prisonniers de droit commun puissent se prévaloir d'un régime de protection minimal accordé par le droit international indépendamment des controverses historiques datant de la fin de

⁹⁷ La jurisprudence des tribunaux allemands dans la zone britannique s'est fondée sur une interprétation extensive des termes « acte inhumain commis contre toutes populations civiles » que l'on retrouve dans la première rubrique de l'article II (1) (c) de la *Loi no 10 du Conseil de Contrôle allié* et l'article 6(c) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* afin de pouvoir qualifier de « Crimes contre l'humanité » des persécutions à l'endroit de groupes-victimes non protégées par le libellé « persécutions, pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux » de la deuxième rubrique.

Indépendamment de la question de savoir, si les tribunaux allemands dans la zone britannique avaient correctement interprété le droit international coutumier qui était applicable pendant la seconde guerre mondiale, il n'en reste pas moins que l'évolution du Droit relatif aux Droits de l'Homme viendrait légitimer une telle extension à tous le moins en ce qui concerne des faits contemporains par opposition à ceux remontant à la seconde guerre mondiale.

⁹⁸ MEYROWITZ, *op. cit.*, supra, note 58, aux pp. 276-277.

⁹⁹ K.G., H.E. St, et D.R.Z. cités dans: MEYROWITZ, *op. cit.*, supra, note 58 à la p. 329.

On pourrait même ajouter, que les faits inhumains perpétrés contre les homosexuels, les malades mentaux, ou les handicapés physiques, pourraient être assimilés à des persécutions pour des motifs politiques dans la mesure où le droit de Nuremberg n'exige absolument pas la présence de convictions politiques quelconques de la part des victimes qui font l'objet de « persécutions pour des motifs politiques ». Selon nous, cette terminologie fait beaucoup plus référence aux mobiles ou aux intentions du régime persécuteur qu'à ceux des victimes. Une personne peut être persécutée pour des motifs politiques même si elle ne s'est jamais exprimée politiquement contre le régime en place du fait qu'elle appartient à un groupe « déviant » ou « indésirable » en regard de l'idéologie de ce régime persécuteur. Le contenu de l'idéologie du régime persécuteur doit être un facteur déterminant dans la détermination du groupe protégé en vertu de l'incrimination. C'est d'ailleurs cette approche que la Cour de cassation a avalisé dans l'affaire *Barbie*.

¹⁰⁰ Voir O.G.H. br., O.G.H. et WEBER M.D.R. cités dans MEYROWITZ, *op. cit.*, supra, note 58 à la p. 283.

¹⁰¹ Voir O.G.H. br., WEBER M.D.R. MEYROWITZ, *op. cit.*, supra, note 58 à la p. 282. C'est également l'opinion de E. Aronéanu. L'auteur, légèrement plus nuancé que H. Meyrowitz, qualifie de crimes contre l'humanité l'atteinte portée à la liberté, aux droits ou à la vie d'une personne ou de personnes innocentes de toute infraction au droit commun ou en cas d'infraction ou d'atteinte dépassant la peine prévue. E. ARONEANU, « Le Crime contre l'humanité », *Nouv. Revue de droit int. privé*, (1946), 411.

¹⁰² Certains auteurs, comme Graven, considèrent que le caractère innocent des victimes constitue un élément constitutif de l'infraction Voir J. GRAVEN « Les crimes contre l'humanité », (1950) 1 *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* 433. Selon l'auteur: « l'innocence de la victime est une condition du crime contre l'humanité. La victime ne doit pas avoir donnée lieu personnellement - à titre de représailles de punition ou de sanction - au traitement qui lui est infligé; elle doit être innocente, en ce sens qu'elle ne se soit pas rendue coupable d'une action entrant dans le domaine du droit pénal et justifiant juridiquement le traitement dont elle est victime ».

la Seconde Guerre mondiale¹⁰³.

La conception qui nie, en toutes circonstances, aux prisonniers de droit commun, le droit d'exiger que certains principes élémentaires d'humanité soient respectés a pour conséquence immédiate de nier à une catégorie de personnes les avantages inhérents au genre humain. Cette conception rejoint des critères d'exclusion propres au droit national-socialiste répudiés par les systèmes de droit civilisés lors de la Seconde Guerre mondiale. Ce sont d'ailleurs ces critères d'exclusion qui ont justifié les tribunaux allemands de la zone d'occupation britannique de faire bénéficier les prisonniers de droit commun du statut de « personnes protégées » en regard de l'incrimination.

Cette inclusion est d'autant plus justifiée que la distinction entre personnes innocentes et prisonniers de droit commun est des plus artificielles dans la plupart des pays puisque bon nombre de régimes dictatoriaux qui se rendent coupables de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ou plus généralement d'atteintes aux droits de l'homme qualifient souvent de prisonniers de droit commun des gens qui dans les faits ont été emprisonnés ou injustement condamnés pour des délits d'opinion.

3) Le régime juridique de droit commun applicable aux crimes contre l'humanité commis au Canada

Aucune disposition du *Code criminel canadien* ne réprime spécifiquement les crimes contre l'humanité commis au Canada à l'exception de l'article 318 C.cr. qui interdit de préconiser ou de fomenter le génocide au Canada¹⁰⁴. Les crimes contre l'humanité au sens du droit international et qui sont commis en territoire canadien sont traités comme des crimes de droit commun relevant du *Code criminel*.

¹⁰³ Par ailleurs, certaines dispositions du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* relatives à la personnalité juridique et au régime pénitentiaire viendraient renforcer l'inclusion des prisonniers de droit commun dans les catégories protégées par l'incrimination. L'article 10(3) se lit ainsi: « Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social ». L'article 16 précise que « Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ».

Les travaux de l'Assemblée générale des Nations Unies dans le domaine des règles minimales de détention viennent soutenir la thèse voulant que les prisonniers de droit commun soient inclus dans la nomenclature des groupes protégés en vertu de l'incrimination. Sur le sujet, voir E.S.C. Res. 663 C (XXIV), 31 July 1957; Note by the Secretary General, *The Range of Application and Implementation of the Standard Minimum Rules of the Treatment of Prisoners*, U.N. General Assembly Provisional Agenda, Item 6, E/AC 57/28, 24 May 1976; Analytical Summary by the Secretary-General, *Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Relation to Detention and Imprisonment*, U.N. General Assembly Provisional Agenda, item 75 A/ 10158, 23 July, 1975. Le savant professeur Bassiouni discute cette question dans le contexte particulier de l'expérimentation: BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 333. M.C.

¹⁰⁴ L'article 318. C.cr., S.R.C. 1970 c. 11 (1ère suppl.) art. 1. se lit ainsi: Article 318 (1) C.cr. - Quiconque préconise ou fomente le génocide est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans. (2) Au présent article, « génocide » s'entend de l'un ou l'autre des actes suivants commis avec l'intention de détruire totalement ou partiellement un groupe identifiable, à savoir: a) le fait de tuer des membres du groupe; b) le fait de soumettre délibérément le groupe à des conditions de vie propres à entraîner sa destruction physique. (3) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général. (4) Au présent article, « groupe identifiable » désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion, ou l'origine ethnique.

Le législateur a ajouté l'article 269.1. C.cr., qui sanctionne spécifiquement tout acte de torture afin de mettre en oeuvre les obligations internationales du Canada découlant de la ratification de la *Convention des Nations Unies sur la prévention et la répression de la torture*¹⁰⁵.

De plus, les infractions graves aux quatre *Conventions de Genève* et au Protocole 1 peuvent faire l'objet de poursuites pénales en vertu de la *Loi sur les Conventions de Genève de 1949* adoptée en 1965¹⁰⁶ et modifiée en 1990 afin de répondre aux obligations internationales du Canada découlant de la ratification du *Protocole 1* de 1977 aux dites *Conventions*¹⁰⁷. Les infractions graves au *Protocole 2 aux Conventions de Genève de 1949* sont assimilées à de simples infractions de droit commun qui ne peuvent faire l'objet de poursuites qu'en vertu des dispositions générales du *Code criminel*.

III - La compétence extra-territoriale

A. - La juridiction extra-territoriale à l'endroit de l'accusé lors de la commission du crime

Les dispositions relatives à la juridiction extra-territoriale affectent directement le domaine d'application de la notion légale de crimes contre l'humanité en droit criminel canadien.

Premièrement, le Ministère public doit établir que le droit international applicable au moment et dans le lieu du crime qualifiait déjà les faits reprochés de crimes contre l'humanité indépendamment de la définition qui apparaît dans le *Code criminel*. Deuxièmement, le Ministère public doit démontrer que dans l'éventualité fictive ou l'accusé aurait été poursuivi devant les tribunaux canadiens immédiatement après avoir commis son crime à l'étranger, le Canada aurait eu, selon le droit international de l'époque, la compétence extra-territoriale de faire appliquer le droit international pénal et le droit criminel canadien à l'auteur présumé de l'infraction. C'est ce qui ressort du libellé de l'article 7(3.71) (a) et (b) du *Code criminel*:

¹⁰⁵ Article 269.1. C.cr. - «Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans le fonctionnaire qui - ou la personne qui, avec le consentement exprès ou tacite d'un fonctionnaire ou à sa demande - torture une autre personne.»

¹⁰⁶ La *Loi concernant les Conventions de Genève de 1949*, reproduit en annexes les quatre *Conventions de Genève de 1949*: *Loi concernant les Conventions de Genève de 1949*, S.R.C. 1970, c. G-3; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, (annexe I), *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, (annexe II), *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, (annexe III) *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, (annexe IV).

¹⁰⁷ *Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 Août 1949 relatifs à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole 1) et des conflits armés non-internationaux (Protocole 2) Canada*, Recueil des traités, 1991/2. Le Canada a signé les *Protocoles additionnels aux Conventions de Genève 1 et 2* le 12 décembre 1977 et les a ratifiés le 20 novembre 1990. Toutefois il est important de souligner que les deux traités sont entrés en vigueur pour le Canada le 20 mai 1991 et il ne lui était donc pas opposable dans le cadre des hostilités de la guerre du Golfe.

« Art. 7(3.71) C. cr. - 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 été 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. »

La décision du Parlement fédéral d'inclure dans les modifications apportées au *Code criminel* la question de la compétence extra-territoriale du Canada au moment de la commission du crime est une conséquence directe des opinions juridiques des experts constitutionnels présentées au Ministre de la Justice peu après la soumission du rapport de la Commission Deschênes¹⁰⁸.

Selon certains juristes, pour que l'acte ou l'omission qualifié de crimes contre l'humanité ait un caractère criminel d'après les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations comme l'exige l'article 11(g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il était nécessaire de respecter les principes de droit international relatifs à la compétence extra-territoriale de l'État canadien en matière criminelle au moment de la

commission du crime¹⁰⁹.

De plus, les principes de justice fondamentale enchâssés à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* venaient confirmer l'obligation du Parlement canadien de tenir compte de cet aspect dans la rédaction législative des modifications au *Code criminel*¹¹⁰. Cette technique juridique avait pour avantage de nier le caractère rétroactif des modifications apportées au *Code criminel* au profit de la terminologie plus neutre de « rétrospectif ».

En effet, si le droit international reconnaissait au Canada, au moment des faits reprochés, la compétence de poursuivre l'accusé pour cette infraction en dépit du fait qu'elle avait été commise en dehors de son territoire national, il fallait en déduire que l'accusé était criminellement responsable au moment où il a commis son crime au sens des articles 7 et 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce que l'acte ou l'omission reproché avait un « caractère criminel d'après les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations » et que les

¹⁰⁹ Le Ministère de la Justice avait décidé d'apporter ces modifications après avoir lu le projet de loi C-258 proposé par l'ancien ministre de la justice l'honorable Robert Kaplan, critique de l'opposition officielle dans le domaine de la justice. *Projet de loi C-258*, M. Kaplan deuxième session, trente-troisième législature 35-36 Elisabeth II, 1986-87, première lecture le 10 juin 1987.

Le Ministère de la Justice reprochait au projet initial de M. Kaplan sa trop grande généralité par rapport à l'état du droit international en matière de compétence extra-territoriale. Rien, dans le projet de loi initial de M. Kaplan, ne mentionnait la nécessité d'un lien juridictionnel entre le Canada et l'accusé au moment de la perpétration de ses actes. Il suffisait : a) que l'auteur ou la victime de l'infraction soit citoyen canadien au moment où l'acte a été commis b) qu'il soit un employé dans une fonction civile ou militaire du Canada c) qu'il soit subséquemment devenu un citoyen canadien d) qu'il soit d'une autre nationalité et présent au Canada après la commission du crime.

Le projet de loi Kaplan prenait pour acquis qu'en vertu du droit international coutumier, le Canada pouvait traduire devant ses propres tribunaux l'auteur d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité qu'elle que soit sa nationalité ou celle de sa victime, ou encore quel que soit le lieu ou la date de perpétration de l'acte reprochée. Cette approche était fondée implicitement sur la prémisse que le droit international coutumier en vigueur lors de la Seconde Guerre mondiale reconnaissait, à l'époque, le principe de juridiction universelle à l'endroit des criminels de guerre nazis. Or, certains experts du ministère de la justice doutaient que le principe de la compétence universelle s'appliquât déjà pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité perpétrés pendant la deuxième guerre mondiale. De plus, le Ministère de la Justice considérait que l'obtention de la citoyenneté canadienne par un criminel de guerre nazi postérieurement à son crime ne suffisait pas pour que l'on puisse lui appliquer rétroactivement le principe de la juridiction universelle. Il fallait selon lui établir que le principe de la juridiction universelle existait à l'égard de l'auteur de l'infraction au moment de sa perpétration.

¹¹⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, Article 7 - « Chacun a droit à la vie et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

¹⁰⁸ *Les Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif de la Chambre des Communes relatif au Projet de loi C-71, Loi modifiant le Code criminel, La loi sur l'immigration de 1976 et la loi sur la citoyenneté*, deuxième session de la trente-troisième législature, 1986-1987.

principes de justice fondamentale avaient été respectés¹¹¹.

Il s'ensuit que les nouvelles modifications législatives apportées au *Code criminel* en 1987 décrivent les deux régimes juridiques distincts que sanctionnent le droit international à l'aube de la Seconde Guerre mondiale puisque la répression des crimes nazis commis pendant cette période constituait une priorité pour le législateur fédéral.

Dans un premier temps, les dispositions du *Code criminel* sanctionnent l'exercice de la juridiction universelle¹¹². Il s'agit de la compétence de tout État de traduire devant ses tribunaux des crimes si odieux que le droit international reconnaît à chaque État le soin de traduire leurs auteurs devant ses propres tribunaux en l'absence d'un lien quelconque entre l'État et la commission de l'infraction.

Dans un deuxième temps, les dispositions du *Code criminel* reconnaissent les compétences extra-territoriales reconnues aux États poursuivants à l'aube de la Seconde Guerre mondiale¹¹³. Cette deuxième source de compétence avait été ajoutée afin de parer à l'éventualité où les tribunaux canadiens auraient décidé que l'exercice de la compétence universelle à l'égard des auteurs présumés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité n'était pas encore reconnue par la Communauté internationale des États pendant la Seconde Guerre mondiale malgré une jurisprudence importante à cet effet¹¹⁴.

B. - Le principe de la compétence universelle

Le principe de juridiction universelle vise la protection des intérêts de la Communauté internationale. Selon ce principe, tout État est compétent pour traduire en justice toute personne soupçonnée d'avoir commis un acte ou une omission considéré comme préjudiciable à l'ensemble des États et à la Communauté

internationale quels que soient le lieu et la nationalité de l'auteur¹¹⁵.

Dès le dix-huitième siècle, par exemple, les États se reconnaissaient mutuellement le droit de faire traduire en justice devant leurs propres tribunaux toute personne soupçonnée d'avoir commis un acte de piraterie en haute mer quelle que soit la nationalité du prévenu¹¹⁶.

L'alinéa (b) de l'article 7(3.71) C.cr. codifie le principe de la juridiction universelle en ces termes: l'auteur d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité considéré comme tel en droit canadien par le jeu de la définition de l'article 7.(3.76) (C.cr.) est soumis à la juridiction des tribunaux canadiens si « à l'époque où l'acte a été commis » le Canada pouvait en conformité avec le droit international exercer sa compétence sur cette personne du fait de sa simple présence au Canada. L'on n'a pas besoin de prouver l'existence d'un lien effectif entre cette personne et le Canada au moment de la commission de l'infraction comme c'est le cas pour l'alinéa (a) du même article.

Un courant jurisprudentiel non négligeable a reconnu que les principes de compétence universelle s'appliquaient aux crimes de guerre présentant une certaine gravité et aux crimes contre l'humanité pendant la Seconde Guerre mondiale. La jurisprudence ontarienne dans l'affaire *Finta*¹¹⁷ et la Cour de Cassation française dans l'affaire *Barbie*¹¹⁸ se sont prononcées affirmativement sur ce point rejoignant ainsi le raisonnement des tribunaux israéliens dans l'affaire *Eichmann*¹¹⁹.

¹¹¹ Le Ministre de la Justice, et plus tard la jurisprudence canadienne dans leur jargon juridique, ont appelé « rétrospectivité » par opposition à « la rétroactivité » illégale des lois pénales le double processus substantiel et juridictionnel par lequel un acte ou une omission perpétré à l'extérieur du Canada peut faire l'objet de poursuites criminelles au Canada. Premièrement, il est nécessaire qu'il ait constitué en son lieu et époque un crime de guerre et un crime contre l'humanité. Il faut, de plus, que les principes de droit international en vigueur à l'époque en matière d'extra-territorialité aient pu attribuer juridiction aux tribunaux canadiens. Pour une discussion approfondie des problèmes juridiques liés à l'extra-territorialité en matière pénale, voir: *les Procès verbaux et témoignages du Comité législatif de la Chambre des Communes relatif au Projet de loi C-71, Loi modifiant le Code criminel, La loi sur l'immigration de 1976 et la loi sur la citoyenneté*, deuxième session de la trente-troisième législature, 1986-1987.

¹¹² Article 7(3.71(b)) C. cr.

¹¹³ Article 7(3.71(a)) C. cr.

¹¹⁴ Ce principe avait été reconnu par la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann Case*, *supra*, note 77 à la p. 277. La qualification des crimes perpétrés par Eichmann comme étant sujets aux principes universels de juridiction prenait une importance particulière dans cette affaire étant donné que l'État d'Israël n'existait pas lors de la perpétration de ces crimes. Il était impératif pour la cour suprême d'Israël de fonder la légitimité de la loi israélienne sur les crimes contre le peuple juif sur une base plus générale que celle prévu par le domaine de compétence extra-territoriale de type traditionnel. Voir le jugement de la Cour d'appel fédérale des États-unis dans l'affaire *Demjanjuk*. *In re Demjanjuk*, 612 F. Supp. 570.

¹¹⁵ L.C. GREEN, *International Law : A Canadian Perspective*, Second Edition, Toronto Carswell, 1988, p.172: « There are certain offences which are regarded by international law as being so heinous that those committing them are considered hostes humani generis and international law recognizes that it is within the competence of any state finding itself in possession of such an offender to exercise jurisdiction over him, regardless of his nationality, the locus of the offence or the nationality of the victim. »

Pour la position canadienne en matière d'extraterritorialité, voir Dept. of External Affairs, « Memo of Legal Bureau », (1983) 21 C.Y.I.L. 302-4.

¹¹⁶ Ce principe fut invoqué par E. VATTEL *Le Droit des Gens* (1758) Livre I Chap. 19 para. 232-233: « Mais cette raison même nous fait voir, que si la Justice de chaque État doit en général se borner à punir les crimes commis dans son territoire, il faut excepter de la règle ces scélérats qui, par la qualité & la fréquence habituelle de leurs crimes, violent toute sûreté publique, et se déclarent ennemi du Genre humain. Les empoisonneurs, les assassins, les incendiaires de profession peuvent être exterminés partout où on les saisit: car ils attaquent et outragent toutes les Nations, en foulant aux pieds les fondements de leur sûreté commune. C'est ainsi que les Pirates sont envoyés à la potence par les premiers entre les mains de qui ils tombent ».

Voir sur ce sujet la jurisprudence britannique : *Magellan Pirates* (1853), 1 Spinks, 81; *Re Piracy Jure Gentium* [1934] A.C. 586 (P.C.) voir la jurisprudence des tribunaux militaires alliés : *In re Klein and Others (Hadamar Sanatorium Case)* : *Annual Digest*, 13 (1946), p. 253; également la jurisprudence israélienne *Eichmann Case*, *supra*, note 77 aux pp. 26-30.

¹¹⁷ Voir R. v. *Finta* *supra*, note 43 à la p. 557, où le juge Callaghan précisa que, selon lui, le droit international coutumier en vigueur à la fin de la seconde guerre mondiale reconnaissait déjà l'application du principe de juridiction universelle à l'endroit des criminels de guerre nazis concernant la perpétration des crimes contre l'humanité. Le savant juge souligna qu'il acceptait les conclusions de la jurisprudence israélienne dans l'arrêt *Eichmann*, à l'effet que les crimes contre l'humanité étaient des crimes déjà soumis au principe de juridiction universelle pendant la seconde guerre mondiale. Cette décision fait l'objet d'un appel devant la cour d'appel d'Ontario sur ce point. C'est également l'opinion de S.A.WILLIAMS et J.G. CASTEL *Canadian Criminal Law : International and Transnational Aspects*, Toronto, Butterworths, 1981.

¹¹⁸ *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, *supra*, note 83 à la p. 957.

¹¹⁹ *Eichmann Case*, *supra*, note 77 à la p. 287.

La juridiction universelle à l'endroit d'un crime qualifié d'international est par essence, une base dynamique de compétence extra-territoriale qui ne dépend pas uniquement de l'évolution du droit international coutumier.

En effet, le libellé de l'article 7(3.71(a)) C.cr. ne donne pas seulement compétence au Canada de traduire en justice devant ses propres tribunaux toute personne soupçonnée d'avoir commis un crime pour lequel le droit international coutumier prévoit l'exercice de la compétence universelle à son endroit.

L'article 7(3.71(b)) C.cr. prévoit la compétence des tribunaux canadiens si 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. Cette phraséologie sanctionne non seulement l'exercice de la compétence universelle telle que reconnue par le droit international coutumier mais celle qui est sanctionnée par le processus dit « conventionnel ».

L'on peut en vertu d'une telle phraséologie, traduire en justice au Canada tout personne soupçonnée d'avoir commis à l'étranger un crime international qui dérogerait à une convention multilatérale ratifiée par le Canada à condition que le texte de la convention permette à chacun des États concernés d'exercer sa compétence extra-territoriale à l'endroit de toute personne indépendamment de sa nationalité.

À l'époque contemporaine, l'on peut constater une tendance, sinon à universaliser la compétence extra-territoriale du moins à multiplier la conclusion de conventions internationales à caractère multilatéral prévoyant l'exercice par toutes les parties contractantes de la compétence universelle à l'endroit de certains actes jugés odieux par l'ensemble de la Communauté internationale. Il peut s'agir de certains crimes contre l'humanité sanctionnés par le droit international coutumier, les infractions graves aux *Conventions de Genève de 1949*, le terrorisme aérien, la torture et la prise d'otages¹²⁰.

L'approche moderne consiste donc à adopter une disposition par laquelle chacune des parties cocontractantes s'engage à traduire en justice, sur une base universelle (à défaut d'extradition) toute personne soupçonnée d'un crime international, reconnu comme tel par les termes d'une convention internationale à caractère multilatéral.

L'application de ce procédé dans un cadre où la très grande majorité des États membres de la communauté internationale souscrivent sans réserves aux dispositions du Traité multilatéral projeté crée par elle-même un processus d'universalisation des compétences extra-territoriales qui se distingue très peu de celui qui découle directement du droit international coutumier.

L'adoption des *Conventions de Genève de 1949* par la très grande majorité des États reflète cette tendance moderne du droit international.¹²¹ En effet, les *Conventions de Genève de 1949* ont étendu, par voie conventionnelle, le principe de la juridiction universelle aux infractions graves découlant de la violation de ses termes¹²².

Le souci du Ministre de la Justice de respecter autant que possible les règles internationales attributrices de juridiction au moment de la perpétration du crime obligeait le législateur à se rapporter obligatoirement aux normes applicables lors du dernier conflit. Il faut se rappeler que le législateur canadien visait en priorité le châtement des crimes nazis qui ne pouvaient faire l'objet de poursuites sur la base des quatre *Conventions de Genève de 1949* étant donné qu'ils avaient été commis lors de la Seconde Guerre mondiale.

Or, le droit international coutumier, lors de la Seconde Guerre mondiale, légitimait également l'exercice de la compétence extra-territoriale des États sur d'autres bases que celles qui découlaient de la compétence universelle.

C. - Les autres compétences reconnues par le droit international à l'aube de la Seconde guerre mondiale

On pourrait conclure que les crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale qui échappaient à l'époque au principe de juridiction universelle pourraient rester impunis sur la base du droit international et canadien. En fait, le droit international coutumier en vigueur lors de la Seconde Guerre mondiale reconnaissait explicitement le principe d'un lien effectif entre le Canada et la personne sujette à sa compétence extra-territoriale en matière criminelle¹²³. Ce lien peut revêtir plusieurs modalités

¹²¹ *Loi concernant les Conventions de Genève de 1949*, S.R.C. 1970, c. G-3; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, (annexe I), *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, (annexe II), *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, (annexe III) *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, (annexe IV).

¹²² *Loi concernant les Conventions de Genève de 1949*, S.R.C. 1970, c. G3; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, (annexe IV) Art. 146: *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant. Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves et de les déférer à ses propres tribunaux, quel que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre les dites personnes des charges suffisantes. Chaque Partie contractante prendra les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux dispositions de la présente Convention, autres que les infractions graves définies à l'article suivant. En toutes circonstances, les inculpés bénéficieront de garanties de procédures et de libre défense qui ne seront pas inférieures à celles prévues par les articles 105 et suivants de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949.*

¹²³ H. THIERRY, S. SUR et al., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1982, pp. 320-335.

¹²⁰ Voir les observations de M. Donald Piragoff avocat-conseil à la section de la politique et de la modification du droit en matière pénale, Ministère de la Justice: *les Procès verbaux et témoignages du Comité législatif de la Chambre des Communes relatif au Projet de loi C-71, Loi modifiant le Code criminel, La loi sur l'immigration de 1976 et la loi sur la citoyenneté*, deuxième session de la trente-troisième législature, 1986-1987 p. 1: 62.

d'application différentes: a) la compétence personnelle active; b) la compétence personnelle passive; c) la compétence dévolue à la puissance belligérante en application du droit de la guerre et des conflits armés.

La compétence personnelle est celle dont l'État pourrait user à l'endroit de ses ressortissants où qu'ils se trouvent, en raison du caractère non localisé du lien national¹²⁴. C'est ce que l'article 7. (3.71) (a) (I) du C.cr. exprime puisqu'il reconnaît la compétence des tribunaux canadiens lorsque « l'auteur de l'infraction est un citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire ».

Le droit international permettait aussi à l'État de traduire en justice des non-nationaux qui auraient commis à l'étranger un préjudice grave à l'un de leurs ressortissants. Cette juridiction extra-territoriale est fondée sur le lien personnel passif (passive personality) qui existe entre la victime d'un délit et l'État qui représente ses intérêts. C'est ce qu'exprime l'alinéa 7(3.71) (a) (III) C.cr. qui donne juridiction aux tribunaux canadiens lorsque la victime est un citoyen canadien.

L'article 7(371) (a) (II) C.cr. permet également aux tribunaux canadiens de juger quelqu'un qui se serait rendu coupable d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité au sens canadien du terme, si au moment de la commission de l'infraction, il était un citoyen ennemi, parce que ressortissant d'un État participant à un conflit armé avec le Canada.

Il s'agit ici d'une application concrète d'un principe qui était déjà reconnu pendant la Seconde Guerre mondiale. Les tribunaux anglo-saxons et continentaux reconnaissent déjà, au cours de cette période, le fait que le droit international coutumier accordait à la puissance belligérante la possibilité de traduire devant ses tribunaux tout ressortissant ennemi qui se serait rendu coupable de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre *stricto sensu* quel que soit le lieu de perpétration de son délit.

Le droit international en vigueur pendant la Seconde Guerre mondiale reconnaissait l'exercice de la juridiction extra-territoriale de la puissance belligérante à l'endroit de toute personne soupçonnée de crimes de guerre à l'endroit d'un de ses

citoyens ou d'un ressortissant d'un État allié dans ce conflit¹²⁵.

C'est ce qu'exprime l'effet combiné des articles 7 (3.71(a) (II)) et 7. (3.71(a)(III)) C.cr. qui accordent aux tribunaux canadiens compétence lorsque a) la victime du crime est un citoyen canadien; b) la victime de ce crime est un citoyen d'un État participant à un conflit armé aux côtés du Canada.

Étrangement, l'article 7(3.71) C.cr. exclut de son champ d'application le cas où la victime serait un employé au service du Canada ou d'un pays allié, même militaire, et qui ne posséderait ni la citoyenneté canadienne ni celle de celui de l'État allié du Canada¹²⁶. L'article 7(3.71) (b) C.cr. ne prévoit pas toutefois la possibilité de traduire en justice un ressortissant d'un État allié pour des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité qu'il aurait pu commettre à l'endroit de ressortissants ennemis ou neutres. Or ce phénomène est d'autant plus étrange qu'il existe un précédent où les tribunaux alliés ont exercé ce type de compétence à la fin de la Seconde Guerre mondiale¹²⁷.

IV- Les moyens de défense

L'accusé peut, dans le cadre de poursuites intentées sous le régime du *Code criminel*, 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. C'est ce qui ressort de l'article 7 (3.73) C.cr.¹²⁸. Le législateur a prévu des

¹²⁴ L'extension par un État de sa compétence extra-territoriale sur les agissements de ses citoyens à l'étranger fut reconnue par la Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt du C.P.J.I. *Lotus*, Recueil, 1927, série A, no 10, p. 20.

¹²⁵ Cette compétence de traduire en justice un ressortissant d'un État ennemi pour les crimes qu'il aurait pu commettre à l'endroit d'un ressortissant allié au Canada correspond à l'interprétation très large de la compétence extra-territoriale d'une puissance belligérante. Cette théorie était déjà admise au cours de la Seconde Guerre mondiale. En témoigne l'article 13 (livre I, titre I) du *code pénal militaire italien applicable en temps de guerre* (1941) qui reflétait l'état du droit international pendant la seconde guerre mondiale selon l'opinion du Judge-advocate des États-Unis en 1945. Un Tribunal militaire britannique condamna un officier japonais en raison des crimes de guerre commis à l'endroit de prisonniers de guerre américains même si les crimes reprochés avaient été commis en Indochine française occupée et que les victimes n'étaient pas sujets britanniques : *L.R.T.W.C. vol. I 106; In Re Tesch and Others*, « Zyklon B » case, *L.R.T.W.C. vol. I*, p.106; *Annual Digest* 13 (1946). Dans cette affaire, le tribunal militaire britannique condamna à mort des hommes d'affaires allemands qui avaient fourni du gaz toxique aux autorités afin d'exterminer des citoyens polonais, belges, hollandais, tchécoslovaques, et polonais. Voir également la jurisprudence britannique de Singapour où le tribunal, composé d'officiers britanniques condamna à mort un membre des forces armées japonaises qui s'était rendu coupable de meurtre à l'endroit de prisonniers de guerre américain à Saïgon en Indochine française; *L.R.T.C. Vol. I*, p.106. Voir également sur ce sujet : W. B. COWLES « Universality of jurisdiction over war crimes », (1945) 33 *California Law Review*, 205 dont les conclusions furent approuvées par la cour de district d'Israël dans l'affaire Eichmann: *Eichmann Case, supra*, note 77 à la p. 29 et à la p. 301.

¹²⁶ Selon nous, les principes fondamentaux de juridiction extra-territoriale découlant du droit de la guerre permettraient au Canada d'exercer sa compétence face aux auteurs d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité perpétré à l'endroit d'un militaire étranger qui servirait sous les drapeaux du Canada ou d'un État allié impliqué dans un même conflit armé international.

¹²⁷ Voir les commentaires de L. C. GREEN, *op. cit.*, *supra*, note 116 à la p. 349. Dans l'affaire *Belsen*, un des accusés était un citoyen d'un État allié qui était poursuivi pour un crime commis à l'endroit d'un citoyen italien dont le pays était alors en guerre avec l'Empire britannique et les États-Unis.

¹²⁸ Article 7(3.73)c.cr. - *Sous réserve du paragraphe 607(6), et bien que le fait visé au paragraphe 7(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.*

exceptions à ce principe. Il a exclu l'obéissance à la loi *de facto* prévue à l'article 15 C.cr. et plus généralement les autres justifications, excuses, ou moyens de défense fondés sur l'état de la législation en vigueur dans le lieu de commission du crime¹²⁹. Toutefois, les tribunaux canadiens ont apporté des tempéraments importants à ce principe de base.

A. - L'exclusion de l'obéissance à la « loi de facto » prévue à l'article 15 C.cr.

Certains moyens de défense comme l'obéissance à la loi *de facto* prévue à l'article 15 C.cr. ont été spécifiquement exclus du régime juridique des moyens de défense offerts aux accusés¹³⁰. L'article 15 C.cr. trouve son origine dans une loi britannique édictée sous le règne d'Henri VI. Elle permettait à une personne faisant la guerre pour le compte d'un roi *de facto* contre un roi *de jure* de ne pas faire l'objet de poursuites criminelles de trahison¹³¹. L'effet de l'article 15 C.cr. était d'octroyer un régime d'immunité à toute personne justifiée d'avoir commis un acte illégal du fait de l'obéissance à l'autorité *de facto*, qu'il émane du gouvernement central ou provincial¹³².

Le fait d'exclure ce moyen de défense visait à empêcher que des présumés criminels de guerre nazis puissent se réfugier derrière les lois et règlements édictés à l'endroit des juifs ou autres « ennemis du régime national-socialiste » afin de justifier la commission de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

129 Selon l'article 7(3.74) C.c.r., toute personne peut être déclarée coupable d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité même si le crime avait été commis « en exécution du droit en vigueur à l'époque ou en conformité avec ce droit ». Selon cette même disposition, ce principe fondamental doit prévaloir sur les dispositions du paragraphe précédent relatives aux justifications, excuses, ou moyens de défense reconnus à cette époque ou celle du procès par le droit canadien ou le droit international:

Article 7(3.73) C.c.r. - Sous réserve du paragraphe 607(6), et bien que le fait visé au paragraphe 7(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.

Article 7(3.74) C.c.r. - Par dérogation au paragraphe 7(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.

130 L'obéissance à la loi *de facto* est expressément reconnue à l'article 15 C.cr. qui se lit comme suit: Art. 15 C.cr. - *Nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission en exécution des lois alors édictées et appliquées par les personnes possédant de facto le pouvoir souverain dans et sur le lieu où se produit l'acte ou l'omission.*

131 Voir J. FORTIN et L. VIAU *Traité de droit pénal général*, Montréal, Les Éditions Thémis, Inc. 1982, p. 276: « L'application de ce moyen de défense suppose qu'il y ait usurpation du pouvoir, que les usurpateurs adoptent des lois contraires aux lois ordinaires du pays, et que, le pouvoir légitime, une fois rétabli, des accusations soient portées contre ceux qui ont enfreint les lois ordinaires en obéissant aux lois édictées par l'usurpateur ».

132 La cour supérieure, dans l'affaire *Kokoliades c. Kennedy* (1911) 18 C.C.C. 495, 501 (C.S. Qué.) a interprété cette disposition législative comme octroyant une véritable immunité à l'auteur de l'infraction: *La volonté de la législature telle qu'exprimée et rendue authentique par une loi formelle, protège tous ceux qui s'y conforment et justifie tous ceux qui font ce qu'elle autorise jusqu'à ce que cette volonté ainsi exprimée ait été déclarée ultra vires.*

L'exclusion spécifique de ce moyen de défense concernant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis à l'étranger fut l'objet de débats judiciaires dans l'affaire *Finta* (1ère phase). Dans cette affaire, un ancien membre de la gendarmerie hongroise, poursuivi en vertu de la nouvelle législation canadienne pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité, décida de soumettre devant la Cour supérieure d'Ontario une requête visant à faire déclarer cette disposition contraire aux garanties constitutionnelles énoncées à l'article 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* au motif que l'exclusion de ce moyen de défense était discriminatoire à l'endroit des citoyens naturalisés canadiens.

Dans l'affaire *Finta* (1ère phase), les tribunaux canadiens ont jugé qu'il n'était pas contraire aux principes de justice fondamentale et d'égalité devant la loi énoncés aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de dépouiller quelqu'un de ce moyen de défense lorsqu'il s'agit d'un crime de guerre ou un crime contre l'humanité commis à l'étranger¹³³.

B. - La défense d'agent de la paix nonobstant l'exclusion de l'article 15 C.cr.

Toutefois, en dépit de la décision du juge Callaghan dans l'affaire *Finta* (1ère phase), la jurisprudence des tribunaux canadiens est loin d'être fixée. La jurisprudence subséquente à la décision du juge Callaghan dans l'affaire *Finta* n'a pas donné plein effet au principe voulant que l'obéissance à la législation interne du lieu de commission du crime ne puisse jamais servir de moyen de défense à l'accusé.

Dans la mesure où l'accusé a commis les actes qu'on lui reproche en qualité officielle d'agent de la paix, les tribunaux lui ont reconnu la possibilité de se prévaloir des moyens de défense que le *Code criminel* en vigueur au moment des faits reprochés octroyait à tout agent de la paix canadien agissant dans l'exercice de ses fonctions et qui sont codifiés à l'article 25 C.cr.¹³⁴.

133 *R. v. Finta*, no 30/88. Supreme Court of Ontario, Callaghan A.C.J.H.C. June 26, 1989, p. 41-47. *R. v. Finta*, 574/90 Court of Appeal For Ontario, Dubin C.J.O., Tamopolski, Arbour, Osborne, Doherty, 155.

134 Protection des personnes chargées de l'application et de l'exécution de la loi - Art. 25 C.cr. (1) *Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi: a) soit à titre de particulier; b) soit à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public; c) soit pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public d) soit en raison de ses fonctions; est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.*

(2) *Lorsqu'une personne est par la loi, obligée ou autorisée à exécuter un acte judiciaire ou une sentence, cette personne ou toute personne qui l'assiste est, si elle agit de bonne foi, fondée à exécuter l'acte judiciaire ou la sentence, même si ceux-ci sont défectueux ont été délivrés sans juridiction ou au-delà de la juridiction.*

(3) *Sous réserve du paragraphe (4) une personne n'est pas justifiée, pour l'application du paragraphe (1) d'employer la force avec l'intention de causer ou de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves, à moins qu'elle n'estime, pour des motifs raisonnables, que cette force est nécessaire afin de se protéger elle-même ou de protéger tout autre personne sous sa protection, contre la mort ou contre des lésions corporelles graves.*

(4) *un agent de la paix qui procède légalement à l'arrestation, avec ou sans mandat, d'une personne pour une infraction au sujet de laquelle cette personne peut être appréhendée sans mandat, ainsi que toute personne aidant également l'agent de la paix est justifiable, si la personne qui doit être appréhendée s'enfuit, afin d'éviter l'arrestation, d'employer la force nécessaire pour empêcher cette fuite, à moins que l'évasion puisse être empêchée par des moyens raisonnables d'une façon moins violente.*

L'accusé, dans la mesure où il exerçait des fonctions similaires à celles d'un agent de la paix au Canada, peut soulever un doute raisonnable à l'effet qu'une personne d'intelligence moyenne, dans la même situation que lui au moment des faits reprochés, aurait honnêtement pensé (quoique de manière erronée) qu'il possédait l'autorité légale d'avoir agi comme il l'a fait¹³⁵. La Cour suprême du Canada a avalisé cette approche dans l'affaire *Finta*¹³⁶.

C. - Les autres moyens de défense prévus par le droit canadien et international

Indépendamment des problèmes particuliers posés par l'exclusion de l'obéissance aux lois *de facto* ou autres composantes du droit en vigueur dans le lieu de commission du crime, les modifications législatives relatives aux moyens de défense soulèvent des questions complexes relatives à l'application simultanée de principes de droit international et canadien à un même ensemble de faits. Les tribunaux seront forcés, dans plus d'une situation, de faire cohabiter, pour une même infraction, des moyens de défense issus de ces deux systèmes juridiques ou d'arrêter des modalités différentes d'un même moyen de défense commun à ces deux systèmes.

En cas d'incompatibilité entre les principes de droit international et ceux du droit criminel canadien qui régissent l'étendue ou les modalités d'application de justification, excuse, ou moyens de défense, il incombera au tribunal d'instruire le jury dans le sens des principes les plus favorables à l'accusé. Il en sera de même lorsque le droit criminel canadien ou le droit international accuseront chacun de modalités d'application différentes selon que l'on se rapportera à l'état du droit en vigueur au moment de la commission de l'infraction ou à la date du procès¹³⁷.

Il serait difficile d'entreprendre une analyse exhaustive de tous les moyens de défense reconnus par le droit canadien ou international sans transformer cette étude en un traité de droit criminel canadien ou de droit international pénal. Nous nous

attarderons, surtout, à l'étude de deux questions, soit, l'obéissance aux ordres supérieurs et la défense de contrainte (duress) parce que ces deux moyens de défense sont les plus importants dans toute poursuite relative à la commission de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre.

1) Les moyens de défense prévus par le droit canadien

Certains moyens de défense, excuses et justifications font l'objet d'une codification partielle dans le *Code criminel* canadien. D'autres sont régis par la *Common Law* anglaise à laquelle renvoie l'article 8(3) C.c.r. :

Art. 8(3) C.c.r. - Chaque règle et chaque principe de la *Common Law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée à la présente loi ou tout autre loi fédérale, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi fédérale ou sont incompatibles avec l'une d'entre elles.

Il s'ensuit que les moyens de défense traditionnellement reconnus par la *Common Law* anglaise font l'objet d'une adaptation constante de la jurisprudence, en regard de son évolution, sous réserve, bien sûr, des contraintes propres au droit canadien. Les tribunaux canadiens ont modifié considérablement l'état de la *Common Law* afin de la rendre compatible avec les garanties constitutionnelles de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³⁸.

Les principaux moyens de défense reconnus par la *Common Law* anglo-canadienne sont les suivants: l'automatisme, la nécessité, la provocation en cas de meurtre, la légitime défense de la personne et des biens, l'erreur de fait, et le piège policier¹³⁹. Dans certaines circonstances, l'intoxication peut être un moyen de défense lorsque le libellé de l'infraction exige du Ministère public qu'il prouve hors de tout doute raisonnable la présence d'une intention spécifique comme dans le cas d'accusation de meurtre et de vol.

a) La contrainte en droit criminel canadien

L'application de la défense de contrainte en droit canadien soulève des questions très complexes depuis que la Cour d'appel du Québec a invalidé les dispositions de l'article 17 C.c.r. *Code criminel*.

¹³⁵ *R. v. Finta, Material for assistance of jury*. Index to material, Supreme Court of Ontario, 1990.

¹³⁶ *R. v. Finta, Response to application to leave*, (Supreme Court Act. s. 40 (1) In the Supreme Court of Canada, Court File No 23097 p. 2 : *That the Court of appeal erred in law in failing to find that the trial judge erred in putting to the jury the peace officer defense embodied in s. 25 of the Criminal Code, the military orders defense and the issue of mistake of fact, and the trial judge misdirected the jury in the manner in which he defined those defenses.*

¹³⁷ L'accusé a en effet, le droit en vertu de l'article 7(3.73) C.c.r. de choisir parmi les justifications, excuses ou moyens de défense prévus par le droit canadien à l'époque de perpétration du crime ou à son procès, ceux qui sont les plus favorables. Ainsi pour prendre un exemple, un ancien soldat des forces armées salvadoriennes est maintenant accusé au Canada d'avoir commis au Salvador en 1982 plusieurs meurtres constituant un crime contre l'humanité. A cette époque, l'article 17 C.c.r. prévoyait que l'accusé ne pouvait se prévaloir de la défense de contrainte dans le cadre d'une accusation de meurtre. Cette disposition du Code criminel fut par la suite déclarée inconstitutionnelle par la Cour d'appel du Québec en 1993 dans *R. c. Langlois*, [1993] R.J.Q. 675 parce que contraire aux principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'accusé qui subit son procès au Canada en 1993 pourra se prévaloir de la défense de contrainte même si l'article 17 C.c.r. en vigueur à l'époque de la commission de l'infraction n'avait pas encore été déclaré inconstitutionnel.

¹³⁸ Dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 675, (M. le juge Iacobucci): « lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la Charte, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la Charte, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative, dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée ».

¹³⁹ FORTIN et VIAU, *op. cit.*, supra, note 132.; G. CÔTE-HARPER, A.D. MANGANAS, et J. TURGEON, *Droit pénal canadien*, Les Éditions Yvon Blais, inc. 3^{ed}, Cowansville, Québ. 1989.

L'article 17 C.cr. excluait formellement l'admissibilité de la contrainte physique ou morale à titre de moyen de défense dans la plupart des infractions graves contre la personne comme le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, menaces à une tierce personne et infraction de lésions personnelles. Les tribunaux canadiens avaient donné plein effet à cette disposition législative consistant à exiger, en certaines circonstances, un comportement héroïque de la part d'un individu de ne pouvoir se disculper en raison d'un danger immédiat pour sa vie ou ses proches¹⁴⁰.

Lorsqu'il était admis, ce moyen de défense était soumis à des conditions d'application très rigides. L'accusé devait avoir commis le crime sous l'effet d'une contrainte exercée par des menaces de mort immédiates ou de lésions corporelles qui provenaient d'une personne physique présente à la commission de l'infraction. L'accusé devait soulever un doute raisonnable concernant la question de savoir si il croyait ou non que les menaces auraient pu être mises à exécution¹⁴¹.

La défense n'était pas admise lorsque la contrainte alléguée avait eu pour origine la participation de l'accusé à un complot de malfaiteurs ou à une association criminelle. De plus, même lorsque ce moyen de défense était recevable, les tribunaux l'ont assorti de conditions très strictes.

Dans un premier temps, il incombait à l'accusé au cours de son procès d'établir la présence *prima facie* des éléments constitutifs de la défense de contrainte morale afin que le juge soit en mesure de décider s'il serait approprié de soumettre au jury un tel moyen de défense¹⁴².

Dans un deuxième temps, la couronne devait convaincre le jury d'écarter cette défense en regard de l'examen de la preuve soumise à son attention au cours du procès, et ce, de manière à ne laisser au jury aucun doute raisonnable quant à son irrecevabilité¹⁴³.

Les tribunaux canadiens ont donné une interprétation très restrictive de la notion de « menaces immédiates de mort » telle que codifiée à l'article 17 C.cr. Dans l'affaire *Carker*,¹⁴⁴ la Cour suprême a refusé d'assimiler à des menaces immédiates de mort le cas d'un prisonnier qui s'était vu obligé par ses co-détenus à briser les installations sanitaires de sa cellule.

Selon la Cour suprême, il ne pouvait y avoir eu de « menaces de mort immédiates » au sens de l'article 17 C.cr. puisque l'auteur de la menace était lui-même incarcéré dans sa cellule, et que la menace n'était pas susceptible d'être exécutée sur le champ¹⁴⁵. Dans l'affaire *Falkenberg*¹⁴⁶, le tribunal refusa de considérer comme « immédiates » des menaces proférées contre un témoin par des personnes présentes en cour dans le but de contraindre ce témoin à rendre un faux témoignage. L'accusé ne put bénéficier de ce moyen de défense pour la simple raison qu'il aurait dû demander la protection de la Cour plutôt que de commettre le crime dont il s'était rendu coupable.

Toutefois, dans un jugement récent, la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *R. c. Langlois*¹⁴⁷ a déclaré l'article 17 C.cr. ultra vires parce que contraire aux principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel avait conclu que l'on ne pouvait refuser à l'accusé le droit de se prévaloir de la défense de contrainte lorsque la personne qui l'avait menacé - quoique non présente sur les lieux du crime - était en mesure de mettre ses menaces à exécution dans un avenir très rapproché et non dans l'immédiat comme cela est exigé par l'article 17 C.cr.

L'inconstitutionnalité de l'article 17 C.cr. avait eu pour effet de faire revivre en droit criminel canadien l'ancienne défense de contrainte de *Common Law* qui continue jusqu'à ce jour d'être applicable en Angleterre. Toutefois, les modalités d'application de ce moyen de défense en droit criminel britannique font l'objet d'une jurisprudence contradictoire de la Chambre des Lords et du Conseil privé ce qui est loin de simplifier la tâche des tribunaux canadiens. La Cour d'appel du Québec prit acte des incertitudes du droit britannique sur la question sans pour autant apporter de réponses définitives quant à

¹⁴⁰ Voir *R. v. Fardutto* 1912 D.L.R. 669, 672-673: Dans cet arrêt, le tribunal considéra que le fait que l'accusé ait fourni l'arme du crime ayant servi à tuer un homme constituait un meurtre, même sous l'effet de menaces de mort immédiates. Le tribunal prit acte du fait que le législateur canadien exigeait un comportement héroïque de toute personne placée devant le choix de mourir ou de commettre une infraction grave contre la personne: *There can be no doubt a man is entitled to preserve his own life and limb; and, on this ground, he may justify much which would otherwise be punishable. The case of a person setting up as a defense that he was compelled to commit a crime is one of every day. There is no doubt on the authorities that compulsion is a defense when the crime is not one of heinous character. But killing an innocent person, according to Lord Hale, can never be justified. He lays down the stern rule: « if a man be desperately assaulted, and in peril of death, and cannot otherwise escape unless to satisfy his assailant's fury he kill an innocent person then present, the fear and actual force will not acquit him of the crime and punishment of murder, if he commit the fact; for he ought rather to die himself than kill an innocent man ».... We have framed the [relevant] section of the draft code to express what we think is the existing law, and what at all events we suggest to be the law.*

¹⁴¹ Article 17 C.cr. - Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiates ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction a été commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte. Toutefois, le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infraction de lésions corporelles, les voies de faits graves, l'infraction illégale de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une jeune personne).

¹⁴² *R. v. Gill*, [1963] All. E. R. 688.

¹⁴³ *Id.*, à la p. 691. Voir également COTE-HARPER, MANGENAS et TURGEON, *op. cit.*, *supra*, note 140 aux pp. 557-558.

¹⁴⁴ *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *R. c. Falkenberg* (1973) 13 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.C.).

¹⁴⁷ *R. c. Langlois*, *supra*, note 138.

ses modalités d'application en droit criminel canadien¹⁴⁸.

b) La défense d'obéissance aux ordres supérieurs

La *Loi sur la défense nationale* impose l'obligation d'obéissance à l'ordre légal du supérieur hiérarchique¹⁴⁹. Le droit canadien refuse d'accepter le principe voulant que le subordonné militaire soit un automate incapable de raisonner. Le subordonné militaire est un citoyen en uniforme qui, de ce fait, est toujours requis d'obéir aux prescriptions impératives du droit criminel du pays.

Toutefois, le droit anglo-canadien reconnaît que le simple subordonné militaire n'est pas présumé connaître entièrement l'état du droit international humanitaire et qu'il n'est pas en mesure d'apprécier en toutes circonstances l'illégalité de l'ordre qui lui est donné¹⁵⁰.

Le subordonné militaire peut invoquer la défense d'obéissance aux ordres supérieurs dans la mesure où l'ordre n'était pas manifestement illégal aux yeux d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances et qu'il n'avait pas personnellement connaissance de son caractère illégal au moment où il l'a exécuté¹⁵¹. Il s'agit là d'un moyen de défense que le système anglo-britannique dans le domaine criminel ne reconnaît pas aux civils¹⁵².

La détermination du caractère manifestement illégal de l'ordre donné constitue une question mixte de droit et de fait qu'il appartient au tribunal de trancher selon le cas d'espèce qui lui est présenté. Pour être licite du point de vue légal, et donc constituer une justification à une accusation criminelle, un ordre reçu doit nécessairement se rapporter à la vie ou à une nécessité militaire¹⁵³.

L'obéissance à un ordre qui ne revêt aucunement un caractère militaire ne peut jamais servir de justification ou d'excuse exculpatrice dans le cadre d'un procès criminel car un ordre de ce type est manifestement illégal¹⁵⁴.

Dans la mesure où le crime contre l'humanité rentre dans la définition de « torture » au sens de l'article 269.1 du *Code criminel*¹⁵⁵, l'obéissance aux ordres supérieurs devient un moyen de défense irrecevable en droit criminel canadien¹⁵⁶. Dans le cadre d'un procès, il incombera au Ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable, qu'en regard des circonstances particulières propres à l'accusé, ce dernier avait parfaitement connaissance du caractère illégal de l'ordre qui lui était donné en quel cas il ne pourra pas se rabattre sur la défense relative au caractère non-manifestement illégal de l'ordre.

¹⁴⁸ Même si la Cour d'appel du Québec a fait revivre la défense de contrainte de Common Law dont les modalités d'application sont plus favorables à l'accusé que l'ancien libellé de l'article 17 C.cr., il est loin d'être acquis qu'elle pourrait, par exemple, servir de moyen de défense dans le cadre d'une accusation de meurtre, en regard des décisions récentes particulièrement ambiguës et contradictoires de la Chambre des Lords ou du Comité judiciaire du Conseil privé. La Chambre des Lords dans l'affaire *D.P.P. for Northern Ireland v. Lynch*, [1975] A.C. 653 reconnut l'admissibilité de la défense de contrainte à une personne accusée de complicité de meurtre comme principal au second degré. Toutefois, le participant au premier degré à l'infraction de meurtre ne peut se prévaloir d'une telle défense. En droit anglo-saxon, le principal au premier degré est défini comme la personne qui est le principal acteur d'un crime, celle qui a commis le crime de ses propres mains. Le participant au deuxième degré est la personne, qui présente ou non sur les lieux du crime, conseille, incite, encourage, ou facilite le principal au premier degré dans la perpétration du crime; voir sur le sujet *Black Law Dictionary*, St Paul Minn. West Publishing co. 1990, Centennial Edition 1891-1991 p. 1192. Plus récemment dans l'affaire *R. v. Gots*, [199] 1 All. E.R. 832, la Chambre des Lords, par une majorité de trois à deux, refusa d'admettre la recevabilité de ce moyen de défense dans le cadre d'accusation de tentative de meurtre.

¹⁴⁹ *Loi sur la défense nationale*, L.R.C., 1970, c. N-5, art. 73.

¹⁵⁰ Ces principes ont été exposés dans l'affaire israélienne *Chief Military Prosecutor v. Melinki (Kafir Kassem)* 13 Pasikim Mehozim p. 90 confirmés par la Cour d'appel militaire, Pesakim Eyonim vol. 44 p. 362 cité par la Cour de district dans l'affaire *Eichmann; Eichmann Case* 36 I.L.R 257 « *The distinguishing mark of a « manifestly unlawful order » should fly like a black flag above the order given, as a warning saying « prohibited ! ». Not formal unlawfulness, hidden or half-hidden, nor unlawfulness discernible only by the eyes of legal experts, is important here, but a flagrant and manifest breach of the law, definite and necessary unlawfulness appearing on the face of the order itself, the clearly criminal character of the order or of the acts ordered to be done, unlawfulness piercing the eye and revolting the heart, be the eye not blind nor the heart stony and corrupt - that is the measure of « manifest unlawfulness » required to release a soldier from the duty of obedience upon him and make criminally responsible for his acts.... An average soldier could detect a clearly illegal command without asking a legal adviser or without looking at a book of law. These requirements of the law impose moral and legal responsibility on every soldier regardless of rank... It is the duty of each soldier to examine, according to his conscience, the legality of the commands given to him. »*

¹⁵¹ *R. v. Smith* 17 S.C. 561, 567-8 (South Africa, Cape of Good Hope).

¹⁵² L.C. GREEN, *Superior Orders in National and International Law*, A.S. Sijthoff, Netherlands, 1976.

¹⁵³ *Extraits du manuel de droit militaire 1929, nouveau tirage à l'intention de l'armée canadienne*, Ottawa, Imprimeur de sa très excellente majesté, 1943 par. 12-13:

12 - « Ordre légitime » signifie non seulement un commandement qui n'est pas contraire à la loi civile ordinaire, mais encore justifié par la loi militaire; en d'autres termes, un commandement militaire, légal de faire ou de ne pas faire ou de cesser de faire une chose en particulier. Un supérieur a le droit, en tout temps, de donner un commandement pour le maintien du bon ordre, pour supprimer le désordre ou pour l'exécution d'un service ou d'un règlement militaires pour des fins qui se rapportent aux amusements et au bien-être d'un régiment ou à d'autres détails généralement reconnus comme se rattachant à la vie militaire, mais un supérieur n'a nullement le droit de s'autoriser de son rang pour émettre un ordre qui ne se rapporte ni au service, ni aux usages militaires, ou qui ne tend qu'à une fin personnelle. Bien qu'il ne soit pas illégal, un tel ordre n'est pas légal en ce sens que le défaut d'y obéir n'entraîne pas la contravention à l'Act. En d'autres termes, le commandement doit se rattacher au service militaire, c'est-à-dire que d'y désobéir tend à obstruer, à retarder ou à empêcher une mesure d'ordre militaire.

13 - Si l'ordre était évidemment illégal, l'inférieur aurait raison de le révoquer en doute ou même de refuser de l'exécuter comme si, par exemple, on lui commandait de tirer sur un citoyen inoffensif et paisible.

¹⁵⁴ L.C. GREEN, *op. cit.*, supra, note 153 à la p. 125.

¹⁵⁵ Le terme « torture » y est défini de la façon suivante à l'article 269.1. C.cr.: « Torture » Acte, commis par action ou omission, par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques, ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne: a) soit afin notamment: i) d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou une déclaration ii) de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, iii) de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider une tierce personne ou de faire pression sur celle-ci; b) soit pour tout autre motif fondé sur quelque forme de discrimination que ce soit; La torture ne s'entend pas toutefois d'actes qui résultent uniquement de sanctions légitimes, qui sont inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles.

Dans le cas où le Ministère public ne serait pas en mesure de prouver que l'accusé avait dans les faits une telle connaissance, le tribunal devra appliquer un critère objectif. Il reviendra au Ministère public de prouver, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé devait ou aurait dû savoir qu'il s'agissait d'un acte illégal parce qu'une personne d'intelligence moyenne placée dans les mêmes circonstances aurait su qu'il s'agissait d'un ordre illégal en regard de son caractère manifestement illégal. Le Tribunal militaire américain dans l'affaire *U.S. v. Hutto* [Affaire *My Lai*] a très bien résumé les principes fondamentaux applicables du droit criminel anglo-saxon dans un contexte où il s'agissait de la répression de crimes contre l'humanité:

An order is manifestly unlawful, if under the same or similar circumstances a person of ordinary sense and understanding would know it to be unlawful. If you are satisfied beyond a reasonable doubt that the order allegedly given in this case was manifestly unlawful, the obedience of that order is no defense. The burden is upon the government to establish the guilt of the accused by legal and competent evidence beyond a reasonable doubt. Consequently, unless you find beyond a reasonable doubt that the order given to the accused in this case was manifestly unlawful as I have defined that term, you must acquit the accused unless you find actual knowledge that the order was unlawful or that obedience of that order would result in the commission of an illegal and criminal act.¹⁵⁷

2) Les moyens de défense prévus par le droit international

Les principes de droit international pénal concernant les moyens de défense ont souffert pendant longtemps d'une certaine stagnation. La situation était d'autant plus complexe qu'une analyse comparative des dispositions nationales relatives à la répression des crimes contre l'humanité et de crimes de guerre révèle une très grande disparité dans ce domaine¹⁵⁸.

Toutefois, certaines dispositions du *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* préparé par la Commission de droit international permettent déjà de circonscrire certains éléments constitutifs de l'*opinio juris* international concernant la recevabilité et les modalités de certains moyens de défense¹⁵⁹. Déjà, l'on peut affirmer que les principes applicables sont toujours ceux qui ont été développés par la jurisprudence des tribunaux allemands de Leipzig dans l'affaire *Llandovery Castle*¹⁶⁰ et celle des juridictions alliées relative aux petits criminels de guerre. Le tribunal canadien dans l'affaire *Finta* (2ème phase) s'en est déjà inspiré dans la formulation des moyens de défense reconnus aux accusés par le droit international coutumier pendant la Seconde guerre mondiale.

a) L'obéissance aux ordres supérieurs en droit international coutumier

La question de savoir si l'obéissance aux ordres supérieurs constitue ou non une défense en vertu du droit international coutumier constitue encore de nos jours une question controversée à laquelle l'on ne peut donner réponse définitive sinon que le courant dominant reconnaît ce moyen de défense dans la mesure où l'ordre n'est pas manifestement illégal¹⁶¹.

L'obéissance aux ordres supérieurs fut spécifiquement écartée comme un moyen de défense dans le cadre des procès des grands criminels de guerre à Nuremberg en raison du libellé de l'article 8 du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg*. Ce fait ne pouvait constituer qu'une circonstance atténuante dans la détermination par le tribunal d'une peine appropriée¹⁶².

¹⁵⁶ Article 269.1. C.cr. (3) - *Ne constituent pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur le présent article ni le fait que l'accusé a obéi aux ordres d'un supérieur ou d'une autorité publique en commettant les actes qui lui sont reprochés, ni le fait que ces actes auraient été justifiés par des circonstances exceptionnelles, notamment un état de guerre, une menace de guerre, l'instabilité politique intérieure ou tout autre situation d'urgence.*

¹⁵⁷ Instructions du juge président au procès militaire dans l'affaire *U.S. v. Hutto* (*Massacre de My Lai au Vietnam*) 1970/71 *Copy of the Librarian of the U.S. Judge Advocate General's School of Law* 6-14. Le juge président ajouta, également, les principes suivants à son adresse au tribunal: *The fact that the law of war has been violated pursuant to an order of a superior authority, does not deprive the act in question of its character as a war crime, nor does it constitute a defense in a trial of an accused individual, unless he did not know or could not have expected to know that the act ordered was unlawful... Obedience to lawful military orders is the sworn duty of every member of the armed forces; the soldier cannot be expected in conditions of war discipline to weigh scrupulously the legal merits of the orders received and certain rules of warfare may be controversial. Thus, a subordinate is not criminally liable for acts done in obedience of an unlawful order which is not manifestly unlawful on its face, unless the subordinate had actual knowledge of the unlawfulness of the order or the unlawfulness of its demands.*

¹⁵⁸ *L'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre*, Recueils de la société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, cinquième congrès international, Dublin, 25-30 mai 1970 vol. 1 Strasbourg, 1971.

¹⁵⁹ *1991 Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission* 43rd. Sess.: 29 April - 19 July 1991, 46th Ses., Supp. (no 10) A/ 46/10.

¹⁶⁰ *Llandovery Castle*, 16 AJIL 721-22 (1922); dans cette affaire, un commandant allemand en charge des opérations d'un sous-marin pendant la Première Guerre mondiale avait ordonné à ses troupes de tirer sur les survivants d'un navire-hôpital britannique qui s'étaient rassemblés dans des canots pneumatiques. Deux officiers qui avaient obéi aux ordres, les premiers lieutenants Ludwig Dithmar et John Bold soulevèrent la défense d'obéissance aux ordres supérieurs dans le cadre des accusations de meurtres qui pesaient contre eux. Le tribunal rejeta ce moyen de défense en des termes qui ne sont pas sans rappeler les principes traditionnels de la Common Law anglo-américaine à savoir: *«It is certainly to be urged in favor of the military subordinates, that they are under no obligation to question the order of their superior officer, and they can count upon its legality. But no such confidence can be held to exist, if such an order is universally known to everybody, including also the accused, to be without any doubt whatever against the law.»*

¹⁶¹ C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 437; Comme le précise le savant auteur: *«A review of scholarly positions, judgments of tribunals and international legislative efforts lead to the conclusion that «obedience to superiors orders» is not a defense, under customary international law, to an international crime when the order is patently illegal and when the subordinate has a moral choice with respect to obeying or refusing to obey the order.»*

¹⁶² *Statut du tribunal militaire international de Nuremberg*, Art. 6(c), *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international*, Vol. I, Nuremberg, 14 novembre 1945, Art 8 - *Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de peine, si le tribunal décide que la justice l'exige.*

Certains prennent pour acquis que le rejet de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs tel que codifié à l'article 8 du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* reflète l'état du droit international coutumier applicable depuis le début de la Seconde Guerre mondiale¹⁶³. Les adeptes de ce courant doctrinal et jurisprudentiel se fondent notamment sur le libellé de la *Résolution 91(I) de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 11 novembre 1946* qui confirme les principes de droit international reconnus par le Tribunal militaire international de Nuremberg.

D'autres ont défendu le principe voulant que la négation de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs dans les procès des grands criminels de guerre à Nuremberg s'expliquait par l'appartenance des accusés aux plus hauts échelons de l'appareil nazi¹⁶⁴.

Selon ce courant doctrinal et jurisprudentiel, l'article 8 du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* n'avait pas codifié une règle de droit international coutumier en dehors du cadre restreint qui avait présidé à son application concrète. Dans les autres situations, la défense d'obéissance aux ordres supérieurs dans les limites posées par la jurisprudence allemande des tribunaux de Leipzig dans l'affaire *Llandovery Castle* et les principes de la *Common Law* anglo-américaine resteraient toujours applicables en vertu du droit international coutumier.

Les travaux les plus récents dans le domaine du droit international pénal sont quelque peu ambigus sur cette question.

¹⁶³ H. MIZRAHI, *An Application and Critique of Canada's War Crimes Legislation: The Made in Canada Solution*. Civil Liberties Essay, Nov. 28, 1989; p. 26. L'auteur est d'avis que la défense d'obéissance aux ordres supérieurs a été abolie en vertu de l'article 8 du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* et qu'elle ne devrait pas être reçue en droit criminel canadien. C'est semble-t-il le point de vue officiel des juristes français: voir *Report of the Committee of French Jurists set up by Roland Dumas, Minister of State and Minister for Foreign Affairs, to study the Establishment of an International Criminal Tribunal to judge the crimes committed in the former Yugoslavia*. United Nations, Security Council, 10 February 1993 S/25266. parag. 95:

«J. Defence of obeying the orders of a superior or performing official duties 95. If it is logical to divorce the actual carrying out of the act from its remote source (directives) or its proximate source (orders of superiors), by the same token, the carrying out of the act should in turn be examined per se The order of a superior, in itself, cannot serve as a defence. The possibility that, in the circumstances, the subordinate had no choice but to carry out the order cannot however, be ruled out. It therefore seems reasonable to rely on the Nuremberg precedent followed in national judicial practice, and take the view that the fact that an individual charged with a crime before the Tribunal obeyed an order a superior «does not relieve him of ... responsibility if, in the circumstances at the time, it was possible for him not to comply with that order». That leaves room for mitigation of responsibility. »

¹⁶⁴ E. MÜLLER-RAPPART, *L'ordre supérieur et la responsabilité pénale du subordonné*. Paris, Editions A. Pédone, 1965, p. 221. L'appartenance des grands criminels de guerre nazis aux plus hauts échelons de l'appareil de l'Etat national-socialiste ainsi que leur connaissance élevée des questions internationales faisaient en sorte que les rédacteurs du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* pouvaient facilement leur imputer une connaissance coupable dès le moment où l'on avait réussi à prouver le caractère criminel des actes et omissions posés par le gouvernement du Troisième Reich. A un tel niveau de responsabilité, il faut reconnaître que la défense d'obéissance aux ordres supérieurs devenait un problème plutôt académique. Il en est autrement lorsqu'il s'agit d'ordres supérieurs auxquels ont obéi de simples soldats ou officiers subalternes.

Ainsi, le rapport intérimaire rendu par la Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité relatif à la répression des crimes dans l'ex-Yougoslavie approuve le principe de l'admissibilité de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs à condition que l'ordre n'ait pas été manifestement illégal sans remettre en question la validité des principes reçus à Nuremberg:

Un subordonné qui a exécuté un ordre d'un supérieur, ou agi sur instruction d'un gouvernement, et a, ce faisant, commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité peut invoquer le fait justificatif connu sous le nom de « ordres supérieurs » et soutenir qu'il ne peut être tenu pénalement responsable d'un acte qu'il a reçu l'ordre de commettre. La Commission note que les traités applicables sont malheureusement muets sur la question. La commission interprète le droit international coutumier, notamment tel qu'il est énoncé dans les principes de Nuremberg, comme prévoyant qu'un ordre d'un supérieur qui est manifestement illégal et auquel un subordonné avait la possibilité de se soustraire ne constitue pas un fait justificatif valable¹⁶⁵.

Toutefois, l'article 7(4) du *Statut du Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-yougoslavie depuis 1991*, ne reprend pas les recommandations du Comité d'expert concernant l'admissibilité de ce moyen de défense en autant que l'ordre ne soit pas manifestement illégal. Le Conseil de sécurité des Nations-Unies a adopté une phraséologie très voisine de celle de l'article 8 du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg*, soit la règle du principe de l'exclusion de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs:

Le fait qu'un accusé a agi en exécution d'un ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considéré comme un motif de diminution de peine si le Tribunal international l'estime conforme à la justice.¹⁶⁶

Il appartiendra au Tribunal international de La Haye de déterminer la portée de cette dernière disposition sur l'admissibilité comme moyen de défense du caractère non-manifestement illégal de l'ordre imparti, en regard des observations du Comité d'experts.

Au Canada, les modalités d'application de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs, furent l'objet de vives controverses dans l'affaire *Finta* [première phase]. Selon la Cour supérieure d'Ontario présidée par le juge Callaghan, l'article 8 du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* et son interprétation par le Tribunal militaire international étaient déclaratoire du droit international coutumier depuis le début de la Seconde Guerre mondiale.

¹⁶⁵ *Rapport intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité*, S/ 25274 Annexe 1. parag. 54.

¹⁶⁶ Art.7(4), *Statut du Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-yougoslavie depuis 1991*, Annexe au Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/ 25704 3 mai 1993.

Il s'ensuivait que l'obéissance aux ordres supérieurs ne pouvait jamais servir de justification ou d'excuse exculpatoire à la commission d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité en droit criminel canadien, même si l'ordre n'était pas manifestement illégal. Selon le tribunal, il s'agissait seulement d'un facteur de mitigation de peine dont la portée était inversement proportionnelle au niveau de responsabilité de l'accusé dans l'appareil militaire¹⁶⁷.

Le juge Campbell qui présida le procès dans l'affaire *Finta* [deuxième phase] en remplacement du Juge Callaghan, refusa de suivre les principes élaborés par son prédécesseur dans l'affaire *Finta* [première phase]. Le tribunal accepta le point de vue du savant professeur Bassiouni à l'effet que le caractère non-manifestement illégal de l'ordre était un moyen de défense recevable, si l'on se rapportait à l'état du droit international coutumier en vigueur pendant la Seconde Guerre mondiale¹⁶⁸.

Dans l'affaire *Finta* [deuxième phase], le juge Campbell libella comme suit les critères de recevabilité de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs, sur la base de la *Common Law* anglo-canadienne et du droit international coutumier applicable pendant la Seconde Guerre mondiale. Le Ministère public devait prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé ne pouvait pas soulever la croyance erronée mais honnête que les ordres étaient légaux parce que toute personne raisonnable se trouvant dans les mêmes circonstances que l'accusé aurait su qu'il s'agissait d'ordres manifestement illégaux. Inversement, l'accusé pouvait soulever un doute raisonnable concernant la question de savoir si l'homme raisonnable qui se trouverait dans la même situation que lui aurait pu avoir la croyance erronée mais honnête de la légalité de l'ordre et donc de son caractère non-manifestement illégal¹⁶⁹.

b) La contrainte en droit international coutumier

La jurisprudence internationale a reconnu le principe voulant que la contrainte constitue, dans certaines circonstances bien précises, un moyen de défense valide en droit international coutumier dans le cadre d'une accusation de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité¹⁷⁰.

L'intérêt de soulever l'applicabilité d'un tel moyen de défense vient du fait que ses modalités d'application sont beaucoup moins sévères que celles prévues par le droit anglo-canadien¹⁷¹. Il va de soi que toute personne accusée d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité aurait intérêt à ce que le système canadien reconnaisse comme faisant partie du droit international coutumier ou des principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations la défense de contrainte telle que consacrée par la jurisprudence des tribunaux allemands de Leipzig ou des tribunaux militaires américains de Nuremberg.

Il n'est pas facile de circonscrire l'état actuel du droit international coutumier concernant la défense de contrainte morale pour la simple raison qu'aucun tribunal international d'importance n'a eu le privilège d'en déterminer les modalités d'application depuis plus de quarante-cinq ans, sauf dans le contexte de la répression des crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale. De plus, les rares criminels de guerre qui ont fait l'objet de poursuites depuis la Seconde Guerre mondiale ont été déférés devant des juridictions nationales dont la législation prévoyait l'application des moyens de défense reconnus par le droit interne plutôt que par le droit international coutumier.

D'après la jurisprudence des tribunaux alliés datant du lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la notion de « contrainte » peut servir d'excuse exculpatoire à la commission de n'importe quel crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité lorsque l'exécutant n'avait pas véritablement le choix entre obéir et désobéir, car le refus d'obéir pouvait lui faire valoir la mort ou un dommage sérieux¹⁷².

Ce moyen de défense permettrait à l'accusé d'être acquitté même dans le cas où il aurait obéi à un ordre supérieur manifestement illégal¹⁷³. Toutefois, une certaine jurisprudence

¹⁶⁷ Dans *R. v. Finta*, Supreme Court of Ontario, no 30/88 p. 48 (Callaghan A.C.J.H.C.) le juge exprime sa position concernant l'« admissibilité de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs: *The defense of superiors orders was also addressed in the Nuremberg Charter and the judgment of the Nuremberg Tribunal. The tribunal stated at p. 221 of their judgement that « individuals have international duties which transcends the national obligation of obedience imposed by the individual state. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the state if the state in authorizing action moves outside its competence under international law ». This approach parallels Article 8 in the Nuremberg Charter which reads: « The fact that the Defendant acted pursuant to order of the Government or of the superior shall not free him of the responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires. » Crown counsel has admitted that there may be lower culpability the lower down the chain of authority one goes. This is a matter that must be dealt with on the evidence at trial.*

¹⁶⁸ Le professeur Bassiouni expliqua au tribunal que l'accusé pouvait se prévaloir de ce moyen de défense si l'on se référait au droit international coutumier applicable en 1944. *R. v. Imre Finta, Proceedings at Trial*, (Vol. 68) Supreme Court of Ontario, Tuesday, the 10th day of April 1990, Testimony of Professor Bassiouni, p. 9194.

¹⁶⁹ *R. v. Finta*, Material for assistance of jury, index to material, Supreme court of Ontario (Judge Campbell) p.15.

¹⁷⁰ I.G. *Farben Case* L.R.T.W.C. XIII, p. 69; *Von Leeb Case*, L.R.T.W.C. Vol. XII p. 72. *Ohlendorf case*, Annual Digest, XV, p 666; cassation belge, 4 juillet 1949, R.D.P.C. 1948-49, p. 990. C.G., Bruxelles, 9 mars 1951, R.D.P.C. 1950-1951, pp. 868-870; H. MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la Loi no 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, L.G.D.J. 1960 p. 406.

¹⁷¹ Voir le célèbre arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *D.P.P. for Northern Ireland v. Lynch*, supra, note 149. L'interprétation donnée par la Chambre des Lords à la défense de Common Law de « contrainte morale » dans l'affaire *Lynch* se rapproche plus de l'état présumé du droit international coutumier puisqu'elle reconnaît une telle défense à une personne accusée de complicité de meurtre. Toutefois, à la différence du droit international coutumier, le participant au premier degré à l'infraction de meurtre ne peut se prévaloir d'une telle défense.

¹⁷² I.G. *Farben Case*, supra, note 171, p. 169.

¹⁷³ C'est l'opinion de H. MEYROWITZ, op. cit., supra, note 171 à la p. 406. En conclusion, nous pensons, avec la jurisprudence des tribunaux militaires américains et des tribunaux allemands, que, malgré la formule de l'article 8 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg et de l'article II (1)(b) de la Loi no 10, la défense de contrainte morale et de l'état de nécessité ne sont pas exclues en matière de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Les conditions de l'une et de l'autre ne doivent pas être recherchées dans le fait de l'ordre du supérieur mais dans les circonstances ayant marqué l'émission, la transmission, et la réception de l'ordre.

belge et américaine refusait d'admettre un tel moyen de défense dans de telles circonstances¹⁷⁴. La défense de contrainte en droit international coutumier, même si elle fut souvent appliquée par des tribunaux composés de juristes américains, est inspirée surtout par les principes du droit pénal appartenant aux systèmes continentaux allemand et français¹⁷⁵. La défense de contrainte en droit international coutumier suppose que l'on soit en mesure de montrer l'existence de circonstances telles qu'un homme raisonnable y aurait perdu la faculté de choisir entre le bien et le mal¹⁷⁶. Dans l'affaire *Einsatzgruppen*, le tribunal a même reconnu qu'un tel moyen de défense pourrait exonérer dans des circonstances extrêmes une personne accusée de meurtre ou autres crimes graves contre la personne ce qui est loin d'être acquis en droit criminel canadien:

Il est allégué qu'en droit militaire, même lorsque le subordonné se rend compte que l'acte à lui ordonner est un crime, il ne saurait pas refuser de l'exécuter sans encourir de conséquences sérieuses, et que, par conséquent, ceci consiste en l'état de contrainte. Disons une fois pour toutes qu'il n'y a pas de loi qui exige qu'un homme innocent doive sacrifier sa vie ou souffrir un mal sérieux pour éviter la commission d'un crime qu'il désapprouve. Toutefois, la menace doit être imminente, réelle et inévitable. Aucune cour ne peut punir un homme qui, « un pistolet chargé contre la tête », est contraint de tuer; la menace ne doit pas nécessairement être telle pour échapper à la peine¹⁷⁷.

Ce moyen de défense devient particulièrement pertinent dans le contexte factuel où un subordonné militaire ne peut se réfugier derrière la défense d'obéissance aux ordres supérieurs telle que formulée en droit international coutumier ou en droit anglo-canadien parce que l'ordre serait manifestement illégal. Dans une telle situation, l'accusé en ayant recours à la défense de contrainte en droit international coutumier pourrait soulever un doute raisonnable concernant la présence de l'intention criminelle requise pour être reconnu coupable du crime reproché.

Il faut en effet distinguer la défense d'obéissance aux ordres supérieurs de celle de contrainte en droit international coutumier. La défense d'obéissance aux ordres supérieurs suppose la présence d'une ignorance excusable de l'illégalité de l'ordre imparti tandis que celle de contrainte morale ou physique suppose la preuve d'une menace imminente, concrète et inévitable justifiant la décision du subordonné d'avoir perpétré le crime qui lui fut ordonné de commettre¹⁷⁸.

La doctrine et la jurisprudence, même favorables à une interprétation large de ce deuxième moyen de défense, considèrent que la soumission du subordonné militaire aux sanctions du droit militaire ne lui permet pas de plaider *ipso facto* la défense de contrainte sous prétexte que l'on devrait assimiler le régime de discipline militaire à une situation de contrainte morale ou physique permanente¹⁷⁹. Ce n'est seulement que lorsque la contrainte morale ou physique s'exerce indépendamment des rapports normaux de hiérarchie militaire que l'on est en mesure de soumettre cette défense devant le tribunal.

La jurisprudence exige une certaine proportionnalité entre la crainte de la punition et le mal accompli en exécution de l'ordre supérieur¹⁸⁰. Il va sans dire que le consentement du subordonné, son approbation de l'ordre supérieur, ou même l'excès de zèle aura pour conséquence d'empêcher celui-ci de se prévaloir de ce moyen de défense. La question de savoir si la crainte du subordonné militaire ou de toute autre personne était subjectivement bien-fondée constituera une question de faits devant être appréciée par le tribunal.

La doctrine prend pour acquis que ces principes reflètent encore de nos jours l'état du droit international coutumier¹⁸¹. Ce moyen de défense avait été retenu dans les projets de codification de la Commission de Droit international dans les années cinquante et soixante¹⁸². Cette tendance ne s'est pas démentie, par la suite, comme en témoigne le contenu du rapport intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la *Résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité relatif aux crimes dans l'ex-Yougoslavie*¹⁸³. L'article 11 du dernier projet de code des

179 MÜLLER-RAPPART, *L'ordre supérieur et la responsabilité pénale du subordonné*, Paris, Editions A. Pédone, 1965, p. 210.

180 *Ibid.*, BASSIOUNI, *op. cit.*, supra, note 162 à la p. 446. Selon le savant auteur, les conditions de recevabilité de ce moyen de défense sont les suivants particulièrement lorsque l'accusation est une de meurtre: «1) The harm to be justified must have been committed under pressure of physical forces; 2) It must have made possible the preservation of at least an equal value; and 3) the commission of the harm must have been the only means of conserving that value. In addition, however, good faith and a reasonable belief must exist as the motivating factors that acting in derogation of the law is the only possible way to avoid the hardship of the circumstances. »

181 MÜLLER-RAPPART, *op. cit.*, supra, note 171 à la p. 228. J. C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991, p. 207.

182 SPIROPOULOS, *Deuxième rapport sur la troisième session de la Commission de Droit international U.N. Doc. - a/C.N. 4/44*, du 12 avril 1951; 3ème rapport, Spiropoulos U.N. Doc.-A/C.N.4/85 du 30 avril 1984. Le principe IV proposé par le professeur Briely et approuvé par une majorité de ses collègues dans le cadre des travaux de la commission de droit international relatif au projet d'un code international maintenait la défense de contrainte à condition que l'accusé soit en mesure de prouver qu'il n'avait pas eu moralement la faculté de choisir. Le principe IV se lisait ainsi: « *Le fait qu'une personne accusée d'un des crimes définis dans le présent code a agi sur l'ordre de son gouvernement ou de son supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité en droit international, si elle a eu moralement la faculté de choisir. On pourra, toutefois, tenir compte de ce fait pour réduire sa peine, si la justice l'exige.* » *L'exclusion de l'effet justificatif soit subordonné à la condition que l'inculpé ait eu la faculté morale de choisir.*

183 *Rapport intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, SI 25274 Annexe I*, parag. 54. La Commission fait mention brièvement de la défense de contrainte dans la discussion concernant celle d'obéissance aux ordres supérieurs: « *La Commission note que les traités applicables sont malheureusement muets sur la question. La commission interprète le droit international coutumier, notamment tel qu'il est énoncé dans les principes de Nuremberg, comme prévoyant qu'un ordre d'un supérieur qui est manifestement illégal et auquel un subordonné avait la possibilité de se soustraire ne constitue pas un fait justificatif valable.* » Il ne fait aucun doute que l'expression « avait la possibilité de se soustraire » fait référence à la défense de contrainte sanctionnée par le droit international coutumier.

174 *Ohlendorf case*, supra, note 171 à la p. 166; cassation belge, 4 juillet 1949, R.D.P.C. 1948-49, p. 990. C.G., Bruxelles, 9 mars 1951, R.D.P.C. 1950-1951, pp. 868-870.

175 R. MERLE, et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Editions Cujas, 1967, parag. 471 et s.s. Sur l'application de ces principes par les tribunaux français, voir Trib. civil d'Albi, le 22 mai 1946, G.P., 1946.2.253. (maquisard torturé qui avait dénoncé ses compagnons de résistance). Crim. 26 fév. 1959 D. 1959301, B. 139. (algérien qui avait dû héberger une quarantaine de rebelles armés.).

176 *Von Leeb Case*, supra, note 171 à la p. 72. La jurisprudence française exige un fardeau de preuve similaire puisqu'elle exige que «les pressions aient été assez pressantes ou assez directes pour enlever au prévenu sa liberté d'esprit». MERLE, et VITU.

177 *Einsatzgruppen case*, L.R.T.W. vol. VIII p. 91 cité en français dans E. MÜLLER-RAPPART, *L'ordre supérieur et la responsabilité pénale du subordonné*, Paris, Editions A. Pédone, 1965.

178 MÜLLER-RAPPART, *op. cit.*, supra, note 165 à la p. 210

crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité soumis en avril 1991 à l'Assemblée générale des Nations-Unies par la Commission du droit international prévoit aussi l'admissibilité d'un tel moyen de défense¹⁸⁴.

Aucune disposition du *Statut du Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-yougoslavie depuis 1991* ne vient contredire les recommandations contenues dans le rapport de la Commission d'experts concernant l'admissibilité de ce moyen de défense en droit international coutumier¹⁸⁵.

Nous croyons qu'en l'absence d'une codification ferme du droit international en la matière, les tribunaux canadiens n'auront d'autre choix que de se rabattre sur la conception qu'avaient les tribunaux militaires alliés de l'état du droit coutumier au lendemain de la Seconde Guerre mondiale même lorsqu'ils auront à juger de la culpabilité des accusés en regard d'actes ou d'omissions commis au cours des quarante-cinq dernières années. C'est ce qu'il appert déjà de la jurisprudence canadienne dans le domaine de l'immigration¹⁸⁶.

La défense de contrainte telle qu'elle existait en droit international coutumier pendant la Seconde Guerre mondiale a fait l'objet d'un cas de jurisprudence au Canada dans l'affaire *Finta*, (deuxième phase). Au cours de ce procès, le juge avait soumis au jury la défense de contrainte après avoir entendu le témoignage du Professeur Bassiouni qui avait confirmé l'admissibilité d'un tel moyen de défense dans le contexte d'accusation de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre remontant à la Seconde Guerre mondiale. Dans des directives jugées conformes par la majorité de la Cour suprême du Canada, le juge avait énoncé qu'il incombait au Ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait eu la faculté morale de choisir de désobéir à l'ordre qui lui avait été imparté (ou à la contrainte qu'on avait exercé sur lui) en ce sens:

- qu'aucune personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'accusé n'aurait honnêtement pensé que la désobéissance lui aurait fait valoir un préjudice égal ou pire à celui que l'accusé a fait subir à la victime;

- qu'aucune personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'accusé n'aurait pu raisonnablement croire en un état de choses - qui s'il eût existé - aurait permis à l'accusé de croire de façon raisonnable que la désobéissance lui aurait fait valoir un préjudice égal ou pire à celui que l'accusé a fait subir à

la victime¹⁸⁷.

La Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Saul Vicente Ramirez c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* a appliqué des critères semblables afin de déterminer dans quelle mesure un officier du Salvador pouvait justifier sa participation à des actes de torture, qualifiés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité en regard de la défense de contrainte reconnue par le droit international coutumier¹⁸⁸.

Cet ancien officier avait reconnu devant les autorités d'immigration avoir assisté en personne au cours d'opération militaires à la commission d'actes de tortures systématiques et de meurtres d'un certain nombre de combattants et de personnes civiles faits prisonniers par les forces armées salvadoriennes. Il avait expliqué que toute désertion de sa part se serait soldée par un entraînement rigoureux, suivi d'une peine d'emprisonnement de cinq à dix ans d'où l'admissibilité de la défense de contrainte afin d'excuser son geste.

La Cour d'appel fédérale vint à la conclusion que cet ancien officier des forces armées salvadoriennes ne remplissait pas les critères d'admissibilité de la défense de contrainte en droit international. Dans une opinion unanime, les trois juges de la Cour d'appel fédérale vinrent à la conclusion que le danger auquel cet officier se serait exposé en affichant sa dissidence ou en refusant autrement de participer aux actes reprochés étaient nettement moins importants que le mal qu'il avait effectivement infligé aux victimes. Le Tribunal, tout en reconnaissant que le châtement auquel s'exposait le revendicateur en cas de désertion était sévère, le considéra moins grave que la torture et la mort qui attendaient les victimes tombées entre les mains des forces militaires¹⁸⁹.

Dans la décision *Thalaysingam Sivakumar and The Minister of Employment and Immigration*¹⁹⁰ la Cour d'appel fédérale reconnut implicitement l'applicabilité de la défense de contrainte en droit international à un ancien militaire guatémaltèque accusé d'avoir commis des crimes contre l'humanité consistant en des actes de torture après avoir été enrôlé de force dans l'armée de son pays d'origine. Le tribunal prit en considération que ce militaire avait commis les faits reprochés dans un contexte où il avait des motifs raisonnables de croire que sa vie était en danger en cas de refus d'obtempérer aux ordres reçus. Ce militaire avait établi qu'il avait été affamé, battu et

187 *R v. Finta, Material for assistance of jury, Index to Material, Supreme Court of Ontario* (1990) p. 10.

188 *Ramirez c. Canada supra*, note 187 à la p. 327; la Cour d'appel fédérale s'inspira directement du commentaire d'Athaway dans lequel l'auteur résume le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité: voir sur le sujet HATHAWAY, op. cit., précité note 182 à la p. 207: « Deuxièmement, il est possible d'invoquer la coercition, l'état de nécessité ou la force majeure en défense. Cette exception reconnaît essentiellement que, lorsqu'une personne agit dans le but d'éviter un péril grave et imminent, il n'y a pas d'intention. Il faut que le danger soit de nature « à inspirer à un homme raisonnable la crainte d'un péril corporel imminent tel qu'il se trouve privé de sa liberté de choisir ce qui est juste ou de s'abstenir de ce qui est illicite. » Le danger ne doit pas non plus résulter du fait de la personne qui se prévaut de l'exception ou découler de sa volonté. Plus important encore, les torts causés ne doivent pas excéder ceux que cette personne aurait subis. »

189 *Ramirez c. Canada, supra*, note 187 à la p. 328.

190 *Thalaysingam Sivakumar and The Minister of Employment and Immigration, A-1043-91* (Federal Court of Appeal) p. 19. Re V(C.I.), *Convention Refugee Determinations Decisions*, [1991] C.R.D.D. no 461 No T-90-03701.

184 C. BASSIOUNI, *Commentaries on the Draft Code of Crimes Nouvelles Etudes pénales*, Association internationale de droit pénal, Art. 11; Art. 11 - *The fact that an individual charged with a crime against the peace and security of mankind acted pursuant to an order of a Government or a superior does not relieve him of criminal responsibility if, in the circumstances at the time, it was possible for him not to comply with that order.*

185 *Statut du Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-yougoslavie depuis 1991, Annexe au Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/25704 3 mai 1993.*

186 *Naredo c. Canada, (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 11 *Imm.L.R.* (2d) 92 (C.F. 1er inst.); *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [1992] 2 C.F. 306; *Moreno c. Canada, (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* 14 sept. 1993 A-746-91 (Fed. C.A.); *Sirakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 4 novembre 1993, A-1043-91 (Fed. C.A.).

torturé lorsqu'il avait fait état aux autorités militaires de son opposition à participer à ces actes inhumains¹⁹¹.

V - Les poursuites judiciaires dans le domaine criminel

A. - Introduction

Les espoirs étaient grands chez ceux qui avaient pris part à l'élaboration des modifications législatives de penser qu'elles seraient une panacée pour les quarante-cinq ans d'inertie gouvernementale dans le domaine de la répression des crimes contre l'humanité. Le constat de ces six dernières années peut paraître décevant en regard des attentes qui ont présidé à l'adoption des modifications législatives.

L'on se souviendra que la Commission Deschênes avait recommandé au gouvernement canadien d'entamer des poursuites criminelles contre une vingtaine de personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité au cours de la Seconde Guerre mondiale. Or, les modifications législatives au *Code criminel* n'ont entraîné que quatre poursuites criminelles qui se sont soldées déjà par deux acquittements dans l'affaire *Finta et Reistetter* et un arrêt de procédures dans l'affaire *Pawlowski*.

A notre connaissance, l'affaire *Radislav Grujicic* est la seule accusation portée en vertu des nouvelles dispositions du *Code criminel* qui n'ait pas fait encore l'objet d'un procès. Il s'agit d'un ancien policier de Belgrade qui fait face à dix accusations de meurtres et de séquestration commis à l'endroit de communistes yougoslaves pendant la Seconde Guerre mondiale.

Certains groupes, comme l'organisation B'nai Brith Canada, se sont plaints de la décision du Ministère public de ne pas entamer des poursuites criminelles dans quarante-cinq dossiers, comme c'était son intention première¹⁹². La situation était d'autant plus critique que l'ancien Ministre de la Justice, l'honorable Kim Campbell, avait fixé à mars 1994 la date limite de toute poursuite criminelle relative à des crimes contre l'humanité commis pendant la Seconde Guerre mondiale¹⁹³.

¹⁹¹ *Thalaysingam Sivakumar and The Minister of Employment and Immigration*, A-1043-91 (Federal Court of Appeal) p. 19. Re V(C.I.), *Convention Refugee Determinations Decisions*, [1991] C.R.D.D. no 461 No T-90-03701. voir page 15 le passage suivant: « *the panel is of the opinion that special circumstances exist in this case which are sufficient to differentiate it from the case of an ordinary army deserter, who has been authors of a war crime or a crime against humanity. That is the claimant himself has been a victim of a war crime and crime against humanity during the period he remained in the army. The panel notes the claimant was imprisoned and beaten on numerous occasions, he had been tortured on at least five occasions and subject to starvation on two occasions. Therefore the circumstances in which he committed serious crimes should be taken into consideration for the purpose of determining whether he should be excluded. His testimony established that he was forced by repeated torture and physical harm that he experienced to commit acts that he believed to be wrong and contrary to human dignity. Further, he testified that his cousin and some other soldiers were killed for refusing to follow superior's orders.* »

¹⁹² D. MATAS, *Nazi War Criminals in Canada: five years after*, B'nai Brith Canada, Institute Report, December 1992, p. 24.

¹⁹³ *id.*, à la p. 49.

La répression des crimes contre l'humanité commis pendant la Seconde Guerre mondiale constitue une tâche des plus difficiles à moins que l'on ne se trouve dans une situation où l'accusé est dûment identifié comme un criminel de guerre notoire à l'instar de Klaus Barbie ou René Bousquet. Dans le cas contraire, l'identification effectuée plus de quarante-cinq ans après la Seconde Guerre mondiale par des témoins à la mémoire défaillante s'avère souvent être le talon d'Achille de la cause du Ministère public. Il s'agit là d'un problème qui n'est pas unique aux juridictions canadiennes comme le démontre l'acquittement récent de Demjanjuk par la Cour suprême d'Israël.

L'on ne peut, dans ce contexte, comparer la tâche qui incombe au Ministère public en vertu des modifications législatives à celle qui fut accomplie par les contentieux des puissances alliées au lendemain de la Seconde Guerre mondiale devant les tribunaux nationaux et internationaux. Comme il s'agissait le plus souvent de juridictions militaires, le fardeau de preuve dont devait s'acquitter le Ministère public y était beaucoup moins lourd. La crédibilité des témoins de la poursuite était plus élevée; ces derniers étaient appelés à témoigner sur des faits survenus trois ans avant le procès dans un contexte où la mémoire collective de l'ampleur des crimes commis était beaucoup plus présente qu'elle ne l'est actuellement.

Ironiquement, l'instrument juridique qui reconnut pour la première fois la légitimité de la répression des crimes contre l'humanité au Canada, soit la *Charte canadienne des droits et*, fut en partie responsable des difficultés que vit actuellement le Ministère public. Il faut savoir que tout acquittement ou arrêt de procédures dans un domaine aussi complexe que la répression des crimes contre l'humanité se traduit plus souvent qu'autrement par des procédures civiles en dommages-intérêt fondées sur la *Charte canadienne des droits et*. Dans un tel contexte, les anciens accusés exigent du Ministère public le remboursement intégral de leurs frais extra-judiciaires qui se chiffrent souvent à des sommes de centaine de milliers de dollars. L'on ne peut négliger l'impact qu'a eu cette épée de Damoclès dans certains milieux autorisés particulièrement en cette période économique difficile.

Il n'est pas possible d'apprécier les difficultés rencontrées par le Ministère public dans la répression des crimes contre l'humanité dans le domaine criminel sans comprendre certains aspects essentiels du droit et de la procédure en matière criminelle devant juge et jury à la lumière des garanties constitutionnelles prévues dans la *Charte canadienne des droits et*.

B. - Les contraintes inhérentes au système de justice canadien

1) L'institution du juge et du jury

L'ampleur des crimes dont fait l'objet tout accusé de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité fait en sorte que la plupart des procès auront lieu devant un juge et un jury. Ce droit est par ailleurs garanti constitutionnellement par l'article 11(f) de

la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹⁴. Or, la procédure criminelle devant juge et jury est régie par des principes qui lui sont propres et dont la complexité n'est pas à démontrer.

2) Les directives du juge au jury

L'institution d'un procès devant juge et jury est fondée sur un partage des compétences en vertu duquel le juge a la responsabilité des questions de droit pendant que les membres du jury ont celle de l'appréciation des faits. Il incombe aux jurés d'arriver à un verdict en fonction d'une analyse de la preuve soumise devant le tribunal.

Le *Code criminel* prévoit que le juge doit faire son adresse au jury après la plaidoirie de la défense et du Ministère public. Cette étape du procès exige du juge qu'il donne au jury des directives suffisantes afin de lui permettre d'appliquer les principes de droit criminel reconnus aux faits de la cause.

Dans ses directives, le juge doit énoncer de manière très précise les principes juridiques applicables aux faits de l'espèce. Il incombe au juge de faire un résumé de la preuve et d'instruire le jury sur toute les questions de droit que ce dernier doit considérer pour rendre son verdict¹⁹⁵.

Les principes fondamentaux du droit criminel prévoient que le rôle du juge est d'assister le jury dans l'appréciation de la preuve sans le dominer. Il s'agit là d'une phraséologie qui n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Le juge devra non seulement récapituler les thèses du Ministère public et de la défense mais encore présenter au jury les éléments de preuve indispensables pour parvenir à une juste conclusion¹⁹⁶. Le juge doit également corriger toute erreur commise par l'un ou l'autre des procureurs dans sa plaidoirie afin de rectifier l'effet préjudiciable qui pourrait en découler pour l'accusé ou pour la position avancée par le Ministère public.

Dans son résumé de la preuve, le juge peut souligner la force probante des éléments de preuve et la crédibilité des témoins tout en soulignant aux membres du jury qu'ils ne sont pas liés par sa détermination. Néanmoins, cela n'empêche pas que le juge doit toujours rester neutre et impartial. Il est donc censé ne devoir en aucune façon chercher à influencer les jurés¹⁹⁷. Il doit donc éviter de faire état de ses convictions personnelles et ne pas exiger du jury de rendre un verdict plutôt qu'un autre¹⁹⁸.

3) La détermination par le jury de l'existence d'un crime contre l'humanité

La compétence du jury d'apprécier ultimement la présence d'un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du droit international coutumier ou conventionnel en fonction des directives du juge est une des premières conséquences que les tribunaux ont dégagées du régime de partage des compétences entre le juge et le jury dans le cadre d'un procès criminel¹⁹⁹. C'est ce qu'il appert de la décision du juge Campbell dans l'affaire *Finta*, confirmée par la Cour suprême du Canada²⁰⁰.

Les modifications législatives apportées au *Code criminel* ne précisent pas s'il appartient au juge siégeant seul ou au jury de décider si l'accusé avait commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au moment des faits reprochés en regard des définitions contenues aux articles 7(3.71) et s.s. C.c. Il incombait donc aux tribunaux canadiens d'interpréter ces nouvelles dispositions du *Code criminel* canadien à la lumière des principes fondamentaux du droit anglo-canadien relatif à la présomption d'innocence, le respect des principes de justice fondamentale et ceux régissant la procédure d'instruction judiciaire devant jury sanctionnés par l'article 11(g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Selon le Ministère public, il appartenait au juge présidant le procès de trancher, selon la balance des probabilités, à l'exclusion du jury, la question de savoir si l'accusé s'était rendu coupable de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité en Hongrie en 1944 au sens des définitions du *Code criminel*. En d'autres termes, la question de savoir si l'accusé avait ou non commis un crime contre l'humanité, était une question de droit et non de fait relative à l'exercice de la compétence extra-territoriale du Canada de juger l'accusé selon le droit international en vigueur au moment des faits reprochés.

Le Ministère public avait tenté sans succès de convaincre les tribunaux que la question de savoir si l'accusé avait commis un crime contre l'humanité au sens des modifications apportées au *Code criminel* en 1987 et donc du droit international était une question de droit à caractère juridictionnel au même titre que pouvait l'être la détermination du lieu de commission de l'infraction dans le but d'identifier le

¹⁹⁴ L'article 11(f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* se lit ainsi: 11 (f) - *Tout inculpé a le droit, sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave.*

¹⁹⁵ G. CÔTÉ HARPER, *Procès en matière d'acte criminel et administration de la preuve*, Formation professionnelle du Barreau du Québec: Droit pénal, 1981-1982, Ed. Yvon Blais, p. 152.

¹⁹⁶ *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; CÔTÉ HARPER, op. cit., supra, note 196 à la p. 152.

¹⁹⁷ *Rufiange c. La Reine* [1968] B.R. 187; *R. c. Canavagh and Donalson* (1977) 75 D.L.R. (3d) 189 (C.A. Ont.); CÔTÉ HARPER, Ibid.

¹⁹⁸ *Roussel c. La Reine* (1976) C.A. 78; CÔTÉ HARPER, id., à la p. 153.

¹⁹⁹ *R. v. Finta*, Court of Appeal for Ontario, Tarnopolky [dissenting], 574/90 p. 18 qui cite la décision du juge Campbell de la Cour supérieure d'Ontario sur ce point: « *To sum up, I will deal with all the questions of law and the jury will deal with all the questions of fact. I will determine the legal meaning of the words in the definition of war crime and crime against humanity, I will decide at the appropriate stage of the trial upon the appropriate motion whether there is any evidence upon which the jury can properly decide that the accused committed the acts or omissions which fall within those definitions as I interpret those definitions. If I decide that there is some evidence upon which the jury can properly conclude that the accused committed war crimes or crimes against humanity, the the jury will decide whether they are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused committed the acts or omissions which constitute war crimes and crimes against humanity as I define those terms to the jury.* »

²⁰⁰ *R. v. Finta*, 574/90 Court of Appeal for Ontario, (Arbours, Osborne and Doherty) J.J.A.p. 22. Il y eut de fortes dissidences de la part des juges Dubin et Tarnopolski qui considéraient que les questions afférentes à la définition de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité devaient selon les principes généraux du droit canadien être tranchées par le juge seul et ne pas être soumises au jury. Voir *R. v. Finta*, 574/90 Court of Appeal for Ontario, (Tarnopolski), p. 17.

tribunal provincial compétent pour juger l'accusé, comme cela avait été décidé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Balcombe*²⁰¹.

De cette prémisse découlait le principe voulant que la fonction du jury se limite uniquement à déterminer si l'accusé s'était rendu coupable hors de tout doute raisonnable d'avoir violé certaines dispositions du *Code criminel* canadien après que le juge eût établi, par simple prépondérance de probabilités, qu'il s'était rendu responsable d'un crime contre l'humanité au sens des définitions du *Code criminel* renvoyant au droit international

²⁰².

Les tribunaux ontariens, dans plusieurs décisions confirmées par la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Finta*, refusèrent de suivre le raisonnement du Ministère public.

Le problème de savoir si l'accusé avait ou non commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité selon le droit international — si juridictionnel qu'il fût en partie — soulevait les mêmes questions factuelles sur le plan de la responsabilité pénale que celles qui se posaient au jury, processus de détermination de la responsabilité criminelle, et l'attribuer au juge ou au jury selon que la culpabilité doive être établie sous l'angle du droit international par opposition aux dispositions du *Code criminel* canadien censées être applicables aux moment des faits reprochés²⁰³.

La situation était d'autant plus inacceptable que le juge ne pouvait pas statuer sur la culpabilité de l'accusé d'avoir commis un crime contre l'humanité au sens du droit international sans se prononcer définitivement sur des questions de faits relevant de l'apanage exclusif du jury dans le cadre de la détermination de la culpabilité de l'accusé cette fois en regard des dispositions du *Code criminel* canadien en vigueur au moment des faits reprochés.

²⁰¹ Dans l'affaire *Balcombe*, la Cour suprême avait eu à décider si le juge président un procès de meurtre en Ontario avait commis une erreur de droit en ne soumettant pas au jury la question de savoir si le crime avait été commis dans la province de Québec plutôt que dans la province d'Ontario où avait eu lieu le procès ce qui aurait justifié un verdict dirigé et donc l'abandon des procédures. Le plus haut tribunal avait conclu que le lieu de commission de l'infraction constituait une question juridictionnelle relevant de l'apanage exclusif du juge président le procès, et ce, à l'exclusion du jury.

²⁰² L'avocat de la couronne dans le procès d'Imre Finta avait expliqué que le juge devait trancher toutes les questions relatives à la définition de « Crimes contre l'humanité » y compris: «1. Toutes les questions du droit international coutumier ou conventionnel, et celles relatives aux principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations. 2. La question de savoir si l'acte ou l'omission était dirigé contre une population civile ou n'importe quel groupe identifiable. 3. La question de savoir si l'acte ou l'omission reproché constitue un meurtre, un assassinat, l'asservissement, la déportation, la persécution ou un autre fait inhumain quelconque selon le droit international».

²⁰³ Décision du juge Campbell citée par le juge Tarnopolski dans son opinion dissidente; *R. v. Finta*, 574/90 Court of Appeal for Ontario, Tarnopolski, (Dissenting) p. 44: « *Whether or not the accused committed inhumane acts or was guilty of enslavement, deportation, persecution, or the like, are utterly crucial facts in this case. These are findings of fact that relate to his very guilt or innocence, not to some technical question as to the territorial jurisdiction of this court as opposed to some other court* ».

Or, selon la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Finta*, le droit de tout accusé de bénéficier d'un procès devant juge et jury garanti par l'article 11(g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* avait pour corollaire immédiat le droit d'exiger que toutes les questions factuelles soient tranchées par le jury sans interférence par le juge président le procès²⁰⁴.

Il s'ensuivait le risque qu'un accusé subisse les stigmates d'avoir commis un crime contre l'humanité dans un contexte où sa culpabilité n'aurait pas été établie hors de tout doute raisonnable, un corollaire de la présomption d'innocence garanti par l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

4) Contraintes imposées à la défense et au ministère public

Les dispositions du *Code criminel* et la *Common Law* anglo-canadienne déterminent la façon de bien administrer la preuve testimoniale au cours du procès. Lors du procès, il incombe au témoin de relater un événement qu'il a vécu ou constaté.

La force probante de la preuve testimoniale dépend de la crédibilité de chacun des témoins et de la qualité de leur témoignage respectif. Le tribunal appréciera la crédibilité des témoignages de manière positive ou négative eu égard à plusieurs critères, dont « le degré de perception et de connaissance des faits rapportés par ce témoin, sa faculté de mémoriser les événements passés, son comportement, et son mode d'expression ainsi que sa relation avec une des parties »²⁰⁵. Le débat judiciaire doit porter exclusivement sur la question de savoir si l'accusé est coupable en regard des faits reprochés dans l'acte d'accusation, et ce, indépendamment de tout jugement de valeur concernant sa personnalité. Dans cette optique, la tâche de l'avocat consiste à présenter en preuve des faits vrais sous l'éclairage le plus favorable au client dans le cadre des règles de preuve applicables et de la dignité professionnelle.

Les tribunaux reconnaissent que l'avocat de la défense ne doit pas exprimer son opinion personnelle sur la crédibilité des témoins et sur la culpabilité des accusés²⁰⁶. La question de savoir si le Ministère public peut obtenir une ordonnance de nouveau procès en raison du préjudice que lui aurait causé la plaidoirie « trop personnalisée » de l'avocat de la défense fait l'objet d'un appel devant la Cour suprême²⁰⁷.

²⁰⁴ De plus, la Cour suprême du Canada releva une autre faille majeure dans le raisonnement du ministère public sous l'angle de la sauvegarde du droit de l'accusé à la présomption d'innocence garanti par l'article 11 (d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette faille résidait dans la possibilité qu'une personne soit reconnue coupable d'avoir commis un crime contre l'humanité au sens du Code criminel canadien et subisse les stigmates associées à une telle condamnation alors que les membres du jury n'auraient jamais eu l'opportunité de décider cette question hors de tout doute raisonnable, cette question ayant été tranchée par le juge sur simple prépondérance de probabilités.

²⁰⁵ P. TESSIER, *La preuve civile*, Formation professionnelle du Barreau, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1981, p. 80.

²⁰⁶ *Boucher c. R.*, [1955] R.C.S. 16, 26; *Brouillette c. R.* [1992] R.J.Q. 2776, (C.A.); comme le rappelle la Cour d'appel du Québec, cette restriction faite aux plaideurs se justifie par la nécessité de ne pas faire dévier le débat de sa réalité, de s'assurer que le jury rende un verdict conforme à cette réalité et de ne pas transformer le procès en un concours oratoire.

²⁰⁷ *R. v. Finta*, Court of Appeal for Ontario. 574/ 90, p.111.

Le représentant du Ministère public au Canada, soit le procureur de la couronne, est assujéti à des principes et règles beaucoup plus contraignants que ceux qui s'appliquent à l'avocat de la défense parce que le droit constitutionnel canadien assimile la couronne à une institution judiciaire. L'avocat de la couronne qui demande au jury de conclure à la culpabilité de l'accusé doit le faire en évitant d'utiliser un langage excessif ou vindicatif²⁰⁸. Il ne peut également faire appel aux émotions des membres du jury pendant les débats afin de les gagner à sa cause²⁰⁹. Un tel comportement de la part de l'avocat de la couronne est susceptible de vicier le verdict de culpabilité et entraîner un nouveau procès²¹⁰.

L'on peut conclure qu'à la différence de ce qui peut se produire dans les pays qui connaissent le régime de l'intime conviction en matière criminelle, le Ministère public au Canada ne peut faire appel au contexte particulièrement haineux de la personnalité de l'accusé ou des crimes qu'on lui reproche afin de susciter chez le jury la conviction que l'accusé est coupable. Il s'agit là d'un aspect important du système juridique canadien qu'il ne faut pas négliger dans l'appréciation subséquente de l'expérience judiciaire canadienne dans le domaine de la répression des crimes contre l'humanité.

C. - L'expérience canadienne dans les affaires Finta, Pawlowski et Reistetter

1) L'affaire Finta

Imre Finta fut la première personne accusée de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité en vertu des nouvelles dispositions du *Code criminel* et la seule qui dut subir un procès criminel. Le Ministère public lui reprochait son implication dans le rassemblement, la séquestration et la déportation de 8617 juifs de Szeged et l'homicide d'un nombre indéterminé d'entre eux, alors qu'il agissait à titre de capitaine de la gendarmerie hongroise²¹¹. Après un procès de huit mois devant juge et jury, l'accusé fut acquitté de toutes les accusations qui pesaient contre lui, le 25 mai 1990. Le Ministère public a fait appel de cette décision d'abord devant la Cour d'appel d'Ontario puis devant la Cour suprême du Canada. Le plus haut tribunal du pays rendra une décision dans les mois qui vont suivre.

a) L'acte d'accusation

L'acte d'accusation reprochait à Imre Finta d'avoir, entre le 16 mai et le 30 juin 1944, commis quatre infractions au *Code criminel* canadien de 1927 qui était, alors, toujours en vigueur au pays. Selon le Ministère public, chacune de ces infractions au *Code criminel* canadien constituait en leur état et en leur lieu un crime contre l'humanité et un crime de guerre au sens du droit international; d'où huit chefs d'accusation distincts qui se détaillaient comme suit:

- deux chefs d'accusation de séquestration pour avoir sans autorisation légale saisi de force, séquestré ou emprisonné 8617 juifs de Szeged, le tout contrairement à l'article 297(b) du *Code criminel* S.R. 1927 ce qui constitue un crime contre l'humanité, parce qu'un acte d'asservissement, de déportation ou de persécution ou un fait inhumain et un crime de guerre²¹²;

- deux chefs d'accusations de vol à main armée à l'endroit de la population juive de Szeged pour avoir volé des bijoux, de l'argent et d'autres objets de valeur dans un contexte où des menaces de violence furent utilisées, le tout contrairement à l'article 447 du *Code criminel* S.R. 1927²¹³, ce qui constitue un crime contre l'humanité parce qu'un acte de persécution ou un fait inhumain et un crime de guerre;

- deux chefs d'accusation d'enlèvement sans autorisation légale de 8617 juifs de Szeged, dans l'intention de les transporter illégalement hors du pays contre leur gré, le tout contrairement à l'article 297(a) (ii) du *Code criminel* S.R. 1927²¹⁴, ce qui constitue un crime contre l'humanité parce qu'un acte d'asservissement, de déportation, de persécution ou un autre fait inhumain est un crime de guerre;

- deux chefs d'accusation d'homicide involontaire coupable pour avoir causé la mort de Roza Schnitzer, Rostos et d'autres personnes non identifiées, par négligence criminelle en les faisant transporter dans des wagons à bestiaux dans des conditions qui ont causé leur mort durant leur déportation hors de

212 Art. 297(b) du Code criminel, S.R. 1927 - *Est coupable d'un acte criminel et passible de vingt-cinq ans d'emprisonnement, quiconque sans autorisation légale. : b) Saisit de force et séquestre ou emprisonne une autre personne au Canada.*

213 Les articles 445 et 447 du Code criminel S.R. 1927 se lisent ainsi: Art. 445 du Code criminel, S.R. 1927 - *Le vol à main armée est celui qui est accompagné de violence ou de menaces de violences contre quelqu'un ou quelque chose dans lesquelles violence ou menaces sont employées pour extorquer la chose soustraite ou empêcher ou maîtriser la résistance à sa soustraction. Art. 447 du Code criminel, S.R. 1927 - Quiconque commet un vol à main armée est coupable d'un acte criminel est passible de quatorze ans d'emprisonnement et de la peine du fouet.*

214 Art. 297 du Code criminel, S.R. 1927 - *Est coupable d'un acte criminel est passible de vingt-cinq ans d'emprisonnement, quiconque sans autorisation légale. a) Enlève une autre personne dans l'intention:(I) de la faire séquestrer ou secrètement emprisonner au Canada contre son gré, ou (II) de la faire conduire ou transporter illégalement hors du Canada, contre son gré, ou (III) de la faire vendre ou emmener comme esclave ou en servitude de quelque manière que ce soit, contre son gré.*

208 CÔTÉ HARPER, *op. cit.*, supra, note 196 à la p. 151; *Boucher c. La Reine* [1955] R.C.S. 16.

209 *Labarre c. La Reine*, [1978] C.A. 781.

210 La jurisprudence a ainsi sanctionné le fait que l'avocat de la couronne ait décrit l'accusé comme « un meurtrier » ou « un assassin ». *Boucher c. La Reine* précité note 207. [1955] R.C.S. 16; *Mercier c. La Reine* [1975] C.A. 51; *R. c. Romeo* [1991] R.C.S. 86; *R. c. Grover* (1990) 56 C.C.C. 532 (Ont. C.A.) et (1991) 67 C.C.C. 576 (S.C.C.).

211 Imre Finta est né le 2 septembre 1912 à Kolosvar, à une époque où ce territoire de l'Empire austro-hongrois ne faisait pas encore partie de la Roumanie. Dans les années trente, il vécut et étudia le droit dans la ville de Szeged. En 1935, il étudia à l'Académie royale militaire de la gendarmerie hongroise. Il fut promu au rang de deuxième lieutenant le 1er janvier 1939, de capitaine le 5 avril 1942, et finalement le 1er mars 1944 de commandant de la subdivision d'enquête de la gendarmerie à Szeged.

Hongrie contrairement à l'article 268 du *Code criminel* S.R. 1927²¹⁵ ce qui constitue un crime contre l'humanité, parce qu'un meurtre, un acte de persécution ou un fait inhumain est un crime de guerre.

En 1947-48, Imre Finta avait été jugé *in absentia* et condamné par le tribunal populaire de Szeged à une peine de cinq ans de travaux forcés commuée en cinq ans d'emprisonnement et à dix ans de déchéance de ses droits civiques. En 1951, Imre Finta émigra au Canada et il obtint la citoyenneté canadienne en 1956. Ce n'est seulement que dans les années quatre-vingt qu'il fut pour la première fois interrogé en raison de ses activités passées. Il avait même fait l'objet d'une enquête approfondie de la part de la Commission Deschênes qui avait été mise sur pied afin d'enquêter sur la présence au Canada de présumés criminels de guerre nazis.

b) Le contexte historique

Le gouvernement hongrois avait adopté une série de lois discriminatoires contre les juifs au cours de la période 1938-1944 modelées sur les *Lois de Nuremberg* de 1935. Toutefois, en dépit des pressions répétées du ministère allemand des affaires étrangères, le gouvernement hongrois à l'instar des autorités finlandaises, avait refusé tout au long de la guerre de permettre aux forces armées allemandes stationnées en Hongrie de déporter sa population juive dans les camps d'extermination nazis.

Le refus des membres du gouvernement hongrois de collaborer avec les responsables nazis de la solution finale joua un rôle dans la décision du gouvernement allemand de les remplacer par des gens plus favorables à l'idéologie hitlérienne²¹⁶.

²¹⁵ Il faut lire l'article 268 C.c. en conjonction avec les articles 252, 259 et 268 C.c. si l'on veut avoir une vue d'ensemble de l'infraction criminelle d'homicide involontaire coupable telle qu'elle existait en vertu du Code criminel de 1927:

Art. 252 du Code criminel, S.R. 1927 - 1. *L'homicide peut être coupable ou non coupable.* 2. *L'homicide est coupable, lorsqu'il consiste dans le fait de tuer une personne, soit par un acte illégal, soit par l'abstention, sans excuse légitime, d'accomplir ou d'observer un devoir légal, ou par ces deux moyens combinés, soit en portant une personne, par des menaces ou par la crainte de quelque violence, ou par la supercherie, à faire un acte qui cause la mort de cette personne, ou en effrayant volontairement un enfant ou une personne malade.* 3. *L'homicide coupable est ou le meurtre ou l'homicide involontaire.* 4. *L'homicide non coupable n'est pas un crime.*

Art. 259 du Code criminel S.R. 1927 - *L'homicide coupable devient un meurtre a) si le délinquant a l'intention de causer la mort de la personne tuée.*

Art. 262 du Code criminel S.R. 1927 - *L'homicide coupable qui ne constitue pas un meurtre est un homicide involontaire.*

Art. 268 du Code criminel S.R. 1927 - *L'auteur d'un homicide involontaire est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité.*

²¹⁶ Le célèbre criminel de guerre, Adolph Eichmann, condamné à mort en Israël en 1963, qui avait été le maître d'oeuvre du programme de la solution finale découlant de la conférence de Wannsee du 20 janvier 1942, fut intimement lié aux événements de mars 1944 afin de s'assurer le concours des autorités hongroises dans l'extermination du peuple juif. Voir sur le sujet G. HAUSNER, *Justice à Jérusalem: Eichmann devant ses juges*, Paris, Éditions Flammarion (2ième.), 1976 p.185-214.

En mars 1944, le Chancelier du Reich, Adolph Hitler exigea, sous forme d'ultimatum, de l'amiral Horthy, chef de l'État hongrois, la nomination d'un nouveau gouvernement qui devait être composé uniquement de personnalités connues pour leurs sympathies pro-nazies²¹⁷. Les troupes allemandes qui stationnaient en Hongrie dans le cadre d'accords informels reçurent secrètement l'ordre d'occuper militairement le territoire hongrois avec la collaboration de la gendarmerie hongroise dont beaucoup de membres étaient déjà acquis à la cause du national-socialisme²¹⁸.

En avril 1944, le nouveau gouvernement hongrois pro-nazi nouvellement nommé par l'amiral Horthy intensifia l'adoption de lois discriminatoires contre sa population juive. Toutefois il n'osa pas adopter de mesures officielles qui auraient autorisé la déportation des juifs hongrois vers l'Allemagne. Néanmoins, certains ministres assistés par de haut-fonctionnaires et des membres influents de la gendarmerie hongroise s'étaient déjà entendus avec les représentants SS, spécialisés dans la solution finale, sur un plan prévoyant la déportation des juifs hongrois vers l'Allemagne. Ce plan fut incorporé dans une directive secrète du ministère de l'intérieur datée du 7 avril 1944 communément appelée « décret Baky » du nom du chef de la gendarmerie hongroise Laszlo Baky qui l'avait inspirée²¹⁹.

Le « décret Baky » prévoyait la destruction en six étapes de la population juive hongroise: soit l'isolement, l'expropriation, la ghettoïsation, l'envoi dans des camps de transit, le rassemblement dans les gares, et la déportation. Ce document fut transmis à un nombre restreint de responsables de la gendarmerie hongroise qui avaient eu pour mission de le faire appliquer dans les districts administratifs relevant de leur autorité y compris la ville de Szeged où oeuvrait l'accusé.

La gendarmerie hongroise qui collaborait activement avec les unités SS allemandes stationnées en Hongrie, rassembla la population juive de Szeged et décida de la transférer dans un

²¹⁷ Voir HAUSNER, *op. cit.*, supra, note 217, à la p 191, qui fait ressortir les événements cruciaux qui se déroulèrent en Hongrie en Mars 1944: « *Horthy avait réglé la question avec le Conseil de la Régence. On l'accusait, dit-il de sacrifier la patrie en se refusant au massacre des Juifs par les Allemands. Confronté avec l'alternative, il avait sacrifié les Juifs plutôt que de laisser l'Allemagne occuper la Hongrie. Kallay alla chercher refuge à l'Ambassade de Turquie et Veessenmayer désigna les mêmes du nouveau gouvernement hongrois: Sztojaj, Premier Ministre, Andor Jaros, nazi notoire, ministre de l'intérieur, avec deux ennemis acharnés des juifs comme sous-secrétaires d'Etat, Laszlo Endre Commissaire aux Affaires Juives et Laszlo Baky, chef de la Gendarmerie; le lieutenant-colonel Laszlo Ferenczy serait chargé des déportations. Les trois « Laszlos » devinrent bien vite les amis personnels d'Eichmann et ses principaux assistants. Baky avait pour consigne de mettre sans restriction la Gendarmerie à la disposition d'Eichmann.* »

²¹⁸ Le gouvernement allemand désireux de renforcer sa mainmise sur ce pays créa une structure de commandement parallèle à l'autorité fictive du gouvernement hongrois sous l'autorité directe d'Heinrich Himmler, Reichführer SS et chef de la police allemande. Les forces armées allemandes d'occupation reçurent des ordres très stricts de ne pas désarmer les membres de la Gendarmerie hongroise en raison de la confiance que ce corps de police leur inspirait. Les forces armées allemandes qui stationnaient déjà en Hongrie dans le cadre d'accords militaires, auxquelles s'ajoutèrent de nouvelles troupes, prirent le contrôle du pays dans un contexte où la collaboration active des autorités en place fit en sorte que la population hongroise ne fut pas particulièrement consciente de l'ampleur de l'opération.

²¹⁹ Baky avait eu pour consigne de mettre sans restriction la Gendarmerie à la disposition d'Eichmann. Voir sur le sujet: HAUSNER, *op. cit.*, supra, note 217 à la p. 191.

chantier de construction dans lequel régnaient des conditions d'hygiène particulièrement insalubres²²⁰. Les nouveaux internés du chantier de construction étaient obligés sous menaces de mort de se départir de tous leurs objets de valeur et de les remettre dans des paniers prévus à cet effet par les membres de la gendarmerie hongroise. Par la suite, toute la population juive fut envoyée à Auschwitz ou à Strasshof dans trois wagons à bestiaux si combles qu'il leur était impossible de s'asseoir et encore moins de répondre à leurs besoins corporels les plus élémentaires. Ces conditions atroces causèrent la mort de plus d'une centaine de déportés. D'autres déportés se suicidèrent avant même d'entrer dans les wagons à bestiaux qui devaient les mener dans les camps de la mort.

c) L'irrecevabilité des aveux extra-judiciaires d'Imre Finta lors de son arrestation

L'accusé avait fait une déclaration extra-judiciaire incriminante qui, selon le Ministère public, prouvait que loin d'avoir été un simple exécutant, il avait exercé une certaine responsabilité administrative dans la décision de déporter la population juive de Szeged dans les trois wagons à bestiaux prévus à cet effet. L'accusé avait admis au poste de police l'authenticité de sa signature sur des documents décrivant les horaires des trains chargés de transporter les contingents de juifs déportés.

Il ne fait aucun doute que l'admissibilité des aveux extra-judiciaires de M. Finta aurait pu modifier l'issue du procès puisqu'ils constituaient une preuve solide de sa participation personnelle au processus de déportation des juifs hongrois.

Toutefois cette preuve n'était pas admissible parce que la police n'avait pas pris les précautions nécessaires de s'assurer que l'accusé comprenne bien la nature de ses droits constitutionnels de ne rien dire qui puisse affecter sa cause, et ce, dans un contexte où il n'avait pas formellement renoncé au droit constitutionnel de consulter un avocat au moment de son arrestation, tel que prévu en vertu de l'article 10(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²²¹. Cet aspect assez technique du droit constitutionnel canadien mérite quelques commentaires. Il est une bonne illustration des difficultés particulières au droit criminel canadien dans la répression des crimes contre l'humanité.

Lors de l'arrestation ou la détention d'un citoyen, les policiers doivent l'informer promptement des motifs de l'arrestation ou de la détention sans délai du droit de retenir et de consulter un avocat²²². Dans le cas où l'on allègue que l'accusé

avait renoncé au droit de consulter un avocat lors de son arrestation, il incombe aux tribunaux de s'assurer que l'accusé comprenait bien les conséquences de sa décision avant d'admettre toute déclaration incriminante²²³.

Les dispositions de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²²⁴ permettent aux tribunaux d'admettre des éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la charte s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Toutefois, la Cour suprême du Canada a développé des principes d'interprétation de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, dans les faits, rendent irrecevables la plupart des déclarations incriminantes obtenues en violation du droit au silence et à l'avocat, et ce, au nom du principe voulant que l'obtention d'une telle déclaration déconsidère presque toujours l'administration de la justice dans une société libre et démocratique²²⁵. Le fardeau du Ministère public était d'autant plus lourd que la Cour suprême va jusqu'à exiger des tribunaux de ne jamais tenir compte de la véracité des aveux dans

²²³ Dans *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714, 728; le juge McLachlin de la Cour suprême du Canada s'exprime comme suit: « La question se résume à ceci: en l'espèce, l'accusé possédait-il suffisamment de renseignements pour que sa renonciation à l'assistance soit valide? À mon avis, pour établir que la renonciation à l'assistance d'un avocat était valide, le juge doit être convaincu que dans toutes les circonstances qui découlent de la preuve, l'accusé comprenait d'une manière générale le genre de risque couru lorsqu'il a pris la décision de ne pas avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il n'est pas nécessaire que l'accusé sache quelle accusation précise est portée contre lui. Il n'est pas nécessaire non plus que l'accusé soit mis au courant de tous les détails de l'affaire. Ce qui est nécessaire c'est qu'il possède suffisamment de renseignements pour être en mesure de prendre une décision éclairée et convenante sur la question de savoir s'il doit communiquer ou non avec un avocat. L'accent devrait porter sur la réalité de la situation globale et son effet sur la compréhension de l'accusé plutôt que sur le détail technique relatif à ce qu'on peut avoir dit ou non à l'accusé. »

²²⁴ Article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, (annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U. c.11): Art. 24(1) - Toute personne victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances (2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente Charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

²²⁵ *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, 45 (M. le juge Iacobucci).

²²⁰ Il s'agissait en fait d'une cour d'une usine en plein air servant à la fabrication de briques d'où l'expression « brickyard » en anglais qui se traduit mal en français.

²²¹ Art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982 R.U.c.11)]. Art. 10(b) - Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention: a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention; b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit; c) de faire contrôler par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, les cas échéant, sa libération.

²²² J.G. BOILARD, *Manuel de preuve pénale*, Cowansville, Les éditions Yvons Blais, 1992 par. 1094 p. 1-36. *R. c. Therens* [1985] 1 R.C.S. 613. S'il s'écoule plusieurs heures entre l'arrestation et le début de la confession sans que l'accusé ait été informé de son droit à l'avocat, la déclaration sera exclue: *R. c. Ayotte*, [1989] R.J.Q. 1434 (C.A.).

l'appréciation de leur recevabilité lors du procès²²⁶.

Dans l'affaire *Finta*, le Ministère public avait soutenu que l'accusé avait renoncé à son droit de consulter un avocat puisqu'une mise en garde lui avait été donnée par les policiers avant de l'interroger. Toutefois, le juge refusa d'admettre cet argument. La faible connaissance de l'anglais qu'avait l'accusé ne pouvait faire présumer qu'il avait renoncé au droit de consulter un avocat qui lui était garanti en vertu de l'article 10(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ce, en regard des critères jurisprudentiels retenus par la Cour suprême du Canada. Il s'ensuivait que le juge était tenu de déclarer la preuve inadmissible en vertu de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

d) La participation personnelle de l'accusé

L'irrecevabilité des aveux extra-judiciaires rendait beaucoup plus ardue la tâche du Ministère public. Celui-ci devait prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait personnellement participé au processus qui avait mené à l'enlèvement, la séquestration de plus de mille huit cent juifs de Szeged et au dépeuplement de leurs avoirs personnels.

Toute la preuve du Ministère public était fondée sur la prémisse que loin d'être un simple exécutant, l'accusé avait joué un rôle central dans la mise en oeuvre du « décret Baky » à l'endroit de la communauté juive de Szeged. Le bien-fondé de sa thèse dépendait de l'appréciation par les jurés d'un certain nombre de documents impliquant l'accusé et du témoignage de dix-neuf victimes qui avaient été internés dans le chantier de construction avant d'être déportés dans les camps de la mort.

Un certain nombre de survivants décrivent au tribunal les conditions déplorables dans lesquelles les juifs de la ville de Szeged furent gardés pendant la période d'attente des trains de la mort et le traitement odieux que leur faisait subir la gendarmerie hongroise dans le camp d'internement. Toutefois, cela ne suffisait pas pour faire condamner l'accusé. Encore fallait-il que le Ministère public prouve hors de tout doute raisonnable sa participation personnelle aux faits reprochés.

²²⁶ Les tribunaux canadiens sanctionnent durement toute tentative de mobiliser l'accusé contre lui-même en regard du principe fondamental protégeant l'accusé contre l'auto-incrimination dans le contexte d'un procès équitable tenu selon les règles de droit. Ces passages du jugement de Mclaghlin dans l'affaire *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869,898-899, résument assez bien la position de la Cour suprême dans ce domaine: « La faille de ce raisonnement, soit dit avec égards, tient à ce qu'il repose sur l'hypothèse douteuse que les aveux étaient dignes de foi et fidèles. Plus fondamentalement, il repose sur l'hypothèse que l'appelant est coupable. Mais la question essentielle posée à la Cour d'appel, était de déterminer précisément si l'accusé était coupable, c'est-à-dire si le jury, après un procès équitable tenu selon les règles de droit, l'avait régulièrement déclaré coupable. L'appelant avait le droit de ne pas être déclaré coupable si ce n'est à la suite d'un procès équitable. Justifier l'iniquité de son procès en présumant de sa culpabilité revient à voir les choses à l'envers et à violer le plus fondamental de ses droits; la présomption d'innocence. Peu de choses sont plus susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice que de permettre l'emprisonnement de quelqu'un sans procès équitable. On ne peut non plus soutenir, d'un point de pratique, que cet emprisonnement remplirait l'objectif recherché par le juge Southin, savoir empêcher la perpétration d'autres meurtres par le meurtrier de Mesdames Seto et Willems. Seule une déclaration de culpabilité à la suite d'un procès équitable fondé sur une preuve digne de foi, peut donner cette assurance à la société. »

L'une des questions les plus complexes dans l'affaire *Finta* touchait la détermination exacte de l'identité du commandant de la gendarmerie hongroise qui était effectivement responsable de toutes les opérations de rassemblement et de séquestration de Juifs dans le chantier de construction. Cet aspect avait pris des proportions importantes dans le cadre du procès en raison du fait que la plupart des témoins du Ministère public avaient formellement identifié l'accusé comme étant cette personne. Toute preuve à l'effet qu'une autre personne ait pu au même moment exercer les fonctions que les témoins du Ministère public avaient attribués à l'accusé, était suffisant en soi pour soulever un doute raisonnable qui devait bénéficier à l'accusé.

La preuve du Ministère public consistait dans le témoignage oculaire de vingt-et-une victimes qui avaient été internés dans le chantier de construction avant d'être emmenés à la gare de Rokus pour ensuite être déportés à Auschwitz et à Strasshof. On pouvait diviser leur témoignage aux fins d'identification en trois groupes.

Le premier groupe de témoins était composé de six personnes qui connaissaient personnellement l'accusé au moment des faits reprochés. Ceux-ci expliquèrent qu'ils avaient personnellement vu l'accusé agir dans le chantier de construction ou dans la gare de Rokus²²⁷.

Le deuxième groupe consistait en trois témoins qui avaient rencontré Imre Finta pour la première fois de leur vie dans le chantier de construction mais qui avaient dit être en mesure de le reconnaître comme étant la personne en charge des opérations²²⁸.

Le troisième groupe de témoins était composé de gens présents sur les lieux au moment des événements mais qui avaient admis devant le tribunal être incapables de confirmer personnellement la présence de l'accusé au moments des faits. Toutefois, les témoins de ce dernier groupe avaient rapporté au tribunal que d'autres personnes présentes dans le camp de construction leur avaient donné à l'époque le nom de l'accusé comme étant celui de la personne en charge des opérations. Le juge instruisit le jury qu'il ne pouvait pas se fonder sur le témoignage de ce troisième groupe de témoins aux fins d'identification. La preuve n'était pas légalement admissible puisque leur témoignage concernant l'identification de l'accusé se fondait exclusivement sur ce que d'autres leur avaient rapporté.

²²⁷ Dans ce groupe, quatre personnes sont venues expliquer au tribunal que l'accusé était physiquement présent dans le chantier de construction et un autre est venu dire qu'il commandait les opérations. Deux d'entre elles témoignèrent que l'accusé exigeait quotidiennement des Juifs nouvellement internés dans le camp qu'ils leur livrent tous leurs objets de valeurs sous peine de mort. Trois personnes sont venues expliquer qu'il supervisait la confiscation des objets de valeur des internés. Deux des six témoins de ce groupe témoignèrent à l'effet que l'accusé était présent à la gare et qu'il supervisait personnellement la déportation dans les wagons à bestiaux.

²²⁸ Dans ce groupe, une personne témoigna à l'effet que l'accusé était effectivement en charge des opérations dans le camp de construction et que c'était lui qui y assumait l'autorité. Il expliqua au tribunal qu'il avait vu l'accusé commander les gendarmes pendant que ces derniers amenaient les Juifs du ghetto au camp de construction. Il déclara également avoir vu l'accusé superviser personnellement le transfert des Juifs dans les wagons à bestiaux. Un autre témoin de ce groupe expliqua au tribunal qu'il reconnaissait l'accusé comme étant la personne qu'il avait vue briser la canne de sa mère pour en confisquer le manche en argent.

e) L'admissibilité du dossier judiciaire hongrois de 1947

La preuve la plus crédible que d'autres personnes que l'accusé auraient pu être en charge du chantier de construction provenait de dépositions écrites qu'un survivant du Ghetto de Szeged nommé Dallos avait faites dans le cadre du procès d'Imre Finta tenu *in absentia* en Hongrie au cours de la période 1947-1948.

Dans la déposition qu'il avait donnée à la police hongroise, le 16 janvier 1947, le témoin Dallos avait expliqué que le chantier de construction était gardé par le lieutenant Bodolay un commandant de la gendarmerie et par un autre un officier du nom de Naray.

La déposition de Dallos impliquait directement Imre Finta dans les opérations de confiscation de biens de la population juive puisqu'il disait l'avoir vu et entendu exiger des internés la remise de tous leurs objets de valeur alors que ce dernier agissait à titre de chef de l'unité de la gendarmerie en civil spécialiste dans l'extorsion et le vol des objets de valeur des internés du chantier de construction. Il le décrivait comme une personne dont la politesse et la correction extérieure cachaient un fond cruel qui se reflétait dans les actes de ses subordonnés immédiats à l'endroit des internés.

Cette preuve, dont l'admissibilité au procès fut contestée par le Ministère public, pouvait innocenter l'accusé d'avoir été le maître d'oeuvre du processus de rassemblement et de déportation de la population juive de Szeged, même si par ailleurs, elle incriminait fortement l'accusé concernant les accusations de vol qui pesaient contre lui. Le juge de la Cour supérieure avait admis en preuve ces dépositions écrites en dépit du fait que son auteur ne pouvait faire l'objet d'un interrogatoire et d'un contre-interrogatoire sous serment devant le tribunal ou une commission rogatoire puisqu'il était décédé en 1963²²⁹.

La possibilité qu'une autre personne que l'accusé ait pu être en charge du chantier de construction comme le lieutenant Bodolay ou l'officier Naray avait été confirmée par un témoin du Ministère public en la personne de madame Fonyo en plus d'avoir été soulevée par Randolph Graham qui avait témoigné au procès en sa qualité d'historien spécialisé dans la Seconde Guerre mondiale²³⁰.

f) La thèse du Ministère public

Le Ministère public - tout en admettant que certains de ses témoins se contredisaient sur certains « points mineurs » - soutenait que l'examen de la preuve dans son ensemble démontrait hors de tout doute raisonnable sa participation criminelle aux faits reprochés. Selon le Ministère public, l'accusé, loin d'avoir été un simple exécutant, avait joué un rôle de premier plan dans la mise en oeuvre du processus de déportation de la communauté juive de Szeged et de la confiscation de leurs biens.

Selon le Ministère public, l'accusé s'était rendu coupable de crimes contre l'humanité puisqu'il avait personnellement commis des actes inhumains et des persécutions à l'endroit de la population juive en Hongrie qui constitue un groupe identifiable au sens du *Code criminel*. Les mêmes faits constituaient des crimes de guerre parce qu'ils avaient été perpétrés en contravention aux *Conventions* et au *Règlements de La Haye* de 1899 et de 1907 alors que le territoire hongrois se trouvait *de facto* occupé par les forces armées allemandes.

Selon le Ministère public, l'accusé ne pouvait légalement justifier sa participation aux actes reprochés parce que le « décret Baky » qui avait été à l'origine des mesures de déportation et de confiscation des biens de la communauté juive hongroise était manifestement illégal en vertu du droit constitutionnel hongrois et du droit international coutumier de l'époque.

Selon le Ministère public il était manifeste qu'aucune personne raisonnable dans la situation de l'accusé aurait pu penser que les Juifs de Szeged représentaient collectivement un danger pour la sécurité nationale, d'autant plus que l'accusé occupait un certain rang dans la Gendarmerie et avait reçu une formation en droit. Le Ministère public cita à l'appui de son raisonnement certains extraits du « décret Baky » qui démontraient que les autorités hongroises admettaient officiellement que les Juifs en tant que collectivité ne constituaient pas tous une menace à la sécurité nationale puisque des dispositions additionnelles étaient prévues dans ces situations²³¹. Le Ministère public mit l'accent sur le fait que les mesures coercitives à l'endroit de la population juive de Szeged n'avaient aucune justification militaire parce que la plupart des victimes étaient des handicapés mentaux, des personnes âgées et des femmes alors que les hommes avaient déjà été envoyés dans des unités de travail pour l'effort de guerre²³².

Finalement, le Ministère public essaya de convaincre le jury qu'indépendamment de la légalité du « décret Baky », les conditions de vie et de transport dans le chantier de construction et dans les convois à bestiaux étaient à ce point inhumaines que l'accusé ne pouvait se rabattre sur la défense d'obéissance aux ordres supérieurs ayant agi avec une insouciance déréglée et volontaire assimilable à une intention criminelle.

²²⁹ A première vue, les deux dépositions de Dallos étaient inadmissibles en preuve en vertu des principes généraux du droit criminel canadien qui garantissent le droit de l'une ou l'autre des parties d'interroger ou de contre-interroger l'auteur des écrits devant le tribunal alors qu'il est sous serment. Toutefois, le décès de Dallos en 1963 soulevait la question de savoir si les dépositions qu'il avait données en Hongrie au cours de la période 1947-48 pouvaient être portées à la connaissance du jury à titre d'exception à l'exclusion de la preuve par oui-dire puisque ni l'avocat du ministère public ni l'avocat de la défense n'étaient en mesure de mettre en doute la véracité ou la crédibilité de son témoignage en le contre-interrogeant devant le jury.

Le juge président le procès décida d'admettre de son propre chef les deux dépositions dans le cadre du pouvoir discrétionnaire que la *Common Law* lui réserve d'admettre une telle preuve lorsqu'il juge que les fins de la justice seraient ainsi mieux servies. Le juge avait justifié sa décision par le fait qu'il était difficile après quarante-cinq ans d'obtenir une preuve légalement admissible de gens qui comme Dallos, avaient eu l'avantage d'avoir une connaissance personnelle des faits en litige. Le fait que l'avocat de la défense ne s'était pas objecté à la présentation de cette preuve - qui à certains égards était incriminante vis-à-vis de l'accusé - avait joué un certain rôle dans la décision du juge sur ce point.

²³⁰ Madame Fonyo avait admis en contre-interrogatoire qu'il y avait eu un autre gendarme présent dans le chantier de construction qui ressemblait physiquement à Imre Finta mais elle avait affirmé sous serment que c'était bien l'accusé et non quelqu'un d'autre comme le lieutenant Bodolay qui était en charge des opérations dans le chantier de construction de Szeged.

²³¹ *R. v. Finta*, Supreme Court of Ontario, Proceeding of trial (Vol. 84) p. 11691.

²³² *Id.* à la p. 11688.

g) La position de la défense

Sur le plan des principes de droit international, l'avocat de la défense réfutait le point de vue voulant que la Hongrie ait été pendant cette période de la Seconde Guerre mondiale un territoire occupé au sens du droit international ou que l'accusé se savait être l'agent des autorités allemandes spécialisées dans la persécution des Juifs.

Selon l'avocat de la défense, il ne faisait aucun doute que l'accusé, à titre de simple capitaine dans la gendarmerie hongroise, pouvait prendre pour acquis que les forces armées allemandes étaient stationnées en Hongrie en qualité de co-belligérant dans une guerre commune contre l'Union soviétique. L'existence d'une directive officielle du ministère de l'intérieur datée du 19 avril 1944 qui demandait aux membres de la gendarmerie de collaborer avec les forces armées allemandes excluait la possibilité de considérer ces dernières comme une force occupante assujettie aux *Conventions et Règlements de La Haye de 1899 et 1907*.

De plus, l'avocat de la défense défendit le point de vue voulant que la notion de crimes contre l'humanité n'était pas encore un principe de droit coutumier en 1944 et donc que le tribunal militaire international de Nuremberg avait dégagé des principes qui ne reflétaient pas l'état véritable du droit international applicable aux faits reprochés.

L'avocat de la défense reconnut que son client avait servi comme capitaine dans la gendarmerie hongroise, qu'il avait été présent dans le chantier de construction et à la gare de Rokus au moment où s'engageait le processus de déportation de la communauté juive de Szeged. Toutefois, l'avocat de la défense niait catégoriquement que l'accusé ait été en position d'autorité dans le chantier de construction ou à la gare de Rokus puisque c'était le commandement SS, le gendarme Bodolay ou Naray qui assumaient de telles fonctions.

L'avocat de la défense alléguait que - dans la mesure où le jury venait à la conclusion que son client avait de quelque manière activement participé aux événements décrits par le Ministère public - son client pouvait se rabattre sur divers moyens de défense comme l'obéissance aux ordres supérieurs, l'erreur de fait, ou la défense d'agent de la paix afin de justifier sa conduite.

L'avocat de la défense soumit au jury que l'implication de l'accusé dans les événements relatifs à l'enlèvement, la séquestration, la déportation de la communauté juive de Szeged et la confiscation de ses biens, constituaient des mesures de sécurité nationale justifiées selon le droit international de l'époque. L'avocat de la défense fit valoir que le témoin expert du Ministère public spécialisé dans l'histoire militaire de la Seconde Guerre mondiale avait confirmé en contre-interrogatoire que l'avance soviétique était à ce point présente que la Hongrie faisait face à une invasion imminente. Ce fait, selon lui, justifiait les mesures entreprises contre la population juive de Szeged²³³. Toujours selon l'avocat de la défense, l'accusé obéissait à des ordres qui n'étaient pas manifestement illégaux parce qu'il existait un consensus dans la Hongrie de l'époque que les juifs étaient plus prompts à collaborer avec l'Union soviétique que le reste de la population.

L'avocat de la défense prétendit que cette politique n'était pas plus discriminatoire que celle que le gouvernement canadien avait fait appliquer aux ressortissants canadiens d'origine japonaise pendant la Seconde Guerre mondiale et qu'elle constituait des mesures de guerre d'urgence compatibles avec le droit international de l'époque. Il fit le portrait de l'accusé comme étant celui d'une personne normale qui avait obéi aux ordres de ses supérieurs hiérarchiques comme l'aurait fait n'importe quel officier de la paix au Canada dans les mêmes circonstances. Cela mena l'avocat de la défense à dresser un parallèle entre la situation de l'accusé et celle des policiers de la Gendarmerie Royale du Canada chargés de déporter les canadiens-japonais vers des camps de prisonniers de guerre dans le climat d'hystérie raciste qui s'était abattu sur l'ensemble de la Colombie britannique pendant la Seconde Guerre mondiale²³⁴. Le fait que le juge avait permis l'admissibilité de la défense de gardien de la paix reconnue par le *Code criminel canadien* permit à l'avocat de la défense d'insister beaucoup sur ce thème dans sa plaidoirie finale devant le jury.

L'avocat de la défense justifia, dans les mêmes termes, la confiscation des biens juifs par l'accusé puisqu'il avait reçu des ordres à cet effet, apparemment légitimes du Ministère de l'intérieur. Selon l'avocat de la défense, la mauvaise appréciation des événements par l'accusé constituait, par ailleurs, une erreur de fait qui constituait un moyen de défense reconnu aussi bien par le droit international coutumier que le droit anglo-canadien au moment des faits reprochés.

L'avocat de la défense expliqua au jury que son client ne pouvait être tenu responsable des conditions de transport dans lesquelles s'effectuait la déportation des Juifs de Szeged - et encore moins des décès qui survinrent pendant le trajet - puisque c'était les autorités allemandes qui s'étaient chargés des modalités de transport vers les territoires du Reich et non la Gendarmerie hongroise. De plus, selon l'avocat de la défense, le Ministère public n'avait pu prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé connaissait personnellement les conditions lamentables qui régnaient dans les wagons à bestiaux et encore moins la destination finale des convois.

L'un des aspects les plus controversés de la plaidoirie de l'avocat de la défense consistait en une série de déclarations particulièrement acerbes et polémiques dans lesquelles il mettait en garde le jury contre les conséquences injustes et dommageables d'un verdict de culpabilité prononcé contre son client.

²³⁴ Le ministère public essaya de réfuter les allégations de Maître Christie en appelant à la barre des témoins des experts historiens comme Randolph Braham qui furent chargés de convaincre le jury - que tout critiquable qu'il ait été l'action du gouvernement canadien à l'époque - l'on ne pouvait comparer les deux situations en regard d'une accusation criminelle de crimes contre l'humanité. Cet historien mit l'accent sur le fait que les conditions de transports inhumains dont avaient été victimes les déportés dans des wagons à bestiaux, au cours de la Seconde Guerre mondiale, tranchait avec le traitement dont avaient été victimes les canadiens-japonais, déportés dans des wagons de deuxième classe. De plus, le sort qui attendait ces derniers dans les camps militaires canadiens était très différent de celui qui était réservé aux juifs à Auschwitz et dans d'autres camps d'extermination nazis.

²³³ *Id.* à la p. 11670.

L'avocat de la défense tenta d'influencer le jury en cherchant à miner la crédibilité de tout le système judiciaire mis en place pour traduire en justice les criminels de guerre nazis qu'il qualifia d'absurde, d'illogique et même de diabolique²³⁵. Selon lui, l'acquittement de l'accusé était nécessaire afin de mettre fin à la situation intolérable que le Ministère public faisait subir à son client.

Des propos que l'on pouvait facilement qualifier d'antisémites dans le contexte où ils furent prononcés ponctuèrent la plaidoirie finale que l'avocat de la défense fit devant le jury. Ainsi, l'avocat de la défense invita ce dernier à préférer le témoignage des gens qui avaient fait prêter serment sur le nouveau testament par rapport à ceux qui se seraient prévalus de l'affirmation solennelle. Il ne faisait aucun doute qu'une telle demande revenait, dans les faits, à demander carrément au jury de n'accorder aucune crédibilité aux témoins d'origine juive.

L'avocat de la défense alla même plus loin. Il recourut à l'artifice de comparer la position de l'accusé à celle de Jésus faisant face à la justice du Sanhédrin dans le but de justifier devant les membres du jury la décision de son client de ne pas témoigner à son procès. Le contexte dans lequel fut prononcée cette harangue n'était pas sans rappeler les accusations de déicide traditionnellement imputées aux juifs dans les pays catholiques avant le concile Vatican II²³⁶. L'impact de sa plaidoirie fut d'autant

plus grande qu'aucun droit de réplique ne pouvait être accordé à l'avocat représentant le Ministère public et que le juge président le procès s'abstint de mettre en garde le jury contre la tentation de se laisser influencer par les propos outranciers et racistes de l'avocat de la défense.

h) Directives du juge concernant la *mens rea* et le fardeau de preuve

Le juge mit en garde le jury contre les erreurs d'identification après quarante-cinq ans tout en précisant qu'il leur appartenait ultimement d'apprécier la preuve testimoniale relative aux agissements de l'accusé dans le chantier de construction et à la gare de Rokus²³⁷.

Nous avons expliqué précédemment qu'il incombait au jury de se prononcer ultimement sur la question de savoir si l'accusé avait effectivement commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité selon le droit international en plus de statuer sa culpabilité en regard des accusations prévues dans le *Code criminel canadien*. Il devenait donc impossible au juge de s'acquitter de sa tâche sans présenter au jury des directives assez complexes sur l'état du droit international coutumier, la définition juridique du crime contre l'humanité et des moyens de défense que le système canadien et international accorde à l'accusé²³⁸. Le peu d'expérience des tribunaux canadiens dans le domaine de la répression des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre compliqua considérablement la tâche d'expliquer au jury les principes juridiques de droit international qu'il devait appliquer. Le fait de considérer la notion de crime de guerre et de crime contre l'humanité comme un élément essentiel de l'infraction pouvait, selon certains, éventuellement permettre à l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à son intention coupable d'avoir voulu contrevenir, au moments des faits

²³⁵ Les paroles reprochées à Me Christie ont été reproduites textuellement par la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire *Finta*. R. v. *Finta*, Court of Appeal for Ontario. 574/90, p.96: «*The Crown's position is morally, logically, legally, and factually absurd [...] this is the most convoluted, diabolical piece of legislation that I personally have ever had to argue about but I am doing the best I can to understand it and I have heard what the Crown had to say and I am trying as best I can to explain to you, as I understand it, subject to what his Lordship will say, what this law really is because, if I, as a lawyer, cannot understand it, I cannot properly defend the accused. My submission to you about this whole case is that it has no clothes, it has no moral justification, it has no logical sense, it has no legal merit, and it has no factual basis ... that those who create out of unjustified charges complex laws are not serving society and arguments for the twisting of laws to wrap them around the neck of people who don't deserve it are bad arguments, destructive of society's respect for law and destructive to justice because if we don't people like - ordinary people like, as simple as certainly I am and as most people are — if it doesn't make common, decent sense then people aren't going to respect the law and it seems, with the greatest respect to my learned friend, who is after all only doing what the law created by the government requires, that it seems, with the greatest respect to that, that it is like lawyers wanting to create more and more complexity in these concepts so that nobody but lawyers understand the law. If the law doesn't make sense, I am not entitled to so disregard the law, but if it doesn't make moral, logical, legal, or factual sense, then you as people possessed with common sense, can stop it and should stop it [...].* »

²³⁶ Les paroles reprochées à Me Christie ont été citées par la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire *R. v. Finta*, Court of Appeal for Ontario. 574/90, p.111: «*And the chief priests and all the council sought witnesses against Jesus to put him to death; and found none: For many bear false witness against him, but their witness agreed not together; And there arose certain, and bear false witness against him saying: We heard him say, I will destroy this temple that is made with hands, and within three days I will build another made without hands. But neither so did their witness agree together. And the high priest stood up in the midst. And asked Jesus, saying: Answerest thou nothing? What is it which these witness against thee? But he held his peace and answered nothing. And later before Pilate: The chief priests accused him of many things; but he answered nothing. And Pilate asked him again, saying, «*Answerest thou nothing? Behold how many things they witness against thee.* » But Jesus yet answered nothing. »*

²³⁷ R. v. *Finta*, Supreme Court of Ontario, Proceeding of trial (Vol. 84) p. 11511.

²³⁸ A titre d'illustration de la complexité des instructions au jury nous avons reproduit ici celles relatives à l'accusation d'enlèvement et de séquestration à titre de crimes contre l'humanité dans *R. v. Finta, Material for assistance of jury, Index to Material*. p.10: «*Has the crown proved beyond reasonable doubt that the accused personally as a principal or as an aider or abettor: (1) forcibly seized or confined or imprisoned approximately 8,617 jews in the Segeed Brickyard and (2) No reasonable person in the position of the accused would honestly believe that he had lawful authority or any reasonable person in the position of the accused would know that the confinement had the factual quality of a crime against humanity (see 3 below); and (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 4) The accused knew that the people confined were a civilian population or any identifiable group or persons and (5) The accused knew the confinement was in execution of or in connection with the conduct of war or any war crime 6) Peace officer: has the Crown proved beyond a reasonable doubt that (1) No reasonable person in the position of the accused would honestly (even if mistakenly) believe that he had lawful authority or (2) Any reasonable person in the position of the accused would know that the confinement had the factual quality of a crime against humanity (see 3 above) or (3) The accused used unnecessary or excessive force and (7) Military orders: has the crown proved beyond a reasonable doubt that (1) No reasonable person in the position of the accused would honestly (even if mistakenly) believe that the order was lawful or (2) Any reasonable person in the position of the accused would know that the confinement had the factual quality of a crime against humanity (see 3 above)(3) the accused had a moral choice to disobey because no reasonable person in the position of the accused would honestly (even if mistakenly) believe on reasonable grounds that he would suffer harm equal to or greater than the harm he caused.* »

reprochés, aux principes du droit international relatifs aux crimes de guerre ou aux crimes contre l'humanité.

Cela posait le problème suivant: dans quelle mesure le Ministère public devait-il prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que les faits qu'il avait commis à l'époque étaient punis par le droit international coutumier de l'époque? Inversement, dans quelle mesure l'accusé pouvait-il soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir s'il était conscient que les actes inhumains qu'il commettait étaient interdits par le droit international coutumier parce que constituant en leur état et en leur lieu un crime contre l'humanité? Le caractère objectivement inhumain des faits commis par l'accusé, suffisait-il à entraîner un verdict de culpabilité?

Une telle approche aurait été contraire aux principes fondamentaux du droit pénal canadien voulant que l'ignorance de la loi ne puisse servir d'excuse justifiant la commission d'un acte criminel à l'exception de quelques exceptions, comme par exemple la défense d'obéissance aux ordres supérieurs. Le juge dans l'affaire *Finta* avait donc admis, malgré les objections de l'avocat de la défense, que les nouvelles dispositions législatives n'exigeaient pas du Ministère public l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé devait avoir eu connaissance du caractère illégal des crimes contre l'humanité selon le droit international de l'époque pour qu'il soit condamné en vertu du *Code criminel canadien*²³⁹. Ce fut l'une des raisons pour lesquelles le juge, dans ses directives écrites, avait instruit les membres du jury que deux conditions de base étaient requises afin de pouvoir condamner l'accusé.

Dans un premier temps, il fallait que les membres du jury en viennent à la conclusion que le Ministère public avait réussi à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'était rendu coupable d'enlèvement, de séquestration, de vol à main armée, et d'homicide involontaire coupable en regard des infractions criminelles décrites dans le *Code criminel de 1927*. Cela présupposait que l'accusé n'avait pu soulever un doute raisonnable quant à son identité ou quant à l'exercice d'un des moyens de défense soulevés dans la preuve en droit criminel canadien.

Dans un deuxième temps, il fallait que les membres du jury soient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'on puisse imputer à ces faits criminels la qualification de crimes contre l'humanité au sens de la définition canadienne en chassée dans le *Code criminel* en 1987.

Or, pour cela, encore fallait-il que le Ministère public prouve hors de tout doute raisonnable un lien de connexité avec un crime de guerre, puisqu'une telle condition, était, selon le juge, exigée par le droit international coutumier en vigueur pendant la Seconde Guerre mondiale. Or, selon le juge Campbell, il ne pouvait donc y avoir de crimes contre l'humanité au sens du *Code criminel canadien* que dans la mesure où les faits inhumains et autres actes de persécutions commis à l'endroit de la population juive de Szeged par l'accusé étaient attribuables, au moment des faits reprochés, à un régime d'occupation militaire des forces

armées allemandes²⁴⁰.

Dans la mesure où le jury répondait à cette question par l'affirmative, il lui incombait de trancher celle de savoir si l'accusé possédait les éléments qui auraient permis à toute personne raisonnable dans la même situation que l'accusé d'être conscient que les forces allemandes stationnées en Hongrie y étaient présentes comme puissance occupante et non comme co-belligérant allié dans le conflit contre l'Union soviétique²⁴¹.

Il s'agissait là de questions de droit international et d'histoire de la Seconde Guerre mondiale, particulièrement complexes pour un jury canadien n'ayant pas toute l'expertise nécessaire pour trancher de tels problèmes. C'est ainsi que ni le juge ni le jury n'ont bénéficié de la décision du Tribunal militaire américain de Nuremberg dans l'affaire *Milch*, qui avait pourtant qualifié de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, les faits inhumains commis à l'endroit des populations juives de Hongrie pendant la Seconde Guerre mondiale²⁴².

240 *R. v. Finta*, Supreme Court of Ontario, *Proceeding of trial* (Vol. 85) p. 11708-11709: « I come now to the essential element of war crimes that is very important. It is the element of belligerent occupation. You cannot have a war crime unless you have belligerent occupation. The definition, the reference is set out at page 30, the bottom of the page. Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation applies only to the territory where such authority is established, and in a position to assert itself. A belligerent or hostile occupation is a question of fact for you and in the context of this case it involves the four issues. It involves your finding of fact on the four issues that I set out at the bottom of page 7 under heading (d): actual authority; hostile army; military force and in this case agency. You cannot have a war crime without hostile or belligerent military occupation. The essence of occupation is that another country exercises control by means of military force, military threat. If the Germans were indirectly in control of Hungary, calling the ultimates shots through a kind of puppet government, backed up by the military threat of German force then there is occupation, there can be war crime. The essence of occupation is the exercise of control by means of military force or threat. »

241 *R. v. Finta*, Supreme Court of Ontario, *Proceeding of trial* (Vol. 85) p. 11710: « Now, if the accused or any reasonable gendarme captain in Szeged in 1944 would conclude the Germans were indirectly in control of the government, they were calling the shots through a puppet government backed up by German military force, then the mental element of occupation is established but again it has to be brought home personally to the accused. Would a reasonable person in his position conclude that Germans were there to help Hungary as allies or there to control their country and exercise their will through puppet government? »

242 *Trial of Erhard Milch*, L.R.T.W.C. Vol. VI, p. 27, 40; l'accusé était l'un des trois membres du comité central de planification du Reich spécialisé dans l'effort de guerre. Le comité, composé en outre du Ministre du Reich, Albert Speer et du sous-secrétaire général Koerner, avait été impliqué dans le processus décisionnel de déportation et de réduction en travail forcé dans des conditions inhumaines, de millions de ressortissants des territoires occupés y compris d'un certain nombre de juifs hongrois et roumains.

Le Tribunal militaire américain de Nuremberg qualifia, sans hésitation, les crimes commis à l'endroit de ces populations juives de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité: « Count three of the Indictment charges the defendant with crimes against humanity committed against german nationals and nationals of other countries. Sufficient proof was not adduced as to such offences against German nationals to justify an adjudication of guilt on that ground. As to such crimes against nationals of other countries, the evidence shows that a large number of Hungarian Jews and other nationals of Hungary and Rumania, which countries were occupied by Germany, but were not belligerents, were subjected to the same tortures and deportations as were the nationals of Poland and Russia. In Count One of the Indictment these acts are charged as war crimes and have theretofore been considered by the Tribunal under that Count in this judgment.... Our conclusion is that the same unlawful acts of violence which constituted war crimes under Count One of the Indictment also constitute crimes against humanity as alleged in Count Three of the Indictment. Having determined the defendant to be guilty of war crimes under Count one, it follows, of necessity, that he is also guilty of the separate offence of crimes against humanity, as alleged in Count Three and this Tribunal so determines. »

239 *R. v. Finta*, Supreme Court of Ontario, *Proceeding of trial* (Vol. 84) p. 11477.

Indépendamment de ces questions d'ordre juridictionnel, les membres du jury devaient se satisfaire que les actes de séquestration, de vol à main armée, ou d'homicide involontaire coupable rentrent dans une des quatre catégories énoncées par le juge dans ses directives sur le droit international et qu'ils constituent: 1) un acte d'asservissement; 2) un acte de déportation ayant un caractère inhumain ou de persécution; 3) un acte de persécution raciale ou religieuse; 4) Un autre acte inhumain²⁴³. Il incombait aussi au jury, dans ce même cadre, de décider de l'admissibilité des moyens de défense propres au droit international, à savoir la défense d'obéissance aux ordres supérieurs, et celle de contrainte²⁴⁴.

Même si le juge Campbell avait reconnu qu'il n'était pas nécessaire que le Ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait qu'il commettait un crime contre l'humanité en vertu du droit international de l'époque certains passages ambigus de ses instructions auraient pu laisser croire le contraire aux membres du jury²⁴⁵. Ainsi, dans le contexte de savoir si l'accusé s'était rendu coupable d'actes de séquestration équivalant à un crime contre l'humanité, le juge précisa qu'il incombait au jury d'être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que les actes de séquestration avaient été commis en liaison avec un crime de guerre à titre d'élément constitutif de l'infraction.

Or, il n'y avait aucun doute que la connaissance par l'accusé d'un lien de connexité prévu par l'article 6(c) du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg* ne peut être qu'une question de droit qui n'avait rien à avoir avec la question de savoir si l'acte reproché avait la qualité factuelle d'un crime contre l'humanité. Or, cela revenait implicitement à cautionner l'ignorance de la loi comme moyen de défense, ce qui n'est pas admis en droit criminel canadien sauf dans le cadre particulier de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs²⁴⁶.

La décision d'Imre Finta de ne pas présenter de preuve en défense soulevait la question de la recevabilité de certains moyens de défense avancés par son avocat lors du procès. Le juge vint à la conclusion que la preuve constituée par l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite était suffisamment explicite pour permettre à l'accusé de soulever devant le jury un certain nombre de moyens de défense empruntés au droit criminel canadien de 1927 et au droit international applicable pendant la même période²⁴⁷.

Le Ministère public considérait que le juge avait commis une erreur de droit manifeste en soumettant à l'attention du jury la défense d'erreur de fait, de contrainte, d'obéissances aux ordres supérieurs et d'agent de la paix dans un contexte où l'accusé n'avait pas apporté des éléments de preuve suffisants qui auraient pu justifier la recevabilité de ces divers moyens de défense. Or, si le droit criminel canadien reconnaît à l'accusé le droit absolu au silence, il n'en reste pas moins que tout moyen de défense qu'il propose doit s'appuyer des éléments qui soient assez tangibles pour que le juge décide de les soumettre au jury.

Le juge instruisit les membres du jury que le « décret Baky » était illégal selon le droit constitutionnel hongrois et international de l'époque. Toutefois, il expliqua au jury qu'il ne pouvait condamner l'accusé que s'il venait à la conclusion que l'ordre était manifestement illégal puisque l'accusé pouvait soulever l'obéissance aux ordres supérieurs²⁴⁸. Selon le juge, le Ministère public devait prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait supervisé ou assisté d'autres personnes dans l'enlèvement, la séquestration, la déportation et le vol des objets de valeur des membres de la communauté juive de Szegeed dans un contexte où il savait que les faits reprochés constituaient des faits inhumains ou des actes de persécution pour des motifs raciaux ou religieux.

Curieusement, le juge accepta de soumettre au jury l'argument voulant que l'accusé ait pu se croire justifié pour des motifs de sécurité nationale d'avoir participé au processus de déportation et de confiscation des biens de la population juive de Szegeed. C'est ainsi que le juge précisa que les mesures de déportation et de confiscation de leurs biens pouvaient ne pas constituer un crime contre l'humanité si le jury venait à la conclusion qu'elles avaient été adoptées pour des considérations strictement militaires à moins que leur mise en oeuvre ne se soit faite dans des conditions inhumaines ou dans un contexte de persécution²⁴⁹. La soumission de ce moyen de défense nous laisse d'autant plus perplexe que le juge avait expliqué au jury que l'avocat de la défense n'avait apporté aucune preuve à l'effet que la population juive de Hongrie aurait été le moindrement impliquée dans des actes de sabotage dans le but de faciliter l'avance soviétique.

i) Le verdict d'acquiescement

Le verdict d'acquiescement rendu par le jury dans l'affaire *Finta* fit l'effet d'une douche froide au sein de l'unité des

²⁴³ *R. v. Finta*, Supreme Court of Ontario, *Material for assistance of jury*, Index to Material. p.10.

²⁴⁴ Le fait que les critères présidant à l'admissibilité de la défense d'obéissance aux ordres supérieurs soient les mêmes que ceux applicables en droit international coutumier expliqua la décision du juge de les fusionner en un moyen de défense unique aux fins des directives au jury. Afin de simplifier la tâche au jury, le juge décida de soumettre certains moyens de défense de droit canadien, comme celle de défense « d'officier de la paix » dans la partie relative au droit international.

²⁴⁵ Voir citation des instructions du juge Campbell, cité par le juge Tarnopolski, de la Cour d'appel d'Ontario dans son jugement dissident, *R. v. Finta*, Court of Appeal for Ontario. 574/90, p.22.: « *The Crown proves that beyond a reasonable doubt against Mr. Finta personally, then the Crown proves against him the state of mind for the crime against humanity on this branch of persecution which is one of the alternative ways of committing a crime against humanity. On the other hand, if the confinement, the taking the deportation were carried out to Mr. Finta's understanding solely for good faith, military security reasons, and not because of racial or religious or any other form of persecution, the Mr. Finta doesn't have the necessary quality of mind to raise the act up to a crime against humanity. The most important thing here is what he knew and what he intended. If he knew and intended racial persecution as a cause or contributing factor in the confinement, taking or deportation, then he has the mental element for a crime against humanity. If the Crown doesn't prove that beyond reasonable doubt, the Crown fails on that branch of this case.* » (Les soulignés sont de nous).

²⁴⁶ *Code criminel de 1927*, art.22 et 23 - *Le fait qu'un délinquant ignorait la loi ne peut servir d'excuse à aucune infraction commise par lui.*

L'article Art. 19 C.cr. maintient l'irrecevabilité de ce moyen de défense en droit criminel canadien; S.R.C. 1970 c C-34, Art. 19. Article 19 C.cr. - *L'ignorance de la loi chez une personne qui commet un infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.*

²⁴⁷ *R. v. Finta*, Supreme Court of Ontario, *Proceeding of trial* (Vol. 84) p. 11471.

²⁴⁸ *Id.* à la p. 11734.

²⁴⁹ *Id.* à la p. 11679.

crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du Ministère de la Justice²⁵⁰. Il paralysa sensiblement les efforts de répression des crimes contre l'humanité dans le domaine criminel.

Le Ministère public soumit à la Cour d'appel d'Ontario une longue liste d'arguments visant à exiger la tenue d'un nouveau procès en raison des « irrégularités flagrantes » commises par le juge et l'avocat de la défense dans son adresse au jury. Il reprocha au juge de première instance d'avoir indirectement permis à l'accusé de soulever un doute raisonnable sur sa connaissance du droit international applicable au moment des faits reprochés, ce qui revenait à admettre l'ignorance de la loi comme un moyen de défense et ce, contrairement aux enseignements élémentaires du droit criminel canadien.

Le Ministère public critiqua la décision du juge de permettre à l'accusé de soulever l'admissibilité de la défense d'officier de la paix: cela avait eu pour conséquence de ressusciter la défense d'obéissance à la loi du lieu de commission du crime qui avait été expressément exclue par le législateur dans les modifications apportées au *Code criminel* en 1987. Le Ministère public s'objecta également au fait que le juge avait permis à l'accusé de soulever la défense d'obéissance aux ordres supérieurs et d'erreur de fait alors que la preuve reçue au procès ne lui permettait pas de plaider ces moyens de défense d'autant plus qu'il n'avait jamais témoigné. A cela se sont ajoutées d'autres considérations trop longues pour être énumérées au long, dont les plus importantes concernent le caractère raciste et généralement outrancier du contenu de la plaidoirie finale de l'avocat de la défense aux membres du jury.

De son côté, l'avocat de la défense renouvela ses arguments concernant l'inconstitutionnalité des modifications législatives de 1987 qu'il avait présentés devant la Cour supérieure d'Ontario avant la tenue du procès. La majorité de la Cour d'appel d'Ontario (3:2) - tout en reconnaissant certains mérites à certains des arguments présentés par le Ministère public - refusa d'annuler le verdict d'acquiescement parce qu'il s'agissait d'erreurs dont la plupart avait été corrigées par le juge dans ses instructions finales. La Cour d'appel décida unanimement de rejeter les prétentions d'inconstitutionnalité des modifications législatives que lui avait soumises l'avocat de la défense. Le Ministère public fit appel devant la Cour suprême de la décision de la Cour d'appel d'Ontario. La Cour suprême a pris l'affaire en délibéré depuis juin dernier.

2) L'affaire Pawlowski

L'acte d'accusation reprochait à Michel Pawlowski l'assassinat de quatre cent dix juifs et de quatre-vingt Polonais en 1942 en Biélorussie. Le Ministère public avait intenté des procédures contre l'accusé sur la base de témoignages écrits de

certain criminels de guerre qui avaient été condamnés par la justice soviétique.

Les principes d'admissibilité de preuve obligeaient le Ministère public à faire venir ces témoins au Canada pour qu'ils puissent témoigner devant le tribunal ou à les interroger en Union soviétique par vidéo-caméra en présence de l'avocat de la défense afin que ce dernier puisse se prévaloir du droit fondamental de l'accusé de contre-interroger les témoins de la partie adverse.

Le Ministère public préféra la deuxième solution. L'avocat de la Couronne présenta une requête à la Cour dans le but d'obtenir la permission d'interroger des témoins en Union soviétique par vidéo-caméra vu l'impossibilité qu'il y avait de faire venir des témoins de l'Union soviétique. Le Ministère public exposa au juge que l'essentiel de sa preuve consistait en des déclarations qui avaient été faites par d'anciens criminels de guerre condamnés par les tribunaux soviétiques.

Le juge J. Chadwick, de la Cour supérieure d'Ontario, refusa de faire droit à la requête du Ministère public. Selon lui, la mauvaise réputation du système judiciaire soviétique faisait en sorte qu'il y avait trop de risques que ces ressortissants soviétiques rendent un témoignage défavorable à l'accusé sous peine de subir d'éventuelles représailles. Selon le juge, l'admissibilité des témoignages des ressortissants soviétiques violait le droit de l'accusé à une défense pleine et entière tel que garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'ils étaient fondés sur des aveux extorqués devant des tribunaux soviétiques au moment où la torture était encore pratique courante²⁵¹. Comme il s'agissait d'un jugement à caractère interlocutoire, le *Code criminel* ne permettait pas au Ministère public de faire appel de la décision du juge même si elle disposait du litige.

3) L'affaire Reistetter

En février 1990, le Ministère public porta des accusations contre Stephen Reistetter soupçonné d'avoir envoyé trois mille juifs slovaques dans un ghetto de Pologne entre avril et mai 1942. La plupart de trois mille Juifs périrent dans le camp d'extermination de Treblinka. Le Ministère public abandonna les poursuites le 4 mars 1990. Les avocats de la Couronne en charge du dossier justifèrent leur décision par le fait que deux témoins étaient depuis lors décédés, un autre était devenu infirme et n'était pas en état de témoigner. Deux personnes refusaient de témoigner. Les dépositions d'autres témoins potentiels consistaient en des ouï dire et n'étaient donc pas admissibles devant un tribunal canadien siégeant en matière criminelle. La décision du Ministère public fut sévèrement critiquée par David Matas, du B'nai Brith Canada, qui aurait préféré que le Ministère public ne consente pas à un acquiescement qui avait l'autorité de la chose jugée dans ce dossier²⁵².

²⁵⁰ Le droit canadien, à la différence du droit américain, ne permet pas aux journalistes d'interroger les membres du jury sur les motifs de leur verdict. Toutefois l'on ne peut manquer de souligner les facteurs suivants comme ayant pu expliquer en totalité ou en partie le verdict : la vision d'un octogénaire qui ne correspond pas à l'image que l'on se fait d'un criminel de guerre; le manque de sensibilité du jury pour les souffrances infligées il y a plus de cinquante ans dans un pays étranger; la complexité du procès en regard des questions de droit international pénal et de droit criminel déjà considérés comme ésotériques pour la plupart des avocats, en particulier celles qui traitent des modalités d'application de l'obéissance aux ordres supérieurs.

²⁵¹ *R. v. Pawlowski*, Ontario Court of Justice, (General Division), Reasons for Judgment, June 21, 1991 p.29. L'on peut rapprocher le raisonnement du juge J. Chadwick de l'opinion émise par certains juges dissidents dans certaines décisions des tribunaux américains relatives à la révocation de citoyenneté d'anciens criminels de guerre nazis. Ces juges dissidents ne pouvaient concourir au raisonnement de leurs collègues qui avaient admis l'admissibilité de la preuve recueillie en Lettonie, en Ukraine et dans d'autres parties de ce qui était encore l'Union soviétique.

²⁵² D. MATAS, *Nazi War Criminals in Canada: five years later*, B'nai Brith Canada, Institute for International Affairs, December 1992 p. 24.

L'expérience judiciaire canadienne dans la répression des crimes contre l'humanité dans les affaires *Pawlowski*, *Reistetter* et *Finta* a mis en relief les difficultés croissantes de trouver un juste équilibre entre les garanties que le droit constitutionnel accorde aux accusés et les impératifs moraux que revêt le châtement des crimes contre l'humanité, quel que soit le temps écoulé depuis la perpétration de ces crimes.

La mémoire quelque peu défaillante de certains survivants de l'holocauste, pour la plupart octogénaires, constitue au fil des ans un facteur qui alourdit considérablement le fardeau de preuve du Ministère public dans toute procédure relative à la répression des crimes nazis. Ceci est particulièrement le cas dans un pays, qui, comme le Canada, s'assure que les instructions du juge au jury soient on ne peut plus claires sur l'obligation de prouver hors de toute doute raisonnable l'identité de l'accusé.

Malgré les apparences, l'expérience canadienne est loin d'être négative. Les notions de crimes contre l'humanité font dorénavant partie de la terminologie juridique canadienne, ce qui ne sera pas sans éveiller dans les années à venir un intérêt croissant de la part de la communauté des juristes et de l'opinion publique en général. Il est à espérer que la Cour suprême définisse avec précision les principes et règles applicables à ce genre de poursuites afin d'éviter dans la mesure du possible les mêmes difficultés que celles qui se sont posées dans l'affaire *Finta*.

L'on ne saurait passer sous silence l'impact des nouvelles modifications législatives apportées au *Code criminel* dans le domaine connexe du droit de l'immigration et des réfugiés. Elles ont permis au Ministère de l'emploi et de l'immigration et à la section du Statut de réfugié d'empêcher que des tortionnaires naturalisés canadiens ou étrangers aient la possibilité de couler des jours paisibles au Canada, qu'il s'agisse de personnes impliquées dans des crimes contre l'humanité commis pendant la Seconde Guerre mondiale²⁵³ où de ceux perpétrés en Somalie, au Salvador ou au Libéria et dans d'autres

pays du Tiers-monde au cours des quinze dernières années²⁵⁴.

Le fait que des tribunaux canadiens aient récemment qualifié de crimes contre l'humanité un certain nombre de violations flagrantes aux droits de l'Homme dans certains pays du Tiers-monde a le mérite de confirmer le caractère universel des principes dégagés à Nuremberg. Cela permettra de mettre fin au mythe qui veut que cette notion du droit international pénal n'aurait produit de résultats concrets que dans le cadre restreint de la répression des crimes abominables perpétrés sous l'égide de l'Allemagne national-socialiste ou du Japon pendant la Seconde Guerre mondiale.

L'on ne saurait généraliser à partir de l'expérience malheureuse d'un procès et remettre en question l'opportunité législative d'avoir adopté ces modifications innovatrices au *Code criminel canadien*. Sans minimiser de quelque manière l'urgence que revêt encore le châtement des criminels de guerre nazis qui vivent encore au Canada ou à l'étranger, l'on ne doit pas commettre l'erreur de limiter le mécanisme juridique prévu au *Code criminel canadien* et en droit international aux crimes contre l'humanité commis pendant la Seconde Guerre mondiale. D'où l'impératif d'une plus grande codification et diffusion des principes de droit international pénal applicables aux conflits contemporains afin d'empêcher que l'ambiguïté des principes juridiques ne devienne l'excuse à de trop fréquents acquittements.

²⁵⁴ Un ancien conseiller du président de la Somalie, Siad Barre ne put obtenir le droit de se prévaloir du statut de réfugié parce que le gouvernement somalien avait été impliqué dans des crimes contre l'humanité et des actes de génocide à l'endroit du clan de Isaaq en plus de s'être rendu coupable de graves violations aux droits de l'homme incluant de torture. A titre de conseiller de haut niveau il était présumé avoir acquiescé à ces politiques. Voir J(M.Z.)(Re) *Convention Refugee Determination Decisions* [1992] C.R.D.D. No 42 No V-91 01359.

Un membre des forces armées salvadoriennes ne put obtenir le statut de réfugié. Il avait, en effet, participé à des opérations militaires durant la guerre civile dont l'objectif était de capturer des prisonniers appartenant aux forces des rebelles pour ensuite les exécuter. Le demandeur d'asile avait avoué avoir servi de garde lors de la détention et de la torture de deux guérilleros salvadoriens. Il avait servi de sentinelle à l'intérieur de la salle de torture lorsque les prisonniers furent soumis à divers sévices: application de chocs électriques, asphyxie par application d'un bandeau en plastique sur la figure. Par la suite, il servit de fossoyeur pour leur creuser une tombe après leurs exécution: tués d'une balle dans le dos, alors qu'ils se croyaient libérés et sortaient en courant de leur prison. Le tribunal vint à la conclusion qu'il s'agissait de crimes contre l'humanité. Voir M(T.E.) (Re) *Décisions de la Section du statut de réfugié* [1992] D.D.S.S.R. no 188.

La section du Statut de réfugié refusa d'octroyer le statut de réfugié à un ancien ministre du gouvernement libérien dirigé par le président Samuel Doe. Selon le tribunal, le revendicateur de statut de réfugié, était censé avoir cautionné les graves violations des droits de l'Homme du fait de sa position privilégiée dans le gouvernement de ce pays. Les crimes comprenaient des actes de torture et le meurtre d'innombrables citoyens innocents dont la seule erreur avait été d'appartenir à une tribu comptant parmi ses membres des gens impliqués dans la tentative faite en 1985 pour renverser le régime Doe; Le tribunal qualifia ces agissements d'« agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies » tout en précisant qu'il y avait des motifs sérieux de croire qu'il s'agissait également de crimes contre l'humanité; voir sur le sujet (I) (F.N.) (Re) [*Décisions de la Section du statut de réfugié 1991*] D.S.S.R. no 705.

²⁵³ Luitchens, un canadien d'origine hollandaise a perdu sa citoyenneté canadienne et fut déporté au Pays-Bas où il avait été condamné pour avoir arrêté des juifs et des résistants dans le cadre de ses activités dans les organisations policières et para-militaires mis en place par les autorités nazies de ce pays. Voir le jugement du Juge Collier de la Cour fédérale, jugement du 22 octobre 1991. La Cour suprême du Canada a rejeté sa requête pour permission d'appeler le 10 septembre 1992.

Arthur Rudolph était un scientifique allemand qui avait été impliqué dans le travail forcé de prisonniers de guerre dans des conditions inhumaines en sa qualité de directeur de la production de fusées V-2 à Mittelwelk pendant les années 1943 à 1945. Le Ministère de l'emploi et de l'immigration a réussi à obtenir une mesure de renvoi afin qu'il ne puisse séjourner au Canada. Dans son jugement, la Cour d'appel fédérale a précisé que les conditions brutales dans lesquelles les prisonniers étaient astreints au travail étaient indescriptibles et constituaient un crime contre l'humanité. Voir *Rudolph c. Ministère de l'emploi et de l'immigration*, [1992] 2 C.F. 655.

Vladimir Sokolov, avait été déchu de sa citoyenneté américaine pour avoir caché aux autorités d'immigration le fait qu'il avait écrit des articles violemment antisémites dans un journal soviétique publié sous les auspices des forces armées d'occupation allemandes entre 1943 et 1944. Il s'est réfugié au Canada. Le Congrès juif canadien a demandé au gouvernement canadien de prendre des mesures de renvoi à son endroit pour crimes contre l'humanité.

Les poursuites qui pourraient être intentées par le Ministère public à l'encontre de personnes soupçonnées d'avoir commis en Amérique latine, en Afrique, ou en Asie du Sud-est des crimes contre l'humanité au cours des quinze dernières années ne susciteraient pas des difficultés pratiques aussi grandes que celles qui ont présidé à la répression de crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale en raison de l'écoulement de temps trop important depuis cette dernière période.

L'on sait, par exemple, que suite à une plainte de monsieur Fidele Makombe, président la Ligue rwandaise des Droits de l'Homme, la gendarmerie royale du Canada avait enquêté sérieusement sur l'opportunité d'entamer des accusations de crimes contre l'humanité à l'endroit de Protais Zigiranyirazo dont le nom était mentionné parmi la liste des membres de l'Escadron de la mort au Rwanda selon le rapport d'une Commission internationale d'enquête sur les violations aux droits de l'homme au Rwanda²⁵⁵.

Il est à souhaiter que les difficultés financières que traverse le Canada ne lui servent d'excuses de se dérober à ses obligations morales et juridiques concernant la répression des crimes contre l'humanité. Le Ministère de la Justice a fixé à mars 1994 la date limite concernant les poursuites envisagées à l'endroit des criminels de guerre nazis se trouvant au Canada. Or, certains se demandent si cette dernière date ne coïnciderait pas également avec la dissolution possible de l'unité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre qui avait été créée par le Ministère de la Justice au lendemain des modifications législatives de 1987.

Il faut espérer que le constat quelque peu mitigé de l'expérience canadienne dans le domaine de la répression des crimes nazis ne ressuscite pas la politique de laxisme et d'indifférence de la société canadienne au cours des quarante années qui ont suivi la fin de la Seconde Guerre mondiale. À la différence cependant, que notre crédibilité comme société serait doublement entachée puisque nous n'aurions plus l'excuse que nous avions auparavant, de ne posséder aucun des instruments juridiques nécessaires à la protection des valeurs fondamentales qui font de nous des êtres humains.

²⁵⁵ *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur les violations aux droits de l'homme au Rwanda depuis le 1er octobre 1993*, (2- 21 janvier 1993), Mars 1993, p. 83. *The Mounties might probe « Crimes against humanity » in Rwanda: The Gazette*, Montreal, Wednesday, July 28, 1993. Par ailleurs, la Ligue rwandaise des Droits de l'Homme a déposé officiellement le 10 janvier 1994, au premier ministre du Rwanda désigné selon les Accords d'Arusha, monsieur Faustin Twigiramungu, un proposition de projet de loi visant la création d'un Tribunal international relatif à la répression des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et autres graves violations au droit international humanitaire et aux Droits de l'Homme commis au Rwanda; Voir sur le sujet: *Statut du Tribunal international de Kigali relatif à la répression des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et autres graves violations au droit international humanitaire et aux Droits de l'Homme commis au Rwanda*, Ligue Rwandaise des Droits de l'Homme, 8 décembre 1993.