

Department of Foreign Affairs and International Trade

DDC
CA1
EA13
2001E86
EXF

O.D. Skelton
Memorial Lecture



Exporting Criminal Justice

by the Honourable Madam Justice Louise Arbour

Québec, Québec ♦ March 1st, 2001

In association with:



MML/DOC
b4201358(E)
b420136X(F)

Department of Foreign Affairs and International Trade

O.D. Skelton Memorial Lecture

Exporting Criminal Justice

by the Honourable Madam Justice Louise Arbour

18-778-193(F)

18-778-188(E)

Dept. of Foreign Affairs
Département des Affaires Étrangères

JAN 28 2001

Library
Bibliothèque du Ministère

Québec, Québec ♦ March 1st, 2001

In association with:



O.D. Skelton

Oscar Douglas Skelton was born on July 13 1878 in Orangeville, Ontario. After a brilliant undergraduate career at Queen's University in Kingston, Ontario, Skelton was awarded his M.A., along with medals for highest standing in Latin and Greek. In 1908, he received his Ph.D. in political economy from the University of Chicago. That same year, Dr. Skelton was named Sir John A. Macdonald Professor of Political and Economic Science at Queen's. Eleven years later, he was named Dean of Arts, a post he held until he resigned from the university in 1925. Dr. Skelton was a prolific scholar, the author of several major books, including biographies of Sir Alexander Tilloch Galt and Sir Wilfrid Laurier.

In 1925, Dr. Skelton accepted Prime Minister W.L. Mackenzie King's offer to succeed Sir Joseph Pope as Under-Secretary of State for External Affairs. Until his death, in late January 1941, Dr. Skelton served as the principal adviser to the Prime Minister, sometimes called the "deputy prime minister". To Mackenzie King, his death was "the most serious loss thus far sustained in my public life". One Canadian historian has described him simply as the most powerful civil servant in Canadian history.

As head of the Department of External Affairs for more than fifteen years, Dr. Skelton helped to define a distinct Canadian foreign policy. He was also responsible for the recruitment of a remarkably able group of officers. Dr. Skelton firmly believed in appointment and promotion by merit and the list of recruits he attracted to Ottawa is an impressive one indeed, highlighted by two Governors-General (Georges Vanier and Jules Léger) and one Prime Minister (Lester B. Pearson) as well as numerous senior mandarins.



O.D. Skelton

Louise Arbour was born in Montreal in 1947. She received her B.A. in 1967 from the Collège Régina Assumpta and her LL.L. (with distinction) in 1970 from the Faculty of Law of the University of Montreal. She was called to the Quebec Bar in 1971 and to the Ontario Bar in 1977. After working as a law clerk to Justice Louis-Philippe Pigeon of the Supreme Court of Canada and as a research officer for the Law Reform Commission of Canada, Louise Arbour joined the faculty of Osgoode Hall Law School at York University, where she taught from 1974 to 1987. During that time, she published prolifically in English and French, focussing particularly on criminal procedure, human rights and civil rights. She served as Vice-President of the Canadian Civil Liberties Association from 1985 to 1987.

In 1987, Louise Arbour was appointed a judge of the Ontario Supreme Court, and three years later she was named to the Court of Appeal for Ontario. In 1995, the Government of Canada appointed her as Commissioner to conduct an inquiry into certain events at the Prison for Women in Kingston, Ontario.

After being appointed by the Security Council of the United Nations, Louise Arbour acted as Chief Prosecutor for the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda from October 1996 to September 1999. On September 15, 1999, her appointment to the Supreme Court of Canada took effect.

In addition to giving many presentations, seminars, lectures and speeches, Madam Justice Louise Arbour has co-authored a casebook and has written numerous articles, reviews and reports. She has received awards and distinctions in Canada and around the world, including more than 20 honorary degrees.

I trust that it is not in bad taste to praise an institution to which one belongs, at least when one is discreet enough to refer only to achievements in which one has had no part. The Supreme Court of Canada, as others before me have noted, has earned an impressive reputation abroad, particularly after it began deciding cases under the Canadian Charter of Rights and Freedoms. In fact, the Davos Institute has ranked Canada's justice system as the second best in the world, after Denmark's (IMD International, *The World Competitiveness Yearbook*, Lausanne, Switzerland: International Institute for Management Development, 2000, Table 3.42, p. 418).

In a speech last September to mark the 125th anniversary of the Supreme Court, the eminent British lawyer Sydney Kentridge discussed a wide variety of references to judgments of this Court by the judiciaries of England, South Africa, Australia, India, New Zealand, Zimbabwe, Hong Kong, Scotland, Israel and the United States. Mr. Kentridge also told a story about Lord Goff, of the Privy Council in England. His Lordship was hearing a case from the Caribbean involving a death sentence. One of the barristers was asked why he was citing a Canadian authority. According to Mr. Kentridge, Lord Goff instructed the barrister as follows:

What you are going to tell his Lordship is that this is a judgment of the Supreme Court of Canada and therefore not lightly to be dismissed.

While courts abroad have cited the highest court in Canada on subjects such as civil liability, administrative law and Aboriginal rights, it is clear that Canadian decisions regarding the rights and freedoms guaranteed by our Charter have represented the Supreme Court's most significant contribution to the international human rights discourse. Foreign jurisdictions have looked to our Court on a variety of issues, notably assisted suicide, restrictions on political statements by civil servants, and campaign spending rules.

In the area of criminal law, our Court has provided guidance on such fundamental issues as the presumption of innocence and the limits that may be placed on individual rights in a free and democratic society. For example, in *S. v. Zuma*, [1995] 4 B.C.L.R. 401, its very first decision, the Constitutional Court of South Africa considered the validity of a provision that reversed the burden of proof in a criminal law context. The Constitutional Court was strongly influenced by the judgments of our Court in *R. v. Oakes* (1986), 26 D.L.R. (4th) 449, *R. v. Downey* (1992), 90 D.L.R. (4th) 449, *R. v. Chaulk* (1990), 62 C.C.C. (3rd) 193 and *R. v. Whyte* (1988),

51 D.L.R. (4th) 481. The Court of Appeal of Hong Kong, in *A.G. of Hong Kong v. Lee Kwong Kok*, [1992] 2 H.K.C.L.R. 76, and the Privy Council on appeal ([1993] A.C. 951), also considered the Canadian case law on reversing the burden of proof in criminal law, and whether such a reversal can be justified in a free and democratic society, even though the Hong Kong Bill of Rights did not have a provision equivalent to s. 1 of our Charter.

Although globalization has increased the need to universalize economic and trade-related conflict resolution mechanisms, less thought has been given, at least until quite recently, to developing a set of universally acceptable and effective rules for criminal responsibility to protect fundamental human rights. This has made the international influence of our Court even more relevant.

Multilateral and international trade dispute resolution bodies have, of course, been with us for many years. With the globalization seen in recent years, these bodies have proliferated and grown in popularity. International commercial arbitration is becoming institutionalized (in this regard, see Haigh, Kunetski and Antony, "International Commercial Arbitration and the Canadian Experience" [1995] 34 *Alta. L. Rev.* 137). Clearly, states and private parties that wish to submit their commercial disputes to arbitration face no shortage of resources. They have access to such agencies and institutions as the Commercial Arbitration and Mediation Centre for the Americas (CAMCA); the Inter-American Commercial Arbitration Commission; the International Centre for Settlement of Investment Disputes (created in 1966 by the World Bank); the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce; the Permanent Court of Arbitration in The Hague (which has been in existence since 1899 but which has, of late, been focussing increasingly on commercial arbitration); the Arbitration and Mediation Centre of the World Intellectual Property Organization (WIPO) and a plethora of national arbitration centres that are also involved in international arbitration, such as the American Arbitration Association and the Quebec National and International Commercial Arbitration Centre.

Moreover, in 1966, the United Nations established UNCITRAL, the United Nations Commission on International Trade Law, which in 1985 developed a Model Law on International Commercial Arbitration, and in 1976 adopted arbitration rules that are regularly incorporated into commercial contracts. The commission also has the mandate to promote the important Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitration Awards, which was signed in New York in 1958, has since

been ratified by 105 nations, and was incorporated into Canadian law in 1986. In addition, the World Trade Organization (WTO) offers a mechanism for resolving trade disputes between states through a process of negotiation and submission to a special panel appointed by the Dispute Settlement Body of the WTO General Council.

At the same time, there is no doubt that we are now witnessing a globalization of rights. Fifty years after the Universal Declaration of Human Rights, which has inspired several other major related international human rights instruments such as the Conventions on Genocide and Torture, many groups and individuals that, until recently, did not truly think of themselves as rights holders, are asserting these fundamental rights in an increasingly concrete fashion.

In this context, courts in Canada have proven themselves, in the last two decades, to be a highly valued and much noticed forum in which important and controversial social and political claims have often clashed. This new Canadian identity has made us a focal point of international expectations in dealing with the current upsurge in claims by rights holders.

The criminal justice model is a particularly apt forum for the process by which rights are expanded. Lying as it does at the junction between public and private law, domestic criminal law has become the forum *par excellence* for society to reaffirm its fundamental and yet evolving values, and to calibrate the mechanisms that check abuses of government power and the other unavoidable excesses of democracy.

Canada has championed — and indeed, played a leading role in the creation of — the International Criminal Court (ICC), which it duly ratified last summer. I would like to salute my friend Philippe Kirsch for his work in this regard. Canada has a position of leadership in this area, and has the opportunity to transform the perception, which is particularly strong in this country, of its peacekeeping role.

Such a transformation is a very natural one, since criminal law, at the domestic level, is the preferred system for maintaining and restoring peace. In fact, it is a substitute for the use of force or armed intervention — an approach that all too often seems to be the only option available internationally, albeit the least attractive one.

I am aware of the ongoing efforts within international organizations such as the United Nations and the Organization of African Unity (OAU), and within the European Union, to develop effective military intervention mechanisms for situations in which such intervention is necessary and does not exist or is inadequate. I am not proposing some utopian vision where the justice system completely supplants the

use of force. Rather, I believe we are on the threshold of a new pact, one that is deeply rooted in democratic systems, in which force is always governed by law and subject to civil and criminal liability, even when it is exercised by legitimate authorities.

What we need to do is to affirm that the sovereignty of states is compatible with two facets of interdependence: the requirements of intervention, whether voluntary or mandatory; and accountability for the abuse of power and force. Today I will discuss the second facet: accountability. Just as some countries make a name for themselves by exporting luxury goods, Canada is one of a small group of nations that aim to export certain ideals, as well as our emphasis on the rule of law, due process and integrity. Leaders can only be held personally accountable for very serious criminal acts within a process that calls for a large measure of integrity and fairness.

Clearly, even before deciding the minutiae of international criminal procedure, the conditions calling for legitimate criminal sanctions must first be exported. Without those prerequisites, international justice would become an additional forum for alienation, or worse still, a source of conflict, possibly violent conflict, in itself.

Equally important is the need for concrete involvement in this undertaking. Canadians are rightly proud of the pre-eminent role that Canada has played in peace-keeping, not only because of our spectacular diplomatic success in promoting that model, which earned Lester B. Pearson the Nobel Peace Prize in 1957, but also because of our ongoing commitment on the ground. Ever since Pearson's initiative, when Secretary of State for External Affairs, to quell the outbreak of the conflict between Egypt and Israel, which led to the deployment of an international force under the aegis of the United Nations, UN peacekeeping operations have grown in number and sophistication, and Canada's commitment has been unwavering. To date, more than 100 000 Canadians have taken part in over 40 missions. It would therefore seem natural for that commitment to be expressed in an intellectual and material contribution, disproportionate if necessary, to building a justice system. The fundamental principles that make Canada's criminal law legitimate and effective are exportable, and they cannot be conveyed merely by advocating ideas at diplomatic meetings. They must be promoted by commitment to the issue and actual presence on the ground. This calls for a plan of action that encompasses the major themes of Canada's global presence and reflects Canada's wealth of the necessary raw materials: intellectual capital, humanism and audacity.

In his excellent book entitled *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals* (Princeton University Press, 2000), Gary Bass skilfully addresses the

gap between national ideals and foreign policy, especially in the United States. Bass takes the opposite position. Relying on recent political science studies, he notes that in some areas, the foreign policy of states amounts to an extension of their basic social commitments as nations. As an example, he cites a study showing that the states that are most generous in terms of humanitarian aid are the ones that have the most generous social welfare programs at home. Bass carries over this premise, at pages 17 and 18, to what I would call the export of programs to foster peace:

I argue that liberal ideals make liberal states take up the cause of international justice, treating their humbled foes in a way utterly divorced from the methods carried by illiberal states.

What does this mean for war crimes tribunals? If a war crimes tribunal is victors' justice, it makes a difference who the victors are. Victorious legalist liberal states tend to operate abroad by some of the same rules they observe at home. A trial, the supreme legalistic act, wrote liberal political theorist Judith Shklar, "like all political acts, does not take place in a vacuum. It is part of a whole complex of other institutions, habits, and beliefs. A trial within a constitutional government is not like a trial in a state of near-anarchy, or in a totalitarian order."

There has also been a great deal of discussion in Canada about the shift of political issues into the judicial arena, and the expansion of that arena as a forum for debate between values that were formerly expressed in the political arena. I do not think it would be premature to say that a similar shift is taking place at the international level, in response to initiatives by the liberal states to which Gary Bass refers, which do indeed champion the rule of law, and the supremacy of the law over force. I would not go so far as to suggest that we are going to see law gain the upper hand over politics in the international arena, but I do believe that the rising importance of the law is an inevitable consequence of the globalization of rights.

There has also been considerable discussion about when humanitarian intervention is legitimate, lawful and appropriate, particularly in connection with the NATO air strikes in Kosovo. The Canadian initiative announced last September, which established an International Commission on Intervention and State Sovereignty, is very much a part of this process, and its proceedings are sure to be

followed very closely. I suspect that recognition of a positive legal duty to intervene is still very far off, even in cases of imminent humanitarian catastrophe, just as, at the other end of the spectrum, we are having serious problems getting aggression defined as a war crime. But between these two poles there is the germ of a political will both to prevent and to punish crimes against humanity and genocide. Intervention does not necessarily involve force; it may consist of a demand for an accounting. Crime, particularly violations of the laws of war that apply to internal armed conflicts, is at the heart of the debate about the legitimacy and legality of either kind of intervention.

I also suspect that the emphasis on holding political and military leaders personally responsible for crimes they claim to have committed on behalf of a state or of a people within a state they repudiate, makes it easier to reject the notion that state sovereignty should prevent such leaders from being called to account by the community targeted by their actions — that is to say, humanity as a whole.

And yet, having stated the need for liberal democracies to place the emphasis on exporting their standards of justice and their commitment to the rule of law, Gary Bass, whom I mentioned earlier, points out the most serious obstacle to the spread of these ideas, which others might consider a kind of legal and law-enforcement imperialism. Bass argues that the liberal democracies involved in these international justice projects consistently decline to make the ultimate commitment on the ground, if such an effort puts the lives of their soldiers at risk. This is where the distinction between the various types of peace officers becomes significant. According to the legal meaning of that expression in Canadian law, police officers who serve in Canada are peace officers; Canadian troops in Bosnia are not. This is an inexplicable lacuna in an international legal order that invests more than \$200 million a year in a criminal justice exercise that still has not resolved its growing pains when it comes to intervention. The moderate use of force to apprehend internationally indicted war criminals rests on a relatively solid bedrock of legitimacy and legality, but it demands that states make a political and operational commitment. It seems to me that this is a reasonable limitation on the extent to which responsibility may be abdicated to non-state actors. It is difficult to imagine how international civil society could organize itself outside the state framework to fill this lacuna. We are all familiar with Doctors Without Borders, Reporters Without Borders and Lawyers Without Borders, but it is harder to envision Police Without Borders. It is these inevitable limitations on the privatization of state functions that should prompt international organizations to

give serious thought to the question of which functions properly fall to them.

The inertia of the international actors is one of many obvious indications of how difficult it is for international law to adjust to the exigencies of this newcomer to the playing field, criminal law. On a number of occasions, I have pointed out the problems inherent in attempting to graft these two legal disciplines together, so that criminal sanctions can be used to secure compliance with international humanitarian law. Public international law was initially intended to regulate relations between states, and as such it is essentially consensual law. It is concerned more with the principle than with the fine details of rules, and is very mindful of state practice, from which a large portion of its substance is derived. It incorporates concepts and traditions from a variety of legal systems, is respectful of states' interests and is very sensitive to political considerations. Criminal law, on the other hand, is coercive, authoritarian and rigid. It is concerned with details and particular facts, and it is applied on the basis of precise rules. It has little use for the methodology of comparative law. It perceives political considerations as irrelevant, or even as pernicious or dangerous. In the final analysis, however, there are certain basic principles that are common to both disciplines. In their modern incarnations, both seek to protect individual rights and to preserve peace and order. Grafting public international law onto criminal law is unquestionably a challenge, which is exacerbated by the cultural clash that occurs when the different legal traditions meet. As I said earlier, the gulfs between private and commercial legal systems have already been narrowed to a considerable extent, in order to meet the needs of the modern economy and business world. No such cross-fertilization has yet occurred in criminal law, there being generally little exchange between the different systems. Criminal trials in common law jurisdictions are, therefore, still fundamentally different from criminal trials in civil law jurisdictions.

As well, we too often cling to petty battles about things like minute procedural details that reflect the contributions of the major legal systems found in the West, which derive from or are related to the common law or the civil law (whether it is called Roman or Continental law), when what needs to be done first is to firm up the fundamental premises of criminal justice. On the question of procedure, only a few major principles should be non-negotiable. I would suggest that the most important of these principles are the independence and integrity of the judiciary and the right to a fair and public trial with a real possibility of acquittal.

It is only liberal states that genuinely support the idea of war crimes trials.

They see such trials as a natural extension of the concept of universal rights, which is itself the cornerstone of individual rights-based democracies (Bass, pp. 20-26). I am in complete agreement with Gary Bass's contention that modern international war crimes trials necessarily embody Western demands for procedural fairness, both in reality and in principle. No one is arguing that war crimes trials should be less than fair, as we understand the concept of fairness, because those who might have instead positioned themselves in the forefront of the resistance to any form of international justice.

Of course, there are some who resist the universalization of the rule of law, or at least the export of criminal justice norms to the international level. In addition to resisting the idea that they should be subject to judgment by foreigners, which requires them to reject any truly universal model of criminal responsibility, they will argue that by participating in any efforts toward an international justice system they would risk corrupting their own systems. At page 25 of his book, Gary Bass points to a very clear example in the words of Harlan Fiske Stone, then Chief Justice of the United States Supreme Court. Referring to the work of his colleague Justice Robert Jackson, chief prosecutor of the American delegation to the Nuremberg trials, the Chief Justice said:

It would not disturb me greatly ... if power were openly and frankly used to punish the German leaders for being a bad lot, but it disturbs me some to have it dressed up in the habiliments of the common law and the constitutional safeguards to those charged with crime. ...

*Jackson is away conducting his high-grade lynching party in Nuremberg. ... I don't mind what he does to the Nazis, but I hate to see the pretense that he is running a court and proceeding according to common law. This is a little too sanctimonious a fraud to meet my old-fashioned ideas. (Quoted in *Alpheus Thomas Mason, Harlan Fiske Stone: Pillar of the Law, New York, Viking, 1956, p. 176*).*

It is easy, of course, to criticize the shortcomings of an endeavour in which one declines to get involved. The contrast between the vision of Chief Justice Stone, who expressed a preference for, or at least some tolerance of, the summary justice of the gallows, and that of Justice Jackson, as expressed in his opening statement at the Nuremberg trials, is striking:

That four great nations, flushed with victory and stung with injury, stay the hand of vengeance and voluntarily submit their captive enemies to the judgment of the law is one of the most significant tributes that Power has ever paid to Reason. (Justice Robert Jackson, U.S. opening statement at Nuremberg.)

Despite the dominant role played by American lawyers at Nuremberg, there are few echoes of this great ideological debate in the United States today. Canada, however, as a member of a democratic coalition, is strategically positioned to urge an ideal model of justice. We are able to formulate realistic expectations about the way the model should function. We must first recognize that the need to invoke the criminal process generally amounts to a recognition that other social institutions — such as the educational system, child and family services, the family itself, the mental health system, income redistribution schemes, and sometimes even the cultural community and the media — have failed. We cannot expect that criminal justice will cure all social ills, especially since the justice system can act only in some form of association with a number of other institutions that provide evidence, diagnosis, rehabilitation support, and fundamental affirmation of a range of shared moral values and a common social vision. As long as the international criminal justice system has to operate without the help of local social institutions, or, worse, in conflict with them, we must give it the same kind of support that we give to reconstruction efforts to relieve the devastation caused by war and the violent crimes often associated with it.

Since international criminal justice cannot rely on an institutional partnership to support its vision, it must define itself. A fundamental choice must be made regarding the nature of the judicial process and, more specifically, about the actual objective of the trials. There are essentially two options. Given the problems that exist, the first is to set modest objectives for the trials themselves. It is already a monumental job simply to prove the commission of a crime, in the narrow technical sense, such as the planning and commission of a homicide, in the presence of the legal circumstances required for the homicide to be a crime under international jurisdiction. Given the ultra-sceptical and ultra-critical atmosphere in which this type of criminal tribunal must operate, the basic idea of the first model would be to keep things as simple as possible, and to do everything we can to achieve a speedy final disposition in each individual case.

The second model is more ambitious. Unlike the first, it envisages a trial directed toward shedding light on the broader context. This involves painting a complex historical fresco, not only to establish individual guilt, but also to use the dramatic setting of the trial to build the collective memory that will enable victims and perpetrators alike, and even entire populations, to purge their brutal past. (For a very persuasive argument in support of this model, see Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, Transaction Publishers, 1997.)

If we consider both the nature of the crimes involved and the efforts, at the international level, that have been put into prosecuting the people responsible, it seems to me that the second model is the one that is needed. A commitment to that model, however, involves serious consequences that must be clearly stated at the outset, and accepted as the unavoidable price of such an ambitious vision. In order for the criminal process to be able to undertake this historic task, certain basic premises and traditional requirements of criminal justice at the national level may need significant modifications.

It is also important to consider from the outset whether it is realistic to expect a criminal prosecutor to take on the job of an historian. Criminal prosecution is a much more threatening endeavour than historical analysis, for peoples that have already built a collective memory in which the truth as it is understood by a court of law is not a major ingredient. History leaves room for doubt. It is a work in progress, that seeks to reconstruct a past that has been influenced, understood and revised having regard to the present and even the future. The justice system, on the other hand, demands irreversible conclusions. It allies itself with a permanent, official interpretation of the facts, which often produces irreversible consequences. It prefers detailed reconstructions of specific events, with proof to a high degree of certainty, to satisfy its own need for finality. The need for review and, worse, the possibility of error, must be kept to a minimum, both to protect those who would suffer the irreversible consequences of the initial erroneous judgment and to ensure the credibility, and thus the continued legitimacy, of the justice system itself. At the same time, if it is genuinely possible for a criminal trial to result in acquittal, which is an absolute prerequisite for a fair trial, this could be perceived as an affront to historical reality, as there are those who will characterize an acquittal as an official repudiation of everything the prosecution alleged, including the context that was relevant to the question of guilt under the law.

For example, the incessant claims that the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) is anti-Serb result from a distorted view of reality. The ICTY is not anti-Serb. Why do some people in Belgrade, and even elsewhere, perceive it as such? There are several reasons, some of which are unrelated to any rational discourse. But it is also, in part, because there is no satisfactory answer to the question of why there are only two international criminal tribunals. The fact that other individuals who may be just as guilty are not being prosecuted, does not make those who are prosecuted any less guilty, but it does make targeting them less fair. When you are engaged in the business of justice, it is very costly, and even dangerous, to be less than fair, or even to be perceived as such. And when you are engaged in the business of truth, you have to tell it all.

When a major international trial is held, problems of access to information and evidence will arise at every turn. When the aim is to lay out the entire warp and weft of a war and expose the sordid role played by powerful leaders, traditional investigative methods are scarcely sufficient, and even those methods are often unavailable. It would be an unimaginable task to try to reconstruct military operations and political discussions at the highest levels of government without having access either to the records of the parties directly involved in the conflict or to the intelligence in the hands of those who were observing them at the times in question. Plainly, this is not the environment in which a criminal investigation is traditionally conducted. This means that countries that take the interests of international criminal justice to heart will have to adjust to the new constraints within which investigators must operate by facilitating access to the information needed, and by re-evaluating the ways in which national interests are traditionally protected. In addition, proceedings in an international criminal court should be responsive to states' concerns, while relying on evidence that is verifiably reliable. Proceedings before the *ad hoc* tribunals are a clear example of this. In this regard, I would like to cite two documents. First, while Article 70 of the ICTY Rules of Procedure and Evidence, which allows the Prosecutor to receive information on a confidential basis and to use it solely for the purposes of investigation, not as evidence before the Court, has led to much greater co-operation on the part of some states, it puts the Prosecutor in a somewhat unenviable position. Prosecutors cannot use information without the consent of the state or person who provided it to them under the protection of Article 70. This makes it very difficult to bring indictments, and even more difficult to initiate a trial, without knowing in advance what evidence will actually be available when the critical time comes.

This situation is also connected to the question of the compellability of states before international criminal bodies. The ICTY acknowledged in the *Blaskic* case that for the purposes of a criminal investigation, no binding orders can be issued to states that are believed to hold information relevant to an indictment. I know of no system of criminal justice that can operate without the power to compel the production of documents or the appearance of witnesses. In fact, in the dispute that arose between the Office of the Prosecutor and Croatia and its then Minister of Defence during the trial of General Blaskic, Canada intervened and submitted an *amicus curiae* brief to the Tribunal in support of the Prosecutor's position regarding the power to compel, and was joined by three other states who shared that view. While the majority of states did not comment on this issue in *Blaskic*, China alone submitted written argument in support of Croatia's position.

The legal precedent created in that case is crucial to the future operations of the International Criminal Court. Even more crucial is the actual commitment needed from those who will have to consider the issue of the scope of state secrecy versus the requirements of criminal justice. In this regard, as in many others, Canadian criminal justice is exportable; not necessarily in terms of its formulas, the fine points of its rules and procedure, or even some of its fundamental constitutional characteristics such as the right to a trial by jury, but for its deeply rooted vision of responsibility, transparency and equality.

The second generation of peacekeeping initiatives, this time involving the justice system, is still in its infancy. It is no longer a matter simply of negotiating a cease-fire or a resolution to a conflict and then deploying a military and/or civilian mission to implement it. This vision is much more ambitious. The mere act of intervention, even as an arbitrator, reflects a moral commitment of solidarity with "the other." But rationalizing intervention by claiming neutrality is no longer acceptable, if it ever was.

The ascension of the legalist and judicial approach in the international arena is similar to what Canada has experienced over the last 20 years under the Charter. Canada's commitment to a civil and universal vision of peace through justice should continue to be at the leading edge, not of any moralistic discourse, but of committed actions. As Lester B. Pearson said in reference to peacekeeping operations in his Nobel acceptance speech:

If, on that foundation, we do not build something more permanent and stronger, we will once again have ignored realities, rejected opportunities and betrayed our duty.

Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international

DOC
CA1
EA13
2001E86
EXF

Conférence commémorative O.D. Skelton



L'exportation de la justice pénale

Exposé de L'honorable Louise Arbour

Québec (Québec) ♦ Le 1^{er} mars 2001

En collaboration avec :



LIBRARY E A / BIBLIOTHÈQUE A E



3 5036 01049014 5

DOCS

CA1 EA13 2001E86 EXF

Arbour, Louise

Exporting criminal justice

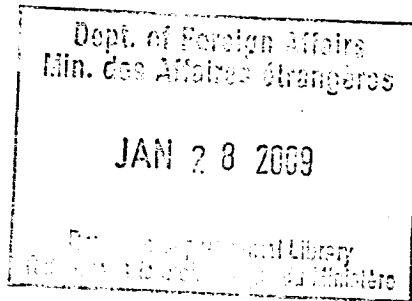
18718188 (E) 18718193 (F)

ATML/DOC
642 0136X (F)
642 01358 (E)

Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international

Conférence commémorative O.D. Skelton

L'exportation de la justice pénale Exposé de L'honorable Louise Arbour



Québec (Québec) ♦ Le 1^{er} mars 2001

En collaboration avec :



18-778-188 (E)

18-778-193 (F)

O.D. Skelton

Oscar Douglas Skelton est né le 13 juillet 1878 à Orangeville, en Ontario. Après avoir mené de brillantes études de premier cycle à l'Université Queen's de Kingston (Ontario), M. Skelton a reçu sa maîtrise ainsi que des médailles d'excellence en latin et en grec. En 1908, il obtenait son doctorat en économie politique de l'Université de Chicago. La même année, il était nommé professeur de sciences politique et économique à l'Université Queen's. Onze ans plus tard, il était nommé doyen des arts, poste qu'il a occupé jusqu'à sa démission de l'Université en 1925. Auteur prolifique, M. Skelton a signé plusieurs ouvrages importants, dont les biographies de sir Alexander Tilloch Galt et de sir Wilfrid Laurier.

En 1925, à la demande du premier ministre W.L. Mackenzie King, M. Skelton a accepté de succéder à sir Joseph Pope au poste de sous-secrétaire d'État aux Affaires extérieures. Jusqu'à son décès, à la fin de janvier 1941, il a été conseiller principal du premier ministre ou « vice-premier ministre ». Mackenzie King a déclaré que sa mort était la « plus grande perte que j'aie subie depuis le début de ma vie politique ». Un historien canadien l'a qualifié tout simplement de fonctionnaire le plus influent de l'histoire canadienne.

En tant que chef du ministère des Affaires extérieures pendant plus de 15 ans, M. Skelton a aidé à définir une politique étrangère canadienne distincte. En outre, il a recruté un groupe d'agents remarquablement compétents. M. Skelton croyait fermement à la nomination et à la promotion au mérite. La liste des personnalités qu'il a attirées à Ottawa est impressionnante ; elle comprend notamment deux gouverneurs généraux (Georges Vanier et Jules Léger), un premier ministre (Lester B. Pearson) ainsi qu'un grand nombre de hauts fonctionnaires.



O.D. Skelton

Louise Arbour est née à Montréal en 1947. Elle obtient un B.A. du Collège Régina Assumpta en 1967 et une LL.L. (avec distinction) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal en 1970. Elle est admise au Barreau du Québec en 1971 et au Barreau de l'Ontario en 1977. Après avoir travaillé comme clerc auprès de M. le juge Louis-Philippe Pigeon, de la Cour suprême du Canada, et comme agent de recherche pour la Commission de réforme du droit du Canada, Louise Arbour se joint au corps enseignant de l'Osgoode Hall Law School, de l'Université York, où elle enseigne de 1974 à 1987. Au cours de cette période, elle publie de très nombreux écrits, en français et en anglais, portant surtout sur la procédure pénale, les droits de la personne et les droits civils. Elle occupe la fonction de vice-présidente de l'Association canadienne des libertés civiles de 1985 à 1987.

En 1987, Louise Arbour est nommée juge à la Cour suprême de l'Ontario et, trois ans plus tard, à la Cour d'appel de l'Ontario. En 1995, le gouvernement du Canada la nomme commissaire afin qu'elle enquête sur certains événements qui se sont produits à la Prison des femmes de Kingston, en Ontario.

Après avoir été nommée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, Louise Arbour a été Procureur en chef des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, d'octobre 1996 à septembre 1999. Le 15 septembre 1999, sa nomination à la Cour suprême du Canada prend effet.

En plus d'avoir fait de nombreux exposés, séminaires, conférences et discours, Mme le juge Louise Arbour est coauteure d'un recueil de jurisprudence et a écrit de nombreux articles et comptes rendus. Elle a reçu des prix et distinctions au Canada et à l'étranger, plus de 20 doctorats *honoris causa*.

J'ose présumer qu'il n'est pas de mauvais goût de vanter les mérites d'une institution dont on est membre tout au moins si on a la discrétion de ne référer qu'aux succès qui ne nous sont aucunement attribuables. La Cour suprême du Canada, bien d'autres l'ont fait remarquer avant moi, a eu, en particulier depuis sa jurisprudence sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, un rayonnement impressionnant à l'extérieur du Canada. D'ailleurs, le système de justice canadien fut classé par l'Institut Davos, en 2000, comme le deuxième meilleur au monde, après celui du Danemark (IMD International, *The World Competitiveness Yearbook*, Lausanne, Suisse: International Institute for Management Development, 2000, table 3.42, p. 418).

L'éminent avocat britannique Sydney Kentridge, dans un discours qu'il a prononcé en septembre dernier à l'occasion du 125^e anniversaire de la Cour suprême, a recensé les références nombreuses et variées aux décisions de la Cour en Angleterre, en Afrique du Sud, en Australie, en Inde, en Nouvelle-Zélande, au Zimbabwe, à Hong Kong, en Écosse, en Israël et aux États-Unis. Selon Kentridge, lord Goff, du Conseil privé anglais, lors de l'audition d'une cause concernant une condamnation à mort prononcée dans les Caraïbes, aurait indiqué à un procureur à qui l'on venait de demander pourquoi il citait une autorité canadienne :

What you are going to tell his Lordship is that this is a judgment of the Supreme Court of Canada and therefore not lightly to be dismissed.

Si les tribunaux étrangers se sont référés à la plus haute cour du Canada sur des sujets tels la responsabilité civile, le droit administratif et les droits des Autochtones, c'est sans aucun doute la jurisprudence canadienne en matière de droits et libertés garantis par notre Charte qui a constitué l'apport le plus remarquable de la Cour suprême à la réflexion internationale en matière de droits fondamentaux. On s'est tourné vers la Cour suprême sur des questions comme celles entre autres du droit au suicide assisté, des limites aux énoncés politiques que peuvent faire les membres de la fonction publique et de la réglementation des dépenses reliées aux campagnes électorales.

Dans le contexte du droit criminel, la Cour a souvent servi de guide sur les sujets fondamentaux de la présomption d'innocence et des limites qu'il est possible d'apporter aux droits individuels dans le cadre d'une société libre et démocratique. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, lorsqu'elle s'est penchée

dans sa toute première décision (*S. c. Zuma*, [1995] 4 B.C.L.R. 401) sur la validité d'une disposition effectuant un renversement de fardeau de preuve dans un contexte pénal, a été fortement influencée par la jurisprudence de notre Cour dans les affaires *R. c. Oakes*, (1986) 26 D.L.R. (4e) 449, *R. c. Downey*, (1992) 90 D.L.R. (4e) 449, *R. c. Chaulk*, (1990) 62 C.C.C. (3e) 193 et *R. c. Whyte*, (1988) 51 D.L.R. (4e) 481. De même, la Cour d'appel de Hong Kong, dans l'affaire *A.G. of Hong Kong c. Lee Kwong Kok*, [1992] 2 H.K.C.L.R. 76, ainsi que le Conseil privé en appel ([1993] A.C. 951), se sont aussi tournés vers la jurisprudence canadienne sur le renversement du fardeau de preuve en droit criminel et la possibilité de justifier une telle mesure dans une société libre et démocratique et ce, même en l'absence d'une disposition équivalente à l'article 1 de notre Charte dans le *Hong Kong Bill of Rights*.

Ce phénomène de rayonnement à l'étranger est d'autant plus pertinent que si la mondialisation a amplifié la nécessité d'universaliser les mécanismes de résolution de conflits de nature commerciale et économique, on avait moins réfléchi, jusqu'à tout récemment, au développement d'un régime universellement acceptable et efficace de responsabilité criminelle comme garant des droits humains fondamentaux.

Il existe bien sûr depuis longtemps des organismes multinationaux et internationaux de résolution des conflits commerciaux. Au cours des dernières années, avec la mondialisation, ces organismes prolifèrent et deviennent de plus en plus populaires. L'arbitrage commercial international s'institutionnalise (voir à cet effet, Haigh, Kunetski et Antony, « International Commercial Arbitration and the Canadian Experience », (1995) 34 *Alta. L. Rev.* 137). Il est clair que dans le contexte actuel, les parties privées ou les États désirant soumettre leurs différends commerciaux à l'arbitrage ne manquent pas de ressources. Les organismes et institutions mis à leur disposition incluent le Centre d'arbitrage et de médiation commercial pour les Amériques (CAMCA), la Inter-American Commercial Arbitration Commission, le International Centre for Settlement of Investment Disputes, créé en 1966 par la Banque mondiale, la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, en existence depuis 1899, mais se consacrant depuis récemment de plus en plus à l'arbitrage commercial, le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, ainsi qu'une multitude d'organismes nationaux d'arbitrage pratiquant aussi l'arbitrage international, comme l'American Arbitration Association et le Centre d'arbitrage commercial national et international de Québec.

D'ailleurs, l'ONU a établi en 1966 la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI, plus connue sous l'acronyme anglais de UNCITRAL), qui a élaboré en 1985 une loi type sur l'arbitrage commercial international et a adopté en 1976 des règles d'arbitrage qui sont régulièrement incorporées aux contrats commerciaux. Cet organisme a aussi le mandat de promouvoir l'importante *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* signée à New York en 1958, maintenant ratifiée par 105 États et incorporée en droit canadien depuis 1986. De plus, l'Organisation mondiale du commerce offre un mécanisme de règlement des disputes commerciales entre États par le biais d'un processus de négociations et de soumission de l'affaire à un groupe spécial nommé par l'Organe de règlement des différends du Conseil général de l'OMC.

Parallèlement, il ne fait aucun doute que l'on puisse maintenant parler de la mondialisation des droits. Cinquante ans après la Déclaration universelle des droits de l'Homme et de plusieurs grands instruments internationaux qui y sont reliés, telles les Conventions sur le génocide et sur la torture, on assiste à une revendication de plus en plus concrète de ces droits fondamentaux de la part de ceux qui ne s'étaient auparavant jamais vraiment perçus comme des « rights holders » (détenteurs de droits).

Dans ce contexte, les tribunaux canadiens se sont avérés, depuis les vingt dernières années, un forum des plus sollicités et des plus observés, au sein duquel des revendications sociales et politiques importantes et controversées se sont affrontées. Cette nouvelle identité canadienne nous situe sur la plaque tournante des attentes internationales quant à l'explosion des revendications des détenteurs de droits.

Le modèle de la justice pénale est particulièrement pertinent à cette dynamique de l'expansion des droits. Situé au confluent du droit public et du droit privé, le droit pénal au niveau national est devenu, particulièrement depuis l'avènement de la Charte, le forum par excellence au sein duquel la société réaffirme ses valeurs à la fois changeantes et fondamentales, et calibre les mécanismes de contrôle de l'abus de pouvoir par l'autorité et des autres excès inévitables de la démocratie.

Champion de la Cour pénale internationale, dans la création de laquelle il a joué un rôle de premier plan — vous me permettrez de souligner la contribution de mon ami Philippe Kirsch — et qu'il a ratifiée en bonne et due forme l'été dernier, le Canada se retrouve en position de leadership en la matière et y trouve une occasion de

transformer la perception — particulièrement intense à l'intérieur du pays — de sa vocation et de son rôle en matière de maintien de la paix.

C'est une transformation toute naturelle puisque le droit pénal, au niveau domestique, est le mécanisme privilégié de maintien et de restauration de la paix, et se substitue, en fait, à l'utilisation de la force, l'intervention *manu militari*, formule qui semble trop souvent la seule, mais la moins attrayante, option au plan international.

Je suis consciente des efforts qui sont présentement déployés au sein des organismes internationaux, tels l'ONU et l'OUA et au sein de l'Union européenne, pour développer des mécanismes efficaces d'intervention militaire dans les cas où cette intervention est nécessaire et présentement inexistante ou insuffisante. Et je ne vous propose pas un projet utopique où la justice remplace tous les recours à la force. Plutôt, il me semble que nous soyons à l'orée d'un nouveau partenariat, bien établi dans les régimes démocratiques, où la force est dans tous les cas, même lorsqu'elle se prévaut de l'autorité en place, assujettie au droit et à la responsabilité civile et pénale.

Il s'agit donc d'affirmer la compatibilité des souverainetés étatiques avec un double volet de l'interdépendance : les exigences de l'intervention, volontaire ou forcée, et l'imputabilité de l'abus de pouvoir et de force. Je me pencherai aujourd'hui sur le deuxième volet, celui de la responsabilité. Tout comme certains pays se font valoir par l'exportation de leurs produits de grand luxe, le Canada est à mon avis en compagnie peu nombreuse lorsqu'il tente d'exporter certains idéaux, et son insistance sur la légalité, la régularité et l'intégrité. La responsabilité personnelle des dirigeants pour les actes criminels les plus graves doit s'inscrire dans un processus qui requiert une forte dose d'intégrité et de régularité.

Avant même de définir les minutieux détails de la procédure pénale internationale, il est clair qu'il est nécessaire d'exporter les pré-requis de la légitimité de la sanction pénale, sans quoi la justice internationale deviendra un forum additionnel d'aliénation ou pire, elle-même une source de conflits, possiblement de conflits violents.

Tout aussi importante est la nécessité de participer de façon très concrète à l'entreprise. Les Canadiens sont fiers à juste titre du rôle prééminent du Canada en matière de maintien de la paix, et cela non seulement parce que le Canada a réussi au niveau diplomatique à promouvoir le modèle, et ce de la façon spectaculaire qui a valu à Lester B. Pearson le prix Nobel de la paix en 1957, mais également à cause de l'engagement constant du Canada sur le terrain. Depuis l'initiative de Pearson, alors

secrétaire d'État aux Affaires extérieures, face à l'éclatement du conflit entre l'Égypte et Israël, menant au déploiement d'une force internationale sous la bannière de l'ONU, les opérations de maintien de la paix de l'ONU se sont multipliées et raffinées, et la participation du Canada est demeurée constante. Plus de 100 000 Canadiens ont participé jusqu'à maintenant à plus de 40 missions. Il semble donc naturel que cet engagement se traduise maintenant par une contribution, intellectuelle et matérielle, démesurée si nécessaire, au développement de la justice. Les principes fondamentaux qui assurent la légitimité et l'efficacité du droit pénal canadien sont exportables et ces principes ne peuvent être véhiculés uniquement par la promotion d'idées au sein de réunions diplomatiques. Ils doivent être promus par l'entremise d'un engagement dans la question et d'une présence réelle sur le terrain. Il s'agit là d'un plan d'action qui se situe à la croisée des grands axes de la présence du Canada dans le monde. Un pays riche en matières premières intellectuelles, humaniste et audacieux.

Gary Bass, dans son excellent ouvrage publié tout récemment sur la politique des tribunaux internationaux pour crimes de guerre (*Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton University Press, 2000) traite habilement du gouffre entre les idéaux nationaux et la politique étrangère, en particulier aux États-Unis. Il préconise l'inverse. Se basant sur certaines études récentes en sciences politiques, il souligne que dans certains domaines la politique étrangère des États constitue un prolongement de leurs engagements sociaux fondamentaux comme nation. Il réfère, par exemple, à une étude qui démontre que les États les plus généreux au niveau de l'aide humanitaire sont ceux qui ont à l'interne les programmes également les plus généreux d'aide sociale. Transposant cette prémisse au niveau de ce que j'appellerais l'exportation des programmes de promotion de la paix, Bass nous dit ceci, aux pages 17 et 18 :

I argue that liberal ideals make liberal states take up the cause of international justice, treating their humbled foes in a way utterly divorced from the methods carried by illiberal states.

What does this mean for war crimes tribunals? If a war crimes tribunal is victors' justice, it makes a difference who the victors are. Victorious legalist liberal states tend to operate abroad by some of the same rules they observe at home. A trial, the supreme legalistic act, wrote liberal political theorist

Judith Shklar, "like all political acts, does not take place in a vacuum. It is part of a whole complex of other institutions, habits, and beliefs. A trial within a constitutional government is not like a trial in a state of near-anarchy, or in a totalitarian order".

On a aussi beaucoup parlé, au Canada, de la judiciarisation des questions politiques et de la croissance du judiciaire comme lieu d'affrontement de valeurs qui s'exprimaient auparavant dans l'arène politique. Il n'est pas prématuré, à mon avis, de constater l'ébauche d'un mouvement semblable sur le plan international, à la suite de l'initiative de ces États libéraux dont parle Gary Bass et qui sont bien sûr les champions de l'État de droit et de la primauté du droit sur la force. Je n'irais pas jusqu'à suggérer que l'on est en voie d'atteindre une primauté du juridique sur le politique dans l'arène internationale, mais je pense que la croissance du juridique est la conséquence inévitable de la mondialisation des droits.

On a aussi beaucoup parlé de la légitimité, de la légalité et de l'opportunité de l'intervention humanitaire, particulièrement à l'occasion des frappes aériennes de l'OTAN au Kosovo. L'initiative canadienne annoncée en septembre dernier créant une Commission internationale pour examiner la problématique de l'intervention vis-à-vis la souveraineté des États s'insère parfaitement dans le cadre de cette réflexion et ses travaux seront sûrement suivis de très près. Il me semble que l'on soit encore très loin de la reconnaissance d'une obligation légale positive d'intervenir même dans les cas de catastrophe humanitaire imminente, tout comme, à l'autre extrême, on a grand-peine à définir l'agression comme crime de guerre. Mais à l'intérieur de ces deux pôles se situe l'embryon d'une volonté politique à la fois de prévenir et de punir les crimes contre l'humanité et le génocide. L'acte criminel, en particulier les violations du droit de la guerre applicable en cas de conflit armé interne, se situe au centre de ce débat sur la légitimité et la légalité de l'intervention, non pas nécessairement de l'intervention par la force, mais de l'intervention par l'exigence que des comptes soient rendus.

Il me semble également que l'insistance sur la responsabilité personnelle des dirigeants politiques et militaires pour les crimes qu'ils prétendent perpétrer au nom d'un État, ou au nom d'un peuple au sein d'un État qu'ils répudient, facilite le rejet de la notion voulant que la souveraineté d'un État devrait empêcher qu'ils soient interpellés par la communauté contre laquelle se sont inscrits leurs gestes, soit l'humanité toute entière.

Pourtant, après avoir énoncé la nécessité pour les démocraties libérales d'insister sur l'exportation de leurs normes de justice et de leur engagement envers le principe de la suprématie des lois, Gary Bass, dont j'ai parlé plus tôt, identifie l'obstacle le plus sérieux à ce rayonnement, que d'autres appelleront impérialisme, du droit et de sa mise en application. Bass prétend que dans tous les cas, les démocraties libérales engagées dans ces projets de justice internationale refusent l'engagement ultime sur le terrain si cet effort risque de mettre en danger la vie de leurs soldats. C'est ici que se distinguent les différentes sortes d'agents de la paix. Au sens juridique du terme en droit canadien, les policiers en fonction au Canada sont des agents de la paix. Les troupes canadiennes en Bosnie non; ce qui constitue un vide inexplicable dans un ordre juridique international qui investit maintenant plus de 200 millions de dollars par année dans un exercice de justice criminelle qui n'a pas encore réglé sa crise de croissance en matière d'intervention. Et pourtant, l'usage modeste de la force pour appréhender les criminels de guerre recherchés par la justice internationale, opération dont la légitimité et la légalité ont des assises relativement solides, requiert un engagement politique et opérationnel des États. Il s'agit là, me semble-t-il, d'une limite raisonnable à l'abdication de responsabilité en faveur des acteurs non-étatiques. En effet, on imagine mal la société civile internationale s'organiser hors des cadres étatiques pour palier à ce vide. Après Médecins sans frontières, Journalistes sans frontières et Avocats sans frontières, on conçoit moins aisément la venue de Policiers sans frontières. Il est de ces limites inévitables à la privatisation des fonctions de l'État qui devraient inciter les organisations internationales à se pencher sérieusement sur les fonctions qui leur reviennent.

L'inertie des acteurs internationaux témoigne de la difficulté, évidente à bien d'autres égards, pour le droit international de s'accommoder des exigences de ce nouveau venu sur l'échiquier : le droit pénal. J'ai souligné à quelques reprises les difficultés inhérentes à la tentative de fusionner ces deux disciplines juridiques qui permettent d'utiliser les sanctions criminelles pour assurer le respect du droit international humanitaire. Le droit international public visait au départ à réglementer les relations entre États et est donc un droit essentiellement consensuel. Il se préoccupe du principe plus que de la minutie des règles, et est très attentif à la pratique des États, d'où il puise une partie importante de sa substance. Il intègre des concepts et des traditions provenant de systèmes juridiques variés, respecte les intérêts des États et est très sensible aux considérations politiques. Le droit criminel, au contraire, est un droit de nature contraignante, autoritaire et rigoureuse. Il se

préoccupe des détails, des faits particuliers, et son application est fondée sur des règles précises. Il s'intéresse assez peu à la méthodologie du droit comparé. Les facteurs politiques, en droit criminel, sont perçus comme non pertinents ou même pernicious et dangereux. Par contre, il existe en dernière analyse des principes de base que l'on retrouve dans les deux disciplines. Dans leur acceptation moderne, elles recherchent toutes deux à protéger les droits individuels ainsi qu'à préserver l'ordre et la paix. La fusion du droit international public et du droit criminel constitue sans contredit un défi, amplifié par le choc culturel entre les différentes traditions juridiques. En droit civil et commercial, comme je l'ai indiqué plus tôt, les divergences entre les systèmes juridiques ont déjà été sensiblement réduites pour répondre aux exigences du commerce et de l'économie modernes. Le droit criminel n'a pas encore fait l'objet d'un tel rapprochement, les échanges entre les systèmes étant généralement minimes. Les procès criminels de common law demeurent donc fondamentalement différents de ceux qui sont tenus dans les juridictions civilistes.

De plus, on s'accroche trop souvent sur les batailles de clocher : entre autres sur la minutie des procédures qui reflètent la contribution des grands systèmes juridiques en place dans le monde occidental, originaires ou apparentés à la common law ou au droit civiliste (romain ou continental, selon l'appellation), alors qu'il importe tout d'abord de solidifier les prémisses fondamentales de la justice pénale. Seuls quelques grands principes devraient ne pas être négociables, au niveau procédural. Au premier plan de ces grands principes je mettrais l'indépendance et l'intégrité de la magistrature, et le procès public, équitable et comprenant la possibilité réelle d'un acquittement.

Seuls les États libéraux appuient réellement le concept des procès pour crimes de guerre, et ils voient ces procès comme un prolongement naturel du concept des droits universels, lui-même la plaque tournante sur laquelle reposent les régimes démocratiques fondés sur les droits individuels (Bass, pages 20-26). En fait, je suis tout à fait d'accord avec Gary Bass qui prétend que les procès internationaux pour crimes de guerre modernes, tant en réalité qu'en principe, ne peuvent que refléter les exigences occidentales d'équité procédurale. Personne ne prétend que les procès pour crimes de guerre devraient être moins qu'équitables, selon notre compréhension de la notion d'équité, parce que ceux qui seraient enclins à tenir un tel discours se sont plutôt faits les champions de la résistance à toute forme de justice internationale.

Il est bien sûr de ceux qui résistent à l'universalisation de l'État de droit, ou tout au moins à l'exportation des normes de justice pénale au plan international. À

part leur résistance à se soumettre eux-mêmes au jugement des étrangers, ce qui requiert leur rejet de tout modèle de responsabilité pénale véritablement universel, ils soulèveront également l'effet de corruption que leur participation à un effort de justice internationale risque d'infliger à leur propre système. Gary Bass, à la page 25, en souligne un exemple particulièrement explicite lorsqu'il rapporte les propos du juge américain Harlan Fiske Stone, alors juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, référant aux travaux de son collègue, le juge Robert Jackson, procureur en chef de la délégation américaine au procès de Nuremberg, comme suit :

It would not disturb me greatly [...] if power were openly and frankly used to punish the German leaders for being a bad lot, but it disturbs me some to have it dressed up in the habiliments of the common law and the constitutional safeguards to those charged with crime. [...]

Jackson is away conducting his high-grade lynching party in Nuremberg. [...] I don't mind what he does to the Nazis, but I hate to see the pretense that he is running a court and proceeding according to common law. This is a little too sanctimonious a fraud to meet my old-fashioned-ideas. (Quoted in Alpheus Thomas Mason, Harlan Fiske Stone: Pillar of the Law, New York, Viking, 1956, p. 176).

Il est bien sûr toujours aisé de dénoncer comme inadéquat un projet dans lequel on refuse de s'impliquer. Le contraste entre la vision du juge en chef Stone, exprimant une préférence ou tout au moins une tolérance pour la justice sommaire du peloton d'exécution, et celle du juge Jackson, révélée lors de sa plaidoirie d'ouverture du procès de Nuremberg est frappante :

That four great nations, flushed with victory and stung with injury, stay the hand of vengeance and voluntarily submit their captive enemies to the judgment of the law is one of the most significant tributes that Power has ever paid to Reason. (Justice Robert Jackson, US opening statement at Nuremberg).

Malgré la présence dominante des juristes américains à Nuremberg, ce grand débat idéologique a très peu d'écho aujourd'hui aux États-Unis. Le Canada se trouve

par ailleurs stratégiquement situé au sein d'une coalition démocratique, pour promouvoir un modèle idéal de justice. Nous sommes en mesure de formuler des attentes réalistes quant au fonctionnement de ce modèle. Nous devons tout d'abord reconnaître que le recours au processus pénal constitue habituellement la reconnaissance de l'échec d'autres institutions sociales importantes, telles le système d'éducation, le soutien à l'enfance et à la famille, la famille elle-même, le système de santé mentale, les mécanismes de redistribution de la richesse et parfois même la communauté culturelle et les médias. On ne peut s'attendre à ce que l'intervention de la justice criminelle remédie à tous les maux sociaux, d'autant plus que la justice pénale ne peut intervenir sans une forme d'association avec d'autres institutions fournissant la preuve, le diagnostic, le soutien à la réhabilitation et, fondamentalement, l'affirmation d'un éventail de valeurs morales partagées et d'un projet social commun. Tant que la justice pénale internationale devra fonctionner sans l'aide des institutions sociales locales, ou pire encore, en conflit avec elles, il faudra la soutenir au même titre que tous les autres efforts de reconstruction qui visent à remédier à la dévastation laissée par la guerre et les crimes violents qui y sont souvent associés.

Incapable de puiser dans un partenariat d'institutions soutenant son projet, la justice criminelle internationale doit se définir en conséquence. Un choix fondamental s'impose quant à la nature du processus judiciaire et plus particulièrement quant à l'objectif même du procès. Il existe essentiellement deux options. Vu les difficultés, le premier choix consiste à formuler des objectifs modestes pour le procès comme tel. Le fait de reconstituer le crime dans sa conception technique étroite — la planification, par exemple, et l'exécution d'un homicide dans les circonstances juridiques nécessaires pour faire de cet homicide un crime de juridiction internationale — constitue déjà une tâche monumentale. Compte tenu de l'atmosphère ultra-sceptique et ultra-critique dans laquelle ce genre de tribunal pénal doit fonctionner, le fondement du premier modèle serait de garder les choses les plus simples possible et de tout mettre en oeuvre pour en arriver à une disposition finale rapide de chaque cas individuel.

Le second modèle est ambitieux et entrevoit, au contraire, un procès axé sur la divulgation du contexte plus large. Il s'agit de peindre la fresque historique complexe des événements, dans le but non seulement de démontrer la culpabilité individuelle, mais aussi d'exploiter la scène dramatique du procès pour construire la mémoire collective qui servira à purger à la fois les victimes et les bourreaux, ainsi que des

populations entières, de leur passé brutal (pour une argumentation convaincante en faveur de ce modèle, voir Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, Transaction Publishers, 1997).

Si on tient compte de la nature des crimes en cause et des efforts investis pour poursuivre les responsables au niveau international, il me semble que le second modèle devrait s'imposer. Un engagement en ce sens, cependant, comporte des conséquences sérieuses qui doivent être énoncées et acceptées dès le départ comme le prix inévitable d'un projet aussi ambitieux. Pour que le procès criminel puisse entreprendre cette tâche historique, il est possible que certaines prémisses de base et exigences traditionnelles de la justice criminelle domestique doivent subir des modifications substantielles.

De plus, il est important dès le départ de s'interroger sur la question de savoir s'il est réaliste de s'attendre à ce qu'un procureur criminel entreprenne le travail d'un historien. L'entreprise de la poursuite criminelle est considérablement plus menaçante que celle de l'historien pour des populations qui ont déjà construit une mémoire collective dans laquelle la vérité telle que conçue par une cour de justice ne constitue pas un ingrédient majeur. L'histoire laisse place au doute. Il s'agit d'un projet fluide, d'une histoire à construire, visant une reconstitution du passé influencée, comprise et révisée en vertu du présent et même de l'avenir. La justice, au contraire, impose des conclusions irréversibles. Elle se lie elle-même à une interprétation permanente et officielle des faits, souvent suivie de conséquences irréversibles. Elle favorise les reconstitutions détaillées d'événements précis, prouvés à un degré de certitude élevé, pour satisfaire son propre besoin de finalité. La nécessité de réviser et, pire encore, la possibilité d'erreurs, doivent être maintenues à un minimum, tant pour la protection de ceux qui auraient subi les conséquences irréversibles du jugement erroné initial que pour assurer la crédibilité, et ainsi la légitimité continue du projet de justice lui-même. Parallèlement, la possibilité réelle que le procès criminel produise un acquittement, condition *sine qua non* d'une procédure équitable, peut être perçue comme un affront à la réalité historique, puisque l'acquittement sera caractérisé par certains de répudiation officielle de tout ce qui était allégué par la poursuite, y compris le contexte que la loi rendait pertinent quant à la culpabilité.

Par exemple, les prétentions incessantes à l'effet que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) est anti-serbe résultent d'une distorsion de la réalité. Le TPIY n'est pas anti-serbe. Pourquoi est-il perçu comme tel par

plusieurs à Belgrade, et même par certains ailleurs? Il existe plusieurs raisons, dont certaines ne relèvent pas d'un discours rationnel. Mais c'est aussi en partie parce qu'on ne peut formuler aucune réponse acceptable à la question de savoir pourquoi il existe seulement deux tribunaux pénaux internationaux. Le fait que d'autres individus, possiblement tout aussi coupables, ne soient pas poursuivis ne rend pas ceux qui le sont moins coupables, mais il rend le fait de ne viser qu'eux moins juste. Quand on participe à l'entreprise de la justice, il est très coûteux et même dangereux d'être, ou d'être perçu comme étant, moins que juste. Et quand on participe à l'entreprise de la vérité, il faut dire les choses telles qu'elles sont.

Dans le contexte d'un procès international d'envergure, les problèmes d'accès à l'information et aux moyens de preuve se multiplient. Quand on a l'ambition de peindre toute la trame d'une guerre, et d'exposer le rôle sordide de certains dirigeants puissants, les moyens traditionnels d'enquête suffisent à peine, et même ceux-là, on ne les possède souvent pas. Il est impensable de pouvoir reconstituer certaines opérations militaires, et certains échanges politiques aux plus hauts niveaux du pouvoir, sans avoir accès ou bien aux archives des parties directement impliquées dans le conflit, ou bien aux services de renseignements de ceux qui les observaient aux époques pertinentes. Vous comprendrez qu'il ne s'agit pas là de l'environnement traditionnel dans lequel se déroule une enquête criminelle. Les pays soucieux de promouvoir la justice criminelle internationale devront donc s'acclimater à ces nouvelles exigences d'enquête en facilitant l'accès à l'information requise et en réévaluant les méthodes de protection des intérêts nationaux. Par ailleurs, les procédures d'une cour criminelle internationale devront refléter les inquiétudes des États tout en se fondant sur des preuves dont la fiabilité est vérifiable. Les procédures devant les tribunaux *ad hoc* auront bien servi d'exemple. Permettez-moi deux références. D'une part l'article 70 du Règlement de preuve et de procédure du TPIY, qui permet la réception par le procureur d'informations qu'il ou elle s'engage à tenir secrètes et à n'utiliser qu'aux fins d'enquête, plutôt qu'en tant que preuves soumises à la Cour, s'il a grandement facilité la coopération de certains États, place par ailleurs le procureur dans une situation peu enviable. En effet, à moins d'obtenir le consentement de l'État ou de la personne qui lui a révélé des renseignements sous la protection de l'article 70, le procureur ne peut en faire usage. Il devient donc très difficile de porter des accusations, et plus encore d'intenter un procès sans savoir à l'avance de quelles preuves on disposera vraiment au moment critique.

Cet état de choses est d'autre part relié à la contraignabilité des États devant les instances pénales internationales. Il est impossible, et le TPIY l'a reconnu dans l'affaire Blaskic, que la justice pénale, au niveau de l'enquête, ne puisse émettre des ordonnances contraignantes à l'égard des États qui sont présumés détenir des renseignements pertinents à une accusation. Il n'existe aucun système de justice pénale, à ma connaissance, qui puisse fonctionner sans ce pouvoir de contrainte pour exiger la production de documents ou la comparution de témoins. D'ailleurs, dans le litige qui opposait le bureau du procureur à la Croatie et à son ministre de la Défense de l'époque, au cours du procès du général Blaskic, le Canada est intervenu, en soumettant au tribunal un mémoire à titre d'*amicus curiae* pour soutenir la position du procureur quant à ce pouvoir de contrainte, en compagnie de trois autres États qui partageaient ce point de vue. Alors que la majorité des États ne s'est pas prononcée sur la question dans le dossier Blaskic, seule la Chine a produit une plaidoirie écrite au soutien de la position croate.

Le précédent juridique créé dans ce dossier est capital pour les travaux éventuels de la Cour pénale internationale. Plus encore est l'engagement dans la réalité de ceux qui devront réfléchir à la portée du secret d'État face aux exigences de la justice pénale. À ce titre comme à bien d'autres, la justice pénale canadienne est exportable. Pas nécessairement dans ses formules, dans la minutie de ses règles et procédures, ni même dans certaines de ses caractéristiques fondamentales, ancrées dans la constitution, tel le droit au procès par jury. Mais dans sa conception profonde de la responsabilité, de la transparence, de l'égalité.

La deuxième génération d'initiatives de maintien de la paix, celle qui implique la justice, est embryonnaire. Il ne s'agit plus seulement de négocier une trêve ou une résolution du conflit et de déployer une mission militaire et/ou civile pour la mettre en oeuvre. Le projet est maintenant beaucoup plus ambitieux. Le simple fait d'intervenir, même comme arbitre, reflète un engagement moral de solidarité envers « les autres ». Mais la rationalisation de l'intervention par la neutralité n'est plus acceptable, si elle l'a jamais été.

On voit se refléter sur la scène internationale une ascension du juridique et du judiciaire parallèle à celle qu'a connue le Canada des vingt dernières années sous l'égide de la Charte. L'engagement du Canada dans une vision civile et universelle de la paix par la justice devrait continuer d'être à la fine pointe non pas d'un discours moralisateur, mais d'une conduite engagée. Comme le disait Lester B. Pearson, lorsqu'il a reçu le Prix Nobel, à propos des opérations de maintien de la paix :

Si nous ne construisons pas sur cette base quelque chose de plus permanent et de plus solide, une fois de plus nous n'aurons tenu aucun compte des réalités, nous aurons laissé passer des possibilités et trahi notre devoir.