

UNITE MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARE DE PARIS
(UMR 8103 - PARIS 1/CNRS)

RAPPORT FINAL
RECHERCHE SUR
LES INSTITUTIONS DE CLEMENCE EN EUROPE
(AMNISTIE, GRACE, PRESCRIPTION)

Responsabilité scientifique :

Hélène RUIZ FABRI,
Professeur à l'Université de Paris I-Panthéon Sorbonne
Directrice de l'UMR de Droit Comparé

Gabriele DELLA MORTE,
Docteur en droit en co-tutelle avec l'Université de Paris 1,
'Assegnista di ricerca' à l'Université la Cattolica de Milan

Elisabeth LAMBERT ABDELGAWAD,
Chargée de recherche au CNRS – UMR de Droit Comparé.

Octobre 2005

Recherche subventionnée par
la Mission de Recherche Droit et Justice,
Convention n°23.10.23.12,
N/Réf. : ccco Décision 03.17

L'AMNISTIE COMME PRATIQUE POLITIQUE DEMOCRATIQUE, UNE HISTOIRE PROSPECTIVE
 COMPAREE DES ENJEUX POLITIQUES L'AMNISTIE.

Direction : Sophie Wahnich

Résumé

L'amnistie est souvent appréhendée comme un processus faisant obstacle à la vérité historique et au rendu de justice. La société serait alors dans l'impossibilité de se réparer par ces procédures de justice et de vérité. Ce travail cherche à comprendre la construction historique de cette représentation et à la critiquer en prenant en compte différents modèles d'amnisties aujourd'hui oubliées.

Si les normes historiques de la clémence et de l'intolérable permettent de saisir qu'amnistier des crimes contre l'humanité, c'est accepter de confondre le monde et l'immonde, toutes les amnisties ne ressortent pas de cette violence faite à la société et à son éthique. Les amnisties réparatrices sont celles qui cherchent à inclure dans la société la conflictualité politique passée et lui reconnaissent une valeur politique malgré l'usage de la violence. Loin de refouler cette conflictualité au nom d'une réconciliation parfaite, elles déplacent l'irréconcilié tout en le reconnaissant. L'amnistie serait alors la manière d'accommoder des restes : celui d'un tort subi par les victimes qui ne peut être réparé, celui d'une humanité porteuse d'effroi dans la reconnaissance de l'humanité ou de la politicalité des acteurs de ce tort.

L'amnistie est alors une procédure démocratique à deux titres. Elle est un exercice qui permet de redonner à la puissance législative la fonction normative du symbolique dans une société. En effet, soit elle annule la violence répressive exercée sur les corps des incriminés par le pouvoir exécutif, soit elle la déplace et la transforme en violence symbolique législative exercée sur des victimes à qui l'on demande d'être magnanimes car *in fine* victorieuses. Elle est enfin un exercice de contrôle de la cruauté du pouvoir souverain.

L'amnistie ou son refus sont ainsi indissociables de la qualification des crimes concernés et supposent toujours une réécriture de l'histoire, fût-elle celle du refus de l'historisation.

Les amnisties réparatrices d'injustices ou modératrices de la cruauté (amnistie des Suisses de Châteaueuvieux en 1792, amnistie des Communards en 1880) supposent de longs débats historiographiques dans la société sur un mode souvent multisectoriel. Les amnisties qui détournent les victoires démocratiques républicaines (amnistie des Trente à Athènes en 403 av JC, amnistie des collaborateurs en France en 1953) ou qui mettent sur un plan d'équivalence les violences faites au corps par des résistances à l'oppression et des violences faites aux corps par des crimes contre l'humanité (amnistie italienne de 1944-1946, décrets d'amnisties liés à la guerre d'Algérie), sont souvent nouées à un blocage de la vérité historique, refus ou déni d'histoire.

C'est fort de ces approches historiques que nous sommes revenus vers le présent pour saisir les enjeux actuels d'une société qui se rêve souvent sans clémence renouant avec le fantasme d'en finir une fois pour toutes avec la division. La France et l'Italie ont constitué nos terrains d'étude privilégiés au sein d'une normativité européenne qui, dans le contexte de l'Euroterrorisme, semble laisser bien peu d'espace à l'amnistie. Il y va bien sûr du caractère démocratique ou non de ces sociétés politiques de l'Europe. C'est pourquoi prenant au sérieux le caractère proprement politique de cette institution, nous avons interrogé les possibles à venir de cette institution de clémence.

UNITE MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARE DE PARIS
(UMR 8103 - PARIS 1/CNRS)

NOTE DE SYNTHÈSE
RECHERCHE SUR
LES INSTITUTIONS DE CLEMENCE EN EUROPE
(AMNISTIE, GRACE, PRESCRIPTION)

Responsabilité scientifique :

Hélène RUIZ FABRI,
Professeur à l'Université de Paris I-Panthéon Sorbonne
Directrice de l'UMR de Droit Comparé

Gabriele DELLA MORTE,
Docteur en droit en co-tutelle avec l'Université de Paris I,
'Assegnista di ricerca' à l'Université la Cattolica de Milan

Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD,
Chargée de recherche au CNRS – UMR de Droit Comparé.

Octobre 2005

Recherche subventionnée par
la Mission de Recherche Droit et Justice,
Convention n°23.10.23.12,
N/Réf. : ccco Décision 03.17

AMNISTIE, GRACE, PRESCRIPTION EN EUROPE

Le projet soumis par l'UMR de droit comparé à la Mission de Recherche Droit et Justice, et accepté par cette dernière, était orienté vers l'étude du droit public constitutionnel et international, ce qui allait constituer les deux axes du programme, destinés à se rejoindre à l'heure de la synthèse.

I – Du point de vue de sa conception, le programme de la recherche reposait sur quelques intuitions qu'il s'agissait de vérifier :

- La première était que les institutions juridiques réunies sous le terme global d'« institutions de clémence » touchent au plus intime d'un système juridique. Si l'on admet que les règles de droit sont une réponse à une réalité sociale, les règles régissant l'amnistie, la prescription et la grâce correspondent alors à la manière dont un corps politique ou social décide de solder certaines conduites de tout compte, que ce soit au moyen d'un pardon et/ou d'un oubli. Il est évident que les décisions prises à cet égard sont largement tributaires des circonstances propres à chaque Etat ou groupe social et de son rapport à son histoire, d'où l'intérêt de comparer les principes et pratiques en vigueur dans les pays européens, ne serait-ce que pour apercevoir les spécificités et les convergences.

- La deuxième intuition était que la question des institutions de clémence interférait avec les droits fondamentaux. Néanmoins, l'intuition n'est pas l'évidence. Certes, qu'il s'agisse de l'amnistie, de la prescription ou de la grâce, elles bénéficient à des personnes. Mais, dès lors qu'il s'agit de « clémence », c'est-à-dire de pardon des offenses et d'adoucissement des châtiments, cela ne semble pas de nature à mettre en cause leurs droits, sous réserve d'élucider la nature et la portée d'un éventuel « droit à l'oubli ». On pense bien plutôt aux droits des victimes qu'ont fait les conduites qu'il s'agit d'oublier ou dont il s'agit d'adoucir la sanction et qui constituent, d'un point de vue juridique, des fautes. *A priori*, la mesure de clémence, quelles qu'en soient les modalités, est une mesure verticale, une mesure prise par l'autorité publique à destination de personnes incriminées, poursuivies ou condamnées et nombre d'explications rationnelles, qui vont des considérations de politique criminelle ou pénitentiaire au souci d'apaisement social, sont alors avancées. Mais le problème n'est alors pas tant dans le principe de ces explications que dans les mesures effectives qu'elles servent à couvrir. En d'autres termes, ce sont moins les institutions de clémence en tant que telles que la manière dont elles sont utilisées, et les abus éventuels auxquels elles peuvent donner lieu, qui vont amener à se demander si l'autorité publique en a la libre disposition et quelle considération elle est éventuellement tenue d'accorder aux victimes. A cet égard, dans la mesure où les Etats européens ont tous connu, dans la période postérieure à la deuxième guerre et parfois assez récemment, une évolution vers le modèle de l'Etat de droit constitutionnel incluant une protection au niveau le plus élevé de l'ordre juridique des droits fondamentaux de la personne, il était intéressant d'examiner si les institutions de clémence constituaient une question suffisamment sensible pour être devenue l'objet d'un encadrement par des normes de rang constitutionnel.

- La troisième intuition était la montée globale d'un refus de l'impunité, en particulier pour les crimes les plus graves, que le XX^{ème} siècle n'a certes pas inventés mais dont il a porté la réalisation et la connaissance à des niveaux sans précédent. Dans la mesure où les institutions de clémence ont pour effet, à des degrés divers, de mettre leurs bénéficiaires à l'abri des poursuites ou de l'exécution de leur peine, il pouvait être intéressant d'analyser si l'appareillage normatif mis en place tant pour protéger les droits de l'homme que pour garantir la répression des crimes les plus graves, et qui se prolonge dans des mécanismes de contrôle faisant intervenir des juridictions supranationales dont le fonctionnement renforce son effectivité, avait des incidences sur le régime des institutions de clémence. En d'autres

termes, il s'agissait de rechercher le degré d'internationalisation du droit sur cette question et l'influence qui en résultait éventuellement sur les droits nationaux.

II – Méthode de la recherche

Concernant l'axe international, les chercheurs se sont répartis la tâche selon un critère thématique¹, après avoir élaboré une grille commune d'analyse dans le but de garantir une certaine homogénéité de l'ensemble de l'étude². Les matériaux de recherche utilisés ont été les sources conventionnelles et unilatérales écrites, ainsi que tous les éléments de *soft law* et l'ensemble de la jurisprudence disponible. Sur un plan spatial, tant les normes à vocation universelle que les instruments régionaux ont été passés en revue, y compris et surtout les sources provenant des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. Une première version des rapports thématiques a été soumise au commentaire de spécialistes de disciplines différentes³, ce qui a permis de compléter les rapports dans leur version finale.

Concernant l'axe de droit constitutionnel comparé, la recherche⁴ s'est, dans un premier temps, organisée autour de la production de monographies par pays, chaque chercheur devant étudier les trois types de mesures de clémence incluses dans le programme. Aux fins de la comparaison, d'une part, douze pays⁵ avaient été sélectionnés, ce qui offre un panorama significatif, même si on peut regretter l'absence d'un pays anglo-saxon, d'autre part, un questionnaire permettant d'organiser les rapports nationaux⁶ selon des lignes directrices communes avait été élaboré. Dans une phase ultérieure, trois rapports de synthèse comparative par institution de clémence⁷ ont été sollicités, puis soumis pour commentaire aux

¹ L'amnistie a été étudiée par Gabriele DELLA MORTE (Docteur en droit en co-tutelle avec l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne, 'assegnista di ricerca' à l'Université la Cattolica de Milan), la prescription par Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD (Chargée de recherche au CNRS – UMR de Droit Comparé) et Kathia MARTIN-CHENUT (Docteur en droit de l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne, ATER au Collège de France), la grâce par Mathilde PHILIP-GAY (Docteur de l'Université de Lyon III), sous la coordination et la synthèse d'Hélène RUIZ FABRI (Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne, Directrice de l'UMR de droit comparé).

² Celle-ci prévoyait comme lignes directrices :

- l'étude des sources formelles et de la valeur juridique des obligations posées par le droit international, notamment en matière de crimes internationalisés,
- l'examen du contenu des obligations imposées par le droit international à l'usage national des institutions de clémence,
- l'examen de l'effectivité et de l'efficacité de la norme internationale sur les acteurs destinés à l'appliquer au niveau interne,
- l'étude des interférences susceptibles d'apparaître entre institutions de clémence, dans la manière dont elles sont appliquées,
- l'étude des conflits de compétence susceptibles de surgir tant au niveau horizontal que vertical.

³ Sergio ADORNO (sociologue), Jean-François KERVÉGAN (philosophe), M. DELMAS-MARTY (juriste pénaliste) Stéphane GACON (historien), Xavier PHILIPPE (juriste constitutionnaliste), Sandrine LEFRANC (politiste), Antoine GARAPON (magistrat), Djamchid MOMTAZ (juriste internationaliste), Jean-Marc SOREL (juriste internationaliste), Hervé ASCENSIO (juriste internationaliste).

⁴ Coordinée par Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Hélène RUIZ FABRI, Professeurs à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne.

⁵ L'Espagne, la Grèce, le Portugal, la Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie, la Norvège, la Suisse, la Pologne, la Russie et la Roumanie.

⁶ Elaborés par Cesar AGUADO RENEDO (Profesor titular à l'Universidad Autonoma de Madrid) pour l'Espagne, Rui Manuel MOURA RAMOS, Mariana CANOTILHO et Luisa PINTO (respectivement Vice-Président et Assistantes du Président du Tribunal constitutionnel du Portugal) pour le Portugal, Marc VERDUSSEN et Elise DEGRAVE (respectivement Professeur et Assistante à l'Université de Louvain) pour la Belgique, Michel FROMONT (Professeur émérite à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne) pour l'Allemagne, Pascal MAHON (Professeur à l'Université de Neuchâtel) pour la Suisse, Nadine MARIE (Chargée de recherche au CNRS – UMR Droit comparé) pour la Russie, Celina NOWAK (Doctorante à l'Académie polonaise des Sciences, Varsovie) pour la Pologne, Antoine PANTELIS (Professeur à l'Université d'Athènes) pour la Grèce, Mathilde PHILIP-GAY (Docteur de l'Université de Lyon III) pour la France, Guido RIVOSECCHI (Professeur à l'Université de Lecce) pour l'Italie, Eivind SMITH (Professeur à l'Université d'Oslo) pour la Norvège, Iona TANASE (Doctorante à Paris I – Panthéon Sorbonne) pour la Roumanie.

⁷ Laure JEANNIN (Docteur en droit public comparé de l'Université de Paris I – Panthéon Sorbonne) pour la prescription, Jean-Christophe LE COUSTUMER (Professeur à l'Université de Lyon II) pour la grâce, Thierry RAMBAUD (Maître de conférences à l'Université de Paris II – Panthéon Assas) pour l'amnistie.

rapporteurs nationaux dans le cadre d'une journée d'études qui a permis d'affiner la comparaison et d'élaborer une synthèse comparative globale⁸.

III - Résultats de la recherche

L'arrière-plan fondamental de l'étude des institutions de clémence est le rapport entre droits de l'homme et souveraineté de l'Etat. Le constat vaut autant sous l'angle du droit international que sous celui du droit interne, parce que, dans les deux ordres, le développement des droits de l'homme vient accroître ou asseoir la soumission de l'Etat au droit.

Une synthèse comparative globale des résultats du programme de recherche ne pouvait faire l'économie d'un détour par des analyses propres à chaque institution de clémence, tant du point de vue du droit international que de celui du droit constitutionnel comparé. S'il est en effet possible de dégager quelques réflexions générales, chacune des institutions est trop différente des autres pour qu'on renonce à rendre compte de ses spécificités.

1. **L'annistic**⁹, dans des termes très généraux « pardon étendu par le gouvernement à un groupe ou une catégorie de personnes »¹⁰, est aussi plus ponctuellement qualifiée de cause d'exclusion de l'imputabilité d'un certain crime ou encore, plus précisément, comme un « acte du pouvoir souverain immunisant des personnes de toute poursuite pénale pour des crimes passés »¹¹. Toutefois il s'agit d'un terme polysémique ou, au moins, d'un mot caméléon, couvrant des situations très hétérogènes. Sa définition peut donc représenter un exercice insidieux, son sens variant selon le contexte de référence mais gardant un noyau dur de signification détectable à partir de son étymologie (défense de se souvenir ou, à l'inverse, obligation d'oublier). La pluralité des sens possibles se reflète tout d'abord dans l'ambiguïté de son domaine d'application. « Terme de droit pénal interne désignant la mesure pour laquelle le législateur décide de ne pas poursuivre les auteurs de certains infractions ou de ne pas appliquer les condamnations [...] »¹²; il peut aussi indiquer la « [c]lause d'un traité de paix par laquelle les parties renoncent à leurs griefs, que ceux-ci soient antérieurs ou consécutifs à la guerre »¹³. En particulier dans ce dernier domaine, les frontières de l'exemption sont très flexibles et couvrent souvent une multitude de domaines. L'article 2 du Traité d'Osnabrück du 24 Octobre 1648 fournissait une description particulièrement suggestive de cette institution, en prévoyant « [...] que toutes les rigueurs, violences, hostilités et défenses qui ont été faites et causées de part et d'autre, tant avant que pendant la guerre, de fait, de parole ou par écrit, sans aucun égard aux personnes et aux choses, soient entièrement abolies : si bien que tout ce que l'on pourrait demander et prétendre de l'autre à ce sujet, soit enseveli dans un perpétuel oubli ». La définition est exemplaire : l'oubli sera « perpétuel », le passé passe et n'a plus *le temps* pour resurgir, le droit à la mémoire est enterré, la mémoire du droit interrompue. Face à cette complexité, certaines distinctions apparaissent nécessaires.

⁸ Réalisée par Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, Professeurs à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne.

⁹ Du grec ancien, *amnēstia*, comp. de *a-* (privation) et *mnēstis* (souvenir).

¹⁰ B. A. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary*, VII edition, West Group, St. Paul, Minn., 1999.

¹¹ Cf. le *Progress Report on the Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6.12 (19 juillet 1993).

¹² Ou encore « d'effacer certaines conséquences résultant de ces infractions »; cf. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/Auf, 2001, p. 63. L'ouvrage renvoie aux termes *Imprescriptibilité* et *Prescription*.

¹³ *Ibid.* Les auteurs de common law distinguent à ce propos l'« Express amnesty. Amnesty granted in direct terms » de l'« Implied amnesty. Amnesty indirectly resulting from a peace treaty executed between contending parties ». B.A. GARNER, *op. cit.*

Au niveau du droit international, ce n'est pas tellement l'amnistie *en tant que telle* qui est mise en cause, mais une certaine pratique, voire certaines applications de cette institution (*espèces* qui proviennent pourtant du même *genre*). Il est possible de distinguer les amnisties selon différentes perspectives, par exemple, selon les sujets émetteurs, selon la finalité expresse ou implicite, ou encore selon le champ d'application matériel. Ainsi, on peut distinguer les amnisties unilatérales de celles conclues sur la base d'un principe de réciprocité ou, plus généralement, sur la base d'un accord ; ou encore, on peut distinguer les amnisties accordées par les sujets qui en bénéficient (auto-amnisties) de celles données par l'*establishment* politique qui a succédé à celui qui a accompli les faits punissables et désormais amnistiés. Selon le domaine d'application, on isolera les amnisties dénommées « inconditionnelles » de celles qui ont un domaine d'application limité, c'est-à-dire qui ne couvrent pas tous les types de crimes mais seulement certaines catégories de faits punissables avec exclusion d'autres (en particulier, les *crimina juris gentium*).

Dans l'analyse de ces *espèces*, une mise en perspective historique est au surplus nécessaire¹⁴. L'internationalisation de la protection des droits de l'homme, ainsi que la naissance d'une catégorie de droits qualifiés comme *jus cogens* (droit impératif) par le droit international a lentement perméabilisé les frontières originaires infranchissables du domaine réservé des Etats. Sur le plan du droit international, par conséquent, les problématiques posées par l'amnistie concernent tout d'abord la relation entre le respect de la souveraineté, d'une part, et la protection des droits de l'homme, de l'autre. Il s'agit là d'une relation dialectique et évolutive. Dialectique, puisque la protection active des droits de l'homme implique généralement une (auto)limitation, voire une érosion, du concept classique de souveraineté (*superiorem non recognoscens*). Evolutive, puisque la criminalisation de certains actes (le fait de les punir ou, au moins, de les rendre punissables) n'est pas, en soi, une panacée et il se peut que, dans des conditions particulières, ce ne soit même pas la solution la plus adéquate¹⁵. L'adage *nulla pax sine justitia* n'est pas toujours valide en dehors du monde de la logique formelle. La possibilité d'un conflit entre les exigences de réconciliation d'un corps social et l'activité menée par un organe judiciaire de répression nationale ou internationale préfigure une possible hétérogénéité des intérêts à protéger, qui laissent entrevoir le besoin d'une grille taxinomique d'orientation. La question est de savoir dans quelle mesure le droit international est aujourd'hui en mesure de fournir cette grille.

Le droit international conventionnel ne s'exprime pas *directement* sur la question, mais permet de détecter certaines conséquences importantes (mais pas toujours conclusives¹⁶) des conventions qui imposent l'imprescriptibilité de certains crimes et/ou l'obligation de le poursuivre. Dans la même voie s'inscrivent les normes d'origine conventionnelle du droit international pénal, dont l'enjeu principal est de permettre le jugement des personnalités politiques qui bénéficient souvent, en droit interne, de formes d'impunité/immunité. Des trois verbes fondamentaux de la grammaire normative, *obliger, interdire, permettre*, est-ce *permettre* qui paraît le plus pertinent pour conclure sur ce sujet ? Avant de trancher la question, il faut se tourner vers le droit international général. Une prévision coutumière

¹⁴ V. L. JOINET, *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, rapport établi en application de la décision 1996/119 de la Sous-commission des droits de l'homme, CES, 26 juin 1997.

¹⁵ En effet, la justice pénale internationale « demeure toujours partielle (plus que partielle) ». V. A. GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner – pour une justice internationale*, Odile Jacob, Paris, 2002, p. 84.

¹⁶ Comme dans l'hypothèse d'une contradiction entre un traité qui établit une amnistie et un traité sur l'imprescriptibilité.

d'interdiction au moins des formes les plus abusives d'amnistie (auto-amnisties qui couvrent les *crimina juris gentium*) pourrait trancher la question *ab initio*, en particulier s'il s'agissait d'une norme de droit impératif (*jus cogens*) et donc non dérogeable par une norme conventionnelle ou coutumière. Or, s'il y a sans doute une norme impérative apte à couvrir certains crimes internationaux (génocide et crimes contre l'humanité, ou encore agression, piraterie et esclavage, par exemple), dans tous les autres cas, la question reste ouverte et c'est dans cet espace gris qu'il faut opérer un balancement attentif.

Quant au droit constitutionnel, la comparaison, centrée sur les fondements et sur l'application de cette institution de clémence dans chaque pays, montre que l'amnistie est consacrée dans les principaux modèles de droit européen (la seule exception est celle du droit norvégien qui ne connaît que la grâce), même si son application est de plus en plus rare (à cause du caractère stable de la vie démocratique de l'ensemble des Etats de l'Union européenne et du fait qu'il y a de moins en moins de changements de régimes politiques). En général, il s'agit d'une institution à caractère principalement pénal dont le but est d'être un instrument de conciliation sociale et dont le fondement est bien souvent constitutionnel. Plus en détail, il faut une opération de clarification conceptuelle pour distinguer (dans le cadre constitutionnel comme dans le cadre international) entre le *genre* et les *espèces* des amnisties. Par exemple, le droit italien distingue entre « amnistie impropre » et « amnistie propre (*sic*) » (la première est une mesure préventive en ne concernant que les délits pour lesquels un jugement de condamnation pénale irrévocable n'a pas encore été prononcé, tandis que la deuxième est une mesure de clémence votée après une condamnation définitive). Le droit polonais connaît une distinction entre amnistie et « abolition » (seule cette dernière supprime la responsabilité pénale). Le droit portugais distingue l'amnistie du « pardon générique » (mesure de clémence appliquée en fonction des peines et non des crimes). Et le droit français connaît la « grâce amnistiante » (qui apparaît comme une institution de caractère « mixte »).

Une perspective comparative de droit international et constitutionnel permet d'évaluer dans quelle mesure les frontières érigées par le droit international sont capables de limiter ces hypothèses d'amnisties hybrides.

2. La grâce a été définie, aux fins de la recherche comme la mesure de clémence qui « soustrait en tout ou partie un condamné à l'exécution de sa peine ». L'intérêt de s'en tenir à une définition purement matérielle venait de ce que la grâce n'est pas toujours un acte de l'exécutif. Parmi les Etats étudiés, la Suisse se distingue en ce qu'au niveau fédéral, comme au niveau cantonal (à une exception près), c'est l'Assemblée qui a compétence. Il faudrait ajouter le cas de la Roumanie, où une grâce collective accordée par loi organique cohabite avec la grâce individuelle de prérogative présidentielle. Beaucoup de rapports nationaux mentionnent également un phénomène d'attraction « ministérielle » du droit de faire grâce (phénomène particulièrement net en Italie). Pour être plus précis, il faudrait peut-être ne plus parler de la grâce au singulier, mais des grâces, puisqu'il y a eu avec le temps une tendance à une diversification du procédé : les grâces collectives sont ainsi assez répandues et revêtent parfois des modalités assez différentes de la grâce individuelle. Les Etats se partagent d'ailleurs en deux courants, selon qu'on y considère la grâce comme une initiative unilatérale de l'Etat (la grâce est accordée d'office en Italie ou en Allemagne) ou que, sans reconnaître un droit individuel à la grâce, l'individu, ou ses représentants légaux voire des tiers, peuvent, voire doivent, déposer une requête en grâce (comme en Espagne, en Suisse, en Belgique). En Belgique, si les grâces collectives sont accordées d'office, la grâce individuelle doit être sollicitée. Certains systèmes combinent les deux formules.

Corrélatrice du droit de punir, la grâce est une institution ancienne intimement liée à la souveraineté et constitutionnalisée presque dans tous les Etats étudiés. Ce passé fait de la grâce une institution qui présente des traits communs à beaucoup de pays. Ainsi doit être noté notamment le fait très remarquable que la grâce ne soulève finalement que peu d'interrogations en droit positif quant à sa compatibilité avec certains principes fondamentaux, spécialement les principes de protection et sécurité juridique, de nécessité des peines, de séparation des pouvoirs et le principe d'égalité. Pourtant, les éléments de divergence entre Etats, ou entre le niveau interne et le niveau international demeurent importants. Quatre aspects principaux peuvent être mis en exergue.

- Le premier trait remarquable a trait à la pérennité et au respect du droit de grâce, en dépit de la concurrence que l'institution subit. En effet, la grâce semble être concurrencée par d'autres techniques développées aujourd'hui : d'autres possibilités de remise de peine, la libération conditionnelle (en Norvège, Allemagne), la possibilité de réexamen ou de réouverture d'une procédure judiciaire. Cependant, la grâce n'a pas qu'une fonction correctrice, mais aussi instrumentale et surtout symbolique, que ces techniques ne peuvent remplir. De surcroît, loin de mettre en danger cette mesure de clémence, le droit international s'accommode de l'exercice du droit de grâce, lui reconnaît même des vertus, et va jusqu'à le protéger. Par exemple, la grâce a pu être considérée comme une mesure de réparation adéquate de la victime au stade de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, comme alternative à la réouverture de la procédure judiciaire interne pour une victime par exemple d'une violation de ses garanties procédurales dans le cadre d'une procédure pénale. L'exercice du droit de grâce est reconnu dans les rapports interétatiques, puisqu'il est pris en compte dans la règle du *non bis in idem*. Mais la grâce accordée au niveau interne n'est pas opposable aux juridictions pénales internationales compétentes pour juger l'individu. Surtout, le droit international protège le droit de grâce comme une composante du droit à un recours effectif, en particulier dès lors qu'il y a application de la peine de mort.

- Le deuxième trait concerne une éventuelle évolution relative aux infractions et personnes exclues du droit de grâce. Certains droits internes excluent de la grâce des catégories de bénéficiaires (notamment certains détenteurs de fonctions publiques, comme en Belgique, en Allemagne, en Pologne, en Espagne). Ce phénomène n'a, semble-t-il, pas évolué avec le temps. Plus pertinente peut-être, l'approche *ratione materiae* : à la lecture des rapports nationaux, on constate une diversité assez grande mais rares sont les hypothèses d'exclusion de certaines infractions. Le droit international ne semble pas à même de susciter une évolution en la matière. Une disposition conventionnelle imposant une obligation de s'assurer que les sanctions imposées par la loi sont réellement efficaces et strictement appliquées n'interdit pas l'exercice de la grâce. Celles qui prononcent l'imprescriptibilité de la peine ne peuvent être davantage interprétées comme interdisant de fait l'octroi d'une grâce. La position suivante semble en fait recueillir l'unanimité : l'application stricte de la sanction s'opposerait seulement à l'octroi d'une grâce anticipée et encouragerait le titulaire du pouvoir de gracier à prendre en compte la gravité de l'infraction lorsqu'il en décide l'octroi.

- Le troisième point consiste à se demander si, dans un climat de juridictionnalisation accrue des rapports sociaux, on pourrait escompter un développement du contrôle juridictionnel de la grâce. Le tableau est là encore assez variable et nuancé, puisque cela peut aller de l'absence totale de contrôle (Grèce, Russie, Italie, Roumanie pour les grâces présidentielles), ou quasi-totale en Pologne puisqu'aucun contrôle n'est possible mais le

Président pourrait être poursuivi pour violation de la Constitution, à un contrôle du respect de la procédure prévue par la loi (sans aller jusqu'au contrôle de la justification de la mesure) en Espagne, ou pour violation de la Constitution en Belgique, à un contrôle uniquement contre le retrait éventuel d'une grâce (car cela aggrave la situation du condamné) mais non contre le refus d'une grâce en Allemagne et en Suisse, à un contrôle de constitutionnalité de la grâce collective en Roumanie, laquelle résulte d'une loi organique. En Roumanie, des grâces collectives ont pu ainsi être déclarées inconstitutionnelles, car contraires au principe d'égalité devant la loi (même par référence à la CEDH). En Allemagne, où les autorités judiciaires sont toujours consultées avant la décision d'octroi de la grâce, on s'attend à ce que la procédure se juridictionnalise sous peu. En Belgique également, la jurisprudence du Conseil d'Etat semble actuellement évoluer vers la possibilité d'un certain contrôle. En somme, la grâce est bien un acte particulier, et cette « exception » semble tout à fait voulue et acceptée par les Etats et même par les juridictions qui, pour la plupart, rejettent d'elles-mêmes la possibilité d'un contrôle de la mesure de grâce.

- La dernière remarque a trait à l'encadrement du droit de grâce interne par les juridictions pénales internationales. L'enjeu ici, du fait que ce sont les Etats qui doivent héberger les prisonniers condamnés par les juridictions pénales internationales, était d'assurer la bonne exécution des peines prononcées, voire un minimum d'uniformité du régime d'exécution des peines, pour des auteurs de crimes d'une particulière gravité. En se déclarant volontaire, « l'Etat qui s'est offert et qui est désigné fera exécuter la sentence prononcée pour le compte du tribunal, en application du droit international et non de son droit interne »¹⁷. Or les Etats, spécialement la France, ont fait savoir lors des négociations, qu'ils tenaient à conserver une entière marge de manœuvre quant à l'octroi de la grâce, et ne souhaitaient pas réviser leur constitution sur ce point. D'ailleurs, dans le cadre du Statut de Rome, on souhaitait prévoir un régime spécifique pour la grâce (l'idée d'en confier la décision à un Comité permanent d'Etats parties, et non à la Cour pénale internationale – CPI –, avait été émise). Selon le droit positif, l'autorité nationale disposant de la prérogative d'accorder la grâce ne peut pas l'opposer de façon absolue à la juridiction pénale internationale qui a condamné la personne. La Cour pénale internationale – ou le Président en ce qui concerne les Tribunaux pénaux internationaux - doit donner son accord, ce qui suppose que l'octroi de la grâce soit conforme aux principes généraux de droit ainsi qu'à l'intérêt de la justice, ce qui implique de tenir compte, « entre autres, de la gravité de l'infraction commise, du traitement réservé aux condamnés se trouvant dans la même situation, de la volonté de réinsertion sociale dont fait preuve le condamné ainsi que du sérieux et de l'étendue de la coopération qu'il a fournie au Procureur »¹⁸. En cas de divergence de vues entre l'Etat et le tribunal international, trois cas de figure sont possibles, en fonction des accords bilatéraux conclus par les Etats avec l'ONU : selon une première formule, l'Etat d'exécution se soumet à la décision de refus du tribunal international (exemples finlandais, autrichien, espagnol, suisse). Selon la deuxième formule, l'Etat énonce l'impossibilité absolue pour l'individu de continuer à exécuter la peine sur son territoire et on procède au transfert automatique du condamné vers le tribunal international (formule italienne, française dans le cadre des deux TPI pour la grâce et la commutation de peine). Selon la troisième formule, l'Etat se réserve la possibilité au cas par cas soit de continuer à exécuter la peine, en renonçant à la mesure d'aménagement, soit d'exiger le transfert du condamné au tribunal international : c'est la formule française pour la libération conditionnelle, et pour tous les aménagements de peines au titre de la CPI ; c'est le choix émis également par la Belgique. La statut de la CPI pose, en surplus des limites matérielles, une limite temporelle à l'exercice de la réduction de peine en faveur d'une

¹⁷ Comme l'a énoncé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Erdemovic*.

¹⁸ Selon le règlement de procédure et de preuve des Tribunaux pénaux internationaux.

personne condamnée devant elle, qui doit avoir exécuté au moins les deux tiers de sa peine, ou accompli vingt-cinq années d'emprisonnement en cas de condamnation à perpétuité.

En définitive, tout le débat sur la grâce porte au fond sur le fait savoir si les Etats et les sociétés assument pleinement cette institution de clémence particulière. Or, dans tous les Etats qui la pratiquent, la grâce semble être une institution socialement et politiquement acceptée. Sans doute ses origines anciennes et son utilisation parcimonieuse la soutiennent-elle aujourd'hui. Et tout tient en effet sans doute plus à l'usage prudent, mesuré et raisonnable qui doit être fait de la grâce et qui semble en être fait, si l'on examine les pratiques en la matière. Le plus grand « risque » pour le droit de grâce viendrait sans doute, plus que d'une absence de justiciabilité, d'une utilisation immodérée ou manifestement injuste, sa vocation première faisant de lui un acte exceptionnel et destiné à incarner le pardon du souverain, sa juste clémence. Les abus, semble-t-il, en Roumanie ces dernières années, l'illustrent totalement.

3. La prescription, définie dans le cadre de cette recherche comme le mode d'extinction de l'action en justice et/ou de l'exécution d'une condamnation pénale à la suite de l'écoulement d'un certain délai fixé par la loi, est perçue, avant tout, comme une mesure d'intérêt social - dans un souci d'apaisement de la société et de garantie de la sécurité juridique - et non comme un droit individuel. Après l'écoulement d'un certain temps, l'action ou l'exécution de la peine cesserait d'être utile. La prescription permettrait, en outre, de sanctionner les défaillances des autorités publiques. Elle peut également être perçue comme un instrument de politique criminelle, permettant notamment de pallier l'engorgement des tribunaux et de contrôler le flux d'affaires ou encore de dépénaliser par inertie certaines infractions.

La comparaison montre que la prescription n'est pas un principe général constitutionnalisé. Ce qui est parfois constitutionnalisé, au contraire, est le principe d'imprescriptibilité de certaines infractions (cas de la Pologne parmi les pays étudiés). Même si la prescription paraît échapper au droit constitutionnel, elle se retrouve néanmoins dans certains principes du droit pénal ayant une valeur constitutionnelle. C'est notamment le cas du principe de la nécessité des peines ou de proportionnalité, ou encore, du principe de la légalité. La prescription jouit souvent d'un large crédit, parce que, contrairement à l'amnistie et à la grâce, elle n'est pas un acte direct de volonté du politique. Elle a un caractère général, abstrait et automatique. De plus, dans les systèmes juridiques qui l'adoptent, elle est la règle, l'imprescriptibilité étant l'exception. Enfin, la durée du délai de prescription varie en fonction de la nature et de la gravité soit de l'infraction, soit de la peine. Les rapports nationaux montrent que les délais de prescription varient de un an pour les infractions les moins graves à trente ans, pour les plus graves.

La recherche montre l'érosion de la prescription et la naissance de l'imprescriptibilité en droit international avec l'apparition de la notion et du régime différencié des crimes internationaux et ses implications sur les droits internes. L'étude de droit international révèle que la naissance de l'imprescriptibilité n'a pas été aisée et qu'elle est toujours l'exception à la règle. Il s'agit d'une naissance historique particulière (autour des crimes nazis) et dans un climat d'urgence : dans le cadre de la lutte contre l'impunité des crimes nazis et des risques de prescription de ces crimes. Mais il s'est ensuite avéré difficile de développer la réflexion dans un cadre général, pour tous les crimes internationaux. Il suffit d'observer le manque d'adhésion aux traités spécifiques à l'imprescriptibilité (Convention des Nations Unies de 1968 et Convention du Conseil de l'Europe de 1974). L'adoption du Statut de Rome

représente, partant, un pas très important vers la reconnaissance de l'imprescriptibilité des graves crimes internationaux objets du traité. Venant codifier une règle de droit coutumier existante pour les crimes de génocide et crimes contre l'humanité, l'article 29 du Statut pourrait bien représenter le point de départ de l'élaboration d'une règle internationale de droit coutumier pour les autres crimes objets du traité.

La remise en cause catégorique et assez large de la prescription en droit international vient, en fait, des organes de protection des droits de l'homme. L'analyse des décisions de la Sous-commission des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, ainsi que de celles des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, révèle une extension de la qualification de crimes imprescriptibles aux violations dites graves des droits de l'homme. Ainsi, le Comité des droits de l'homme a considéré que l'Etat qui oppose la prescription en droit interne pour faire obstacle aux poursuites contre l'auteur d'une exécution extrajudiciaire, doit examiner si cela est conforme aux obligations internationales. Il va même jusqu'à enjoindre à l'Etat de réformer le système de prescription interne, si ce dernier fait obstacle à l'obligation, au titre des textes internationaux de droits de l'homme, d'enquêter et de réprimer les violations de droits de l'homme¹⁹. La Cour européenne a considéré en 2004 qu'en cas de violation de l'article 3 de la Convention européenne, le droit à un recours effectif est enfreint dès lors que les poursuites pénales sont prescrites ou lorsqu'une amnistie ou une grâce est accordée²⁰. La Cour interaméricaine, quant à elle, depuis 2001²¹, considère inadmissibles les dispositions de prescription, d'amnistie ou toute mesure empêchant l'enquête et la sanction des responsables de violations graves des droits de l'homme comme les tortures, les exécutions sommaires, extralégales ou arbitraires et les disparitions forcées.

L'analyse du droit international sur la prescription montre comment les fondements de l'institution de la prescription en droit interne peuvent être réfutés lorsqu'il s'agit de la poursuite des auteurs de graves crimes internationaux. Les arguments pratiques qui fondent la prescription pourraient être contrecarrés par d'autres arguments favorables à l'imprescriptibilité : les preuves apparaissent avec le temps, la justice a besoin de temps, les victimes ont besoin de recul pour oser porter plainte, la société a besoin de temps pour prendre conscience et le temps ne suffit pas à apporter l'oubli. L'étude a également mis en exergue les possibilités d'aménagement entre imprescriptibilité et prescription et dégagé quelques principes directeurs pour l'application de la prescription en cas de crimes internationaux graves. Dans le cadre des travaux de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies, un compromis semblait se dessiner autour de la dissociation entre le droit imprescriptible des victimes à la vérité et à réparation en cas de crimes internationaux, et la question de la prescription éventuelle des poursuites contre les auteurs de l'acte. Or, un dépassement contemporain de ce compromis gouvernemental existe déjà dans les travaux les plus récents de la Sous-Commission et dans le cadre des jurisprudences des organes régionaux et universels de protection des droits de l'homme (Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Cours européenne et interaméricaine). La prescription des crimes internationaux y est remise en cause moins par rapport à l'intérêt de punir l'auteur de l'acte même de longues années après, que sur d'autres plans : d'une part, en raison de l'importance de rappeler le droit, la loi - d'autant que l'interdiction des crimes en cause a valeur impérative -, et de prévenir la répétition de l'illicite ; d'autre part, et surtout, en se plaçant du côté de la

¹⁹ *Observations générales en réponse au rapport étatique de El Salvador soumis au titre du Pacte international des droits civils et politiques*, août 2003.

²⁰ Affaire *Abdulsamet Yaman c. Turquie* du 2 nov. 2004.

²¹ Affaire *Barrios Altos* contre Pérou.

victime : droit à la vérité, droit au recours effectif et droit à réparation et obligation pour l'Etat d'enquêter et de poursuivre les auteurs des actes. Les évolutions du droit international général (sur les implications de l'engagement de la responsabilité internationale des Etats) et les évolutions du droit international des droits de l'homme (droit à réparation des victimes, droit au recours effectif) se conjuguent ainsi en faveur d'une imprescriptibilité.

Pourtant, entre une imprescriptibilité absolue imposée en droit international et la préservation d'une marge d'appréciation totale des Etats quant à la réglementation de la prescription, peut-on dégager une échelle de critères régulant la légalité de l'institution ? L'imprescriptibilité absolue est-elle la seule issue pour les crimes internationaux ? Des aménagements autres seraient-ils envisageables ? A défaut d'imprescriptibilité, l'allongement des délais de prescription est envisagé par certains textes internationaux (par exemple, l'art. 7 de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes). Une tendance à l'allongement de la durée de la prescription peut être constatée de l'analyse des rapports nationaux, même si elle ne touche pas tous les pays étudiés. En France, par exemple, des délais allongés pour certaines infractions peuvent être constatés notamment en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants. Il en est de même pour la Suisse, où le délai de prescription de l'action pénale en cas d'infractions commises contre des enfants a été allongé. En Allemagne, des lois de 1993 et 1997 ont prolongé le délai de prescription des infractions commises pour des motifs politiques en ex-RDA ou des infractions économiques commises en liaison avec la réunification. Quant à la Pologne, en 1997, un allongement général des délais de prescription a été entrepris. Au-delà de l'allongement des délais de prescription par le législateur, les systèmes nationaux prévoient des causes de suspension ou d'interruption de la prescription. Il faut pourtant noter que, dans un souci de simplification, la Suisse a renoncé au système de suspension/interruption de la prescription de l'action pénale depuis 2002.

De telles possibilités d'extension des délais de prescription sont-elles suffisantes pour tous les crimes, même pour les plus graves ? Sous quelles conditions, selon quelles limites doit-on admettre la prescription et l'imprescriptibilité de crimes internationaux ? Dans quelles circonstances la prescription de crimes internationaux recouvrant les graves violations des droits de l'homme serait-elle acceptable ? Une chose est certaine : la prescription ne saurait porter atteinte au droit des victimes et de leurs ayants droit à réparation avec toutes ses composantes. En droit interne, en plus de cette tendance à l'allongement des délais de prescription, la grande majorité des pays étudiés prévoit des crimes imprescriptibles, parfois en raison de l'introduction du droit international pénal dans l'ordre interne, parfois en raison de la pression médiatique entourant certaines infractions. Si les crimes contre l'humanité sont souvent considérés comme imprescriptibles, le constat est celui de l'éclatement des infractions soumises à l'imprescriptibilité, dont certains exemples sont l'écocide en Russie ou l'infraction militaire d'insoumission en Italie.

Il semble bien que ce soient les développements du droit international des droits de l'homme et, dans une moindre mesure du droit international pénal, qui exercent une pression accrue en faveur d'une remise en cause de la prescription au nom de la lutte contre l'impunité des crimes internationaux, dont la catégorie, aux contours toujours variables, ne cesse d'augmenter. Pourtant, il faut noter les risques d'une hypertrophie de la répression, fruit de la conduite des Etats qui tentent de rattacher au noyau dur des crimes imprescriptibles d'autres infractions comme le terrorisme, la pédophilie ou la pornographie infantile.

4. En définitive, un certain nombre d'éléments scandent la réflexion sur les institutions de clémence, des termes qui, sans être nécessairement ou foncièrement antinomiques, peuvent le devenir : temps et droit, oubli et mémoire, justice et réconciliation,... Certains couples que l'on penserait solides comme la paix et la justice peuvent devenir improbables au gré des circonstances historiques, au gré du moment. Très vite, il est clair qu'une analyse univoque des institutions de clémence est impossible. Elles évoluent dans un environnement juridique complexe, caractérisé par une multiplicité des intérêts en présence, une multiplicité des personnes, une multiplicité des droits, une multiplicité des normes et une historicité. Leur situation a évolué, qu'il s'agisse de leur utilisation, mais aussi, et peut-être surtout, de leur perception. Si bien qu'à tout moment, l'analyse révèle des ambivalences, confirmant que l'enjeu de la recherche est bien de savoir si le droit positif se situe, ou non, sur une ligne d'équilibre.

Mais la complexité vient encore de ce que les mesures réunies sous le dénominateur d'institutions de clémence, à la fois, sont différentes les unes des autres, soulevant chacune des questions spécifiques, et se rejoignent dans leur effet commun de perturber l'application normale du droit puisque, de manière plus ou moins radicale, leurs bénéficiaires ne subiront pas, en fin de compte, la sanction que leurs actes semblaient appeler en vertu du droit commun. C'est sans doute ce qui explique l'impression initiale que droit international et droits internes procèdent un peu à front renversés. Les seconds s'appuient sur le postulat sinon de la nécessité (l'absence de telle ou telle institution de clémence dans certains pays prouve bien qu'on peut s'en passer), du moins de l'utilité des institutions de clémence. Les justifications en sont multiples, qu'on évoque l'apaisement social ou la réconciliation nationale, la régulation des flux judiciaires et/ou pénitentiaires. Il ne manque pas d'explications rationnelles. Le droit international, au contraire, s'appuie sur un postulat de méfiance, à raison des effets pratiques des institutions de clémence, à savoir l'impunité dont vont jouir leurs bénéficiaires, laquelle s'avère particulièrement intolérable pour les crimes les plus graves. Mais l'analyse combinée du droit international et des droits nationaux révèle plus de complémentarité qu'il n'y paraît, ainsi que des nuances. On ne passe en effet pas, sur un mode binaire, d'une logique de tolérance à une logique d'éradication. L'ancien modèle, issu des systèmes internes, qui fait des mesures de clémence des instruments de régulation sociale passibles, à des degrés divers, d'usages politiques, continue d'exister mais il se combine avec un modèle nouveau, largement issu du droit international, qui vient faire obstacle à l'impunité pour les crimes les plus graves et sanctionner les abus.

Projet de loi relatif à la présomption d'innocence et à la présomption de culpabilité

AMNISTIE, GRACE, PRESCRIPTION EN EUROPE

SOMMAIRE :

Introduction :

- I - Conception du programme
- II - Méthode de la recherche
- III - Présentation

Première partie : Le développement d'un cadre juridique international concernant les institutions de clémence

- Chapitre 1 : L'amnistie en droit international
- Chapitre 2 : La grâce en droit international
- Chapitre 3 : La prescription en droit international
- Chapitre 4 : Eléments de synthèse

Deuxième partie : Les institutions de clémence en droit constitutionnel comparé européen

- Chapitre 1 : L'amnistie en droit constitutionnel comparé européen
- Chapitre 2 : La grâce en droit constitutionnel comparé européen
- Chapitre 3 : La prescription en droit constitutionnel comparé européen
- Chapitre 4 : Eléments de synthèse

Annexes :

- Annexe 1 : Grille d'analyse pour les internationalistes
- Annexe 2 : Questionnaire pour les constitutionnalistes

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice » (subvention n°23.10.23.12). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord du GIP.

Le projet initialement soumis par l'UMR de droit comparé à la Mission de Recherche Droit et Justice, et accepté par cette dernière, était délibérément orienté vers l'étude du droit public constitutionnel et international, ce qui allait constituer les deux axes du programme. Cependant, ces deux axes, pour avoir fait l'objet de développements et d'études en partie séparés, n'étaient pas conçus comme strictement parallèles mais comme destinés à se rejoindre à l'heure de la synthèse.

I – Conception du programme

Dans sa conception même, le programme de la recherche reposait en effet sur quelques intuitions qu'il s'agissait de vérifier :

- La première était que les institutions juridiques que la Mission de Recherche Droit et Justice avait réunies sous le terme global d'« institutions de clémence » - car nous avons voulu comprendre le terme « institutions » comme renvoyant à des institutions juridiques c'est-à-dire l'ensemble des règles concernant un même objet – touchent au plus intime d'un système juridique. Si l'on admet que les règles de droit sont une réponse à une réalité sociale, les règles régissant l'amnistie, la prescription et la grâce correspondent alors à la manière dont un corps politique ou social décide de solder certaines conduites de tout compte, que ce soit au moyen d'un pardon et/ou d'un oubli. Il est évident que les décisions prises à cet égard sont largement tributaires des circonstances propres à chaque Etat ou groupe social et de son rapport à son histoire. Il pouvait dès lors être particulièrement intéressant de comparer les principes et pratiques en vigueur dans les pays européens, ne serait-ce que pour apercevoir les spécificités et les convergences.

- La deuxième intuition était que la question des institutions de clémence interférait avec les droits fondamentaux. Néanmoins, l'intuition n'est pas l'évidence. Certes, qu'il s'agisse de l'amnistie, de la prescription ou de la grâce, elles bénéficient à des personnes. Mais, dès lors qu'il s'agit de « clémence », c'est-à-dire de pardon des offenses et d'adoucissement des châtiments, cela ne semble pas de nature à mettre en cause leurs droits, sous réserve d'élucider la nature et la portée d'un éventuel « droit à l'oubli ». On pense bien plutôt aux droits des victimes qu'ont fait les conduites qu'il s'agit d'oublier ou dont il s'agit d'adoucir la sanction et qui constituent, d'un point de vue juridique, des fautes. *A priori*, la mesure de clémence, quelles qu'en soient les modalités, est une mesure verticale, une mesure prise par l'autorité publique à destination de personnes incriminées, poursuivies ou condamnées et nombre d'explications rationnelles, qui vont des considérations de politique criminelle ou pénitentiaire au souci d'apaisement social, sont alors avancées. Mais le problème n'est alors pas tant dans le principe de ces explications que dans les mesures effectives qu'elles servent à couvrir. En d'autres termes, c'est moins les institutions de clémence en tant que telles que la manière dont elles sont utilisées, et les abus éventuels auxquels elles peuvent donner lieu, qui vont amener à se demander si l'autorité publique en a la libre disposition et quelle considération elle est éventuellement tenue d'accorder aux victimes. A cet égard, dans la mesure où les Etats européens ont tous connu, dans la période postérieure à la deuxième guerre et parfois assez récemment, une évolution vers le modèle de l'Etat de droit constitutionnel incluant une protection au niveau le plus élevé de l'ordre juridique des droits fondamentaux de la personne, il pouvait être intéressant d'examiner si les institutions de clémence constituaient une question suffisamment sensible pour être devenue l'objet d'un encadrement par des normes de rang constitutionnel.

- La troisième intuition était la montée globale d'un refus de l'impunité, en particulier pour les crimes les plus graves, que le XX^{ème} siècle n'a certes pas inventés mais dont il a porté la réalisation et la connaissance à des niveaux sans précédent. Dans la mesure où les institutions de clémence ont pour effet, à des degrés divers, de mettre leurs bénéficiaires à l'abri des poursuites ou de l'exécution de leur peine, il pouvait être intéressant d'analyser si l'appareillage normatif mis en place tant pour protéger les droits de l'homme que pour garantir la répression des crimes les plus graves, et qui se prolonge dans des mécanismes de contrôle faisant intervenir des juridictions supranationales dont le fonctionnement renforce son effectivité, avait des incidences sur le régime des institutions de clémence. En d'autres termes, il s'agissait de rechercher le degré d'internationalisation du droit sur cette question et l'influence qui en résultait éventuellement sur les droits nationaux.

II – Méthode de la recherche

Pour développer les deux axes de recherche qui composaient le programme, deux équipes ont été constituées, qui ont fonctionné en parallèle avant que leurs résultats ne soient confrontés et réunis aux fins de la présente synthèse.

A - Rappel méthodologique concernant l'axe international

Les chercheurs se sont répartis la tâche selon un critère thématique, chaque chercheur étant chargé d'examiner une institution de clémence parmi celles retenues pour l'objet de la présente étude¹. Chacun des chercheurs a participé à l'élaboration d'une grille commune d'analyse dans le but de garantir une certaine homogénéité de l'ensemble de l'étude (v. Annexe 1). Celle-ci prévoyait comme lignes directrices :

- l'étude des sources formelles et de la valeur juridique des obligations posées par le droit international, notamment en matière de crimes internationalisés,
- l'examen du contenu des obligations imposées par le droit international à l'usage national des institutions de clémence,
- l'examen de l'effectivité et de l'efficacité de la norme internationale sur les acteurs destinés à l'appliquer au niveau interne,
- l'étude des interférences susceptibles d'apparaître entre institutions de clémence, dans la manière dont elles sont appliquées,
- l'étude des conflits de compétence susceptibles de surgir tant au niveau horizontal que vertical.

Les matériaux de recherche utilisés ont été les sources conventionnelles et unilatérales écrites, ainsi que tous les éléments de *soft law* (comme les travaux menés par la Sous-Commission des droits de l'homme), et l'ensemble de la jurisprudence disponible, puisque c'est notamment par ces biais que l'on peut appréhender la coutume internationale et les principes généraux de droit, spécialement en matière d'imprescriptibilité des *delicta juris gentium* (et de l'éventuelle interdiction d'amnistie ou de grâce qui pourrait en découler). Sur un plan spatial, tant les normes à vocation universelle que les instruments régionaux ont été passés en revue, y compris et surtout les sources provenant des systèmes régionaux de

¹ L'amnistie a été étudiée par Gabriele DELLA MORTE (Docteur en droit en co-tutelle avec l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, 'assegnista di ricerca' à l'Université la Cattolica de Milan), la prescription par Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD (Chargée de recherche au CNRS – UMR de Droit Comparé) et Kathia MARTIN-CHENUT (Docteur en droit de l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, ATER au Collège de France), la grâce par Mathilde PHILIP-GAY (Docteur de l'Université de Lyon III), sous la coordination et la synthèse d'Hélène RUIZ FABRI (Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, Directrice de l'UMR de droit comparé).

protection des droits de l'homme, bien au-delà du système prévu dans le cadre du Conseil d'Europe.

L'équipe s'est réunie à plusieurs reprises en séminaire, pour confronter les résultats obtenus en phases intermédiaires. Puis une première version des rapports thématiques a été soumise au commentaire de spécialistes de disciplines différentes², au cours d'une journée d'études tenue en janvier 2005, ce qui a permis de compléter les rapports qui ont servi de base pour la première partie de la présente synthèse.

B – Rappel méthodologique concernant l'axe de droit constitutionnel comparé

La recherche en droit constitutionnel comparé³ s'est, dans un premier temps, organisée autour de la production de monographies par pays, chaque chercheur devant étudier les trois types de mesures de clémence incluses dans le programme. Afin de poser des bases pour une comparaison adéquate, il avait été décidé, d'une part, de sélectionner un certain nombre de pays, d'autre part, d'élaborer un questionnaire qui permette d'organiser les rapports nationaux selon des lignes directrices communes.

Sur les quinze pays initialement sélectionnés⁴, douze ont en définitive donné lieu à un rapport national⁵, ce qui offre un panorama significatif, même si l'absence d'un pays anglo-saxon constitue une lacune regrettable. L'élaboration d'un questionnaire intégralement valable pour chacun des pays étudiés était un peu la quadrature du cercle dans une approche comparative puisque, même élaboré avec scrupule, ce questionnaire est tributaire de la culture juridique de ceux qui le conçoivent, ce qui peut aisément donner l'impression de questions biaisées, qui tendent à déformer les réalités d'autres pays, par définition encore mal connus au moment de l'élaboration du questionnaire. Pour surmonter cette difficulté, il a été convenu que le questionnaire ne devait être vu que comme un point de départ, appelant un regard critique rétrospectif à l'issue de la recherche. Il avait en outre été conçu comme ouvert, de façon à être adaptable dans le cadre des différents rapports nationaux.

Outre les douze rapporteurs « nationaux »⁶, trois rapporteurs de synthèse thématique, c'est-à-dire en charge de l'établissement d'une synthèse comparative par institution de

² Sergio ADORNO (sociologue), Jean-François KERVÉGAN (philosophe), M. DELMAS-MARTY (juriste pénaliste) Stéphane GACON (historien), Xavier PHILIPPE (juriste constitutionnaliste), Sandrine LEFRANC (politiste), Antoine GARAPON (magistrat), Djamchid MOMTAZ (juriste internationaliste), Jean-Marc SOREL (juriste internationaliste), Hervé ASCENSIO (juriste internationaliste).

³ Coordonnée par Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Hélène RUIZ FABRI, Professeurs à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne.

⁴ L'Espagne, la Grèce, le Portugal, la Belgique, la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Italie, le Danemark ou la Finlande, les Pays-Bas, la Suisse, un Etat de l'ex-Yougoslavie, la Russie et la Roumanie.

⁵ L'Espagne, la Grèce, le Portugal, la Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie, la Norvège, la Suisse, la Pologne, la Russie et la Roumanie. Aucun intervenant n'ayant pu être trouvé pour un Etat de l'ex-Yougoslavie, ni pour les Pays-Bas et le rapport sur le Royaume-Uni n'a en définitive pas été mené à terme.

⁶ Cesar AGUADO RENEDEO (Profesor titular à l'Universidad Autonoma de Madrid) pour l'Espagne, Rui Manuel MOURA RAMOS, Mariana CANOTILHO et Luisa PINTO (respectivement Vice-Président et Assistantes du Président du Tribunal constitutionnel du Portugal) pour le Portugal, Marc VERDUSSEN et Elise DEGRAVE (respectivement Professeur et Assistante à l'Université de Louvain) pour la Belgique, Michel FROMONT (Professeur émérite à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne) pour l'Allemagne, Pascal MAHON (Professeur à l'Université de Neuchâtel) pour la Suisse, Nadine MARIE (Chargée de recherche au CNRS – UMR Droit comparé) pour la Russie, Celina NOWAK (Doctorante à l'Académie polonaise des Sciences, Varsovie) pour la Pologne, Antoine PANTELIS (Professeur à l'Université d'Athènes) pour la Grèce, Mathilde PHILIP-GAY (Docteur de l'Université de Lyon III) pour la France, Guido RIVOSECCHI (Professeur à l'Université de Lecce) pour l'Italie, Eivind SMITH (Professeur à l'Université d'Oslo) pour la Norvège, Iona TANASE (Doctorante à Paris 1 – Panthéon Sorbonne) pour la Roumanie.

clémence⁷ élaborée sur la base des rapports nationaux, ont été sollicités. Leurs rapports ont été soumis pour commentaire aux rapporteurs nationaux dans le cadre d'une journée d'études qui a permis d'affiner la comparaison et permis l'élaboration d'une synthèse comparative globale⁸.

III – Présentation

Comme l'indique fort justement Gabriele Della Morte, l'arrière-plan fondamental de l'étude des institutions de clémence est le rapport entre droits de l'homme et souveraineté de l'Etat. Le constat vaut autant sous l'angle du droit international que sous celui du droit interne, parce que, dans les deux ordres, le développement des droits de l'homme vient accroître ou asseoir la soumission de l'Etat au droit.

Un certain nombre d'éléments scandent la réflexion sur les institutions de clémence, des termes qui, sans être nécessairement ou foncièrement antinomiques, peuvent le devenir : temps et droit, oubli et mémoire, justice et réconciliation,... Certains couples que l'on penserait solides comme la paix et la justice peuvent devenir improbables au gré des circonstances historiques, au gré du moment. Très vite, il est clair qu'une analyse univoque des institutions de clémence est impossible. Elles évoluent dans un environnement juridique complexe, caractérisé par une multiplicité des intérêts en présence, une multiplicité des personnes, une multiplicité des droits, une multiplicité des normes et une historicité. Leur situation a évolué, qu'il s'agisse de leur utilisation, mais aussi, et peut-être surtout, de leur perception. Si bien qu'à tout moment, l'analyse révèle des ambivalences et l'enjeu de la recherche s'avère alors : il s'agit de savoir si le droit positif se situe, ou non, sur une ligne d'équilibre.

Mais la complexité vient encore de ce que les mesures réunies sous le dénominateur d'institutions de clémence, à la fois, sont différentes les unes des autres, soulevant chacune des questions spécifiques, et se rejoignent dans leur effet commun de perturber l'application normale du droit puisque, de manière plus ou moins radicale, leurs bénéficiaires ne subiront pas, en fin de compte, la sanction que leurs actes semblaient appeler en vertu du droit commun. C'est sans doute ce qui explique l'impression initiale que droit international et droits internes procèdent un peu à front renversés. Les seconds s'appuient sur le postulat sinon de la nécessité (l'absence de telle ou telle institution de clémence dans certains pays prouve bien qu'on peut s'en passer), du moins de l'utilité des institutions de clémence. Les justifications en sont multiples, qu'on évoque l'apaisement social ou la réconciliation nationale, la régulation des flux judiciaires et/ou pénitentiaires. Il ne manque pas d'explications rationnelles, qu'on trouvera analysées au fil des chapitres du présent rapport et qui confirment les intuitions initiales. Le droit international, au contraire, s'appuie sur un postulat de méfiance, à raison des effets pratiques des institutions de clémence, à savoir l'impunité dont vont jouir leurs bénéficiaires, laquelle s'avère particulièrement intolérable pour les crimes les plus graves. Mais l'analyse combinée du droit international et des droits nationaux révèle plus de complémentarité qu'il n'y paraît, ainsi que des nuances. On ne passe en effet pas, sur un mode binaire, d'une logique de tolérance à une logique d'éradication. L'ancien modèle, issu des systèmes internes, qui fait des mesures de clémence des

⁷ Laure JEANNIN (Docteur en droit public comparé de l'Université de Paris 1 – Panthéon Sorbonne) pour la prescription, Jean-Christophe LE COUSTOMER (Professeur à l'Université de Lyon II) pour la grâce, Thierry RAMBAUD (Maître de conférences à l'Université de Paris II – Panthéon Assas) pour l'amnistie.

⁸ Réalisée par Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, Professeurs à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne.

instruments de régulation sociale passibles, à des degrés divers, d'usages politiques, continue d'exister mais il se combine avec un modèle nouveau, largement issu du droit international, qui vient faire obstacle à l'impunité pour les crimes les plus graves et sanctionner les abus.

Une synthèse globale des résultats du programme de recherche ne pouvait faire l'économie d'un détour par des analyses propres à chaque institution de clémence, tant du point de vue du droit international que de celui du droit constitutionnel comparé. S'il est en effet possible de dégager quelques réflexions générales, chacune des institutions est trop différente des autres pour qu'on renonce à rendre compte de ses spécificités. C'est ce dont veulent rendre compte les deux parties qui composent le corps de ce rapport final.

PREMIERE PARTIE : LE DEVELOPPEMENT D'UN CADRE JURIDIQUE INTERNATIONAL CONCERNANT LES INSTITUTIONS DE CLEMENCE

Si ce cadre juridique est loin d'être homogène, sa reconstitution, au terme de l'analyse de chacune des institutions de clémence, laisse apparaître quelques lignes de force telles que la répulsion de l'utilisation tant de l'amnistie que de la prescription et, même, de la grâce pour les crimes les plus graves et qui ont, en tant que tels, été érigés en crimes internationaux. Là est sans aucun doute le point de convergence le plus fort, articulé sur la prévention des abus et la lutte contre l'impunité pour des actes réprouvés par la conscience universelle.

CHAPITRE 1 : L'AMNISTIE EN DROIT INTERNATIONAL

1. L'*(a)-mnēstia*⁹, dans des termes très généraux « pardon étendu par le gouvernement à un groupe ou une catégorie de personnes »¹⁰, est aussi plus ponctuellement définie comme une cause d'exclusion de l'imputabilité d'un crime donné ou encore, de façon plus détaillée, comme un « acte du pouvoir souverain immunisant des personnes de toute poursuite pénale pour des crimes passés »¹¹. Toutefois il s'agit d'un terme polysémique ou, du moins, d'un mot caméléon puisqu'il peut recouvrir une pluralité de situations hétérogènes. Par conséquent, sa définition peut représenter un exercice insidieux : son sens varie en effet selon le contexte de référence mais garde un noyau dur de signification détectable à partir de son étymon (défense de se souvenir, ou, à revers, obligation d'oublier).

La pluralité des sens possibles se reflète tout d'abord dans l'ambiguïté de son domaine d'application. « Terme de droit pénal interne désignant la mesure par laquelle le législateur décide de ne pas poursuivre les auteurs de certaines infractions ou de ne pas appliquer les condamnations [...] »¹²; il peut aussi indiquer la « [c]ause d'un traité de paix par laquelle les parties renoncent à leurs griefs, que ceux-ci soient antérieurs ou consécutif à la guerre »¹³. En particulier dans ce dernier domaine, les frontières de l'exemption sont fort flexibles et couvrent souvent une multitude de domaines. L'art. 2 du Traité d'Osnabrück du 24 Octobre 1648 prévoyait une description particulièrement suggestive de cette institution : « [...] que toutes les rigueurs, violences, hostilités et défenses qui ont été faites et causées de part et d'autre, tant avant que pendant la guerre, de fait, de parole ou par écrit, sans aucun égard aux personnes et aux choses, soient entièrement abolies : si bien que tout ce que l'on pourrait demander et prétendre de l'autre à ce sujet, soit enseveli dans un perpétuel oubli »¹⁴. La

⁹ Du grec ancien, *amnēstia*, comp. de *a-* (privation) et *mnēstis* (souvenir).

¹⁰ « pardon extended by the government to a group or class of persons ». B. A. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary*, VII edition, West Group, St. Paul, Minn., 1999.

¹¹ « act of sovereign power immunizing persons from criminal prosecution for past offences ». V. le *Progress Report on the Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6.12 (19 juillet 1993).

¹² Ou encore « d'effacer certaines conséquences résultant de ces infractions » ; cf. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/Auf, 2001, p. 63. Le même auteur renvoie aux termes *Imprescriptibilité* et *Prescription*.

¹³ Ibid. Les auteurs de *common law* distinguent à ce propos l'« Express amnesty. Amnesty granted in direct terms » de « Implied amnesty. Amnesty indirectly resulting from a peace treaty executed between contending parties ». B.A. GARNER, *Op. cit.*

¹⁴ V. aussi l'art. 3 du Traité de Nimègue de 1678, l'art. 2 du Traité d'Utrecht de 1713, l'art. 2 du Traité d'Aix-la-Chapelle de 1748, l'art. 2 du Traité de Paris de 1763. Tous ces Traités prévoient l'expression « il y aura un oubli général ».

définition est suggestive et exemplaire: l'oubli sera « perpétuel », le passé passe et n'a plus le temps pour resurgir, le droit à la mémoire est enterré, la mémoire du droit interrompue¹⁵.

La complexité même de la définition de l'amnistie rend nécessaires certaines distinctions/précisions méthodologiques. Au niveau du droit international ce n'est pas tellement l'amnistie en tant que telle qui est mise en cause, mais une certaine pratique, voire certaines applications de cette institution (en d'autres termes, des espèces qui descendent pourtant du même genre). Il est ainsi possible de distinguer les amnisties selon différentes perspectives, par exemple, selon les sujets émetteurs, selon la finalité expresse ou implicite, ou encore, selon le champ d'application matériel. Sur un premier plan, on distinguera les amnisties unilatérales de celles conclues sur la base d'un principe de réciprocité ou, de toute manière, sur la base d'un accord. Sur un deuxième plan, on distinguera les amnisties données par les sujets qui en bénéficient (auto-amnisties) de celles données par le pouvoir politique qui a succédé à celui auteur des faits punissables et désormais amnistiés¹⁶. Selon le domaine d'application, on isolera les amnisties dites « inconditionnelles » de celles qui concernent un domaine d'application limité, c'est à dire qui ne couvrent pas tous les types de crimes mais seulement certaines catégories de faits punissables à l'exclusion d'autres (en particulier les *crimina juris gentium*).

Dans l'analyse de ces espèces, une mise en perspective historique est également nécessaire¹⁷. L'internationalisation de la protection des droits de l'homme, ainsi que la naissance d'une catégorie de droits qualifiés de *jus cogens* par le droit international a lentement perméabilisé les frontières originaires infranchissables du domaine réservé des Etats. Sur le plan du droit international, par conséquent, les problématiques posées par cette institution de clémence concernent tout d'abord la relation entre le respect de la souveraineté, d'une part, et la protection des droits de l'homme, de l'autre. Il s'agit là d'une relation de type dialectique et évolutive. Dialectique, puisque la protection active des droits de l'homme

¹⁵ La question de la validité d'une loi d'amnistie 'pour le futur' sera ensuite reprise à l'occasion de l'examen de l'invalidité des lois d'amnisties inconditionnelles.

¹⁶ Tout en tenant compte des dispositions constitutionnelles ou internes qui disciplinent la matière et le sujet doté du pouvoir de promulguer une loi d'amnistie.

¹⁷ Dans son *Rapport sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, op. cit., L. JOINET reconnaît quatre étapes dans la genèse de cette lutte. La première étape remonte aux années 70 quand « les organisations non gouvernementales, les défenseurs des droits de l'homme et les juristes ainsi que, dans certains pays, l'opposition démocratique - lorsqu'elle peut s'exprimer - se mobilisent en faveur de l'amnistie pour des prisonniers politiques ». La deuxième fut celle des années 80, alors que « [l]'amnistie, symbole de liberté, apparaît de plus en plus comme une sorte de "prime à l'impunité" avec l'émergence, puis la prolifération de lois d'auto-amnistie, autoproclamées par des dictatures militaires en déclin, soucieuses d'organiser leur impunité, pendant qu'il est encore temps ». La troisième suit la fin de la guerre froide. Pendant cette période « s'amorcent [...] de nombreux processus de démocratisation ou de retour à la démocratie, ou encore des accords de paix venant mettre un terme à des conflits armés internes. Qu'il s'agisse de dialogue national ou de négociations de paix, la question de l'impunité est au centre du débat entre deux parties à la recherche d'un introuvable équilibre entre la logique de l'oubli qui anime l'ancien oppresseur et la logique de justice à laquelle en appelle la victime ». Ce débat fut le prélude pour la quatrième étape qui « marque la prise de conscience par la communauté internationale de l'importance que revêt la lutte contre l'impunité », et qui se prolonge jusqu'à nos jours. Le passage de « [l]'amnistie, en tant que symbole de liberté [et par conséquent] thème mobilisateur de larges secteurs de l'opinion » à l'amnistie comme élément d'obstacle à la lutte contre l'impunité confirme la valeur polysémique de ce terme. Le revirement n'est pas passé en sourdine. Que penser d'ailleurs lorsqu'on constate qu'une des organisations non gouvernementales majeures - *Amnesty international* - se prononce en faveur de l'exclusion de cette dernière en dépit du nom qu'elle porte ? La question est encore plus cruciale si on aborde le droit international selon une perspective qu'on pourrait qualifier de libérale. La théorie libérale du droit international appliquée au problème de l'amnistie a comme répercussion en filigrane le fait qu'on puisse avoir un conflit qui s'exprime dans deux de ses domaines préférés, c'est-à-dire la justice d'un côté, et l'ordre, de l'autre. Sur ces deux derniers points, v. F. MÉGRET, "Three Dangers for the International Criminal Court: A Critical Look at a Consensual Project", *Finch Yearbook of International Law*, n°12, 2001, pp. 193-247 (également in G. SIMPSON (Ed.), *War Crimes Law*, vol. 2, Ashgate, Dartmouth 2004, p. 449); et W. BURKE-WHITE, "Reframing Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation", *Harvard International Law Journal*, vol. 42, n°2, 2001, pp. 467-533.

implique généralement une (auto)limitation, voire une érosion, de la souveraineté par rapport à sa conception classique (*superiorem non recognoscens*). Evolutive, puisque la criminalisation de certains actes (le fait de les punir ou, au moins, de les rendre punissables) n'est pas, en soi, une panacée et il se peut que, dans des conditions particulières, ce ne soit même pas la solution la plus adéquate¹⁸. L'adage *Nulla pax sine justitia* n'est pas toujours valide en dehors du monde de la logique formelle. La possibilité d'un conflit entre les exigences de réconciliation d'un corps social et l'activité menée par un organe judiciaire de répression nationale ou internationale préfigure une possible hétérogénéité des intérêts à protéger, qui laissent entrevoir le besoin d'une grille taxinomique d'orientation¹⁹. La question est de savoir dans quelle mesure le droit international est aujourd'hui en mesure de fournir une telle grille.

2. Le point de départ de l'analyse est la constatation suivante : bien que la clause d'amnistie, en particulier généralisée - du type « table rase » - ait toujours reçu une très large application, en particulier au terme de conflits ou de troubles importants, la possibilité de son emploi semble aujourd'hui mise en cause par des dispositions de droit international et, en particulier, par celles qui imposent la criminalisation de certains faits et actes. Ces dernières dispositions datent, *lato sensu*, de la fin de la deuxième guerre mondiale (en gros, la période à partir de laquelle s'est progressivement affirmé le mouvement d'internationalisation de la protection des droits de l'homme). Cela permet de délimiter le champ d'enquête *ratione temporis* de cette recherche.

Mais d'autres éléments doivent également être pris en compte. Ainsi, le récent établissement d'institutions judiciaires à caractère occasionnel et rétroactif (tribunaux *ad hoc*, tribunaux mixtes ou internationalement assistés) ou bien permanents et à vocation universelle (Cour pénale internationale) a donné un fort élan à l'application des dispositions internationales sur la criminalisation de certains actes. S'il n'est pas certain qu'il s'agisse d'un processus de formation d'une coutume « à grande vitesse », il est évident que cette circonstance, combinée à d'autres (telles que le processus d'internationalisation de la protection des droits de l'homme, voir ci-dessus), a néanmoins remodelé l'horizon du panorama normatif de référence. Les dispositions conventionnelles de droit international qui imposent de juger les crimes « les plus graves ayant une portée internationale »²⁰ existaient certes déjà mais elles s'imposent désormais avec une vigueur sans précédent. Ce n'est en effet que dans la dernière décennie que l'institution des tribunaux pénaux internationaux a permis une application concrète (à une échelle relativement significative) de ces normes²¹. Cela

¹⁸ En effet, la justice pénale internationale « demeure toujours partielle (plus que partielle) ». Ainsi A. GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner – pour une justice internationale*, Odile Jacob, Paris, 2002, p. 84.

¹⁹ Dans un paragraphe intitulé « Weighing the Justification of Punishment and Amnesty » de son ouvrage *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, A. O'SHEA observe : « The Conflict may be between two or more states or between a state and rebels. In both cases if the conflict has ceased, this may have been reached through the victory of one side or a political settlement. In the latter case and in the domestic context, the rebels may be the new government, while the agents of the state are a prior regime. Alternatively, the government may not have changed and the rebellion may have ceased, or may still be reactive. The respective justifications for amnesty – transition, peace, reconciliation forgiveness and truth – may have varying degrees of potency in these different scenarios, and this also depends on the particular factual context ».

²⁰ En prenant comme exemple la définition de l'art. 1 du Statut de la CPI.

²¹ A cet égard, il apparaît intéressant d'examiner l'activité des tribunaux *ad hoc* établis par le Conseil de Sécurité (Res. n° 827 du 25 mai 1993 - Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie [TPIY] et Res. n 955 du 8 novembre 1994 - Tribunal pénal international pour le Rwanda [TPIR]). Le TPIY, doté à l'origine d'un personnel de quelques dizaines de personnes et d'un financement de seulement 276.000 dollars peut compter aujourd'hui sur un budget de 200.854.600 dollars (pour les années 2004/2005) et d'une équipe de 1238 personnes qui proviennent de 83 pays différents (source <http://www.un.org/icty/glance/index.htm> ajournée le 28 avril 2004). Que s'est-il passé 966.680.622 dollars plus tard (telle est la somme du total de financement dépensé jusqu'à aujourd'hui ?). Partons des chiffres. 26 accusés ont vu se terminer les procédures à leur encontre, 62 personnes sont en état de détention, 4 sont en liberté provisoire et 20 sont visées par un acte

explique que l'étude partent de l'examen de l'état du droit international positif sur la question (I), avant de se centrer sur les éléments plus directement issus du droit international pénal (II).

I - L'amnistie dans le cadre général du droit international public

A - Le Protocole Additionnel II de 1977 : un bon point de départ mais pas d'arrivée...

Si on prend comme point de départ l'article 6.5 du Deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, on a l'impression qu'au moins en ce qui concerne les conflits à caractère non international, il n'y a pas beaucoup d'espace pour le doute quant à l'admissibilité des amnisties. Selon cet article, « A la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues »²². Si le texte apparaît déjà assez clair, le commentaire qui l'accompagne l'est encore plus. Selon ce dernier « [I]'objet de cet alinéa est d'encourager un geste de réconciliation qui contribue à rétablir le cours normal de la vie dans un peuple qui a été divisé »²³. Bien que certains commentateurs aient exprimé à ce sujet une opinion différente²⁴, on peut, au moins, en déduire que, dans le cadre du Protocole additionnel

d'accusation rendu public mais non encore exécuté. En résumé : 102 personnes ont été ou sont incriminées par les juges internationaux qui siègent à la Haye, dont au moins 50 ont été jugées en première instance. Les chiffres du TPIR ne sont pas très différents. Un peu plus de dix ans après sa création, le total des individus incriminés s'élève à cinquante personnes, pour un budget de 170.739.400 dollars pour la seule année 2002-2003 (source www.ict.org ajournée en avril 2004). 802 personnes sont poursuivies devant le Tribunal et 72 avocats sont chargés de la défense. Bien que les alarmistes puissent trouver matière pour des critiques faciles à travers une lecture économique de ces chiffres (par exemple dans le cadre du TPIY, on pourrait déduire que le coût forfaitaire pour l'accomplissement d'une seule action pénale est *grosso modo* de neuf millions de dollars), souvent les chiffres n'expliquent pas tout et, dans le cas présent, ne dévoilent pas tout. Un examen en profondeur se révèle ainsi nécessaire. Les TPI ont ouvert la porte à une autre période de la lutte contre l'impunité et ont établi avec force les obligations qui dérivent du droit international. Une interprétation ponctuelle a contribué de manière remarquable à l'application concrète d'une pléthore des dispositions qui étaient jusque-là restées en grande partie lettre morte. Cela a produit des effets immédiats tant sur le plan international (prévision d'autres institutions internationales) que national (harmonisation du droit pénal à travers le processus de ratification, etc.). Même si, comme on le verra plus loin, leur contribution directe à la déclaration d'inadmissibilité de certains types de lois d'amnistie est assez ambiguë, un examen responsable doit tenir compte de tous les aspects mentionnés ci-dessus.

²² IL s'agit du Protocole II relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, adopté le 8 juin 1977 par la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Entrée en vigueur: le 7 décembre 1978, conformément aux dispositions de l'article 23).

²³ Il s'agit du Commentaire des articles et des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 téléchargeable sur le site de Comité international de la Croix-Rouge (<http://www.icrc.org/dih.nsf/>). La citation est tirée du § 4618 du Commentaire mais le § 4617 est également digne d'attention : « [I]'amnistie relève de la compétence des autorités. Il s'agit d'un acte du pouvoir législatif qui efface un fait punissable, arrête les poursuites, anéantit les condamnations^[29]. Juridiquement, il est fait une distinction entre l'amnistie et la grâce, qui, accordée par le chef de l'Etat, supprime l'exécution de la peine, mais laisse subsister les effets de la condamnation. Seule l'amnistie est considérée dans ce paragraphe, ce qui ne signifie pas qu'on ait voulu exclure la grâce. Le projet adopté en Commission prévoyait, d'une part, que tout condamné aura le droit de demander la grâce ou la commutation de la peine, de l'autre, que l'amnistie, la grâce ou la commutation de la peine de mort pourront être accordées dans tous les cas^[30]. Cet alinéa n'a finalement pas été retenu pour des raisons de simplification du texte. Certaines délégations ont estimé cette mention inutile, du fait que toutes les législations nationales prévoient la grâce^[31] ». Les notes de bas de page citées renvoient, respectivement : note n. 29 : «Amnistie: acte du législateur qui a pour effet d'éteindre l'action publique ou d'effacer une peine prévue pour une infraction et, en conséquence, soit d'empêcher ou d'arrêter les poursuites, soit d'effacer les condamnations» (*Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse*, tome 1, 1982, p. 414); note n. 30 : *Actes X*, p. 135, CDDH/234/Rev.1, par. 95 ; et note n. 31 : *Actes VII*, pp. 96 et 98, CDDH/SR.50, par. 79 et 99.

²⁴ « There are strong arguments countering the applicability of Article 6(5) of Protocol II to war crimes. First, if one applies the rules of interpretation of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, which directs States Parties to interpret in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose, it is difficult to conclude that Article 6(5) covers amnesties for war crimes. Additional Protocol II was designed to ensure greater protection for the victims of non-international armed conflicts by developing and supplementing Article 3 common to the Geneva conventions. If Article 6(5) were to allow amnesties which prevent prosecution for the most

II, les rédacteurs ont inséré les lois d'amnistie dans le cadre du domaine réservé des Etats, ce qui serait confirmé par une certaine pratique des Etats qui ont fait référence directement au Protocole II lors de la promulgation de lois d'amnistie²⁵.

Dans le même temps, il faut rappeler que le Protocole additionnel sur les conflits à caractère non international date de 1977, c'est-à-dire de presque trente ans. Or, on a déjà observé que la question de l'(in)admissibilité des amnisties au sein du droit international relève un processus à caractère évolutif et que cette évolution s'est fortement accélérée durant les toutes dernières décennies²⁶. La question est donc de savoir si la disposition du Protocole additionnel II (relative, en toute hypothèse, aux seuls conflits armés à caractère non international) s'est vue, en tout ou en partie, substituer une nouvelle disposition internationale, particulière (conventionnelle) ou générale (coutumière).

B - La réponse inadéquate du droit conventionnel...

On peut trouver, dans le droit conventionnel, quelques indices mais pas de réponse entièrement satisfaisante à notre dernière question. Il faut, tout d'abord, souligner que le droit international conventionnel ne contient pas, au moins de façon explicite et directe, de convention centrée sur l'interdiction pure et simple des amnisties. On trouve, certes, des accords stipulés principalement dans le cadre d'un processus de paix ou encore des conventions régionales ou sectorielles dédiées essentiellement aux droits de l'homme (qui considèrent l'admissibilité des amnisties ou sa prohibition). Mais cela appelle une mise au point.

Il existe un nombre significatif d'accords conclus dans le cadre d'un processus de paix mais qui s'articulent selon des lignes directrices diversifiées²⁷. Par exemple, à côté des accords qui admettent classiquement l'amnistie en l'excluant seulement pour certains cas/crimes (selon un paradigme du type règle/exception²⁸), il en existe qui se concentrent

egregious human rights abuses during armed conflict, the provision would be inconsistent with the primary objective of the Protocol. The words "shall endeavour to grant the broadest possible amnesty" can be interpreted in the sense that Article 6(5) should be employed only when it can be implemented without infringing other binding international treaties or customary international law. Secondly, the International Committee of the Red Cross (ICRC) has interpreted Article 6(5) of the Protocol narrowly. In an official letter dated 1995 from the head of the Legal Division to the ICTY Prosecutor, it stated that Article 6(5) essentially provides for "combatant immunity", which ensures that a combatant cannot be punished for the mere fact of taking part in hostilities, "including killing enemy combatants, as long as he respected international humanitarian law...". The provision is inapplicable to amnesties that extinguish penal responsibility for persons who have violated international law. This conclusion was based partly on the drafting history of Article 6(5), which indicates that "the provision aims at encouraging amnesty, i.e. a sort of release at the end of hostilities, for those detained or punished for the mere fact of having participated in hostilities. It does not aim at an amnesty for those having violated international humanitarian law." This interpretation has subsequently been affirmed by the Inter-American Commission of Human Rights and the UN Human Rights Committee. Such a rationale was applied in much earlier decisions in the United States not recognizing amnesties for serious violations in internal conflicts ». V. Y. NAQVI, « Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 851, 2003, pp. 604-605.

²⁵ V. le cas du Salvador, du Chili et de l'Uruguay. Dans ce sens, le Professeur D. MOMTAZ dans son Séminaire sur la validité des lois d'amnistie inconditionnelles en droit international donné le 6 et 8 décembre 2004 dans le cadre de la Sorbonne (Université Paris 1).

²⁶ V. L. JOINET, *Rapport* (1997), op. cit.

²⁷ Une base de documentation est fournie par la *Peace Agreements Digital Collection* de la bibliothèque du *United States Institute for Peace*, au site www.usip.org/library/pa.html, visité le 8 juillet 2005.

²⁸ Dans ce cadre, il n'est pas toujours évident de distinguer la règle de l'exception. Pour en donner deux exemples, v. l'Accord de Linas-Marcoussis du 24 janvier 2003 (concernant la Côte d'Ivoire), d'une part, et l'Annexe 'A' de l'Accord de cessez-le-feu de la République démocratique du Congo du 10 juillet 1999, de l'autre.

En ce qui concerne l'Accord de Linas-Marcoussis, l'article 3.i prévoit que : « Le gouvernement de réconciliation nationale prendra les mesures nécessaires pour la libération et l'amnistie de tous les militaires détenus pour atteinte à la sûreté de l'Etat et fera bénéficier de la même mesure les soldats exilés. ». Alors que le chapitre VI de l'Annexe, dédié au Programme du Gouvernement de réconciliation, établit que (§ 3) : « Sur le rapport de la Commission internationale d'enquête, le

plutôt sur des appels, souvent généralistes, à la nécessité d'éradiquer la culture de l'impunité²⁹. Récemment, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a eu l'occasion de s'interroger sur cette hétérogénéité, en statuant en particulier sur la claire contradiction entre la lettre de l'Accord de paix de Lomé (qui prévoit une amnistie³⁰) et le Statut du Tribunal (qui l'interdit expressément³¹). Dans une Décision du 14 mars 2004³², ayant pour objet l'impact de l'article IX de l'Accord de Lomé sur l'article 10 du Statut du Tribunal, les juges ont conclu dans le sens de la légalité du Statut vis-à-vis de l'Accord ou, en d'autres termes, dans le sens de l'inadmissibilité d'une amnistie pour certains crimes internationaux. Quoique le raisonnement juridique envisagé par la Chambre d'appel pour arriver à cette (juste) conclusion soit apparu inutilement tortueux³³, la Décision semble confirmer la « direction in which customary international law is developing »³⁴. Quant aux conventions sur la protection des droits de l'homme, il faut considérer qu'il s'agit principalement de conventions dédiées à la lutte contre l'impunité.

L'absence de toute convention spécifiquement consacrée à l'amnistie est compréhensible étant donné l'ampleur et les possibles enchevêtrements des principes sous-

gouvernement de réconciliation nationale déterminera ce qui doit être porté devant la justice pour faire cesser l'impunité. Condamnant particulièrement les actions des escadrons de la mort et de leurs commanditaires ainsi que les auteurs d'exécutions sommaires sur l'ensemble du territoire, la Table Ronde estime que les auteurs et complices de ces activités devront être traduits devant la justice pénale internationale ».

Quant à l'Annexe 'A' de l'Accord de cessez-le-feu de la République démocratique du Congo du 10 juillet 1999, le Chapitre 9 consacré au désarmement des groupes armés prévoit, au § 1, que: "The Joint Military Commission with the assistance of the UN/OAU shall work out mechanisms for the tracking, disarming, cantoning and documenting of all armed groups in the DRC [...] (a) handing over to the UN International Tribunal and national courts, mass killers and perpetrators of crimes against humanity; and (b) handling of other war criminals". Alors que le § 2 établit que: "The Parties together with the UN and other countries with security concerns, shall create conditions conducive to the attainment of the objective set out in 9.1 above, which conditions may include the granting of amnesty and political asylum, except for genocidaires. The Parties shall also encourage inter-community dialogue".

²⁹ C'est par exemple le cas de l'*Arusha Peace and Reconciliation Agreement for Burundi* du 28 Août 2000. L'article 6 du Protocol 1 on the Principles and measures relating to genocide, war crimes and other crimes against humanity, inclut, parmi les *Political principles and measures*: "(1) Combating the impunity of crimes; (2) Prevention, suppression and eradication of acts of genocide, war crimes and other crimes against humanity, as well as violations of human rights, including those which are gender-based; (3) Implementation of a vast awareness and educational programme for national peace, unity and reconciliation; (4) Establishment of a national observatory for the prevention and eradication of genocide, war crimes and other crimes against humanity; (5) Promotion of regional cooperation to establish a regional observatory for the prevention and eradication of genocide, war crimes and other crimes against humanity. (6) Promotion of a national inter-ethnic resistance front to combat genocide, war crimes and other crimes against humanity, as well as generalization and collective attribution of guilt. (7) Erection of a national monument in memory of all victims of genocide, war crimes and other crimes against humanity, bearing the words "NEVER AGAIN"; (8) Institution of a national day of remembrance for victims of genocide, war crimes and other crimes against humanity, and taking of measures that would facilitate the identification of mass graves and ensure a dignified burial for the victims".

³⁰ L'article IX du *Peace Agreement Between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone* (Accord de Lomé, Togo, du 7 Juillet 1999), consacré spécifiquement au *Pardon and Amnesty*, prévoit que (§ 3) "To consolidate the peace and promote the cause of national reconciliation, the Government of Sierra Leone shall ensure that no official or judicial action is taken against any member of the RUF/SL, ex-AFRC, ex-SLA or CDF in respect of anything done by them in pursuit of their objectives as members of those organisations, since March 1991, up to the time of the signing of the present Agreement. In addition, legislative and other measures necessary to guarantee immunity to former combatants, exiles and other persons, currently outside the country for reasons related to the armed conflict shall be adopted ensuring the full exercise of their civil and political rights, with a view to their reintegration within a framework of full legality".

³¹ Selon l'article 10 du Statut de la Cour, « An amnesty granted to any person falling within the jurisdiction of the Special Court in respect of the crimes referred to in articles 2 to 4 [Crimes against humanity, Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II, and Other serious violations of international humanitarian law] of the present Statute shall not be a bar to prosecution ».

³² V. la *Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord on Amnesty*, affaires *Kallon et Kamara* (SCSL-04-15-PT-060-I SCSL-04-15-PT-060-II) du 14 mars 2004. La Décision est consultable sur le site officiel de la Cour, à la page www.scs-l.org/RUF-decisions.html (visité le 2 juillet 2005).

³³ Dans ce sens, voir les vigoureuses critiques de A. CASSESE, qui propose aussi un parcours plus logique pour conclure de la même manière. V., « The Special Court of Sierra Leone and International Law – The Decision concerning the Lomé Agreement Amnesty », in *Journal of International Criminal Justice*, n° 2, 2004, pp. 1130-1140.

³⁴ *Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord on Amnesty*, § 84.

jacents à l'utilisation de l'amnistie : transition, paix, réconciliation, pardon, vérité... Les risques associés à la stipulation d'une éventuelle convention sur ce thème représenteraient un coût trop élevé pour la souveraineté des Etats. Néanmoins, la relation entre la lutte contre l'impunité et l'interdiction des amnisties (ou, plus précisément, entre l'interdiction de prescrire certains crimes et l'interdiction de les amnistier) est plus complexe qu'il peut y paraître à première vue. Ainsi, il existe un certain nombre de conventions qui prévoient des dispositions aptes à contrarier les pratiques d'impunité, notamment en interdisant la prescription de certains crimes internationaux³⁵, ou encore en imposant une obligation positive, c'est-à-dire en demandant aux Etats d'exercer une action pénale à l'encontre des responsables³⁶. D'où la question consécutive : peut-on déduire l'impossibilité d'une pratique d'amnistie du fait des obligations qui en découlent en matière d'impunité, ou, encore plus particulièrement, du fait de l'interdiction de la prescription ?

Envisager de déduire l'inadmissibilité des amnisties des dispositions conventionnelles qui interdisent l'impunité, conduit à évoquer les antinomies et anomies dans le rapport entre imprescriptibilité et amnistie. Il s'agit d'une question plutôt complexe, qui plonge au cœur du sujet de ce travail d'analyse, à savoir le rapport entre le droit (d'oublier) et l'oubli (du droit)³⁷, tel qu'il résulte de l'examen croisé des deux institutions majeures de clémence : amnistie et prescription. A première vue on serait tenté de répondre à la question par l'affirmative : une prévision d'imprescriptibilité sur certains crimes empêche l'adoption de lois d'amnistie. La solution inverse paraîtrait quelque peu irrationnelle, dans le sens où l'interdiction de l'effet de prescription conserve de fait la volonté de poursuivre (ou, au moins, la possibilité de le faire : le pouvoir de poursuivre) alors que l'amnistie l'interdit clairement. Mais, face à cette antinomie évidente, il y a certaines anomies à prendre également en compte. En premier lieu, la prescription, *rectius* l'imprescriptibilité, concerne, au sens strict, les effets de l'écoulement du temps sur l'action (pénale ou civile) et non - ou non nécessairement - l'obligation de punir (en se configurant comme une disposition qui stipule une possibilité et non un devoir). En deuxième lieu, elle ne concerne que certains crimes, qui ne sont d'ailleurs pas toujours les mêmes suivant les différents instruments conventionnels³⁸.

Déduire l'illégitimité de certaines lois d'amnistie du fait qu'un Etat donné aurait ratifié une convention sur l'imprescriptibilité (ou une convention contenant une clause d'imprescriptibilité de certains crimes, du type du Statut de Rome) constitue sans doute un argument persuasif et pertinent. Il n'est toutefois pas à l'abri de certains pièges ou, plus simplement, de certaines limites. Par exemple, *quid* dans le cas où un traité prévoyant des amnisties en blanc (comme, par exemple, un accord de paix) se trouve en contradiction avec un traité précédemment conclu par les mêmes parties intéressées et concernant

³⁵ V. la convention des Nations Unies et la convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, respectivement du 26 novembre 1968 et du 25 janvier 1974. Plus récemment, v. aussi la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes du 9 juin 1994 et le Traité de Rome instituant la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998.

³⁶ Il est suffisant de renvoyer à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 (article 5) ; aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et au Protocole additionnel I du 8 juin 1977 (qui prévoient, en particulier, des « infractions graves » soumises à l'obligation d'*aut dedere aut iudicare*, cf. les articles 49-50 de la 1^{ère} Convention de Genève, 50-51 de la 2^{ème} Convention, 129-130 de la 3^{ème} Convention, 146-147 de la 4^{ème} Convention et l'article 85 du Protocole additionnel I). Et encore, plus récemment, la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (article 7).

³⁷ « Il existe assurément un lien étroit entre l'imprescriptibilité, ce temps juridique qui s'écoule sans trouver de terme, et la mémoire, rappel du passé mis à la disposition des vivants, triomphe du souvenir contre l'oubli ». A. LAQUIÈZE, « Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité », in *Droits*, n° 31, 2000, p. 19.

³⁸ V. le chapitre sur la prescription en droit international.

l'imprescriptibilité pour les mêmes crimes³⁹ ? Le problème se déplacerait sur le plan de la compatibilité dans le temps et dans l'espace de traités contradictoires : l'Etat intéressé serait obligé d'en violer un, mais il n'est pas sûr qu'il s'agirait de celui relatif à l'amnistie. Une conclusion serait clairement impossible si l'on considérait que l'interdiction des amnisties, ou bien de certaines amnisties (ou encore de la prescription), étaient prévues par une norme coutumière à caractère impératif (*jus cogens*).

C - La réponse en partie ambiguë du droit coutumier...

La problématique de la validité des amnisties en droit international général (en particulier, de certaines catégories d'amnisties, telles que les auto-amnisties et les amnisties inconditionnées) a souvent été envisagée par la doctrine dans les années récentes⁴⁰. Les réponses données ne sont pas univoques. Entre les deux extrêmes (l'inadmissibilité totale pour contrariété à une norme impérative désormais affirmée ou bien l'état d'incertitude dans lequel il est impossible de détecter même un principe coutumier en la matière), il y a la place pour beaucoup de nuances et c'est justement dans ces dernières que se place la majorité des auteurs, en affirmant l'amorce progressive, voire rapide, d'un processus coutumier.

Sachant que la découverte de l'existence de ce type de règle est l'un des enjeux les plus alambiqués devant lequel puissent se trouver les chercheurs, et plus encore plus les juges (interne ou international)⁴¹, la présente étude ne saurait prétendre tirer tous les fils de ce débat

³⁹ L'hypothèse contraire serait également valable, c'est-à-dire dans le cas d'un traité prévoyant l'imprescriptibilité rétroactive, comme la Convention des Nations Unies de 1968.

⁴⁰ Au-delà des deux volumes de A. O'SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, cit., et de B. CHIGARA, *Amnesty in International Law : The Legality Under International Law of National Amnesty Law*, New York, Longman, 2002, il y a une très riche doctrine sur ce sujet. Pour citer seulement les contributions des dernières années (et qui ne se rapportent pas à la relation entre la Cour pénale internationale et les amnisties – sur ce dernier point, voir la bibliographie spécifique *infra*) : R. BOED, "The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations", *Cornell International Law Journal*, vol. 33, n° 2, 2000, pp. 297-329 ; W. BURKE-WHITE, "Reframing Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation", *Harvard International Law Journal*, vol. 42, n° 2, 2001, pp. 467-533 ; D. CASSEL, "Lessons from the America's guideline for international response to amnesties for atrocities", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n° 4, 1997, pp. 197-229 ; M. DELMAS-MARTY, « Responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) », in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Les juridictions nationales et les crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 613-653 ; J. DUGARD, "Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, n° 4, 1999, pp. 1001-1015 ; M. FRULLI, « Le droit international et les obstacles à la mise en oeuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, pp. 215-253 ; A. GITTI, "Impunity under National Law and Accountability under International Human Rights Law: Has the Time of a Duty to Prosecute Come?", *Italian Yearbook of International Law*, vol. IX, 1999, pp. 64-85 ; G. GOODWIN-GILL, "Crime in International Law: Obligations Erga Omnes and the Duty to Persecute", in S. GOODWIN-GILL and S. TALMON (ed.), *The Reality of International Law – Essays in Honour of Ian Brownlie*, 1999, Oxford, OUP, pp. 199-223 ; M. KOSKENNIEMI, "Between impunity and Show Trials", *Max Planck Yearbook of United Nations*, n° 6, 2002, pp. 1-35 (aujourd'hui aussi dans G. SIMPOSN (ed.), *War Crimes Law*, II vol., Ashgate, Dartmouth 2004, pp. 387-421) ; T. MERON, "Is international law moving towards criminalization?", *European Journal of International Law*, n° 9, 1998, pp. 18-31 ; Y. NAQVI, "Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 851, 2003, p.583-625 ; C. J. NIEBUR EISNAUGLE, "An International Truth Commission Utilizing Restorative Justice as an Alternative to Retribution", *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol. 36, 2003, pp. 210-241 ; N. ROTH-ARRIAZA et L. GIBSON, "The Developing Jurisprudence of Amnesty", *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n° 4, 1998, pp. 843-885 ; C. STAHN, "United Nations peace-building, amnesties and alternative forms of justice: a change in practice ?", *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 84, 2002, pp. 191-205 ; M. STARITA, "Amnesty for Crimes against Humanity: Coordinating the State and Individual Responsibility for Gross Violations of Human Rights", *Italian Yearbook of International Law*, vol. 9, 1999, pp. 86-103.

⁴¹ L'élan vers l'objectivité est ici souvent ralenti par les freins, consubstantiels et subjectifs, des points de vue : « Mais que veut dire 'objectivité' dans ce contexte? Car il est vrai que nous voyageons toujours avec nos bagages et que nous véhiculons avec nous, consciemment ou inconsciemment, notre vision du monde, notre *Weltanschauung*, avec nos valeurs et priorités. De sorte que, même quand nous nous efforçons subjectivement d'être objectifs, nous restons objectivement un peu subjectif », cf. G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1987, vol. VII, Avant-propos, p. 29. V. aussi le *Final Report of the Committee on Formation of*

et d'en déduire une solution possible. Elle a simplement pour intention d'ajouter un nouveau fil, tout en cherchant à isoler quelques éléments qui découlent de l'examen de la pratique et de l'*opinio juris* des Etats.

1°/ L'attitude des Etats tiers et des Etats directement engagés

Considérant tout d'abord le seul cas des amnisties qu'un Etat se donne à lui-même (amnisties internes, ou auto-amnistie), il faut observer que cette institution de clémence n'a pas forcément d'effets extraterritoriaux, c'est-à-dire que cela n'ôte pas aux autres Etats la possibilité d'exercer une action judiciaire sur la base d'un critère de rattachement qui le permette (dans le cas pénal, au-delà de la compétence fondée sur la territorialité, il faut considérer la compétence personnelle, active ou passive⁴², ou encore universelle, relative ou absolue⁴³). La pratique ne manque pas de cas où des tribunaux internes ont exercé des actions pénales vis-à-vis de crimes amnistiés par un autre Etat⁴⁴. Mais cette pratique des Etats tiers ne suffit pas à éclairer toutes les zones encore dans l'ombre. Même en laissant de côté la question (cruciale) de l'opportunité du respect des amnisties du point de vue politique, sur le plan strictement normatif/international, la problématique se pose à deux niveaux : celui de la légalité internationale de cette institution de clémence au regard des obligations de l'Etat qui en fait directement usage, et celui de la légalité du titre de compétence de l'Etat tiers qui choisit d'exercer sa compétence judiciaire⁴⁵.

La pratique (des Etats tiers comme des Etats directement engagés dans un processus de transition) est, sur ce point, assez contradictoire⁴⁶. Une première articulation peut être faite

Customary (General) International Law, International Law Association, London Conference (2000). Le Rapport est téléchargeable sur le site www.ila-hq.org (visité le 26 avril 2005).

⁴² C'est-à-dire basée sur la nationalité de l'auteur ou de la victime.

⁴³ Parmi les supporters de la compétence universelle, on distingue notamment ceux qui sont pour une compétence universelle absolue, et ceux qui soutiennent une compétence soumise à la présence de l'accusé sur le territoire de l'Etat qui exerce l'action pénale (*forum deprehensionis*). La valeur de ce débat n'est pas sans conséquences pratiques : si la première possibilité permet aux Etats d'exercer leurs compétences sur les crimes internationaux dans tous les cas (et donc, pour les systèmes qui le prévoient, même par contumace), il faut également évaluer les risques liés à une justice dotée d'un aussi large champ d'action. V. A. CASSESE, « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale ? » in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris 2002, 22-26 ; et, AA.VV. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, New Jersey, 2001. Ces derniers sont téléchargeables, à partir du site : <http://www.princeton.edu/~lapa/>. Sur l'épineuse question de la compétence pénale en droit international (à partir du fait que les tribunaux pénaux internationaux n'ont pas une compétence territoriale originaire et donc se superposent nécessairement aux Etats), v. aussi à G. DELLA MORTE, « Le champ des conflits : Réflexions autour de la compétence *ratione loci* des tribunaux pénaux internationaux », in E. FRONZA e S. MANACORDA (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc – Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Milano, Dalloz/Giuffrè, 2002, pp. 212-223.

⁴⁴ Il suffit de penser aux procès par contumace menés en Europe contre les crimes accomplis pendant la dictature en Argentine : des actions judiciaires ont été lancées, *inter alia*, en Espagne (par le Juge Baltasar Garzon), Italie (sur demande de la Ligue internationale pour la liberté des peuples), et en France (où Alfredo Astiz, un officier de marine argentine, a été condamné *in absentia*).

⁴⁵ R. BOED propose, à ce sujet, une grille d'orientation fondée sur quatre situations possibles: (A) "Valid Jurisdiction/Invalid Amnesty" (comme dans le cas où il y a, d'un côté, un Etat partie à la Convention sur le génocide prévoyant une amnistie pour un crime de génocide accompli sur son territoire et, de l'autre, un Etat tiers exerçant une action pénale) ; (B) "Valid Jurisdiction/Valid Amnesty" (dans l'hypothèse d'un crime contre l'humanité pour lequel "customary law has not developed to the point that custom requires States to prosecute perpetrators") [mais contra v., par exemple, C. KRESS, "War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 30, 2001, p. 163] ; (C) "Invalid Jurisdiction/Valid Amnesty" (comme dans le cas d'une amnistie pour un crime commun) ; (D) "Invalid Jurisdiction/Invalid Amnesty" (hypothèse d'un crime de torture amnistié par un Etat partie à la Convention sur la Torture et qui est en même temps poursuivi par un Etat non partie à cette Convention). V. R. BOED, op. cit, pp. 324-327.

⁴⁶ C'est aussi la position de B. CHIGARA dans son volume sur les amnisties (op. cit.). Le Chapitre 4, dédié à cette question, a pour titre "Schizophrenic State Practice To Prohibit or To Authorise National Amnesty Laws ?", pp. 57-91. Selon A. O'SHEA : "[b]roadly speaking, states that have gone through a political transition have adopted one of four alternative approaches to dealing with the perpetrators of past human rights violations, singly or in combination. [1] One choice has been

entre les Etats qui ont opté pour une amnistie de type conditionné et qui ne prévoient pas l'exclusion de toute action pénale ou civile vis-à-vis des crimes internationaux, et les autres, qui ont prévu des amnisties inconditionnées⁴⁷. A cela s'ajoutent des expériences qui pourraient être qualifiées d'hybridations : les amnisties s'accompagnent quelquefois de l'établissement de commissions de vérité et réconciliation⁴⁸, comme celle, célèbre, de l'Afrique du Sud⁴⁹ ; ou encore de tentatives d'administrer la justice « par le bas », comme c'est le cas dans le *Gacaca* au Rwanda⁵⁰. Le panorama est rendu encore plus vague par le fait qu'il existe la possibilité, pour ces même Etats directement intéressés, de changer leur attitude sur ce sujet. Un exemple en est fourni par l'Argentine dans le période 1976-1983. Au fil des dernières années, il s'est produit un véritable revirement. Les lois du *Puncto Final* et de la *Obediencia Debida*, qui avaient pour but de rendre bien complexe la possibilité de poursuivre certaines catégories de militaires⁵¹, ont été tout d'abord mises en cause par les tribunaux internes⁵², avant d'être annulées par le Sénat⁵³.

Au total, il apparaît clairement que les Etats qui reconnaissent des limites à l'extension de lois d'amnistie émanant d'autres Etats le font sur la base du droit international, c'est-à-dire

to prosecute those responsible for infringing individual rights. [2] Another option involves non-criminal sanctions against the former elites [...]. [3] The third alternative has been to refrain from persecuting the alleged perpetrators of human rights without any accompanying formal guarantee of amnesty, *i.e.* simple and unofficial impunity. [4] Amnesty, as a formal and defined measure of exception, has been elected as an option when perceived as necessary to ease the transition peace and democracy”, op. cit., Chapter 3, “National Amnesty Law”, Introduction, p. 34-35.

⁴⁷ Le Salvador et Haïti, pour donner un exemple du premier groupe. Algérie, Chili, Côte d'Ivoire, Croatie, Guatemala, pour donner des exemples du deuxième.

⁴⁸ « Plus d'une trentaine de ces commissions ont déjà été créées, notamment en Argentine, au Chili, en Afrique du Sud, au Pérou, au Ghana, au Maroc, à El Salvador, au Guatemala, au Timor-Leste et en Sierra Leone. Les commissions instituées à El Salvador, au Guatemala, au Timor-Leste et en Sierra Leone ont bénéficié du large concours et d'un important soutien de l'ONU, et des missions envoyées par celle-ci au Libéria et en République démocratique du Congo s'emploient aujourd'hui à faciliter les consultations en vue de la création de commissions de vérité dans ces pays ». V. le Rapport du Secrétaire Général des Nations Unies, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc. S/2004/616, 3 Août 2004, § 50, p. 22.

⁴⁹ V. le site officielle: <http://www.doj.gov.za/trc/index.html>. A dire vrai, dans le cas de l'Afrique du Sud, nous ne nous trouvons pas devant une commission de vérité et réconciliation du type de celle prévue dans le cadre de l'Amérique Latine. Il s'agit ici d'une institution plus articulée, formée par le Comité pour l'amnistie, le Comité pour la violation des droits de l'homme et par le Comité pour la réparation et la réhabilitation. En ce qui concerne la tentative de faire déclarer l'inadmissibilité de cette amnistie, tentative rejetée par la Cour Constitutionnelle sud-africaine, cf. *Azanian People Organization v. President of the Republic of South Africa*, affaire n. CCt 17.96, 25 juillet 1996.

⁵⁰ V. le site du Gouvernement rwandais dédié à cette institution: www.inkiko-gacaca.gov.rw (visité le 26 avril 2005). V. aussi, E. Daly, “Between punitive and reconstructive justice: the Gacaca courts in Rwanda”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 34, n° 2, 2002, pp. 386-396 ; J. FIERENS, “Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality”, *Journal of International Criminal Justice*, n° 3, 2005, pp. 896-919 ; et W. A. SCHABAS, “Genocide Trials and Gacaca Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, n° 3, 2005, pp. 879-895.

⁵¹ Il s'agit, respectivement, des lois n° 23.492 du 23 décembre 1986 et n° 23.521 du 4 juin 1987.

⁵² V. la Cour Fédérale d'Appel de Buenos-Aires, affaire n. 17.889 (*Simon Julio*), Jugement du 9 Novembre 2001. La Cour Suprême du Honduras a procédé de la même manière, cf. l'affaire *Amparo en Revisión*, n° 58-96 du 18 Janvier 1996 et la pétition pour la déclaration d'inconstitutionnalité du 27 juin 2000, n° 20-99.

⁵³ “A series of extraordinary and closely inter-related judicial [...] developments have unfolded in [...] Argentina during the course of the past 12 months [...]. On 16 March, a federal court in Buenos Aires ordered the re-opening of a case investigating crimes committed by the former Head of Police of the Province of Buenos Aires and his subordinates during the “Dirty War” period. Only three days later, a judge found that the presidential pardons granted to certain military officials in 1989 and 1990 were unconstitutional. On 20 March, an Argentine court found two police officials guilty of arranging the theft of a baby from murdered detainees during the country's last military dictatorship [...]. Then, on 24 September 2004, the Supreme Court of Argentina found itself having to consider whether or not the principle of non-retroactivity arose, as the United Nations Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations or War Crimes and Crimes against Humanity only became part of the Argentine Constitution in 2003 [...]. In an historic decision, and by a 5-3 margin, the Court held that: ‘This Convention only affirmed the non-applicability, which means the recognition of a norm already in existence (*jus cogens*) as part of customary international law’”. V. P.A. BARCROFT, “The Slow Demise of Impunity”, *ASIL Insight*, janvier 2005 (consultable sur www.asil.org/insights, visité le 15 mai 2005). La « décision historique » à laquelle il est fait référence est l'affaire *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otras* (A. 533. XXXVIII, causa n° 259), téléchargeable sur le site www.derechos.org/nizkor/arg/doc/arancibial.html, consulté le 1^{er} août 2005).

en se fondant sur les normes de droit international qui imposent la criminalisation de certains actes et qui excluent l'impunité. Les autres agissent sur un postulat de domaine réservé.

2°/ L'attitude au sein de l'Organisation des Nations Unies

Si l'on concentre l'attention sur la plus importante organisation internationale à vocation universelle, les Nations Unies, on observe que les évolutions en matière d'amnistie ont été remarquables⁵⁴. Depuis le début des années 90, l'ONU s'est engagée dans une lutte contre l'impunité qui n'a pas de précédent dans le cadre du droit international et plusieurs organes se sont prononcés dans cette perspective. Il en est d'abord ainsi de l'organe doté de la plus grande représentativité, l'Assemblée générale. Dans une riche pléthore de résolutions, cet organe a, à plusieurs reprises, exprimé son opposition aux différentes formes d'impunité⁵⁵. La valeur de ces résolutions ne doit pas être sous-estimée. Comme la Cour Internationale de Justice (CIJ) a eu l'occasion de le faire remarquer, les résolutions de l'Assemblée générale, bien que dépourvues de valeur contraignante à l'égard des Etats, reflètent l'esprit dominant en faveur de l'identification de la règle coutumière⁵⁶.

Concernant le Conseil de sécurité, il existe une très riche série de résolutions qui marquent une évolution vers la sanction des violations graves⁵⁷. En suivant le fil tracé par ces résolutions, on peut reconnaître avec une certaine clarté le passage d'une conception où l'impunité était garante d'un retour à la paix à une conception où l'impunité représente une menace à la paix. De même, le Secrétaire Général des Nations Unies s'est impliqué dans ce sujet par le biais de son pouvoir de présenter des rapports. Ces derniers soulignent souvent la nécessité de la lutte contre l'impunité et proposent des recommandations susceptibles d'être formulées par le Conseil de Sécurité⁵⁸. L'un des plus récents de ces rapports, dédié aux

⁵⁴ V., sur ce point, C. STAHN, "United Nations peace-building, amnesties and alternative forms of justice: a change in practice?", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 84, n° 845, 2002, pp. 191-205.

⁵⁵ V. A/RES/44/159 du 15 décembre 1989 sur les exécutions extrajudiciaires et sommaires (cette résolution comprend les « Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions » - voir en particulier le § 18 de ces principes, qui porte sur le principe de compétence universelle). Et A/RES/47/132 du 18 décembre 1992 sur les disparitions forcées qui prévoit, en son § 18.1, que les personnes responsables de violations des droits ne peuvent bénéficier d'aucune loi d'amnistie. Mais v. aussi A/RES/45/116 du 14 décembre 1990 portant traité-type d'extradition.

⁵⁶ Pour la valeur des résolutions de l'Assemblée générale, voir Cour internationale de Justice, Avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, § 70 : « les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle ».

⁵⁷ Au-delà de celles qui concernent directement l'établissement d'institutions pénales internationales (et qui seront analysées ci-après), on peut rappeler : la Résolution 771/1992, sur la collecte d'informations sur les violations des droits de l'homme et la réunion de preuves ; la Résolution 787/1992, sur la mise en garde des responsables des violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme ; la Résolution 749/1992, sur la Somalie ; la Résolution 1072/1996, sur le Burundi ; la Résolution 1265/1999, qui insiste sur la responsabilité pour violation du droit international humanitaire et pour les violations graves des droits de l'homme ; les Résolutions 1556 et 1564 de 2004, sur le Darfour. Ou, encore des résolutions à caractère normatif : la Résolution 1325/2000, sur la protection des femmes ; la Résolution 1373/2001, sur la menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes ; la Résolution 1379/2001, sur la protection des enfants dans les conflits armés.

⁵⁸ V., par exemple, le Rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité sur la protection des civils en période de conflit armé (Doc. S/1999/957, 8 septembre 1999), qui porte aussi sur l'opportunité, pour le Conseil de sécurité, d'utiliser le Chapitre VII pour lutter contre l'impunité ; ou encore le Rapport sur la protection des civils dans les conflits armés (Doc. S/2002/1300, du 26 novembre 2002). Dans ce dernier, on observe comment : « La communauté internationale reconnaît de plus en plus que la question de la responsabilité des atrocités et des violations des droits de l'homme commises dans le passé – c'est-à-dire la question de savoir qui devrait en être tenu responsable et comment – revêt une importance fondamentale dès le départ. L'incapacité de régler ces questions de justice au Kosovo a conduit à des représailles généralisées par d'anciennes victimes, y compris de nouvelles tueries et un nouvel exode de réfugiés, que même les 40 000 et quelques soldats dirigés par

problématiques de la justice transitionnelle, indique clairement qu'il « n'est possible de consolider la paix dans la période qui suit immédiatement la fin d'un conflit, et de la préserver durablement, que si la population est assurée d'obtenir réparation à travers un système légitime de règlement des différends et d'administration équitable de la justice »⁵⁹. La promotion de l'Etat de droit, à partir de la Charte des Nations Unies⁶⁰, a abouti à ce que les normes de l'ONU soient « adoptées par les pays du monde entier et incorporées à l'ensemble des systèmes juridiques des États Membres, que ceux-ci soient fondés sur la *common law*, le droit romain, le droit islamique ou d'autres traditions juridiques »⁶¹. De ce cadre normatif, il y a des conséquences à tirer. Les amnisties peuvent contribuer au retour et à la réinsertion de groupes de civils déplacés et d'ex-combattants, et méritent par conséquent « d'être encouragées ». Elle ne doivent cependant en aucun cas être utilisées « pour excuser des actes de génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des atteintes graves aux droits de l'homme »⁶².

En conclusion, on peut observer que, dans le cadre des Nations Unies, la question de la lutte contre l'impunité est devenue de plus en plus centrale, jusqu'à envahir le domaine des amnisties. Ce n'est pas un hasard si L. JOINET énumère ces institutions de clémence dans le paragraphe dédié aux « mesures restrictives justifiées par la lutte contre l'impunité » de son Rapport⁶³. D'ailleurs, la rédaction de ce dernier lui avait été confiée par la Sous-Commission des droits de l'homme, donc dans le cadre onusien.

3°/ L'attitude au sein des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme

Lorsqu'on passe du niveau universel au niveau régional, c'est principalement le système interaméricain qu'il convient de prendre en compte. Bien que des témoignages intéressants de développement sur le sujet ne manquent pas dans le cadre du Conseil de l'Europe⁶⁴, c'est la

l'OTAN n'ont pas pu empêcher. Les systèmes judiciaires doivent régler rapidement le problème des violations commises dans le passé si l'on veut que le processus de reconstruction après des bouleversements violents repose sur une base solide. *Même si certains soutiennent qu'il est indispensable d'amnistier les membres des forces armées pour qu'une cessation des hostilités puisse prendre effet, l'amnistie demeure inacceptable pour l'ONU qui ne l'admet que si le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont exclus de ses dispositions* » (§ 47, italiques ajoutés).

⁵⁹ V. le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, intitulé : *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc. S/2004/616, 3 août 2004, § 2, p. 5.

⁶⁰ Et des « quatre piliers du système juridique international moderne : la législation internationale en matière de droits de l'homme; le droit international humanitaire; le droit pénal international; et le droit international des réfugiés ». Ibid., § 9, p. 7.

⁶¹ Ibid., § 10, p. 7.

⁶² Ibid., § 32, p. 15. Raison pour laquelle « Il conviendrait de veiller à ce que les accords de paix, ainsi que les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité et les mandats approuvés par lui : [...] c) Condamnent toute mesure autorisant l'amnistie pour des actes de génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, y compris les actes fondés sur l'origine ethnique ou le sexe, ou de caractère sexuel, et fassent en sorte qu'aucune amnistie antérieure ne fasse obstacle aux poursuites engagées devant l'un quelconque des tribunaux créés ou soutenus par l'ONU ». Ibid., § 64, p. 26.

⁶³ Où sont énumérés : a) la prescription ; b) l'amnistie ; c) le droit d'asile ; d) l'extradition ; e) la procédure *in absentia* ; f) l'obéissance due g) les lois sur le repentir ; h) les tribunaux militaires ; et i) principes de l'inamovibilité des juges. V. L. JOINET, *Rapport, sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, op. cit..

⁶⁴ V., par exemple, la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, qui a subi une évolution significative à ce sujet. En son article 9, à l'origine, la convention prévoyait que : « l'extradition ne sera pas accordée lorsque l'individu réclamé a été définitivement jugé par les autorités compétentes de la Partie requise, pour le ou les faits à raison desquels l'extradition est demandée. L'extradition pourra être refusée si les autorités compétentes de la Partie requise ont décidé de ne pas engager de poursuites ou de mettre fin aux poursuites qu'elles ont exercées pour le ou les mêmes faits ». Le Protocole additionnel du 15 octobre 1975 spécifiait, en son article 2, que « l'extradition d'un individu qui a fait l'objet d'un jugement définitif dans un Etat tiers, Partie contractante à la Convention, pour le ou les faits à raison desquels la demande est présentée, ne sera pas accordée: (a) lorsque ledit jugement aura prononcé son acquittement; (b) lorsque la peine privative de liberté ou l'autre mesure infligée: (i) : aura été entièrement subie; (ii) : aura fait l'objet d'une grâce ou d'une amnistie portant sur sa totalité ou sur sa partie non exécutée ». Enfin, selon le second Protocole du 7 mars 1978, « l'extradition ne sera pas accordée pour une

Cour interaméricaine des droits de l'homme qui a véritablement joué un rôle pionnier en la matière en statuant de manière décisive sur le thème de l'impunité et en contribuant fortement à l'affirmation d'un esprit d'interdiction sur ce sujet.

Les jugements sur ce thème sont particulièrement significatifs. Déjà, dans les affaires *Velásquez Rodríguez*⁶⁵ et encore *Godínez Cruz*⁶⁶, la Cour a affirmé que : « [a]ccording to Article 1 (1), any exercise of public power that violates the rights recognized by the Convention is illegal » ; mais c'est dans l'affaire *Barrios Altos* qu'elle a le plus clairement dévoilé son attitude promotrice⁶⁷. Face à la question que posent certaines amnisties proclamées au Pérou qui seraient ou non compatibles avec les obligations qui découlent de la Convention interaméricaine, les juges ont développé un raisonnement très argumenté pour conclure dans le sens de l'incompatibilité⁶⁸. La conclusion a été confirmée à l'occasion de la demande d'interprétation du Jugement sur le fond⁶⁹, et réaffirmée dans le cadre de la décision sur les réparations. Dans le cadre de la demande d'interprétation, la question posée concernait les effets du Jugement : fallait-il les considérer comme généraux ou bien valables seulement dans le cadre de l'affaire en cause⁷⁰ ? La Cour a répondu par la négative (c'est-à-dire en affirmant la généralité des effets), en soulignant que : « enactment of a law that is manifestly incompatible with the obligations undertaken by a State Party to the Convention is *per se* a violation of the Convention for which the State incurs international responsibility »⁷¹. L'intention apparaît claire. Les lois d'auto-amnistie ne sont pas compatibles avec les obligations qui découlent de la Convention interaméricaine des droits de l'homme. Elles doivent être déclarées nulles afin de permettre la reprise de l'action judiciaire normale (enquêter, poursuivre, punir). C'est ce qui permet aux juges d'ordonner l'ineffectivité de la loi en cause et d'imposer également l'adoption de mesures de sens opposé (parmi lesquelles la promotion de la ratification de la convention sur l'imprescriptibilité de certains crimes, ce qui laisse une nouvelle fois entrevoir la relation complexe entre les diverses institutions de clémence). Mais d'autres éléments se dévoilent encore dans cette affaire. La nullité des lois

infraction couverte par l'amnistie dans l'Etat requis si celui-ci avait compétence pour poursuivre cette infraction selon sa propre loi pénale». Sur ce thème, c'est-à-dire sur les obligations positives des Etats en matière pénale et, en particulier, sur l'examen de l'espace européen à ce sujet, v. F. BESTAGNO, *Diritti Umani e impunità - Obblighi positivi degli Stati in materia penale, Vita e Pensiero*, Milano, 2003.

⁶⁵ Series C, No. 4, Case of *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*. Jugement du 29 juillet 1988, § 169.

⁶⁶ Series C, No. 5, Case of *Godínez-Cruz vs. Honduras*. Jugement du 20 janvier 1989, § 178 (le texte reporté « est pris du premier, mais celui du deuxième est identique »).

⁶⁷ Series C, No. 87, Case of *Barrios Altos vs. Peru*, Jugement du 30 novembre 2001. Mais v. aussi l'affaire *The Last Temptation of Christ* où les juges notent comment : “[...] the general obligation of the State, established in Article 2 of the Convention, includes the adoption of measures to suppress laws and practices of any kind that imply a violation of the guarantees established in the Convention, and also the adoption of laws and the implementation of practices leading to the effective observance of the said guarantees” (Series C No. 73, *The Last Temptation of Christ Case (Olmedo Bustos et al.)*, Jugement du 5 février 2001, § 85).

⁶⁸ “Amnesty Laws No. 26479 and No. 26492 are incompatible with the American Convention on Human Rights and, consequently, lack legal effect”. Et encore : “the State of Peru should investigate the facts to determine the identity of those responsible for the human rights violations referred to in this judgment, and also publish the results of this investigation and punish those responsible”. Series C, No. 87, Case of *Barrios Altos vs. Peru*, Jugement du 30 novembre 2001, § 4 et § 5.

⁶⁹ Présentée par la Commission au sens des articles 67 de la Convention et 58 du Règlement de procédure.

⁷⁰ Series C No. 83, Case of *Barrios Altos vs. Peru*. Interpretation of the Judgment on the Merits. (Art. 67 American Convention on Human Rights). Judgment of September 3, 2001.

⁷¹ Ibid., § 18. C'est ainsi que, dans le cadre des réparations, les juges insèrent (parmi les moyens non monétaires) : “a) to apply the ruling of the court in its judgment on interpretation of the judgment on the merits ‘regarding the meaning and scope of the declaration of ineffectiveness of Laws N° 26479 and [N°]26492’; b) to initiate the procedure to include ‘the most suitable legal classification’ to define the crime of extra-judicial executions, within 30 days of the date the agreement was signed’; c) to initiate ‘the procedure to sign and promote ratification of the International Convention on the Non-applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, [...] within 30 days of the date the agreement was signed’”. Series C No. 83, Case of *Barrios Altos vs. Peru. Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of November 30, 2001, § 5 du dispositif. Il est peut être intéressant d'observer également que les juges ordonnent “to erect a memorial monument within 60 days of the date the agreement was signed”.

d'amnistie n'est pas seulement fondée sur les obligations conventionnelles du système interaméricain, mais aussi sur la base plus générale de violation de « non-derogable rights recognized by international human rights law »⁷². Cette approche est développée dans l'opinion concurrente du Juge Garcia-Ramirez en annexe au Jugement⁷³. Après avoir spécifié que l'objet de cette opinion est délimité au seul cas des auto-amnisties « which are promulgated by and for those in power »⁷⁴, et après avoir indiqué savoir ce que les pratiques de réconciliation peuvent apporter à l'objectif de paix, le Juge observe « that such forgive and forget provisions cannot be permitted to cover up the most severe human rights violations »⁷⁵, ajoutant que « the State may not invoke difficulties of a domestic nature to waive the obligation to investigate [...] and punish »⁷⁶. Cette dernière obligation « cannot be avoided by measures such as amnesty, prescription, admitting considerations that exclude incrimination, and others that could lead to the same results and establish the impunity of acts that gravely violate those primordial legal rights [...] »⁷⁷.

Bien que les systèmes des Nations Unies et interaméricain demandent aujourd'hui clairement l'exclusion des amnisties pour les crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité ou encore pour les atteintes graves aux droits de l'homme, la pratique des Etats (tiers ou directement engagés) reste encore équivoque, si bien que la situation générale est difficilement prête à être encadrée dans des grilles trop rigides. Avant de se risquer plus avant dans l'appréciation du degré dans lequel les choses ont changé dans le cadre du droit international dans ces dernières années, il convient d'examiner les principes qui peuvent dériver des dispositions du droit international pénal, ce « infant criminal justice system of the international community »⁷⁸.

II – L'amnistie dans le cadre particulier du droit international pénal

Ces dernières années ont été marquées par la création d'un nombre assez considérable de tribunaux internationaux dotés de compétences pénales. Etablis par voie unilatérale par le Conseil de sécurité ou par voie conventionnelle entre Etats ou entre Etats et organisations internationales, ces institutions peuvent avoir une structure permanente et une vocation universelle (Cour pénale internationale), une tâche qui leur est confiée par le Conseil de sécurité (Tribunaux *ad hoc*), une nature mixte (Special Court for Sierra Leone et Cambodian Extraordinary Chambers), une nature internationalement assistée (Serious Crimes Panel of the Dili District Court in East Timor et Kosovo War Crimes Court), ou encore une nature bien « obscure » ! (Iraqi Special Tribunal). Toutes ces institutions (à l'exception de la dernière qui nous semble répondre à d'autres types de besoins⁷⁹) s'inscrivent dans la nouvelle exigence de la communauté internationale de remédier au fait que certains crimes puissent rester impunis.

⁷² Series C, No. 87, Case of *Barrios Altos vs. Peru*. Judgment of November 30, 2001, § 41.

⁷³ V. Concurring Opinion du Juge Garcia-Ramirez au Judgment of November 30, 2001 (Series C, No. 87, Case of *Barrios Altos vs. Peru*).

⁷⁴ “[A]nd differ from amnesties “that are the result of a peace process, have a democratic base and a reasonable scope, that preclude prosecution of acts or behaviors of members of rival factions, but leave open the possibility of punishment for the kind of very egregious acts that no faction either approves or views as appropriate”[...].” Ibid., § 10.

⁷⁵ Ibid., § 11.

⁷⁶ Ibid., § 12.

⁷⁷ Ibid., § 13.

⁷⁸ L'expression est tirée de l'opinion séparée du Juge Shahabuddeen jointe à la *Decision on the Prosecutor's Request for Review or Reconsideration*, affaire *Barayagwiza* (ICTR-97-19-AR72), Chambre d'Appel, 31 mars 2000.

⁷⁹ En ce qui concerne le Tribunal spécial pour l'Iraq, v. le site officiel : www.iraq-ist.org/, visité le 17 juillet 2005. Sur ce point cf. aussi, les commentaires de J. E. ALVAREZ; Y. SHANY; M. P. SCHARF, D. ZOLO, in *Journal of International Criminal Justice*, n° 2, 2004, pp. 313-346. Toujours dans un sens critique (quant à la nature internationale de cette institution).

En même temps, cette communauté a souvent salué avec enthousiasme les pratiques de réconciliation qui ont permis la transition vers des formes de démocratie plus accomplies (comme cela a été le cas dans le cadre des commissions de réconciliation). D'où, encore une fois, l'idée qu'exigences et intérêts peuvent être en opposition.

L'amnistie, qui représente une *abolitio criminis*, ou plus précisément une disposition à travers laquelle l'Etat renonce à son pouvoir (compétence) de juger un crime spécifique, apparaît, dans un tel contexte, comme un possible point de collision. D'où la question de savoir si, en l'absence de toute précision sur ce point dans les statuts de ces institutions, l'amnistie est ou non admissible ?

A - Les indices qui dérivent de la pratique des Tribunaux *ad hoc*

Le Statut et les autres documents normatifs des Tribunaux *ad hoc*, contrairement à d'autres institutions (presque) du même type, tels que la Special Court for the Sierra Leone⁸⁰, ne considèrent pas la possibilité d'une amnistie⁸¹. Pourtant les deux institutions tiennent leur pouvoir du Conseil de Sécurité sur le fondement du Chapitre VII de la Charte de l'ONU (c'est-à-dire en matière du maintien de la paix et de la sécurité internationale⁸²). Cette paternité équivoque se reflète dans l'ambivalence des tâches à accomplir, maintien de la paix d'un côté, répression des graves violations de droit international humanitaire, de l'autre. Ainsi, la Résolution du Conseil de Sécurité n°808 du 22 février 1993⁸³ exprime de manière très claire la nouvelle relation établie entre « violation de droit humanitaire » et « situation de menace à la paix »⁸⁴. La poursuite des crimes sert par conséquent l'établissement de la paix. Si cette relation est aujourd'hui pacifique (ou, peut être, pacifiée) dans le cadre de

⁸⁰ Cf. à l'article 10 du Statut de la *Special Court for the Sierra Leone* (le point a été déjà envisagé *supra*). Mais v. aussi la Regulation n° 2001/10, du 13 juillet 2001, sur l'établissement de la *Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor*, et encore l'article 40 de la loi, du 15 janvier 2001, sur l'établissement des *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea* (toutes les deux excluent la possibilité des amnisties). Selon Y. NAQVI, op. cit., p. 606 : "[i]t could be argued that this rejection of amnesties for international crimes in the statutes of these courts is evidence of their illegality under international law and the impossibility for courts to give them recognition. However, the fact that these instruments needed to explicitly rule out recognizing amnesties for international crimes suggests that in the absence of a clause directing a court to disregard such amnesties, the courts would normally be able to recognize an amnesty for international crimes insofar as this was in accordance with international law".

⁸¹ Mais prévoient une disposition en matière de grâce dans la Directive pratique relative à l'appréciation de la peine et de demandes de grâce, de commutation de la peine et de libérations anticipées des personnes condamnées par le Tribunal international (TPIY, Doc. IT/146, 7 avril 1999). Article 125 : « Critères généraux d'octroi : Aux fins d'apprécier l'opportunité d'une grâce ou d'une commutation de peine, le Président du Tribunal tient compte, entre autres, de la gravité de l'infraction commise, du traitement réservé aux condamnés se trouvant dans la même situation, de la volonté de réinsertion sociale dont fait preuve le condamné ainsi que du sérieux et de l'étendue de la coopération fournie au Procureur ». V. le chapitre 2 sur la grâce en droit international.

⁸² Il s'agit, respectivement, de la Résolution n° 827 du 25 mai 1993 (établissement du TPIY) et de la Résolution n° 955 du 8 novembre 1994 (établissement du TPIR). On n'abordera pas dans ce contexte la question de la légitimité du Conseil de sécurité pour créer ces deux institutions. Pour une interprétation authentique de cette problématique, c'est-à-dire élaborée par les mêmes juges qui l'ont appliquée, cf. la Décision de la Chambre d'appel du TPIY, 2 octobre 1995, dans l'affaire *Tadić*, IT 94-I-AR72 (commentée, entre autres, par M. SASSOLI, « La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : Tadić (compétence) », in *Revue Générale de Droit International Public*, 1996, n° 1, pp. 101-134).

⁸³ Par laquelle le Conseil « décide la création » du premier Tribunal *ad hoc* - pour l'ex-Yougoslavie - et « prie le Secrétaire de soumettre le plus tôt un rapport analysant cette question sous tous les aspects, comportant des dispositions concrètes ». Le Conseil « se déclarant une nouvelle fois alarmé par les informations [...] de violations généralisées du droit international humanitaire » et « constatant que cette situation constitue une menace à la paix et à la sécurité internationale » décide d'établir le Tribunal. Mais v. aussi les Résolutions qui ont précédé : n° 764 du 13 juillet 1992, n° 771 du 13 août 1992, n° 780 du 6 octobre 1992 et le Rapport de la Commission d'experts nommée par le Secrétaire Général pour enquêter sur les crimes dans l'ex-Yougoslavie, Doc. S/25274 du 10 février 1993.

⁸⁴ V. aussi le Rapport du Secrétaire Général sur la base du paragraphe 2 de la Résolution n° 808 du Conseil de Sécurité (Doc. S/25074 du 3 mai 1993 et en particulier les § 18-30)

l'expérience des Tribunaux *ad hoc*, on devrait en déduire qu'il n'y a pas d'espace pour la contestation de la validité de n'importe quelle amnistie, d'autant plus que ces juridictions agissent sur la base d'un vrai principe de primauté sur les juridictions internes⁸⁵. C'est ainsi que dans l'affaire *Furundzja*, la Chambre de première instance du TPIY a précisé, à propos de l'interdiction de la torture qualifiée de norme de *jus cogens*⁸⁶, que « [l]e fait que la torture est prohibée par une norme impérative du droit international a d'autres effets aux échelons interétatique et individuel. A l'échelon interétatique, elle sert à priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture. Il serait absurde d'affirmer d'une part que, vu la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenue *ab initio* et de laisser faire, d'autre part, les États qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture *ou amnistiant les tortionnaires* »⁸⁷. D'autres décisions des TPI renvoient de même à la pluralité des tâches à accomplir. Pour s'en tenir à un seul exemple, dans l'affaire *Semanza* en première instance, les juges, après avoir délibéré dans le sens de la culpabilité de l'accusé, rappellent la pluralité des objectifs poursuivis à travers la peine : « *retribution, deterrence, stigmatization, rehabilitation, protection of society, and national reconciliation* »⁸⁸.

Il subsiste toutefois quelques zones d'ombre. C'est le cas de l'opinion dissidente du Juge Schomburg dans l'affaire *M. Deronjic*, que nous prenons ici comme exemple⁸⁹. Cette opinion concernait la peine : selon le Juge Schomburg, la plaidoirie de culpabilité ne doit pas emporter une réduction exagérée de la peine à imposer et, en particulier, ne doit pas servir le but de la rapidité au prix d'une sorte d'amnistie. A ce propos, le Juge souligne : « I accept that, in order to break up a circle of silence among perpetrators, some promises can be made by the Prosecutor [mais :] a) Promises [...] can not result in de facto granting partial amnesty/impunity by the Prosecutor, particularly not in an institution established to avoid impunity. b) Amnesty can only be granted after an appropriate sentence has been determined.

⁸⁵ V. F. LATTANZI, « La primazia del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia sulle giurisdizioni interne », *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXIX, fasc. 3, 1996, pp. 597-619.

⁸⁶ Affaire *Furundzija*, (IT-95-17/1), Jugement, 10 décembre 1998.

⁸⁷ « Si pareille situation devait se présenter, les mesures nationales violant le principe général et toute disposition conventionnelle pertinente auraient les effets juridiques évoqués ci-dessus et ne seraient, au surplus, pas reconnues par la communauté internationale. Les victimes potentielles pourraient, si elles en ont la capacité juridique, engager une action devant une instance judiciaire nationale ou internationale compétente afin d'obtenir que la mesure nationale soit déclarée contraire au droit international ; elles pourraient encore engager une action en réparation auprès d'une juridiction étrangère qui serait invitée de la sorte, notamment, à ne tenir aucun compte de la valeur juridique de l'acte national autorisant la torture. Plus important encore, les tortionnaires exécutants ou bénéficiaires de ces mesures nationales peuvent néanmoins être tenus pour pénalement responsables de la torture que ce soit dans un État étranger ou dans leur propre État sous un régime ultérieur ». *Ibid.*, § 155, italiques ajoutés.

⁸⁸ Affaire *Semanza* (TPIR, Jugement de la Chambre de première instance, 13 mai 1999, § 554 (italique adjoint).

⁸⁹ Miroslav Deronjic, du Parti Démocratique des Serbes de Bosnie Herzégovine (SDS), avait été accusé le 3 juillet 2003 d'une série de crimes contre l'humanité accomplis dans le village de Glogova le 9 mai 1992. Capturé le 6 juillet de la même année dans la ville de Brutanac, il s'est immédiatement déclaré coupable en activant la procédure de plaidoirie de culpabilité vis-à-vis du seul chef d'accusation contesté. Cette procédure (inspiré principalement du *guilty plea* de *common law*) représente un puissant instrument et en même temps un mécanisme délicat (cf., à ce propos, l'art.62.bis du Règlement de procédure et de preuve du TPIY). Dix ans après la création des Tribunaux *ad hoc* et considérant les coûts que ces institutions comportent pour la communauté internationale, cette dernière multiplie les efforts pour que ces juridictions terminent bientôt leurs tâches. D'ailleurs, un certain nombre de raisons poussent dans ce sens. Il sera suffisant de rappeler celles qui se manifestent sur le plan probatoire : témoins avec des trous de mémoire, documentation disparue, etc. C'est dans ce contexte qu'il faut remettre l'affaire *Deronjic* : le Tribunal encourage la stipulation de plaidoiries de culpabilité, et cela bien évidemment pour permettre une conclusion plus rapide du procès. A ce propos, v. aussi la toute dernière modification de l'Art. 28 (A) du Règlement de procédure et de preuve du TPIY en exécution de la Résolution du Conseil de Sécurité n° 1534 du 26 mars 2004. Avec cette Résolution le Conseil demande aux juges de mettre en œuvre la stratégie de clôture des travaux établie avec la Résolution n° 1503 du 28 août 2003 (selon laquelle les enquêtes devront cesser en 2004, les procès en première instance en 2008 et tous les travaux en 2010). Dans ce but, les juges ont modifié l'art. 28 (A) cité. Dorénavant « ... » sera possible la mise en accusation seulement des « plus importants leaders » qui portent « la plus grande responsabilité » pour les crimes.

c) A limited amnesty or early release, if at all, can only be granted by those to whom this power is or will be vested, based on a sentenced person's entire post-crime conduct, or in order to restore peace »⁹⁰.

B - La question de la validité des amnisties dans le cadre de la Cour pénale internationale

Bien que le Préambule du Statut approuvé à Rome prévoit expressément que « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis » et rappelle « qu'il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables des crimes internationaux », rien n'est prévu à ce sujet⁹¹. Etant donné le caractère extrajudiciaire des amnisties, celles-ci ne provoquent pas la mise en marche du mécanisme de complémentarité. Aux termes de l'article 1 du Statut, la CPI est complémentaire aux seules « juridictions criminelles nationales », raison pour laquelle, au-delà des décisions prises par ces dernières, il n'y a pas d'opposition formelle. Ce défaut d'interférence formelle entre les dispositions d'amnistie et le principe de complémentarité attaché à la Cour peut être à l'origine de quelques problèmes, notamment au cas où la poursuite internationale représente un obstacle ou un retard vers le chemin de la réconciliation au niveau interne. La possibilité d'un conflit entre les exigences de réconciliation d'un Etat et l'activité judiciaire menée par une institution internationale de répression pénale préfigure une éventuelle hétérogénéité d'intérêts et soulève quelques interrogations cruciales relatives à la fonction de la CPI et à l'échelle des valeurs sur lesquelles elle se fonde.

Un certain nombre d'indices se dégagent du Statut de la CPI. Il en est ainsi, tout d'abord de la norme sur l'imprescriptibilité des crimes, qui pose certaines questions sur les interrelations entre cette dernière et l'amnistie⁹². Ou encore de l'obligation de poursuivre qui résulte du Préambule et des interrelations entre cette obligation et le droit international conventionnel et coutumier (même si ce dernier élément ne résout pas toutes les incertitudes⁹³). Mais encore plus important semble l'examen du *modus operandi* de la CPI,

⁹⁰ *Deronjic* (IT-02-61-S), Dissenting Opinion du Juge Schomburg sous le Sentencing Judgement, 30 mars 2004, § 11. Selon le juge Schomburg, la peine aurait dû être au moins du double vis-à-vis du crime reconnu. Mais v. aussi le Jugement en appel du 20 juillet 2005 (IT-02-61-A) qui confirme la peine de dix ans originellement décidée en première instance.

⁹¹ V., respectivement le § 4 et le § 6 du Préambule. Une remarquable doctrine commence à se développer sur ce sujet. V., M. ARSANJANI, "The International Criminal Court and National Amnesty Laws", *ASIL Proceedings* (1999), p. 65 ss. ; J. DUGARD, "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commission", in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. JONES (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, three vols., Oxford, OUP, 2002, pp. 693-613 ; J. GAVRON, "Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 51, n° 1, 2002, pp. 91-117 ; D. MAJBUZ, "Peace or Justice ? Amnesties and the International Criminal Court", *Melbourne Journal of International Law*, n° 3, 2002, pp. 248-279 ; D. MOMTAZ, « La compétence complémentaire de la Cour Pénale Internationale à l'épreuve des lois d'amnistie inconditionnelle », *Die Friedens-Warte – Journal of International Peace and Organization*, vol. 78, n° 1, 2003, pp. 53-62 ; D. ROBINSON, "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, vol. 14, n° 3, 2003, pp. 481-505 ; A. SEIBERT-FORH, "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commission", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 7, 2003, pp. 553-590 ; C. STAHN, "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, n° 3, 2005, pp. 695-720 ; M. SCHARF, "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the ICC", *Cornell International Law Journal*, vol. 32, n° 3, 1999, pp. 507-527 ; C. VAN DEN WYNGAERT et T. ONGENA, "Non bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty", in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (ed.), *op. cit.*, pp. 705-729.

⁹² V. *supra*.

⁹³ Les obligations internationales d'origine conventionnelle et/ou coutumière imposant la poursuite (et par conséquent interdisant l'impunité et les amnisties) concernent seulement une partie des crimes internationaux. D'où la constatation suivante : si les actes constitutifs d'un crime (actions ou omissions selon une première impression de *fumus bonus iuris*) peuvent être considérés, par exemple, aussi bien comme de simples crimes de guerre que comme des infractions graves aux Conventions de Genève, les dispositions valables en droit international ne résolvent pas complètement notre question de départ. Par exemple, si le Procureur international a la possibilité de formuler un acte d'accusation sur la base d'une

dont il résulte que trois sujets peuvent exercer leur pouvoir d'évaluation sur la question de l'admissibilité d'une loi d'amnistie : les juges⁹⁴, le Procureur⁹⁵ et le Conseil de Sécurité⁹⁶.

1°/ L'évaluation de l'admissibilité d'une loi d'amnistie par les juges

Les juges peuvent connaître de l'admissibilité d'une loi d'amnistie à plusieurs moments de la procédure, soit *proprio motu*, soit sur demande des parties⁹⁷. En particulier, une affaire est jugée irrecevable lorsqu'elle « fait » ou « a fait » « l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites »⁹⁸.

Certains doutes se présentent par rapport à l'institution d'une commission de réconciliation nationale du type de celle établie en Afrique du Sud (c'est-à-dire dotée d'un pouvoir d'enquêter et d'une libre appréciation des preuves apportées). L'art. 17.1 du Statut demande que les juges déclarent l'inadmissibilité dans le cas où une action/ou/omission a été (inter alia) « l'objet d'une enquête » sans spécifier s'il doit s'agir d'une enquête de type judiciaire ou autre (comme cela pourrait être dans le cas d'une commission de réconciliation). L'obstacle principal que l'on peut identifier à l'interdiction (dans le cadre CPI) d'une amnistie octroyée par une commission de vérité et réconciliation semble résulter de l'Art. 17.2. Pour que les juges puissent déterminer s'il y a un manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, il faut considérer « l'existence, eu égard aux garanties judiciaires reconnues par le droit international » de certaines circonstances⁹⁹. Or, ces garanties judiciaires reconnues par le droit international, bien que non taxatives (??) (mais valables selon les contextes, espaces normatifs, de référence¹⁰⁰), semblent être celles de type judiciaires au sens strict. Des considérations du même type peuvent être ajoutées en ce qui concerne la disposition sur le *ne bis in idem*¹⁰¹. Ce principe se réfère seulement aux personnes condamnées et donc pas aux personnes amnistiées (tout court ou bien à la suite du travail d'une commission de réconciliation). Par conséquent, les amnisties ne peuvent pas représenter une dérogation à la disposition sur le *ne bis in idem* et, d'ailleurs, les propositions de les insérer parmi les

incrimination alternative (la personne X est accusée pour un crime Y ou Z - infractions graves aux conventions de Genève ou autres types de crimes de guerre), il en résulte qu'il est impossible de savoir *a priori* s'il s'agit d'un crime pour lequel il y a une obligation de poursuivre ou non. Si on peut conclure que les amnisties sont interdites lorsque l'on est en présence d'une obligation de poursuivre conventionnelle ou coutumière (valable pour un crime en particulier), dans tous les autres cas, il faut se référer à d'autres critères.

⁹⁴ Les juges peuvent évaluer cette question dans le cadre des pouvoirs prévus par les articles 17-20.

⁹⁵ Le Procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, choisit d'ouvrir une enquête en considérant, *inter alia*, « S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la Justice » (et après l'enquête il devra prendre aussi en compte « la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou la déficience de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué »). V. les articles 53.1.c et 53.2.c.

⁹⁶ Notamment en vertu de son pouvoir de sursis à enquêter ou à poursuivre prévu aux termes de l'article 16 du Statut.

⁹⁷ V. artt. 17-19 du Statut de la CPI.

⁹⁸ V. art. 17.2 « Pour déterminer s'il y a un manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties judiciaires reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : (a) La procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5; (b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, dément l'intention de traduire en justice la personne concernée; (c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, dément l'intention de traduire en justice la personne concernée ; (d) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite ». Sur les difficultés relevées pendant les négociations sur la définition d'*unwillingness*, v. J. HOLMES, "The Principle of Complementarity", in Lee (ed.) *The International Criminal Court, the Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 49.

⁹⁹ V. supra.

¹⁰⁰ V. H. RUIZ FABRI (Dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Société de Législation Comparée de Paris, Paris, 2003.

¹⁰¹ V. art. 17.1.c et 20.3.

exceptions à ce principe ont été abandonnées pendant les négociations sur le Statut de Rome¹⁰².

Relève de la même problématique l'hypothèse soumise aux juges de la CPI d'un individu amnistié après une condamnation prononcée par un Tribunal national¹⁰³. Une telle hypothèse s'inscrit dans le problème plus large de la délimitation de la compétence de la CPI (puisque la discipline sur le *ne bis in idem* complète et intègre les autres dispositions sur le caractère complémentaire de la Cour¹⁰⁴). On renverra, là encore, à la discipline de l'art. 17.2 (relative à la recevabilité d'une affaire en cas de « manque de volonté de l'Etat ») en combinaison avec l'art. 20.3 (effets d'un jugement prononcé « par une autre juridiction » sur la Cour). Si les juges se déclarent convaincus que l'amnistie nationale est la conséquence d'une procédure engagée avec le « dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale » (et que le jugement « avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale »)... alors pourront-ils sans doute exercer leur compétence.

2°/ L'évaluation de l'admissibilité d'une loi d'amnistie par le Procureur

Le deuxième sujet qui peut évaluer l'admissibilité (ou non) d'une loi d'amnistie dans le cadre du Statut de la CPI est le Procureur. Il a tout d'abord le pouvoir de renoncer à l'exercice de l'action pénale si, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, il conclut « qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour engager des poursuites [...] parce que poursuivre ne servirait pas les intérêts de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, y compris la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou la déficience de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué »¹⁰⁵. La Chambre préliminaire peut demander à l'accusation de réexaminer ses conclusions, *proprio motu* ou sur demande d'un Etat partie ou du Conseil de sécurité (si l'un de ces derniers a demandé l'activation de la compétence de la CPI)¹⁰⁶. Dans tous les cas, le Procureur n'est pas obligé d'activer une action pénale mais simplement de s'interroger sur cette éventualité. Il est néanmoins dans une position très privilégiée concernant un éventuel conflit entre la demande de justice et celle de paix : en choisissant d'exercer ou non une action pénale, il peut établir l'orientation de la Cour sur la question des amnisties¹⁰⁷. La portée de ce pouvoir discrétionnaire s'avère encore plus évidente s'il s'agit d'une amnistie qui découle du travail d'une commission de réconciliation. La question a été récemment envisagée par la Commission d'enquête sur les crimes internationaux au Darfour (Soudan) présidée par le Professeur A. Cassese¹⁰⁸. Le résultat est

¹⁰² V. *Report on the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court* (U.N. Doc. A/51/22, 1996), vol. 1, § 174. Une disposition similaire concernant la grâce a été également abandonnée.

¹⁰³ Il s'agit ici des amnisties communément dénommées *amnistia impropria* dans le système italien. V. l'art. 151 du Code pénal italien : « L'amnistia estingue il reato, e, se vi è stata condanna, fa cessare l'esecuzione della pena e le pene accessorie ».

¹⁰⁴ V. G. DELLA MORTE, « La potestà giurisdizionale della Corte penale internazionale: complementarità, condizioni di procedibilità, soggetti legittimati a richiedere l'esercizio dell'azione penale e *ne bis in idem* » in G. Carlizzi, G. Della Morte, A. Marchesi, S. Laurenti (Dir.), *La Corte Penale Internazionale: problemi e prospettive*, Vivarium, Napoli, 2003, pp. 1-60, *passim*.

¹⁰⁵ Ou encore « (a) Parce qu'il n'y a pas de base suffisante, en droit (a) ou en fait [...] ; (b) Parce que l'affaire est irrecevable au regard de l'article 17 ».

¹⁰⁶ V. l'art. 53.a-b.

¹⁰⁷ Sur la question du pouvoir discrétionnaire du Procureur de la CPI, on peut lire les papiers préparés par D. D. NTANDA NESEREKO, « Prosecutorial Discretion Before National Courts and International Tribunals », et par H. OLASOLO, « The Triggering Procedure of the International Criminal Court: Procedural Treatment of the Principle of Complementarity and the Role of the Office of the Prosecutor », dans la collection *Guest Lecture Series of the Office of Prosecutor*, téléchargeable au site officiel de la CPI : www.icc-cpi.int/organs/otp/otp_guest_lectures.html, visité le 1^{er} juin 2005).

¹⁰⁸ V. le *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General* (publié le 25 Janvier 2005 et téléchargeable au site www.ohchr.org/english/docs/darfurreport.doc, visité le 22 février 2005).

sans équivoque. Après avoir reconnu, dans son Rapport, l'importance des commissions de vérité dans le but de la réconciliation¹⁰⁹ - de façon complémentaire au travail de la CPI¹¹⁰ -, il passe à l'examen des divers types possibles de commissions. Celles qui assurent la possibilité d'amnistier les crimes internationaux de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité (même en échange de la vérité) sont « unacceptable » en droit international¹¹¹. A la limite, la Commission d'enquête propose d'offrir une sorte d'immunité de type probatoire (« use immunity ») à la personne qui choisit de témoigner contre elle-même¹¹², ou encore un système mixte, où les commissions de vérité et réconciliation s'occupent des violations les moins graves¹¹³. Comme le montre cet exemple, la relation dialectique entre paix et justice est bien plus complexe que le simple postulat selon lequel il n'y a pas de paix sans justice. La structure logique de cette expression est valable seulement dans un cadre très abstrait : affirmation de justice *ergo* de la vérité *ergo* de la paix. Dans le monde des événements réels, où se pose aussi la question de l'indépendance, non seulement apparente mais aussi effective, de l'organe d'accusation¹¹⁴, les interférences sont fréquentes et communes¹¹⁵.

Une première illustration de cette complexité a été donnée à l'occasion de l'ouverture de l'enquête sur les crimes au Darfour par le Procureur de la CPI¹¹⁶. Dans le premier Rapport qu'il a présenté au Conseil de sécurité (qui lui demandait d'être informé des avancées à ce

¹⁰⁹ Ibid., p. 155, § 617: "The Commission considers that a Truth and Reconciliation Commission could play an important role in ensuring justice and accountability. Criminal courts, by themselves, may not be suited to reveal the broadest spectrum of crimes that took place during a period of repression, in part because they may convict only on proof beyond a reasonable doubt. In situations of mass crime, such as have taken place in Darfur, a relatively limited number of prosecutions, no matter how successful, may not completely satisfy victims' expectations of acknowledgement of their suffering. What is important, in Sudan, is a full disclosure of the whole range of criminality".

¹¹⁰ Ibid., § 571 ss.

¹¹¹ Ibid., p. 156, § 618. "The Commission has looked at several accountability mechanisms that formed part of certain Truth and Reconciliation Commissions (TRC). In one of these, amnesties were granted to perpetrators of serious violations of human rights and humanitarian law. Even though these amnesties were granted in exchange for public confessions by the perpetrators, they generally -- and correctly so in the Commission's opinion -- have been considered unacceptable in international law. They have also been widely considered a violation of the accepted United Nations position that there should be no amnesty for genocide, war crimes and crimes against humanity".

¹¹² Ibid., p. 156, § 618. "However, in the same TRC (and in another one) some witnesses who were summoned under subpoena, and were compelled to testify against themselves, were granted "use immunity", in terms whereof they were assured that such information as they disclosed to the TRC would not be used against them in any criminal proceedings. "Use immunity" may be held to be acceptable in international law, at least in the circumstances of a TRC: it contributes to the revelation of truth. Perpetrators are constrained to reveal all, albeit on the limited assurance that their testimonies at the TRC will not be used against them in criminal proceedings. Nevertheless, society can hold them accountable for the crimes they admit to have committed, and they may still be prosecuted, the only evidence not usable against them being the one they gave at the TRC hearings".

¹¹³ Ibid., p. 156, § 619. "In another TRC, criminal and civil liability for non-serious crimes (excluding murder and rape for example) could be extinguished, provided the perpetrators made a full disclosure of all their crimes, made apologies to their victims, and agreed to fulfil community service or paid reparations or compensation to the victims. All this happened in circumstances where the courts oversaw the whole process. This measure is a variant of the accountability mechanisms; it ensures that as many perpetrators as possible are revealed because they come forward, but they also pay some price to society - particularly to the victims. It is not an amnesty process as such; it is not unlike a plea bargaining arrangement between the State and the offender. The additional benefit of such an arrangement at the initiative of the TRC is that it becomes a process in which the community, and particularly the victims, become very directly involved".

¹¹⁴ Le TPIY, par exemple, a lancé un projet de suivi et, le cas échéant, pour intervenir dans la perception de son propre travail de la part du peuple de l'ex-Yougoslavie. Il s'agit de l'Outreach Programme, établi "to stress the apolitical nature of the Tribunal highlighting the neutrality of its Judges and Courts while positioning ICTY prosecution and defence mechanism in their appropriate context". V. <http://www.un.org/icty/bhs/outreach/opintro.htm>.

¹¹⁵ « Si une justice pénale entièrement fondée sur la vérité représente une utopie, une justice pénale entièrement sans vérité représente un système arbitraire. Entre ces deux [...] se joignent de manière variée les différents systèmes pénaux positifs ». V. L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, Laterza, Bari, 1989, p. 18.

¹¹⁶ Il s'agit de l'enquête lancée après la publication du Rapport ci-dessus indiqué et spécialement après que le Conseil de Sécurité des Nations Unies eut déferé - en adoptant la Résolution n° 1593 du 31 mars 2005 - la « situation » au Darfour à l'attention du Procureur de la Cour.

sujet¹¹⁷), l'organe d'accusation examine toutes les conditions imposées par le Statut, à savoir : (a) l'existence d'un nombre significatif d'informations crédibles faisant état de la perpétration de crimes graves relevant de la compétence de la Cour ; (b) le respect du principe de complémentarité de la Cour (face aux institutions, au droit et aux procédures soudanais) ; et (c) l'absence de tout risque que l'enquête ne servirait pas les intérêts de la justice¹¹⁸. Dans ce cadre, le Procureur a analysé les multiples mécanismes *ad hoc* qui ont été créés par les autorités soudanaises dans le contexte du conflit au Darfour, ce qui inclut les Comités contre le viol, les Tribunaux spéciaux et les Tribunaux spécialisés qui les ont remplacés, la Commission d'enquête nationale ainsi que d'autres comités judiciaires et mécanismes non judiciaires *ad hoc*. Ce n'est qu'après avoir évalué dans les détails tous ces aspects, en relation avec « le contexte global » et « les efforts déployés pour restaurer la paix et la sécurité au Darfour »¹¹⁹ que le Procureur a pris sa décision formelle.

3°/ L'évaluation de l'admissibilité d'une loi d'amnistie par le Conseil de sécurité

La possibilité pour le Conseil de Sécurité d'intervenir directement dans la question de la validité des amnisties dans le cadre du Statut de la CPI est discutée¹²⁰. Le pouvoir en cause est celui de « sursis à enquêter ou à poursuivre », dans les hypothèses où la paix et la sécurité internationales l'exigent¹²¹. Une disposition en ce sens avait déjà été imaginée lors des premiers débats sur le Statut de la Cour : le projet présenté par la Commission du droit international des Nations Unies prévoyait un article qui interdisait toute activité de la CPI relativement à une situation, chaque fois que le Conseil de sécurité était en train de s'occuper de la même situation, à moins que le Conseil ne donne pas son autorisation¹²². Au cours des débats, la question du rôle du Conseil de sécurité à l'intérieur du système de la CPI a pris une importance croissante. Entre les deux visions opposées (donner un rôle de la plus grande importance au Conseil, ou bien ne lui donner aucun rôle), une troisième solution, intermédiaire, s'est progressivement affirmée. Selon cette proposition, s'il était nécessaire de doter le Conseil du pouvoir de suspendre l'activité de la Cour, il fallait en même temps établir

¹¹⁷ V. le *Rapport du Procureur de la CPI au Conseil de sécurité conformément à la Résolution n° 1593 (2005)* qui complète le Discours prononcé par le Procureur devant le Conseil de sécurité le 29 juin 2005 (le document est consultable à partir du site officiel de la Cour : www.icc-cpi.int, visité le 14 juillet 2005).

¹¹⁸ Comme demandé par les alinéas (a), (b) et (c) du paragraphe 1er de l'article 53 du Statut de la CPI (dédié à l'ouverture d'une enquête) : « 1. Le Procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'il ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du présent Statut. Pour prendre sa décision, le Procureur examine : a) Si les renseignements en sa possession donnent des raisons de croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis; b) Si l'affaire est ou serait recevable au regard de l'article 17 ».

¹¹⁹ *Rapport du Procureur de la CPI au Conseil de sécurité conformément à la Résolution n° 1593 (2005)*, § 1.3.

¹²⁰ V., sur ce point, A. SEIBERT-FORH, op. cit., pp. 583-584.

¹²¹ V. Article 16 : Sursis à enquêter ou à poursuivre : « Aucune enquête ni aucune poursuites ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions ». Il faut notamment examiner la disposition sous l'angle de son dispositif substantiel et temporel. Sur le plan substantiel, l'article 16 se rapporte aux enquêtes et aux poursuites, en d'autres termes à tout acte du Procureur, à partir du moment où ce dernier considère qu'il y a un *fumus boni iuris* (c'est-à-dire que l'ouverture d'une enquête se justifie). Une telle disposition ne reconnaît d'exception ni en relation à la conservation des preuves déjà recueillies ni en relation aux preuves qu'il faudrait recueillir puisqu'elles sont susceptibles de destruction. Cette circonstance nous semble fortement critiquable, puisque la période de douze mois peut être renouvelée aux mêmes conditions (comme il l'a été) et donc, le cas échéant, aussi *ad libitum*. Les propositions d'amendement de cet article présentées par la Délégation de la Belgique et de l'Espagne, lors de la conférence de Rome, n'ont pas été accueillies (Il s'agit, respectivement, de la proposition qui envisageait l'établissement des mesures de conservation des preuves - V. U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.7 du 19 juin 1998 - et de la proposition qui établissait une limite temporelle à la faculté de sursis à enquêter ou à poursuivre - V. U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.20 du 25 juin 1998 -). Les garanties implicitement inscrites dans l'article 16 ont été considérées comme suffisantes.

¹²² V. l'article 23.3 du projet présenté par la CDI (U.N. Doc. A/49/10 de 1994).

des règles claires dans le but de limiter ce pouvoir (par exemple à travers la détermination des cas où le Conseil aurait pu agir en tel ou tel sens¹²³). Dans un tel contexte, la proposition présentée par la délégation de Singapour a représenté un vrai point de rupture pour les négociations¹²⁴. Si, jusqu'à ce moment, l'influence du Conseil sur la Cour se manifestait comme un pouvoir implicite, avec la proposition présentée par la délégation de Singapour, les termes de la question étaient grandement modifiés : l'action du Conseil n'était plus requise pour permettre l'activation de la Cour, mais seulement pour l'empêcher, ce qui s'apparente à un renversement de la charge de la preuve.

La portée innovatrice du « Singapore compromise » est encore plus évidente si l'on considère le système particulier de votation qui fonctionne au sein du Conseil de sécurité (pouvoir de veto établi en faveur de cinq membres permanents du Conseil). Les divers projets élaborés avant la proposition de Singapour se fondaient sur le précepte normatif suivant : *la Cour n'agit pas si le Conseil ne le choisit pas*, c'est à dire *la Cour n'agit que dans les cas où le Conseil l'autorise*. Dans cette hypothèse, les conditions d'activation de la Cour supposaient un vote en faveur de l'action de la Cour par la majorité des membres du Conseil et l'absence de veto d'un des membres permanents. Avec la proposition de Singapour, le prédicat de la disposition change : désormais, *la Cour n'agit pas si le Conseil en décide ainsi*. Si, dans la syntaxe de cette dernière expression, les éléments pour la réalisation de la condition restent les mêmes (la majorité des votes et l'absence du veto), ils jouent dans un sens contraire : le vote du Conseil, au lieu de permettre l'activation de la Cour, y fait obstacle. Le veto, d'une mesure répressive de l'action de la Cour, se transforme en instrument de garantie (c'est le cas, par exemple, d'un veto opposé par un de membres permanents contre la volonté de la majorité du Conseil qui envisage la suspension de l'activité de la Cour). De fait, cette garantie a déjà été mise en discussion. La Résolution du Conseil de sécurité n°1422, approuvée le 12 juillet 2002, et la Résolution n°1487, approuvée le 12 juin 2003 (qui ont pour thème l'immunité du personnel militaire et civil d'un Etat tiers au Traité sur la Cour engagé dans des opérations de paix sous l'égide des Nations Unies¹²⁵) ont démontré que le pouvoir du Conseil de sécurité d'apprécier une menace devient véritablement illimité¹²⁶. Par conséquent, il pourrait inclure la protection d'un processus de paix (à travers le soutien à une loi d'amnistie).

Conclusion

Dans le système international, on trouve souvent des situations où plusieurs intérêts, ou principes, également dignes de protection peuvent entrer en collision. La sauvegarde de l'un entraînera alors le sacrifice progressif de l'autre et les difficultés qui peuvent apparaître au cours de la protection symétrique de ces différentes exigences sont notamment exacerbées par la question de la validité des amnisties¹²⁷. Cette institution de clémence peut résulter aussi bien d'un acte isolé qu'être l'aboutissement d'un procès de plus vaste portée développé dans le cadre d'un processus de paix. Elle peut être établie par les sujets même qui en bénéficieront

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ V. Non-Paper/WG.3/No.16 (8 août 1997).

¹²⁵ En substance, les militaires et les personnels des Etats-Unis. Sur ce point, v. S. ZAPPALÀ, "The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements", *Journal of International Criminal Justice*, n°1, 2003, pp. 114-134. Et, du même auteur, "Are Some Peacekeepers Better Than Others? UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Dec. 2003, pp. 671-678.

¹²⁶ Il faut tenir compte du fait que les deux Résolutions (qui n'ont pas été renouvelées en 2004) ont été adoptées avant que la Cour puisse activer une action pénale (et la première Résolution avant même la nomination des juges de la Cour). Dans un certain sens, le Conseil s'est « auto infligé » une menace à la paix.

¹²⁷ Comme il apparaît de manière symptomatique dans le cadre de la CPI. V. *supra*.

ensuite comme par la classe politique successive (en accord ou en opposition avec le gouvernement précédent). Son objet est variable (inclus/exclus les *crimina juris gentium*) comme son sujet émetteur (parlement, gouvernement, peuple à travers un référendum, magistrats de commissions de réconciliation, etc.). Dès, il est sans doute plus adéquat de parler des amnisties, plutôt que de l'amnistie en droit international. La multitude des situations possibles qui se profilent derrière ce mot ne permet pas une approche univoque, que cela soit dans le sens de la légalité ou de l'illégalité pure et simple. Les frontières que le droit international est en train d'établir tout autour de cette institution prévoient seulement des cas spécifiques d'invalidité, c'est-à-dire d'illégalité. Dans toutes les autres hypothèses, il faudra procéder avec beaucoup de précautions : le balancement des intérêts en jeu pourrait se révéler une opération plus complexe de celle perceptible *prima facie*¹²⁸.

En ce qui concerne les prohibitions, elles émergent dans le cadre du processus d'évolution de la protection des droits de l'homme, et, plus particulièrement, dans l'internationalisation de certaines violations (qui impose parfois une obligation de punir pour les Etats). La portée réelle (*ratione materiae, personae, temporis et loci*) de cette interdiction est, en tout cas, fort discutée. Il est vrai qu'un certain consensus s'est affirmé sur un noyau dur de crimes internationaux (dans l'affaire *Barrios Altos*, les juges de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont allés jusqu'à obliger le Pérou à exercer l'action pénale contre des personnes précédemment amnistiées¹²⁹). Mais il est vrai aussi que, dans la pratique, on ne manque pas d'exemples contraires, c'est-à-dire d'amnisties ambiguës qui n'ont été pas mises en cause¹³⁰. Le droit international conventionnel ne s'exprime pas directement sur la question¹³¹, mais permet de détecter certaines conséquences importantes (sans être toujours conclusives¹³²) des conventions qui imposent l'imprescriptibilité de certains crimes et/ou l'obligation de les poursuivre. Dans la même voie, s'inscrivent les normes d'origine conventionnelle qui traitent du droit international pénal, dont l'enjeu principal est de permettre le jugement des personnalités politiques qui bénéficient souvent, en droit interne, de

¹²⁸ C'est, par exemple le cas de l'Uruguay où « une proposition de référendum d'initiative populaire visait à abroger une loi amnistiant militaires et policiers pour des faits commis sous la dictature entre 1973 et 1985. Les centaines de milliers de signatures exigées par la Constitution pour que soit organisé un tel referendum avaient été recueillies au cours d'une campagne intense. Le referendum a eu lieu et la régularité du scrutin n'a pas été contestée... Et, à mon grand regret, le "non" l'a emporté et la loi d'amnistie a été maintenue. L'une des familles de disparus a alors saisi la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui a condamné l'Uruguay, notamment, pour violation du droit qu'a toute personne à ce que sa cause soit entendue dans le cadre d'un procès équitable. Cette mise en échec de la volonté populaire par le droit international m'interpelle : doit-elle être la règle ou l'exception ? C'est-à-dire, être admise dans les seules hypothèses où le scrutin ne s'est pas démocratiquement déroulé ? Là encore, le débat reste ouvert ». V. « Lutte contre l'impunité : le temps des questions-Entretien avec L. JOINET », (Propos recueillis par O. De Frouville), sur le site www.droits-fondamentaux.org/ (consulté le 20 avril 2005).

¹²⁹ A. CASSESE observe à cet égard « c'est la première fois qu'une juridiction internationale déclare que des lois nationales sont dépourvues d'effets juridiques à l'intérieur du système étatique où elles ont été adoptées, et oublie par conséquent l'Etat à agir comme si ces lois n'avaient jamais été édictées. Encore une fois, on voit émerger ici, comme un filigrane, une vision nouvelle de la communauté internationale qui exige des Etats souverains un choix clair entre oubli législatif d'atrocités, et va jusqu'à gommer toute action étatique optant pour la première branche de l'alternative ». Id., « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale ? » in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, p. 16.

¹³⁰ A une question sur l'actualité du principe 25 de son Rapport précédemment cité (il s'agit du principe selon lequel - *inter alia* - l'amnistic des crimes graves selon le droit international ne peut pas être prononcée avant qu'il y ait eu un jugement et une peine exécutée), L. JOINET répond : « A quelques exceptions près (la Grèce, après les colonels), pouvez-vous me citer un seul cas de processus de retour à la paix ou à la démocratie, ou à son établissement, qui ne soit passé, à un moment ou à un autre, et à des degrés divers, sous les fourches caudines de mesures amnistiantes ? Faut-il en déduire que le principe devrait être remis en cause ? Certainement pas. Il doit demeurer en tant qu'il constitue un objectif idéalement souhaitable, c'est-à-dire comme moteur de la lutte contre l'immunité, en permettant, dans un rapport de forces donné, de toujours aller au-delà de ce qui est présenté comme étant le maximum admissible ». In « Lutte contre l'impunité : le temps des questions », op. cit.

¹³¹ V. *supra*.

¹³² Comme dans l'hypothèse d'une contradiction entre un traité international qui établit une amnistie pour des crimes couverts et un traité sur l'imprescriptibilité. V. *supra*.

formes d'impunité/immunité. Toutefois, après avoir examiné dans le détail les dispositions qui réglementent les pouvoirs des organes de la CPI¹³³, on a constaté qu'il n'y a dans le Statut de Rome ni obligation explicite de prendre en compte des dispositions d'une amnistie, ni interdiction de le faire. Des trois verbes fondamentaux de la grammaire normative, obliger, interdire, permettre, c'est sans doute « permettre » qui est le plus pertinent pour conclure sur ce sujet. Mais, avant de trancher la question, il faut se tourner vers le droit international général.

Même si l'on admet l'existence d'une règle coutumière interdisant au moins les formes les plus abusives d'amnistie (auto-amnisties qui couvrent les *crimina juris gentium*), en considérant que les règles de criminalisation d'actes tels que génocide et crimes contre l'humanité, et encore agression, piraterie et esclavage, par exemple¹³⁴, sont des normes de droit impératif (*jus cogens*), donc non dérogeables par une norme conventionnelle ou coutumière¹³⁵, dans tous les autres cas, la question reste ouverte et c'est dans ces zones grises qu'il faut procéder à un balancement attentif¹³⁶. L'argument peut être également utilisé, par exemple, par rapport à la question de la validité de l'action des commissions de vérité et réconciliation. Bien qu'il s'agisse d'une pratique extrajudiciaire¹³⁷, les travaux de ces commissions aboutissent souvent à des dispositions d'amnistie. La particularité est alors dans la valeur octroyée à ces différentes expériences. S'il est vrai que la promotion de la paix se nourrit souvent d'une demande de justice, il est tout aussi vrai qu'il y a des circonstances dans lesquelles les deux exigences peuvent se trouver dans une situation d'antagonisme au moins partiel. Quand les commissions de réconciliation se présentent comme une alternative à la prévision de procès pénaux, elles se situent alors *ex parte pacis* dans la relation dialectique entre paix et justice. La communauté internationale, à son tour, peut se positionner *ex parte justitiae* (par exemple en instituant des tribunaux pénaux internationaux ou encore en déférant une situation à la CPI). Mais on peut présumer qu'une solution de ce type ne sera adoptée qu'avec beaucoup de prudence.

Il est donc probable que, pour s'orienter dans ce type d'hypothèses, les divers acteurs appelés à se prononcer sur ce sujet (et, en premier lieu, les juges) feront référence à des grilles interprétatives en train de se former, et qui permettront de distinguer entre amnisties légitimes ou illégitimes et commissions opportunes ou inopportunes¹³⁸. A l'intérieur de ces limites,

¹³³ V. *supra*.

¹³⁴ Et encore, torture, au moins selon la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire Furundzja. V. *supra*.

¹³⁵ "They are rules of customary rules which cannot be aside by treaty or acquiescence but only by a formation of a subsequent customary rules of contrary effect. The least controversial examples of the class are the prohibition of the use of force, the law of genocide, the principle of racial discrimination, crimes against humanity and the rules prohibiting trade in slaves and piracy. [et encore] the principle of permanent sovereignty over natural resources and the principle of self-determination". I. BROWNLEE, *Principles of Public International Law*, V ed., OUP, Oxford, 1998, p. 515.

¹³⁶ C'est par exemple le cas de certains crimes de guerre, comme le pillage, qui ne sont pas des infractions graves selon le système des conventions de Genève.

¹³⁷ Dans la mesure où ces commissions sont établies par loi et travaillent sur des règles qui sont quasi-judiciaires mais qui ne se fondent pas sur les composants du principe du procès équitable.

¹³⁸ Une classification de ces dernières est proposée par J. DUGARD, « Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option? », *op. cit.*, pp. 1001-1015. Dans le cas d'une commission de vérité et réconciliation, par exemple, : "1. The Commission should be established by the legislature or executive of a democratically elected regime ; 2. The Commission should be a representative and independent body; 3. The Commission should have a broad mandate to enable it to make thorough investigation. It should not, for example, be restricted to deaths and disappearances (as with in Chile) but should be permitted to investigate all forms of gross human rights violations; 4. The Commission should hold public hearings at which victims of human rights abuses are permitted to testify. 5. The perpetrators of gross human rights violations should be named, provided adequate opportunity is given to them to challenge their accusers before the Commission; 6 The Commission should be required to submit a comprehensive report and recommendations within a reasonable time; 7. The Commission should be empowered to recommend reparations for victims of gross violations within a reasonable time; 8. Amnesty should be denied to perpetrators of gross human rights abuses who refuse to cooperate with the Commission of refuse to make full disclosure of their crimes".

dans l'espace désigné de ces frontières érigées par le droit international, une communauté en demande de réconciliation peut agir à travers des procédures non strictement judiciaires, comme c'est le cas des commissions de réconciliation. Le besoin de pacification affirme dans ce dernier cas sa primauté sur toute fonction de la peine (y compris la fonction préventive). Les Tribunaux deviennent tribunes : lieux de dénonciation et de mémoire. L'important, c'est que l'*a-mnestis* soit en tout cas détournée¹³⁹.

Mais v. aussi les principes présentés par A. O'SHEA sur la question de l'amnistie, in *op. cit.*, en particulier pp. 320-329 . Selon cet auteur, il y des "proper limits to municipal amnesty: Domestic amnesties are said to impermissible even as a part of peace agreements or to promote national reconciliation, in so far as they cover international crimes. This is excepting when the state has complied with its obligation to investigate the crimes, prosecute and punish the perpetrators, and provide an effective remedy to the victims [la liste des crimes internationaux inclut (a) Genocide; (b) Crimes against humanity; (c) Aggression; (d) Torture; (e) Slavery, (f) Piracy; (g) Apartheid; (h) Summary execution; (i) Enforced disappearance; (h) Graves violations of the Geneva Conventions of 1949". Il va jusqu'à proposer un « Draft Protocol to the Statute of the International Criminal Court on the Proper Limitations to Municipal Amnesties Promulged in Times of Transition », pp. 330-336.

¹³⁹ V. *supra*.

CHAPITRE 2 : LA GRACE EN DROIT INTERNATIONAL

1. La grâce est la mesure de clémence qui, à la différence de l'amnistie¹⁴⁰ ou de la prescription¹⁴¹, « soustrait en tout ou partie un condamné à l'exécution de sa peine ». Cette définition est très proche de celles que l'on trouve dans les normes de droit international pénal. Exclusivement matérielle, elle n'indique rien quant à l'auteur de la grâce et ne présuppose notamment pas qu'il s'agit d'une prérogative du Chef de l'Etat. Elle précise simplement qu'il faut nécessairement une condamnation préalable de son bénéficiaire. En outre, si l'on se réfère à la conception adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui refuse de prendre en compte la grâce utilisée comme technique « ordinaire » d'adoucissement de peines¹⁴², la grâce aurait la caractéristique d'être un acte discrétionnaire et occasionnel. Une telle approche exclusivement matérielle n'est cependant pas suffisante. Elle couvre en effet des mesures ou techniques qui ne sont pourtant pas toujours qualifiées de grâce par les constitutions nationales, telles que les réductions, remises¹⁴³ et commutations de peine ou encore les abolitions de condamnations¹⁴⁴. Or, toutes ces techniques, quand bien même elles produiraient des effets de même type, ne peuvent être tenues pour équivalentes. C'est ce qu'a par exemple affirmé la Cour internationale de Justice (CIJ) dans son arrêt *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis) du 31 mars 2004, à propos de la grâce et de la révision du jugement. Elle a considéré que, bien que des procédures appropriées de recours en grâce puissent compléter le réexamen et la révision judiciaires, celles qui étaient pratiquées dans le cadre du système de justice pénale des Etats-Unis ne pouvaient suffire à cette fin.

2. L'objectif de l'analyse est de vérifier s'il existe des dispositions internationales relatives à la grâce et si elles imposent des limites à son exercice au plan interne. Il s'avère que, si le recours en grâce est un droit protégé par le droit international, il est simultanément encadré lorsqu'il concerne les auteurs des crimes les plus graves (I). Cette ambivalence a des conséquences principalement sur les conflits de compétence relatifs à la grâce, entre deux Etats mais aussi entre les Etats et les juridictions internationales, faisant peut-être naître des principes généraux guidant l'octroi de cette mesure (II).

¹⁴⁰ « Mesure qui enlève à certains faits commis pénalement répréhensibles, tout caractère délictueux ». Définition retenue dans le cadre de la grille d'analyse de droit constitutionnel (v. Annexe 2).

¹⁴¹ « Mode d'extinction de l'action en justice et/ou de l'exécution d'une condamnation pénale suite à l'écoulement d'un certain délai fixé par la loi ». Définition retenue dans le cadre de la grille d'analyse de droit constitutionnel (v. Annexe 2).

¹⁴² Il est possible de citer l'affaire *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* opposant deux journalistes roumains, condamnés pour diffamation, à leur Etat. La Cour a estimé que les faits de l'espèce ne méritaient pas le prononcé d'une peine de prison et de peines accessoires, en dépit de l'argument de l'Etat Roumain selon lequel une mesure de grâce était toujours adoptée en faveur des journalistes condamnés à ce type de peine. Selon la Cour, dès lors que la grâce est discrétionnaire, elle ne présente pas la garantie d'un adoucissement de ces dispositions pénales trop sévères pour la liberté d'expression des journalistes (CEDH, *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, 10 juin 2003, § 177).

¹⁴³ En fonction des Etats, ces remises ou réductions de peines peuvent être adoptées par le Parlement ou par le Chef de l'Etat (la Constitution belge par exemple dispose dans son article 110 que « Le Roi a le droit de remettre ou de réduire les peines prononcées par les juges, sauf ce qui est statué relativement aux ministres et aux membres des Gouvernements de communauté et de région »). Parfois, ces compétences sont sensiblement concurrentes comme en Italie, Etat dans lequel le Président de la République « peut accorder la grâce et commuer les peines » (article 87 de la Constitution) tandis que le Parlement adopte des lois de « remises de peines » (article 79 de la Constitution). Par ailleurs, le pouvoir judiciaire peut avoir une compétence comparable. V. *infra*, deuxième partie.

¹⁴⁴ C'est ainsi que l'on peut traduire l'une des prérogatives octroyées au Président de la République par l'article 62 de la Constitution tchèque de 1997 en vertu duquel : « Le Président de la République (...) exerce le droit de grâce, ordonne de ne pas introduire des poursuites pénales et, si elles ont été introduites, ordonne de ne pas leur donner suite et abolit les condamnations ».

I – La grâce en droit international : un statut ambivalent

A l'image de l'amnistie, encouragée pour solder les suites de conflits internationaux ou internes tout en étant limitée pour les crimes les plus graves, le droit au recours en grâce est reconnu et protégé par le droit international (A), mais pour éviter son détournement au profit de personnes condamnées pour des violations graves des droits de l'homme, il peut être encadré (B).

A - La reconnaissance du droit au recours en grâce

Comme en droit pénal interne, différentes conceptions de la peine s'affrontent en droit international¹⁴⁵, mais aucun traité multilatéral ne remet définitivement en cause le droit de grâce national. Certains même incitent à son exercice dans le but de favoriser le droit de chacun à un recours effectif (article 73 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre¹⁴⁶), ou une meilleure réinsertion des personnes incarcérées (article 9 des Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (Règles de Tokyo)¹⁴⁷). S'agissant de la peine de mort, la grâce peut aussi être exigée (article 75 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre précitée¹⁴⁸) ou encouragée. Le Comité des droits de l'enfant – qui peut intervenir pour demander aux Etats membres de la Convention des droits de l'enfant le respect de leurs engagements, en particulier la non application de la peine de mort aux mineurs (art 37a de la Convention)¹⁴⁹ – et le Comité des droits de l'homme (CDH) – qui a le

¹⁴⁵ Schématiquement, la peine a quatre fonctions. L'attribution de ces fonctions révèle une opposition entre les conceptions rétributivistes et non rétributivistes. Ainsi, dans sa fonction morale de rétribution, la peine conduit à infliger à l'auteur d'une infraction un tort comparable à celui qu'il a perpétré. Elle doit en particulier provoquer sa souffrance afin de lui faire réaliser les dommages causés par ses actes. Dans une conception utilitariste, la peine doit être exemplaire pour le condamné et le reste de la population. Son objectif est principalement d'empêcher le renouvellement des fautes ; elle implique donc de réinsérer et de réadapter le délinquant. La conception utilitariste de la peine se combine mieux avec le principe d'une grâce ou de toute autre mesure de réduction de peine. Pour une étude approfondie de ce thème, voir parmi une littérature nombreuse sur le sujet, parce qu'ils évoquent la grâce et le droit international : M. ANQUETIL, S. BUFFARD et autres, *La peine : quel avenir ? approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, Actes du colloque des 23-24 mai 1981, Centre Thomas More, 153 p. ; K. DEAN MOORE, *Pardons, justice, mercy and the public interest*, Oxford University Press, 1997 ; E. RAPAPORT, "Retribution and redemption in the operation of executive clemency", *Chicago-Kent Law Review*, 2000, vol. 74., p. 1505 ; N. ROHT-ARRIAZA, "Punishment, redress and Pardon : theoretical and psychological approaches", in N. ROHT-ARRIAZA (ed.), *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford University press, 1995, pp. 13-23.

¹⁴⁶ L'article 73 de cette Convention dispose que « Tout condamné aura le droit d'utiliser les voies de recours prévues par la législation appliquée par le tribunal. Il sera pleinement informé de ses droits de recours, ainsi que des délais requis pour les exercer » (Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950).

¹⁴⁷ Cet article 9 encourage l'utilisation « de mesures de substitution concernant l'application des peines en vue d'éviter l'incarcération et d'aider le délinquant à se réinsérer rapidement dans la société (9.1) » mais aussi « Toute forme de libération d'un établissement pénitentiaire débouchant sur des mesures non privatives de liberté (...) envisagée le plus tôt possible ». La grâce figure parmi ces mesures, mais conserve son caractère d'opportunité en vertu de l'article 9.3 qui dispose que : « Les décisions sur les mesures concernant l'application des peines sont subordonnées, sauf dans le cas d'une mesure de grâce, à l'examen de l'autorité judiciaire ou de toute autre autorité indépendante compétente, à la demande du délinquant » (Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (Règles de Tokyo) adoptées par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 45/110 du 14 décembre 1990).

¹⁴⁸ « En aucun cas, les personnes condamnées à mort ne seront privées du droit de recourir en grâce. Aucune condamnation à mort ne sera exécutée avant l'expiration d'un délai d'au moins six mois à partir du moment où la Puissance protectrice aura reçu la communication du jugement définitif confirmant cette condamnation à mort ou de la décision refusant cette grâce. Ce délai de six mois pourra être abrégé dans certains cas précis, lorsqu'il résulte de circonstances graves et critiques que la sécurité de la Puissance occupante ou des ses forces armées est exposée à une menace organisée ; la Puissance protectrice recevra toujours notification de cette réduction du délai, elle aura toujours la possibilité d'adresser en temps utile des représentations au sujet de ces condamnations à mort aux autorités d'occupation compétentes » (Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, précitée).

¹⁴⁹ Il en est de même des femmes enceintes selon la Résolution 1984/50 du 25 mai 1984 du Conseil Economique et social sur la garantie pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort, dans son article 3.

pouvoir de demander aux Etats parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) le respect de leurs engagements et notamment de l'article 6 – admettent que la grâce puisse être l'un des moyens de ce respect pour « *les crimes les plus graves* ». En effet, les dispositions auxquelles se réfèrent ces deux Comités ne prévoient pas l'abolition de la peine de mort¹⁵⁰. Celle-ci peut donc être prononcée mais à condition que l'ordre juridique interne prévoit des recours qui soient effectifs et puissent être portés dans un délai raisonnable. Le recours en grâce est l'un d'entre eux. Il constitue dès lors une des garanties du respect des autres dispositions du PIDCP, comme l'a reconnu le CDH dans ses observations générales sur ce traité, en rappelant que : « *Les garanties d'ordre procédural doivent être observées, y compris le droit à un jugement équitable rendu par un tribunal indépendant, la présomption d'innocence, les garanties minima de la défense et le droit de recourir à une instance supérieure. Ces droits s'ajoutent au droit particulier de solliciter la grâce ou la commutation de la peine* »¹⁵¹. C'est sur ce fondement qu'il a admis que son existence dans l'ordre juridique interne de l'Etat requérant puisse être une justification à l'extradition d'une personne risquant la peine capitale¹⁵² (CDH, *Cox v. Canada*, 31 Octobre 1994¹⁵³).

La plupart des Conventions régionales traitant elles aussi du droit à la vie, les juridictions régionales des droits de l'homme vérifient également l'effectivité du recours en grâce s'agissant de la peine de mort. Ainsi, la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme s'attachent au respect de l'article 4-6 de la Convention¹⁵⁴ en vertu duquel : « *Toute personne condamnée à mort a le droit de demander l'amnistie, la grâce ou la commutation de la peine. L'amnistie, la grâce ou la commutation de la peine de mort peuvent être accordées dans tous les cas. La sentence de mort ne peut être exécutée tant que la demande sera pendante devant l'autorité compétente* »¹⁵⁵.

Néanmoins, la grâce aura une place encore plus importante dans les Etats parties aux protocoles visant à abolir la peine de mort¹⁵⁶ afin de tenir l'engagement qu'ils ont souscrit de n'exécuter aucune personne relevant de leur juridiction, avant de tout mettre en œuvre pour faire disparaître la peine capitale de leur échelle de sanctions¹⁵⁷, et ce, quelle que soit la

¹⁵⁰ Par exemple, l'article 6 du PIDCP stipule que : « 1. Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.

2. Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, une sentence de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis et qui ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du présent Pacte ni avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette peine ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent ».

¹⁵¹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 6 sur l'article 6, Droit à la vie, § 7.

¹⁵² Il convient de préciser que le droit interne de plusieurs Etats ainsi que de nombreuses conventions bilatérales dérogent à ce principe en interdisant l'extradition d'une personne risquant la peine capitale dans un autre Etat, et ce même si les possibilités de recours, en particulier en grâce, sont effectifs.

¹⁵³ « Under the jurisprudence of the Committee, on the one hand, every person confined to death row must be afforded the opportunity to pursue all possibilities of appeal, and, on the other hand, the State party must ensure that the possibilities for appeal are made available to the condemned prisoner within a reasonable time. Canada has submitted specific information showing that persons under sentence of death in the state of Pennsylvania are given every opportunity to avail themselves of several appeal instances, as well as opportunities to seek pardon or clemency. The author has not adduced evidence to show that these procedures are not made available within a reasonable time, or that there are unreasonable delays which would be imputable to the State. In these circumstances, the Committee finds that the extradition of Mr. Cox to the United States would not entail a violation of article 7 of the Covenant ». (*Cox v. Canada* (539/1993), A/50/40 vol. II, 31 Octobre 1994, § 17.2)

¹⁵⁴ Par exemple, s'agissant des Etats-Unis, voir Report n°51/00, case 11.193, *Gary T. Graham now known as Shaka Sankofa*, June 15, 2000.

¹⁵⁵ La Cour interaméricaine des droits de l'homme l'a rappelé à nouveau dans sa décision *Ramirez vs. Guatemala* en date du 20 juin 2005 (§§ 39 et s.).

¹⁵⁶ Deuxième protocole facultatif se rapportant au PIDCP et/ou protocoles additionnels aux Conventions régionales par lesquels ils s'engagent à abolir la peine de mort et à ne pas la rétablir, excepté en temps de guerre.

¹⁵⁷ Le deuxième protocole facultatif se rapportant au PIDCP stipule dans son article 1 :

« 1. Aucune personne relevant de la juridiction d'un Etat partie au présent Protocole ne sera exécutée.

gravité du crime commis. Dans le cadre des Nations Unies, que l'Etat soit ou non partie au deuxième protocole facultatif se rapportant au PIDCP, le recours en grâce devra toujours avoir un effet suspensif¹⁵⁸.

Ainsi, le droit de grâce est reconnu en droit international, bien que la question de sa valeur reste posée¹⁵⁹. Pourtant, la doctrine s'y intéresse beaucoup moins qu'aux autres techniques de clémence que sont l'amnistie et la prescription¹⁶⁰, à l'exception des auteurs anglo-saxons qui l'incluent dans une réflexion générale sur le « pardon »¹⁶¹. En effet, parce qu'elle intervient après condamnation, la grâce n'est pas considérée en elle-même comme un facteur d'impunité selon la définition de cette dernière retenue par Louis Joinet, c'est à dire « l'absence, en droit ou en fait, de la mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs de violations des droits de l'homme, ainsi que de la responsabilité civile, administrative ou disciplinaire, en ce qu'ils échappent à toute enquête tendant à permettre leur mise en accusation, leur arrestation, leur jugement et, s'ils sont reconnus coupables, leur condamnation y compris à réparer le préjudice subi par leurs victimes »¹⁶². La grâce ne sera facteur d'impunité que lorsqu'elle contribue à faire échapper les auteurs de violations graves des droits de l'homme à une sanction appropriée. C'est pour l'éviter que d'autres conventions internationales encadrent l'octroi de la grâce.

B - Vers un encadrement de l'octroi de la grâce pour les crimes les plus graves

Aucune disposition conventionnelle ne proscrit directement l'exercice du droit de grâce. Celle-ci fait partie du droit à un recours effectif protégé en droit international et ne s'oppose pas à l'obligation de poursuivre les auteurs de certaines infractions dans la mesure où elle n'intervient qu'une fois la condamnation prononcée. Dès lors, pour déterminer si la grâce est proscrite *de facto* ou implicitement par les conventions internationales, il convient de vérifier si ces dernières imposent l'exécution intégrale de la peine. Mais déduire une proscription de la grâce de conventions susceptibles d'imposer l'exécution d'une sanction pour des infractions graves est discutable précisément parce qu'une telle interdiction s'opposerait au droit à l'utilisation de toutes les voies de recours par les personnes condamnées. Il s'agirait donc plutôt d'inciter simplement le titulaire de la prérogative gracieuse en droit interne à en

2. Chaque Etat partie prendra toutes les mesures voulues pour abolir la peine de mort dans le ressort de sa juridiction » (Protocole adopté et proclamé par l'Assemblée générale de l'ONU, dans sa résolution 44/128 du 15 décembre 1989).

¹⁵⁸ « La peine capitale ne sera pas exécutée pendant une procédure d'appel ou toute autre procédure de recours ou autre pourvoi en vue d'obtenir une grâce ou une commutation de peine » (Résolution 1984/50 du 25 mai 1984 du Conseil Economique et social sur la garantie pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort, article 8).

¹⁵⁹ La Cour interaméricaine des droits de l'homme l'inscrit dans le corpus juris international, au même titre que d'autres droits de l'homme. Mais elle ne semble pas lui donner de valeur supérieure si l'on se réfère à sa décision *Fermin Ramirez vs. Guatemala* précitée dans laquelle le droit de grâce est reconnu comme supérieur aux lois internes guatémaltèques uniquement parce que l'article 46 de la Constitution de cet Etat reconnaît cette supériorité aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme : « La Corte considerara que el derecho de gracia forma parte del corpus juris internacional, en particular de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos. Para estos efectos, dichos tratados internacionales de derechos humanos tienen preeminencia sobre las leyes internas, según lo establecido en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala » (CIDH, *Fermin Ramirez vs. Guatemala*, 20 juin 2005, op. cit. § 109).

¹⁶⁰ Dans la doctrine française récente, il faut citer la thèse d'Anne FREYSSINIER sur la grâce, qui consacre une partie de ses développements au droit international. A. FREYSSINIER, *Le droit de grâce du chef d'Etat, le cas de la Vème République*, Thèse de doctorat sous la direction de Philippe Ségur, Université de Toulouse 1, 2001, 394 p.

¹⁶¹ Cette mesure de clémence issue de la *Common Law*, présente notamment en droit constitutionnel américain permet au Chef de l'exécutif de commuer ou de réduire une peine, mais elle a un caractère beaucoup plus générale que la grâce dès lors qu'elle peut intervenir avant toute condamnation et qu'elle a des effets comparables à ceux de l'amnistie en droit français.

¹⁶² L. JOINET, *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, rapport établi en application de la décision 1996/119 de la Sous commission des droits de l'homme, CES, 26 juin 1997. Il est par ailleurs intéressant de constater que dans ses rapports Louis Joinet prône des mesures restrictives s'appliquant à certaines règles de droit afin « d'éviter que ces règles ne soient utilisées de telle manière qu'elles ne deviennent une prime à l'impunité, entravant ainsi le cours de la justice ». Parmi les règles qu'il cite, figurent la prescription, l'amnistie, mais pas la grâce.

limiter l'octroi dans ces cas précis (1). Déduire une interdiction de la grâce est encore davantage contestable concernant les conventions exigeant seulement que le droit interne assortisse certains crimes d'une sanction, dès lors que les Etats parties ne s'engagent alors pas formellement à faire exécuter cette sanction dans son intégralité (2). L'octroi de la grâce n'est donc pas proscrit pour ces crimes, il est seulement limité.

1^o/ Les conventions susceptibles d'imposer aux Etats parties l'exécution d'une sanction pour des infractions déterminées

Peu nombreuses sont les conventions imposant ne serait-ce qu'indirectement l'intégrale exécution d'une sanction pour les infractions qu'elles visent. Parmi elles, ce sont avant tout les conventions relatives à l'imprescriptibilité de certains crimes qui pourraient être interprétées comme interdisant de fait l'octroi d'une grâce. Ainsi, dans son article premier, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité¹⁶³ dispose que « les crimes suivants sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis :

- a) Les crimes de guerre, tels qu'ils sont définis dans le Statut du TMI de Nuremberg de 1945 et confirmés par les résolutions 3(i) et 95(i) de l'Assemblée générale de l'ONU (...)
- b) Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix tels qu'ils sont définis dans le Statut du TMI de Nuremberg de 1945 et confirmés par les résolutions 3(i) et 95(i) de l'Assemblée générale de l'ONU ».

De plus, en vertu de l'article 4 de cette même Convention, les Etats doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité des crimes qu'elle vise, « tant en ce qui concerne les poursuites qu'en ce qui concerne la peine ». En l'absence de jurisprudence internationale relative aux rapports entre la grâce et l'imprescriptibilité de la peine, deux conclusions différentes sont possibles. La première est que, dans la mesure où les conventions internationales ne le précisent pas, l'imprescriptibilité n'équivaut nullement à une interdiction de prononcer une grâce, d'autant plus que cette dernière fait partie des garanties octroyées au condamné. La seconde conclusion pourrait être que les peines doivent obligatoirement être assumées puisqu'elles sont imprescriptibles, et qu'aucune grâce ne peut, de ce fait, être accordée aux personnes condamnées pour ce type d'infraction.

En réalité, la seule disposition conventionnelle imposant une véritable obligation d'exécution de la sanction et qui serait donc susceptible de remettre en cause l'exercice de la grâce dans les Etats l'ayant ratifiée est l'article 25 de la Convention concernant le travail forcé selon lequel « le fait d'exiger illégalement du travail forcé ou obligatoire sera passible de sanctions pénales et tout membre ratifiant la présente Convention aura l'obligation de s'assurer que les sanctions imposées par la loi sont réellement efficaces et strictement appliquées »¹⁶⁴. L'application stricte de la sanction ne s'opposerait bien entendu pas au droit à un recours effectif protégé en droit international, mais plutôt à l'octroi d'une grâce anticipée ou de toute autre mesure de clémence comparable, excepté en présence de faits nouveaux pouvant exonérer la personne condamnée d'une partie ou de toute sa responsabilité pénale.

¹⁶³ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa Résolution 2391 (XXIII) du 26 novembre 1968, entrée en vigueur le 11 novembre 1970, conformément aux dispositions de l'article VIII. Il est bien entendu possible de la rapprocher de celle en date du 25 janvier 1974 conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe.

¹⁶⁴ Convention concernant le travail forcé, adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail le 28 juin 1930, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932, Article 25.

Quoi qu'il en soit, les traités imposant l'application stricte d'une peine ne s'opposent pas formellement à la grâce mais conduisent le titulaire de cette prérogative à prendre en compte la gravité de l'infraction lorsqu'il en décide l'octroi. En effet, comme le remarque Sandrine Lefranc, « même la Déclaration de l'ONU sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, l'un des textes les plus explicites et les plus vigoureux, puisqu'il proscrie toute loi d'amnistie spéciale, est moins ferme en ce qui concerne la grâce, se contentant de préciser que dans l'exercice du droit de grâce, l'extrême gravité des actes conduisant à des disparitions forcées, doit être prise en compte »¹⁶⁵. Il est vrai que l'article 18-2 de cette Déclaration, qui est une Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, dispose que « dans l'exercice du droit de grâce, l'extrême gravité des actes conduisant à des disparitions forcées doit être prise en considération »¹⁶⁶. Néanmoins, l'expression utilisée est trop vague pour donner une indication sur la durée et la nature de la peine devant être prononcée pour la réalisation de tels actes, et donc sur la durée minimale de la sanction avant le prononcé de la grâce¹⁶⁷. Elle laisse ainsi à chaque Etat le soin de la déterminer en fonction de son droit interne. En outre, la limitation de la grâce par les conventions internationales est d'autant plus discutée que la plupart d'entre elles instaurent uniquement une obligation de prévoir cette sanction.

2°/ Les conventions imposant aux Etats parties la mise en place d'une sanction adaptée à la gravité de l'infraction.

L'une des caractéristiques du droit international pénal est précisément de mettre en place une responsabilité pénale des personnes physiques caractérisée par la détermination « des faits individuels illicites considérés comme des infractions au sens du droit pénal »¹⁶⁸, c'est-à-dire de définir les comportements positifs ou négatifs faisant encourir à leur auteur une sanction adaptée à la gravité de l'infraction, sans la définir. Les conventions décrivent donc le plus souvent le comportement qui doit être sanctionné avant de préciser en des termes que l'on peut considérer comme pratiquement équivalents que les Etats qui la ratifient devront prévoir des « peines sévères »¹⁶⁹, des « peines appropriées qui prennent en considération la gravité [des infractions] »¹⁷⁰ des « peines très rigoureuses »¹⁷¹, des « sanctions pénales efficaces »¹⁷²

¹⁶⁵ S. LEFRANC, *Politiques du pardon, amnistie et transitions démocratiques: une approche comparative*, Thèse de doctorat, soutenue sous la direction de Jean-Marie Donegani, 2000, p. 243.

¹⁶⁶ Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, Résolution adoptée par l'Assemblée générale sur le rapport de la Troisième Commission, 18 décembre 1992, 47/133, article 18.

¹⁶⁷ Nous verrons que des principes généraux de droit pourraient être trouvés en la matière. (voir: infra, II)

¹⁶⁸ P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, 7^{ème} édition, 2002, p.706.

¹⁶⁹ « Les Hautes Parties contractantes (...) s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour que ces infractions soient punies de peines sévères » (Convention relative à l'esclavage, signée à Genève le 25 septembre 1926, entrée en vigueur le 9 mars 1927, article 6).

¹⁷⁰ «1. Tout Etat partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe qu'elle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture.

2. Tout Etat partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité » (Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, entrée en vigueur: le 26 juin 1987, article 4). Des expressions similaires se retrouvent dans les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, recommandés par le Conseil Economique et Social de l'ONU dans sa Résolution 1989/65 du 24 mai 1989 ainsi que dans la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées précitée, à l'article 4-1.

¹⁷¹ « Le fait de transporter ou de tenter de transporter des esclaves d'un pays à un autre par un moyen de transport quelconque ou le fait d'être complice de ces actes constituera une infraction pénale au regard de la loi des Etats parties à la Convention et les personnes reconnues coupables d'une telle infraction seront passibles de peines très rigoureuses » (Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage adoptée par une conférence de plénipotentiaires du Conseil économique et social en date du 30 avril 1956, signée à Genève le 7 septembre 1956, article 3).

ou « une sanction par la loi »¹⁷³. On pourrait donc considérer que, lorsque les Etats s'engagent à prévoir des sanctions adaptées à la gravité des crimes commis, ils s'obligent corrélativement à les faire exécuter dans leur intégralité¹⁷⁴ et qu'il serait illogique d'accorder une grâce à leur auteur. Néanmoins, là encore, cette obligation n'existe pas formellement. Par conséquent, l'octroi d'une grâce n'est pas expressément interdit par ce type de conventions internationales, même si la sanction semble devoir au moins faire l'objet d'un commencement d'exécution, pour ne pas contredire les obligations conventionnelles.

Pourtant, depuis la mise en place des juridictions pénales internationales récentes assurant l'effectivité des poursuites contre les auteurs de violations des droits de l'homme, dans le respect du principe de complémentarité, ces conventions forment la base d'un encadrement de la prérogative de grâce. Cette constatation est particulièrement évidente au regard des règles résolvant les conflits de compétence concernant cette mesure de clémence.

II – Les conséquences de l'ambivalence de la grâce

Parce que le droit à un recours en grâce effectif est protégé par le droit international, tout en devant être limité dans ses effets pour ne pas contredire les conventions internationales instaurant une obligation de sanctionner les auteurs d'infractions graves, des conflits de compétence peuvent surgir entre deux Etats – les autorités de l'un ayant accordé une grâce que l'autre refuse d'appliquer – (A) ou entre un Etat et une juridiction pénale internationale (B). Les règles de résolution de ces conflits permettent de préciser les conséquences en droit interne du régime juridique de la grâce en droit international.

A - La nécessité de délimiter les effets extraterritoriaux de la grâce

« Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays »¹⁷⁵. Cet extrait de l'article 18 du PIDCP est l'expression de la règle *non bis*

¹⁷² Cette Convention stipule dans son article premier que « Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir » et dans son article cinq que: « Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III » (Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide approuvée et soumise à la signature et à la ratification ou à l'adhésion par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948, entrée en vigueur le 12 janvier 1951).

¹⁷³ « Les Etats doivent (...) fixer des limites d'âge au-dessous desquelles l'emploi salarié de la main-d'œuvre enfantine sera interdit et sanctionné par la loi » (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 Entrée en vigueur le 3 janvier 1976, article 10). Il en est de même à l'article 129 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre: « 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 » (Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre adoptée le 12 août 1949 par la Conférence Diplomatique pour l'élaboration de Conventions internationales destinées à protéger les victimes de la guerre, du 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, article 129).

¹⁷⁴ C'est ce que pense Michael P. SCHARF, "The torture Convention was carefully worded to reflect the developments in international standards of due process that had occurred in the nearly forty years since the Genocide Convention was drafted in 1948. (...) Thus, this wording the Torture Convention should not be construed to suggest the permissibility of amnesties and pardons" (M.P. SCHARF, "Swapping amnesty for peace: was there a duty to prosecute international crimes in Haiti", *Texas International Law Journal*, vol. 31, n°1, 1996, pp. 23-25).

¹⁷⁵ PIDCP, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 entré en vigueur le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49, article 14-7.

in idem, que l'on retrouve dans les principaux systèmes juridiques, et selon laquelle nul ne peut être jugé deux fois pour les mêmes faits. Or, la plupart des traités internationaux instaurant une obligation de poursuites pour des infractions déterminées oblige chaque partie soit à extraditer, soit à juger leurs auteurs. Dès lors que la grâce est une mesure soustrayant un condamné à l'exécution de sa peine, cela signifie que ce dernier a été jugé par l'Etat avant de bénéficier de cette forme de clémence. Par conséquent, une personne graciée ne pourra être jugée dans un autre pays, au nom de la compétence universelle, sans que la règle *non bis in idem* ne soit violée. C'est d'autant plus vrai que, pour reprendre les propos de Louis Joinet, la reconnaissance par un Etat du principe de compétence universelle « suppose que les instances judiciaires d'un Etat alors compétentes jugent conformément aux critères et normes internationales caractérisant un Etat de droit »¹⁷⁶. Un Etat de droit ne saurait donc renoncer à la règle *non bis in idem*.

Le droit français peut être pris comme exemple de la confrontation entre la grâce et ce principe. En effet, selon Anne Freyssinier, « pour les mesures de clémence, il n'y a aucun doute, la plupart des juristes internationaux affirment justement que la règle *non bis in idem* joue si la sanction prononcée à l'étranger a été éteinte par une grâce ou une amnistie étrangère, même si la grâce n'est plus assimilée à l'exécution et à la prescription de la peine. Effectivement, la circulaire du 14 mai 1993 commentant les livres I à V du Code pénal et la loi en vigueur du 16 décembre relative à son entrée en vigueur, déclarent que la grâce ne vaut plus exécution de la peine. Mais cette interprétation aux consonances politiques ne peut résister devant le droit conventionnel. Car si la grâce éteint toute la peine, celle-ci ne peut plus être exécutée selon la loi de l'Etat de condamnation. Nous n'hésitons pas à affirmer (...) que cette assimilation doit être encore effective, du fait de la convention de Bruxelles de 1987 et de Schengen de 1990 »¹⁷⁷.

Des dispositions d'autres traités internationaux confortent ce point de vue. Par exemple, la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui prévoit que « les Etats dont la législation n'admet pas l'extradition des nationaux et qui sont rentrés dans cet Etat après avoir commis à l'étranger l'un des actes visés par [elle] doivent être poursuivis devant les tribunaux de leur propre Etat et punis par ceux-ci »¹⁷⁸. Cependant, elle envisage expressément que ces dispositions ne s'appliqueront pas lorsque la personne en cause a été condamnée, a purgé sa peine ou a bénéficié d'une remise de peine selon la loi d'un Etat étranger¹⁷⁹, associant ainsi la grâce à une condamnation définitive dans l'application de la règle *non bis in idem*. De cette constatation devrait découler l'obligation de ne pas extraditer une personne graciée. Pourtant, des négociations diplomatiques ont déjà conduit à une telle extradition, la grâce étant négociée par l'Etat requis en échange de l'extradition¹⁸⁰.

Dans le même sens, voir la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée générale dans sa Résolution 45/158 du 18 décembre 1990, article 18.

¹⁷⁶ L. JOINET, « Lutter contre l'impunité : le temps des questions », propos recueillis par Olivier de FROUVILLE, *Droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001, disponible sur www.revue-df.org.

¹⁷⁷ Op. cit., pp. 124-125.

¹⁷⁸ Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, approuvée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa Résolution 317 (IV) du 2 décembre 1949, entrée en vigueur le 25 juillet 1951, article 9.

¹⁷⁹ Ibid, article 10.

¹⁸⁰ Ce fut le cas pour le ressortissant turc Mehmed Ali Agça, l'auteur de l'attentat contre le pape. Condamné à la prison à vie en Italie, il fut gracié en juin 2000 par le Président de la République afin de faciliter son extradition vers la Turquie. Il y a été immédiatement incarcéré en raison d'autres faits pour lesquels il avait été condamné par contumace. (V. M. BOLE-RICHARD, « Ali Agca, auteur de l'attentat contre le pape, a bénéficié d'une mesure de grâce en Italie », *Le Monde*, 15 juin 2000)

Or, en application de la règle *non bis in idem*, l'article 9 de la Convention européenne d'extradition stipule que : « l'extradition ne sera pas accordée lorsque l'individu réclamé a été définitivement jugé par les autorités compétentes de la partie requise, pour le ou les faits à raison desquels l'extradition est demandée. L'extradition pourra être refusée si les autorités compétentes de la Partie requise ont décidé de ne pas engager de poursuites ou de mettre fin aux poursuites qu'elles ont exercées pour le ou les mêmes faits »¹⁸¹. Cette dernière précision semble donc bien faire obstacle à l'extradition d'un individu gracié par l'Etat requis comme l'exprime le Protocole additionnel à cette Convention ratifié par une trentaine d'Etats¹⁸². Cette tendance se vérifie dans la plupart des accords internationaux, qu'il s'agisse de conventions régionales¹⁸³, d'autres conventions multilatérales ou de conventions bilatérales¹⁸⁴. Un cas particulier peut cependant être cité : celui de la controversée Convention arabe pour la lutte contre le terrorisme du 22 avril 1998 dont l'article 6 interdit l'extradition lorsque une grâce a été adoptée par l'Etat requérant au profit des personnes accusées ou condamnées pour des infractions terroristes, sans donner le même effet à une telle mesure de clémence adoptée par l'Etat requis.

Par ailleurs, afin d'éviter qu'un Etat n'octroie une grâce dans le seul but de faire échapper à l'achèvement de sa peine par une personne condamnée pour des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, l'Assemblée générale de l'ONU a posé le principe que : « Les Etats ne prennent aucune mesure législative ou autre qui pourrait porter atteinte aux obligations internationales qu'ils ont assumées en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité »¹⁸⁵. S'il est clair que les mesures législatives visées sont celles d'amnistie, la grâce est elle aussi proscrite à travers « les mesures autres » et surtout le rappel de la nécessité pour ces individus d'être « châtiés ». Ainsi, les conséquences de la grâce ne semblent devoir être respectées que si les Etats ne l'utilisent pas pour se détourner de leurs obligations internationales. C'est pour cela que les conventions récentes instaurant des juridictions pénales internationales ont prévu d'accorder un droit de regard à celles-ci sur l'octroi de cette mesure de clémence.

¹⁸¹ Convention du 13 décembre 1957, entrée en vigueur le 18 avril 1960, ouverte à la signature des Etats non membres du Conseil de l'Europe.

¹⁸² « 2. L'extradition d'un individu qui a fait l'objet d'un jugement définitif dans un Etat tiers, Partie Contractante à la Convention, pour le ou les faits à raison desquels la demande est présentée, ne sera pas accordée :

a. lorsque ledit jugement aura prononcé son acquittement;
 b. lorsque la peine privative de liberté ou l'autre mesure infligée :
 i) aura été entièrement subie ;
 ii) aura fait l'objet d'une grâce ou d'une amnistie portant sur sa totalité ou sur sa partie non exécutée ;
 c. Lorsque le juge aura constaté la culpabilité de l'auteur de l'infraction sans prononcer de sanction ».
 3. Toutefois, dans les cas prévus au paragraphe 2, l'extradition pourra être accordée :
 a. si le fait qui a donné lieu au jugement a été commis contre une personne, une institution ou un bien qui a un caractère public dans l'Etat requérant ;
 b. si la personne qui a fait l'objet du jugement avait elle-même un caractère public dans l'Etat requérant ;
 c. si le fait qui a donné lieu au jugement a été commis en tout ou en partie sur le territoire de l'Etat requérant ou en un lieu assimilé à son territoire » (Protocole à la Convention européenne d'extradition signé à Strasbourg le 15 octobre 1975).

¹⁸³ Par exemple, voir la Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union Européenne, Acte du Conseil du 27 septembre 1996, *JOCE* n° C.313 du 23 octobre 1996.

¹⁸⁴ Il en est de même des Conventions de transfèrement des personnes déjà condamnées. Généralement elles prévoient que tant l'Etat de condamnation que l'Etat d'exécution ont le droit de modifier la sanction par une amnistie ou une mesure de grâce mais aussi que le transfèrement peut être refusé si la personne a bénéficié d'une grâce ou d'une amnistie (Par exemple: Convention d'extradition entre la Suisse et le Royaume du Maroc sur le transfèrement des personnes condamnées signée le 14 juillet 2000, article 18).

¹⁸⁵ Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, article 8 [Résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale de l'ONU en date du 3 décembre 1973].

B - L'attribution aux juridictions internationales d'un droit de regard sur l'octroi de certaines grâces

Pour éviter qu'en vertu de l'invocation conjointe de la règle *non bis in idem* et de la grâce, un Etat ne puisse soustraire une personne jugée par les juridictions internes à l'exécution de toute sanction¹⁸⁶, il existe deux sortes de limites au droit de grâce en raison de la compétence d'une juridiction pénale internationale.

Depuis la création du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, les textes instaurant ce type de juridiction restreignent le droit de grâce plus ou moins expressément¹⁸⁷. La première restriction peut avoir des conséquences importantes en droit constitutionnel interne : l'autorité disposant de la prérogative de grâce ne peut pas l'utiliser lorsqu'une personne a été condamnée par une juridiction internationale, seule cette dernière – s'agissant de la Cour pénale internationale (CPI)¹⁸⁸ – ou son Président – en ce qui concerne les Tribunaux pénaux internationaux¹⁸⁹ (TPI) créés par une résolution du Conseil de Sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies¹⁹⁰ – pouvant examiner une demande de grâce ou de réduction de peine, qui s'en trouvent assimilées.

Les Présidents des TPI pourront les accorder dans les cas où elle sont conformes aux principes généraux de droit ainsi qu'à l'intérêt de la justice, ce qui, selon le règlement de procédure et de preuve du TPIR¹⁹¹, implique de tenir compte, « entre autres, de la gravité de l'infraction commise, du traitement réservé aux condamnés se trouvant dans la même situation, de la volonté de réinsertion sociale dont fait preuve le condamné ainsi que du sérieux et de l'étendue de la coopération qu'il a fournie au Procureur »¹⁹². Cela correspond aux conditions alternatives posées par l'article 110 du Statut de la CPI qui impose que :

« - La personne a, dès le début et de façon continue, manifesté sa volonté de coopérer avec la Cour dans les enquêtes et poursuites de celle-ci.

¹⁸⁶ D'après l'article 17 du Statut de la CPI, « Pour déterminer s'il y a manqué de volonté de l'Etat dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou plusieurs des circonstances suivantes :

a) la procédure a été ou est engagée ou la décision de l'Etat a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visé à l'article 5 (...) » (Statut de la CPI, adopté à Rome le 17 juillet 1998, tel que corrigé par les procès-verbaux du 10 novembre 1998, 12 juillet 1999 et du 08 mai 2000, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002).

¹⁸⁷ Les Statuts des TPI évoquent expressément la grâce, tandis que celui de la CPI ne fait référence qu'à l'exécution de la condamnation évitant ainsi la distinction pénaliste entre réduction, remise de peine et grâce (Ibid).

¹⁸⁸ Par exemple, selon l'article 126 du Statut de la CPI, « L'exécution d'une peine d'emprisonnement est soumise au contrôle de la Cour » (Ibid).

¹⁸⁹ Dans son article 28, le Statut du TPI pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), prévoit que : « Si le condamné peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine en vertu des lois de l'Etat dans lequel il est emprisonné, cet Etat en avise le Tribunal. Le Président du Tribunal, en consultation avec les juges, tranche selon les intérêts de la justice et les principes généraux du droit ». (Statut du TPIY, adopté par le C.S. des Nations Unies dans sa résolution 827 du 25 mai 1993, tel qu'amendé le 13 mai 1998 et le 30 novembre 2000, article 28)

De manière presque similaire l'article 27 du Statut du TPI pour le Rwanda (TPIR) ainsi que l'article 23 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone stipulent que : « Si le condamné peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine en vertu des lois de l'Etat dans lequel il est emprisonné, cet Etat en avise le Tribunal international pour le Rwanda. Une grâce ou une commutation de peine n'est accordée que si le Président du Tribunal pour le Rwanda, en consultation avec les juges, en décide ainsi dans l'intérêt de la justice et sur la base des principes généraux du droit » (Statut du TPIR, adopté par le C.S. des Nations Unies dans sa résolution 955 du 08 novembre 1994 tel que modifié le 30 novembre 2000, article 27 ; Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, article 23).

¹⁹⁰ Pour les crimes commis au Timor oriental, les condamnés doivent adresser leur recours en grâce à la juridiction ayant prononcé la sanction à leur égard. (Règlement 2000/11 de l'ATNUTO établissant un système judiciaire au Timor oriental et créant notamment un Tribunal chargé spécialement de juger les crimes graves, Section 13) ; Le statut du Tribunal spécial irakien est silencieux sur la grâce.

¹⁹¹ Adopté le 29 juin 1995, plusieurs fois modifié, la dernière fois en avril 2004.

¹⁹² Ibid, article 126 : « critères d'octroi de la grâce ou de la commutation de peine ».

- La personne a facilité spontanément l'exécution des décisions et ordonnances de la Cour dans d'autres cas, en particulier en l'aidant à localiser des avoirs faisant l'objet de décisions ordonnant la confiscation, le versement d'une amende ou une réparation et pouvant être employés au profit des victimes ;

- Ou d'autres facteurs prévus dans le règlement de procédure et de preuve attestent un changement de circonstances manifeste aux conséquences appréciables de nature à justifier la réduction de la peine ».

En sus de la limite matérielle à l'exercice du droit de grâce prévue par les statuts des tribunaux pénaux internationaux, celui de la CPI pose une limite temporelle à l'exercice de la réduction de peine en faveur d'une personne condamnée par elle. En effet, d'après l'article 110 précité, cette dernière doit avoir exécuté au moins les deux tiers de sa peine, ou accompli vingt-cinq années d'emprisonnement en cas de condamnation à perpétuité, pour pouvoir en bénéficier ; la Cour ne procédant à aucun réexamen avant ce terme. Toutefois, là encore, cela n'empêche pas l'octroi d'une telle mesure de clémence mais il s'agit alors d'une sorte de « grâce internationale », caractérisée par un droit de regard des juridictions internationales sur son exercice pour certaines infractions¹⁹³.

Afin de ne pas voir ces principes détournés, la chambre de première instance du TPIY a énoncé dans l'affaire *Procureur c/ Drazen Erdemovic* que les règles définies par son statut s'appliquaient à toutes les mesures d'exécution des peines quelle que soit la forme qu'elles prenaient, et a recommandé que ces dernières soient prises en compte pour le choix de l'Etat prenant en charge la réclusion du condamné¹⁹⁴. Celui-ci doit en outre conclure une convention bilatérale avec l'ONU concernant l'exécution de la sanction prononcée par la juridiction concernée. Dès lors, les autorités de l'Etat sur le territoire duquel est incarcéré le condamné, qui désirent lui octroyer une mesure de grâce, doivent en informer le greffier de la Juridiction. Un refus du Président ou de la Cour ouvre sur deux cas de figure possibles. Dans le premier cas, la peine prononcée continuera à être appliquée dans le même Etat¹⁹⁵. Dans le second cas, plus fréquent, le reste de la peine ne pourra être purgée dans cet Etat et il sera procédé au transfèrement du détenu¹⁹⁶. La France s'inscrit dans cette hypothèse dans ses conventions bilatérales avec l'ONU concernant l'exécution des sanctions prononcées par le TPIY comme le TPIR. Pour Maryse Bergé-Lavigne, « le président du tribunal ne peut refuser une mesure de grâce décidée par l'autorité compétente en France ; il ne se prononce donc pas sur la mesure elle-même. Sa seule possibilité de ne pas accepter la grâce est de retirer le prisonnier du

¹⁹³ Relèvent d'une logique différente les dispositions de l'article 10 de l'Accord entre l'ONU et le Gouvernement de Sierra Leone stipulant que : « la grâce accordée à une personne relevant de la compétence du Tribunal spécial pour ce qui est des crimes visés aux articles 2 à 4 du présent Statut ne fait pas obstacle à l'exercice de poursuites », qui invalide des grâces prononcées antérieurement à son entrée en vigueur.

¹⁹⁴ « L'article 27 du Statut dispose que « la réclusion est soumise aux règles nationales de l'Etat concerné » réservant ainsi aux Etats la maîtrise de certains aspects de l'exécution des peines. La Chambre rappelle que le Tribunal a également compétence en matière d'exécution des peines en vertu du pouvoir général de contrôle que lui confère ce même texte. A défaut de plus de précisions sur les compétences respectives du Tribunal et de l'Etat désigné, la Chambre est de l'avis qu'aucune mesure qui serait prise par un Etat ne pourrait avoir pour effet de mettre un terme à la peine, ou de la dénaturer par voie de réduction.

S'agissant des mesures affectant l'exécution de la sentence, telles que la remise de peine et la libération conditionnelle, en vigueur dans un certain nombre d'Etats, la Chambre ne peut que recommander qu'il en soit tenu compte lors du choix de l'Etat. La Chambre émet le souhait que toutes les mesures de cette nature soient portées préalablement à la connaissance du Président du Tribunal, qui possède, par ailleurs, en vertu de l'article 28 du Statut, un droit de regard sur la grâce et la commutation de la peine, avant de procéder à l'octroi ou à l'exécution de ces mesures» (TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, jugement portant condamnation rendu le 29 novembre 1996, §73).

¹⁹⁵ V., par exemple l'Accord entre le Gouvernement de la République du Mali et l'Organisation des Nations-Unies concernant l'exécution des peines prononcées par le TPIR, article 3.

¹⁹⁶ V., par exemple l'Accord entre le Royaume d'Espagne et l'Organisation des Nations Unies concernant l'exécution des peines prononcées par le TPIY, signé le 28 mars 2000 à La Haye, article 8.

territoire de cet Etat : la mesure de grâce devient alors « sans objet ». La plénitude du pouvoir de l'autorité compétente française – en l'occurrence, le Président de la République – est donc ainsi respectée »¹⁹⁷. Juridiquement, le raisonnement selon lequel le Président du Tribunal ne se prononce pas directement sur la grâce pourrait être discutable, au regard du Statut du TPIR comme de son règlement de preuve et de procédure précité, mais, que l'on y souscrive ou non, les conséquences d'un refus sont les mêmes puisque le condamné sera alors transféré.

Par ailleurs, il est possible de penser que ces limites matérielles comme temporelles de la grâce, lorsqu'elle entre dans le champ de compétence d'une juridiction pénale internationale, pourraient à l'avenir être susceptibles de former un cadre juridique pour son octroi dans tout Etat partie à une convention internationale l'engageant à appliquer une sanction appropriée, ou à prendre en compte la gravité du crime avant d'accorder une grâce¹⁹⁸. En ce sens, les rares déclarations faites par les Etats concernant la grâce rappellent sa valeur sans toutefois déroger au droit international. On citera par exemple l'article 1 de la déclaration du gouvernement colombien accompagnant sa ratification du statut de la CPI en date du 5 août 2002 qui précise qu'« aucune disposition du Statut de Rome relatif à l'exercice des compétences de la Cour pénale internationale n'empêche l'Etat colombien de proclamer une amnistie, d'accorder une remise de peine ou une commutation de peine ou d'accorder une grâce judiciaire pour des délits politiques, dès lors que cette mesure est conforme à la Constitution et aux principes et normes internationales reconnues par la Colombie ». En ratifiant le statut de la CPI, ce gouvernement semble adhérer à des modalités d'octroi de la grâce qui peuvent être retrouvées dans la plupart des systèmes juridiques internes, permettant l'octroi d'une grâce lorsque l'attitude de la personne condamnée ou bien des circonstances nouvelles le justifient, à l'issue des deux tiers de sa peine.

Il convient de préciser que, dans ces cas, la grâce ne sera pas toujours tenue pour une mesure permettant parfaitement d'effacer les conséquences d'une décision par les organes et juridictions ayant compétence pour se prononcer sur la réparation des dommages provoqués par la violation des traités. Ainsi, aux termes de l'article 50 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « si la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable ». Or, en application de cet article, c'est au cas par cas, en fonction des faits de l'espèce, que la Cour européenne des droits de l'homme estime si la grâce constitue une technique de droit interne permettant parfaitement d'effacer les conséquences d'une décision. Elle l'a, par exemple, refusé dans l'affaire *Bönisch c. Autriche* en considérant que la grâce accordée par le gouvernement autrichien, même si elle assurait une réparation intégrale (*restitutio in integrum*), n'avait pas entièrement compensé le dommage subi par son bénéficiaire¹⁹⁹ mais elle l'a accepté en 1997 lorsqu'elle a relevé que la mesure de grâce plaçait le requérant dans la situation juridique qu'il exigeait de la Cour²⁰⁰.

¹⁹⁷ M. BERGÉ-LAVIGNE, *Rapport présenté au Sénat au nom de la Commission des affaires étrangères, sur le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation des Nations Unies concernant l'exécution des peines prononcées par le Tribunal pénal international pour le Rwanda*, Sénat, Session ordinaire de 2003-2004, n° 220, Annexe au procès-verbal de la séance du 25 février 2004.

¹⁹⁸ V. *supra*, A.

¹⁹⁹ CEDH, *Bönisch c. Autriche*, 2 juin 1986.

²⁰⁰ CEDH, *P.L. c. France*, 2 avril 1997.

La seule nuance pourrait se trouver dans la jurisprudence récente de cette Cour et de celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui refusent le principe d'une grâce pour les crimes tels que la torture ou ceux contre l'humanité²⁰¹. Néanmoins, cela ne semble pas incompatible avec les principes définis par les Statuts des juridictions pénales internationales récentes, en particulier celui selon lequel un changement de circonstances ou l'apparition d'un fait nouveau pourrait inciter à l'octroi d'une grâce ou à une remise de peine parce qu'ils pourraient en particulier modifier l'appréciation des faits. En revanche, toute clémence justifiée par l'attitude du condamné pourrait alors être exclue. D'autres conventions portent d'ailleurs sur les conséquences de l'octroi de cette forme particulière de grâce accordée en raison d'un fait nouveau. Elles obligent les Etats parties à l'assortir d'une indemnisation de la personne injustement condamnée « à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie » (article 14-6 du PIDCP²⁰² ; Préambule de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille²⁰³).

En conclusion, l'octroi de la grâce est encouragé dans un souci d'harmonisation internationale de l'échelle des peines et de leurs modalités d'exécution tout en étant encadré – à l'image des autres institutions de clémence – principalement en ce qui concerne des violations importantes des droits de l'homme, afin d'éviter son utilisation détournée par les Etats. En droit interne, ces règles juridiques internationales devraient avoir des conséquences pratiques, ne serait-ce que par la définition de principes d'appréciation de la gravité des infractions, de l'attitude du condamné et de l'intérêt de la justice, la nécessité de prendre en compte la grâce accordée par un autre Etat dans le cadre des requêtes d'extradition, ou encore d'un droit de regard des juridictions internationales sur l'octroi de certaines grâces. Pourtant, la reconnaissance par le droit international de la grâce, tout en la limitant, pose encore de nombreuses questions²⁰⁴, en particulier concernant son avenir au sein de ce système juridique.

En effet, la définition exclusivement matérielle de la grâce qu'il retient conduit à l'assimiler à la réduction de peine. Or, ces deux instruments ne sont pas les mêmes en droit interne et ne relèvent pas du même régime. D'une part, la confusion entretenue par les statuts des juridictions internationales fait perdre à la grâce son caractère d'opportunité. Les critères d'octroi de cette mesure par ces juridictions renforcent cette impression en excluant toute considération politique ou sociale lors de son octroi²⁰⁵, excepté peut-être dans les cas de changements de circonstances. D'autre part, le droit international semble remettre en cause les liens unissant la grâce à la souveraineté en droit interne. Il a en effet été expliqué que

²⁰¹ CEDH, *Abdülsamet Yaman c. Turquie*, 2 novembre 2004. S'agissant de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voir le chapitre sur la prescription en droit international.

²⁰² « Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie » (PIDCP, Article 14-6).

²⁰³ « Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, les travailleurs migrants ou les membres de leur famille qui ont subi une peine à raison de cette condamnation sont indemnisés, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu leur est imputable en tout ou en partie ». (Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990, sixième point du préambule)

²⁰⁴ En témoignent les échanges entre les participants à la journée d'étude du 21 janvier 2005, reproduits dans ce volume. Il faut signaler que ces questions sont très proches de celles posées également par l'amnistie (voir le chapitre sur l'amnistie en droit international).

²⁰⁵ En droit interne, la grâce peut avoir plusieurs fonctions, dont la plupart sont communes avec l'amnistie. Elle a notamment une fonction philosophique lorsqu'elle symbolise le pardon de la société au condamné, une fonction politique, si la libération du bénéficiaire à des conséquences sociales et même une fonction administrative, puisqu'elle peut permettre par exemple la réduction de la surpopulation carcérale.

l'autorité disposant de la prérogative de grâce ne peut l'utiliser en faveur d'une personne condamnée par une juridiction internationale. Il faudra donc envisager de redonner à la grâce une individualité propre la distinguant des autres mesures de réduction de la peine afin que le terme de clémence – et tout ce qu'il implique – continue à lui être approprié.

CHAPITRE 3 : LA PRESCRIPTION EN DROIT INTERNATIONAL

La notion de prescription plonge pleinement le juriste au cœur des relations entre temps et droit, plus précisément autour de l'équilibre temporel entre oubli et survivance du passé, et est confrontée aujourd'hui plus directement à d'autres valeurs, telles que le droit à la mémoire, à la vérité, le droit à réparation pour la société et la victime, plus largement le souci de justice et de lutte contre l'impunité, voire même la garantie de la paix et de la sécurité internationales.

La prescription, originellement, est en effet l'oubli, et non pas le pardon ; elle dépénalise (sans décriminaliser, car le crime existe toujours). Au-delà d'un certain délai, dont l'aspect arbitraire et artificiel a pu être dénoncé²⁰⁶, jusqu'à qualifier la prescription de « fiction »²⁰⁷, il faut oublier l'infraction et son auteur, oublier plutôt que faire revivre le passé, oublier sans même pardonner. Selon Merle et Vitu, la prescription est ainsi « l'expression de la grande loi de l'oubli »²⁰⁸.

1. La prescription oscille entre mesure d'intérêt social et instrument de politique criminelle. La prescription est présentée unanimement et avant tout comme une mesure d'intérêt social, et non comme un droit individuel, dans le souci d'apaisement de la société. Mais, même si l'on conçoit qu'il s'agisse d'une mesure d'ordre social, force est d'admettre que la prescription est favorable avant tout à l'auteur de l'acte. En droit romain et canonique, et même encore dans l'ancien droit français, la prescription était considérée d'ailleurs avant tout comme une mesure de clémence. Dans le même ordre d'idées, la Cour européenne des droits de l'homme a, contrairement aux définitions précédemment reçues majoritairement en doctrine²⁰⁹ et par la jurisprudence²¹⁰, défini la prescription comme « le droit accordé par la loi à l'auteur d'une infraction de ne plus être poursuivi ni jugé après l'écoulement d'un certain délai depuis la réalisation des faits »²¹¹. On pourrait également parler en termes d'extinction du droit de la société et des victimes à engager des poursuites contre les auteurs de l'acte, si l'on

²⁰⁶ V. JANKELEVITCH, *L'imprescriptible, Pardonner ? Dans l'honneur et la dignité*, Paris : Seuil, 1986, p.17 : « Vingt ans sont, paraît-il, suffisants pour que l'impardonnable devienne miraculeusement pardonnable : de plein droit et du jour au lendemain l'inoubliable est oublié. Un crime qui était inexpiable jusqu'en mai 1965 cesse donc subitement de l'être à partir de juin : comme par enchantement ... Et ainsi l'oubli officiel et légal commence ce soir à minuit. Il est légitime d'en vouloir à un criminel pendant vingt ans : mais à partir de la 21^e année, ceux qui n'ont pas encore pardonné tombent à leur tour sous le coup de la forclusion et entrent dans la catégorie des rancuniers ! »

²⁰⁷ C. PIGACHE, « La prescription pénale, instrument de politique criminelle », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1982, p.55.

²⁰⁸ *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, t. 2, 2001, n°50.

²⁰⁹ Par exemple, A. LAQUIEZE, « Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité », *Droits*, n° 31, 2000, p.25 ; João MENDES DE ALMEIDA JR., *O processo criminal brasileiro*, cité par Mara Regina TRIPPO, *Imprescritibilidade penal*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004, p. 30 (la prescription « est un moyen politique d'extinction de l'action créé plus dans l'intérêt de la société que dans celui de l'individu »).

²¹⁰ V., par exemple, Conseil d'Etat belge, avis D.P., chambre 1963-1964, n°861/1, p.2, cité par Pierre DE MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité : étude de droit international et de droit pénal comparé*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1974, p.39 : « la prescription n'est pas une faveur que la loi accorde aux condamnés mais une mesure d'intérêt social qui n'ouvre pas de droits acquis » ; Cour de Cassation française, Chambre crim. 26 janvier 1984, arrêt *Barbie* (Bull. Crim., 34 : « le droit à l'acquisition de la prescription ne saurait constituer un droit de l'homme ou une liberté fondamentale » ; Tribunal constitutionnel portugais, 2^{ème} Section, arrêt 483/2002 (procès n° 565/2001), selon lequel la prescription n'est pas un droit subjectif. Pourtant, même si cette jurisprudence n'admet pas un droit subjectif à la prescription, elle reconnaît que l'imprescriptibilité peut être incompatible avec certains principes constitutionnels (V. <http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020483.html>).

²¹¹ *Coëme et autres c/Belgique*, 2^e section, 22 juin 2000, § 146.

part du principe selon lequel «la prescription est l'effet du temps sur l'acquisition ou la perte des droits et obligations»²¹².

Si la prescription jouit d'un large crédit, la doctrine admet que les mesures de prescription ne sont pas si anodines, qu'elles sont de plus en plus des mesures de pure opportunité politique²¹³. «Reconnaissons (...) que, entre les mains du législateur, les lois de prescription pénale représentent un instrument particulièrement souple de dosage entre mémoire et oubli, sanction et pardon, dès lors qu'il est loisible d'allonger ou de réduire le délai de prescription, de modifier son point de départ, ou encore de ménager un domaine pour l'imprescriptibilité»²¹⁴. François Ost cite la loi hongroise du 4 novembre 1991 à la suite de la chute du régime communiste visant à allonger le délai de prescription à 30 ans, afin de viser rétroactivement les responsables des actions de 1956²¹⁵. La prescription ou son refus est ainsi une arme politique au service de ses opposants. En droit civil également, et cela déjà sous l'empire romain, la prescription avait la réputation de rendre grand service aux pouvoirs publics, notamment en prouvant la propriété, pour éviter des poursuites et des procès interminables. Cicéron la qualifiait de *patrona generis humani*, Justinien d'*imperium praesidium*²¹⁶.

En effet, la prescription est co-substantielle à l'action judiciaire ; elle pourrait paraître comme l'expression des limites inhérentes à l'action en justice, cette dernière ayant du mal à composer avec l'histoire. Il ressort des rapports de droit interne que la prescription n'est pas un principe général admis dans tous les systèmes juridiques (un certain nombre ne la reconnaissent pas) ; là où elle est reconnue, elle n'a en principe pas valeur constitutionnelle. Ce qui est constitutionnalisé au contraire, c'est le principe d'imprescriptibilité²¹⁷. Dans les systèmes de *common law*, où la prescription de l'action publique est inconnue, elle est vue avant tout comme une marque d'impuissance des institutions. C'est la manifestation technique de l'impossibilité (prétendue ou réelle) pour le droit de saisir le temps. La prescription révèle les limites, les défaillances ou l'impuissance des Institutions à poursuivre ou à exécuter une sanction²¹⁸, mais elle peut également constituer un instrument de politique criminelle pour certains systèmes juridiques nationaux ayant adopté le principe de la légalité des poursuites dans le but de pallier l'engorgement des tribunaux. D'ailleurs, certaines résistances à l'égard de l'imprescriptibilité se fondent sur l'argument d'efficacité et du risque de surcharge des tribunaux qui deviendraient inopérants²¹⁹. La prescription peut ainsi être utilisée pour contrôler le flux d'affaires. Elle peut, en outre, être utilisée comme un moyen de

²¹² P. A. VERYKIOS, *La prescription en droit international public*, Paris, Pedone, 1934, p.2.

²¹³ Jean GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ? », *Revue pénale suisse*, 1965, pp. 113-178, p.132 : « la prescription des crimes n'est pas un droit essentiel de la personne ou encore moins du criminel accusé, voire condamné : ce n'est pas une exigence de la justice même, généralement consacrée dans les institutions des peuples civilisés ; c'est une pratique d'opportunité devenue règle à des périodes souvent récentes, règle au surplus non admise encore dans d'autres systèmes juridiques, et toujours discutée ou critiquée par ceux qui l'ont admise ».

²¹⁴ François OST, *Le Temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 141.

²¹⁵ La Cour constitutionnelle hongroise a jugé cette loi rétroactive inconstitutionnelle (décision n°2086/a/1991/14, du 5 mars 1992). Cependant, la Cour constitutionnelle tchèque a avalisé des dispositions identiques adoptées en République tchèque.

²¹⁶ Cf les rappels opérés par P. A. VERYKIOS, *La prescription en droit international public*, Paris, Pedone, 1934, p. 3.

²¹⁷ Cas de la Pologne, du Brésil, du Paraguay, du Venezuela, ...

²¹⁸ D'ailleurs, la prescription de la peine a été sévèrement critiquée par Francesco Carrara parce que, intervenant à la suite d'une décision condamnatrice, elle transforme la négligence des fonctionnaires en dommage irréparable pour la société ; de plus, elle représente un aveu de faiblesse de la loi, une insulte à la morale et un triomphe scandaleux de l'infamie, cf. Francesco CARRARA, *Programa de derecho criminal – parte general*, trad. Sebastian Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944, Vol II, § 715, p. 91, cité par Fabio GUEDES DE PAULA MACHADO, *Prescrição Penal, prescrição funcionalista*, São Paulo, RT, 2000, p. 103.

²¹⁹ V. J. FARIA COSTA, «O direito penal e o tempo : algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição», *Boletim da Faculdade de direito*, 2003, numéro spécial, p. 1161.

dépénalisation (par inertie) des infractions dont la gravité est réduite ou dont l'intérêt de poursuivre a perdu sa force.

Instrument de politique criminelle, la prescription relève toujours d'une compétence étatique pour laquelle leurs auteurs disposent d'une large marge de manœuvre, ce que la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne confirme. Les délais de prescription constituent une restriction légitime au droit à un tribunal (lequel n'est pas un droit absolu), pour la réglementation duquel l'Etat bénéficie d'une marge d'appréciation²²⁰. La Cour est ainsi toujours assez prudente face aux demandes des requérants visant à faire considérer qu'un délai de prescription est inapproprié. Dans l'affaire *Vo c/France* du 8.7.2004, la requérante demandait à la Cour de considérer que le délai de 4 ans (modifié depuis pour passer à 10 ans), était trop bref, ce que la Cour a réfuté, « et ce d'autant plus en l'espèce, vu la gravité du dommage ressenti par la requérante et sa volonté immédiate de poursuivre le médecin » (§ 93). En constatant que le législateur avait étendu récemment le délai à 10 ans, la Cour relève qu'il « l'a fait dans le but d'unifier les délais de prescription des actions en réparation quelle que soit la juridiction compétente, administrative ou judiciaire. Ceci permet de prendre en compte l'évolution générale d'un système de plus en plus favorable aux victimes de fautes médicales (...) ».

L'approche de la prescription comme mesure au service des intérêts sociaux²²¹, avec le risque de détournement pour en faire un instrument opportuniste aux mains des pouvoirs publics, n'est pas propre au droit interne. Elle caractérise tout autant la notion de prescription en droit international. Celui-ci connaît effectivement la notion de prescription, au sens civil, que ce soit en tant que prescription acquisitive ou extinctive. La prescription acquisitive d'un territoire – usucapion – a été admise historiquement, certes de façon relativement stricte, dès lors que l'occupation pacifique et continue du territoire pendant un certain laps de temps avait été suivie de l'exercice d'une autorité effective de l'Etat²²². « L'Etat qui possédait ce territoire est présumé, du fait de sa passivité face à l'atteinte à sa souveraineté, avoir renoncé à ses droits »²²³. Il est ainsi intéressant de relever qu'en dépit du fait que la souveraineté est considérée comme un principe fondateur des relations internationales interétatiques, l'imprescriptibilité des droits souverains par l'Etat n'a pas été reconnue historiquement. Mais c'est surtout la prescription libératoire qui a préoccupé les juristes sur la scène internationale, spécialement dans les relations économiques entre Etats. En raison de l'importance de la stabilité et sécurité des relations interétatiques, l'Institut du droit international, sur rapport de Politis et De Visscher, a même voulu lui conférer la valeur de principe général de droit²²⁴.

²²⁰ *Vo c/France*, 8 juillet 2004, Grande Chambre, § 92.

²²¹ P. A. VERYKIOS, *La Prescription en droit international public*, Paris, Pedone, 1934, p. 24. Evoquant l'intérêt social de tranquillité, d'ordre et de stabilité, l'auteur ajoute : « nous croyons aussi que c'est là le véritable fondement général qui peut être invoqué en tout état de cause ; c'est la seule explication valable pour le droit interne comme pour le droit international (...) ». P.36-37 : « Stabilité et certitude des possessions, fin des litiges, tels sont les buts de cette bienfaisante institution ».

²²² Sentence Max Huber, *Iles de Palmas*, 1928, R.S.A. II, p.839, p.867 : « il suffit que cet exercice (de souveraineté) ait déjà existé (...) comme continu et pacifique assez longtemps pour assurer à toute Puissance qui se serait considérée comme possédant la souveraineté sur l'île, ou comme ayant un droit à la souveraineté, une possibilité raisonnable, d'après les conditions locales, de constater l'existence d'un état de choses contraire à ses droits réels ou prétendus ».

²²³ P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7^e éd., 2002, p.537, § 350.

²²⁴ Cf la résolution de l'Institut de droit international de 1925, *La prescription libératoire en droit international : Règles générales en matière de prescription libératoire dans les rapports internationaux* : « I. Des considérations pratiques d'ordre, de stabilité et de paix, depuis longtemps retenues par la jurisprudence arbitrale, doivent faire ranger la prescription libératoire des obligations entre Etats parmi les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, dont les tribunaux internationaux sont appelés à faire application. II. A défaut de règle conventionnelle en vigueur dans les rapports des Etats en litige, fixant le délai de la prescription, sa détermination est une question d'espèce laissée à la souveraine appréciation du juge international, qui, pour admettre le moyen tiré du laps de temps, doit discerner dans les circonstances de la cause l'existence de l'une des raisons par lesquelles la prescription s'impose ». La jurisprudence serait plus réservée : C.P.A., sentence de 1902 dans l'affaire des *Fonds Pieux de Californie*, R.S.A. I, p.100.

Selon les rapporteurs, le principe est justifié par l'intérêt général, lequel « exige qu'un terme soit assigné aux réclamations entre Etats, tout comme aux procès entre particuliers ; la survivance de contestations anciennes est une cause de dissensions internationales d'autant plus dangereuses que l'affaiblissement des moyens de preuve en rend la solution pacifique plus malaisée. La prescription libératoire répond ainsi à une nécessité sociale aussi impérieuse dans les relations internationales que dans les relations privées, au même besoin d'ordre et de stabilité qui fait présumer que celui qui néglige trop ses droits y a renoncé »²²⁵. Ce sont donc des raisons politiques et économiques qui sont à la base du choix de la prescription libératoire. Mais l'opposition avec le choix opéré pour la prescription acquisitive laisse déjà entrevoir le fait que ces choix sont bien de nature politique et répondent à un équilibre des enjeux en cause dans chaque cas considéré séparément.

Ce n'est que l'apparition de la notion et du régime différencié des crimes internationaux sur la scène nationale comme internationale qui va poser à la mesure de prescription un véritable défi et obliger une certaine remise en question lorsqu'il s'est agi d'envisager l'imprescriptibilité des crimes internationaux.

2. L'imprescriptibilité des crimes internationaux est née difficilement, ce qui était mauvaise augure. La notion d'imprescriptibilité au pénal a surgi sur la scène internationale dans un contexte extrêmement particulier : dans les années 64-65, en raison du risque que les crimes nazis soient prescrits par les droits internes – par la règle de prescription de 20 ans souvent retenue dans les droits nationaux –, un certain nombre d'initiatives internationales (et nationales) ont été prises dans la précipitation pour allonger les délais de prescription ou poser le principe de l'imprescriptibilité pour de tels crimes²²⁶. L'imprescriptibilité a donc été débattue dans un climat d'urgence requis par la lutte contre l'impunité des crimes nazis. La résolution adoptée par les juristes franco-allemands en février 1965 en est une des premières illustrations au plan interétatique²²⁷. Si la question de l'imprescriptibilité est née autour des crimes nazis, la réflexion ultérieure a eu beaucoup de difficultés à se réaliser dans un cadre général, pour tous les crimes internationaux. Cette naissance historique particulière, qui explique en partie l'échec des deux conventions élaborées au sein respectivement des Nations Unies et du Conseil de l'Europe, la seconde en réaction à la première, n'est pas sans rejaillir aujourd'hui encore sur l'état du droit positif. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, adoptée par 58 voix contre 7 et 36 abstentions, et en vigueur depuis le 11 novembre 1970, fut considérée à l'époque comme un « fiasco »²²⁸. En raison de la précipitation de son élaboration, elle fut l'objet d'une résistance idéologique des Etats européens, opposés notamment à une définition trop large des

²²⁵ De surcroît, « Monsieur Albéric Rolin fait observer qu'on peut ajouter à ces raisons la considération suivante. Le créancier qui laisse s'accumuler des prestations périodiques ou les intérêts de la dette risque d'écraser son débiteur sous le poids de réclamations tardives et inopinées. Il importe au bien-être de la société, au point de vue économique, que les comptes soient réglés, que les situations respectives de créanciers et de débiteurs ne s'éternisent pas ». Cité par P. d'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 817.

²²⁶ P. de MERTENS, ouvrage 1974, p.71 : « (...) le débat relatif à la prescription s'est noué, à l'origine, en Yougoslavie comme dans les autres pays autour des seuls crimes nazis (...) ».

²²⁷ Résolution adoptée par le colloque franco-allemand de Strasbourg en fév. 1965, citée par P. de MERTENS, op. cit., pp.63-64 : « (...) Conscients de l'émotion suscitée dans l'opinion publique à l'approche de l'expiration des délais de prescription concernant les crimes contre l'humanité ; (...) « Convaincus que dans aucun pays civilisé des motifs tirés du droit constitutionnel ou du droit naturel ne peuvent s'opposer à la prolongation ou à l'abolition des délais de prescription des crimes contre l'humanité qui ne sont pas encore échus » ; (...) c) prononce définitivement l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité (...) ». Cf également, Recommandation 415(1965), adoptée le 28.1.1965, Assemblée consultative, 16^e session ordinaire, avec le rapport de M.-A. PIERSON (Doc.1868). A. SOTTILE, « La prescription des crimes contre l'humanité et le droit pénal international », *Rev. de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, 1965, pp. 5s.

²²⁸ P. MERTENS, *Op. cit.*, p. 165. R. H. MILLER, « The convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity », *AJIL*, vol.65, 1971, pp. 476 et s.

crimes contre l'humanité (incorporant l'apartheid). En dépit de quelques ratifications assez récentes, cette convention n'a obtenu l'adhésion que de très peu d'Etats²²⁹. La préparation de la convention du Conseil de l'Europe se fit en réaction à la convention des Nations Unies dont les imperfections étaient mises en exergue²³⁰. C'est ainsi que la Convention européenne du 25 janvier 1974 se distingue de la convention des Nations Unies sur deux aspects importants : premièrement, son article 1^{er} stipule que l'imprescriptibilité s'applique aux poursuites et à la peine pour les infractions fixées par la convention, *mais* à condition que ces actes soient punissables dans la législation nationale. En outre, l'article 2 stipule clairement que la convention n'est applicable qu'aux « crimes commis après son entrée en vigueur à l'égard de cet Etat », et aux « infractions commises avant cette entrée en vigueur dans les cas où le délai de prescription n'est pas encore venu à expiration à cette date ». Néanmoins, parce que la convention européenne serait moins précise que la convention des Nations Unies quant aux crimes visés, elle fut critiquée²³¹. Tout comme la convention des Nations Unies, la convention européenne souffre d'une impopularité très grande auprès des Etats. Des appels récents ont néanmoins été formulés pour qu'elle soit ratifiée²³², ayant abouti finalement à son entrée en vigueur.

Comme en droit interne, et davantage encore que pour les infractions de droit commun, en droit international pénal, la prescription pour les crimes internationaux les plus graves, dont la dimension politique n'est pas absente, n'a pas perdu la dimension d'opportunité. Selon Brigitte Stern, « on assiste en effet en droit international pénal à ce que l'on pourrait appeler de véritables 'manipulations' du temps au service d'un certain résultat juridique, qui n'aurait pu être obtenu par l'application normale des règles juridiques dans leur cadre temporel »²³³. Le couple prescription/ imprescriptibilité joue « comme une machine à arrêter le temps juridique »²³⁴.

Compte tenu de ces éléments et de l'approche de droit international retenue, la présente analyse est focalisée sur les crimes internationaux. L'objectif est, d'une part, de faire le point sur l'état du droit positif, d'autre part, d'évaluer l'évolution du concept de prescription en droit international, compte tenu du rapport de forces évolutif entre divers intérêts. L'idée d'imprescriptibilité, qui serait aux antipodes de la tendance générale d'une accélération du temps juridique²³⁵, va-t-elle réussir à percer et à se démarquer de ses origines qui lui semblent

²²⁹ Ratifiée récemment par l'Argentine avec une réserve sur la rétroactivité, cette convention s'est vue conférer un rang constitutionnel par la loi n°25/78 du 2.9.2003. D'autres Etats latino-américains ont également ratifié récemment la convention, avec des réserves sur le principe de rétroactivité : cf la Déclaration du Mexique du 15.3.2002 : « (...) le gouvernement du Mexique déclare (...) qu'il ne considérera comme imprescriptibles que les crimes consacrés par la convention qui ont été commis après l'entrée en vigueur de ladite convention à l'égard du Mexique ». Le Pérou a procédé de même lors de la ratification en 2003.

²³⁰ Résolution 401(1969) relative à la prescription des crimes contre l'humanité : « (...) 7. Considérant que la Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité a été jugée inacceptable par la quasi-totalité des Etats membres du Conseil de l'Europe qui font partie des Nations Unies, en raison notamment de son manque de précision ». Recommandation 549(1969) relative à la prescription des crimes contre l'humanité : Point 8. « Recommande au Comité des Ministres : (a) (...) (b) de charger un comité d'experts gouvernementaux d'élaborer dans les plus brefs délais une convention européenne tenant compte des critiques élevées contre la convention des Nations Unies par les représentants de plusieurs pays européens, relative à l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité ».

²³¹ Mrs Haller, "Establishment of an international court to judge war crimes", Report 26 March 1992, Doc. 6587, point 3.3.

²³² Recommandation 1218 (1993) relative à la création d'un tribunal international pour juger les violations graves du droit international humanitaire. Recommandation 1427(1999) relative au respect du droit international humanitaire en Europe, point 8. V. la position plus prudente du Comité des Ministres : Réponse du CM, Doc. 9174, 11 juillet 2001.

²³³ « De l'utilisation du temps en droit international pénal », in SFDI, *Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, p.253.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ D. GUTMANN, « Temps », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, Quadrige, 2003, p. 1470 : « Seuls résistent quelques fondamentalismes isolés, par exemple pour châtier les crimes contre l'humanité (...) ».

défavorables pour appréhender la réalité des crimes internationaux ? Si, en 1955, Roger Pinto écrivait que « la prescription n'est pas une institution révolutionnaire, mais un principe de conservation »²³⁶, l'imprescriptibilité des crimes internationaux est-elle, en 2005, toujours révolutionnaire ? Entre une imprescriptibilité absolue imposée en droit international et la préservation d'une marge d'appréciation totale des Etats quant à la réglementation de la prescription, peut-on dégager une échelle de critères régulant la légalité de l'institution ?

I – L'état du droit positif : reconstituer les fragments d'un droit éclaté

Si l'article 29 du Statut de Rome, qui stipule que « Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas », est certainement un indice important d'appréciation du droit international actuel de la prescription, compte tenu de la qualité conventionnelle de la norme, de son caractère relativement récent, et de son adhésion par une grande majorité des Etats de la communauté internationale, il serait hâtif de conclure que l'imprescriptibilité pour certains crimes internationaux est désormais acquise sur la scène internationale. L'adoption de la rédaction actuelle de l'article 29, la plus favorable à l'imprescriptibilité parmi les différentes options maintenues jusqu'à la conférence finale de juin-juillet 1998, relève presque du miracle. L'historique de l'adoption de l'article 29 a confirmé les points de vue extrêmement variés des Etats sur la question.

Pour mieux évaluer l'état du droit positif, une appréciation tant statique que diachronique sera opérée. Un tel bilan s'avère toujours utile, compte tenu du fait qu'il s'agit d'un droit en mouvement perpétuel.

A - Appréciation statique

1^o/ L'imprescriptibilité selon les ères géographiques et son application *ratione materiae* selon les crimes

Textes par zone géographique	Crimes contre l'humanité	Disparitions forcées	Génocide	Crimes de Guerre	Crime d'agression
Système universel :					
- Déclaration de Moscou du 30 septembre 1943 ;	OUI				
- Loi n°10 du Conseil de contrôle interallié, art.11-5, 20 décembre 1945 ²³⁷ .	OUI				
- Convention des NU du 26 novembre 1968 ²³⁸	OUI ²³⁹		OUI	OUI ²⁴¹	

²³⁶ R. PINTO, « La prescription en droit international », *Rec. des cours de l'Académie de droit international*, 1955, pp. 391s., p.391.

²³⁷ « Dans tout procès ou action judiciaire pour un crime cité ici (y compris les crimes contre l'humanité), l'accusé ne pourra bénéficier d'aucun droit de prescription en ce qui concerne la période du 30 janvier 1933 au 1^{er} juillet 1945, pas plus qu'aucune limite, aucun pardon ou amnistie accordés sous le régime nazi ne pourra être invoqué pour faire échec au procès ou à la condamnation ». La portée de cette disposition a été controversée, beaucoup n'y voyant qu'une suspension de la prescription pendant les crimes nazis.

²³⁸ En vigueur depuis le 11 novembre 1970. 44 Etats parties au 14 juin 2001.

²³⁹ Crimes contre l'humanité commis en temps de guerre ou de paix, tels que définis par le Statut du Tribunal de Nuremberg et confirmés par la résolution 3(1) et 95(1) AG des 13 février 1946 et 11 décembre 1946.

<ul style="list-style-type: none"> - Déclaration de l'AG des NU sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 18 décembre 1992 ; - Statut de Rome instituant la CPI ; - Administration transitoire des NU au Timor Oriental, section 17 du règlement n°2000/15, relatif à l'institution de panels ayant compétence exclusive sur les crimes les plus graves 	<p>OUI</p> <p>OUI</p>	<p>OUI²⁴⁰</p> <p>OUI</p>	<p>OUI</p> <p>OUI</p>	<p>OUI</p> <p>OUI</p>	<p>OUI</p>
<p>Système européen (Conseil de l'Europe) :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Résolution 401 (1969) et Recommandation 549 (1969) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe ; - Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre en date du 25 janvier 1974²⁴² ; - Protocole additionnel à la convention européenne d'extradition, du 15 octobre 1975²⁴³ ; 	<p>OUI</p> <p>OUI (crimes contre l'humanité selon la convention de 1948)</p> <p>OUI (crimes contre l'humanité selon la conven-</p>		<p>OUI</p> <p>OUI</p>	<p>OUI²⁴⁴</p> <p>OUI</p>	

²⁴⁰ Article 17(3) : « S'il y a prescription des actes conduisant à des disparitions forcées, le délai de prescription doit être de longue durée et en rapport avec l'extrême gravité du crime ». Art.18(1) : « Les auteurs présumés d'actes visés au para.1 de l'article 4 ci-dessus ne peuvent bénéficier d'aucune loi d'amnistie spéciale ni d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exonérer de toute poursuite ou sanction pénale ».

²⁴¹ Crimes de guerre tels que définis dans le Statut du Tribunal de Nuremberg et confirmés par la résolution. 3(1) et 95(1) AG des 13 février 1946 et 11 décembre 1946, notamment les infractions graves des conventions de Genève.

²⁴² En vigueur depuis le 27 juin 2003 pour les 3 Etats l'ayant ratifiée (Pays-Bas, Belgique, République tchèque).

²⁴³ Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, Conseil de l'Europe. L'article 10, intitulé « Prescription » dispose que : « L'extradition ne sera pas accordée si la prescription de l'action ou de la peine est acquise d'après la législation soit de la Partie requérante, soit de la Partie requise ». Le rapport explicatif confirme que « la loi des deux Etats intéressés est donc prise en considération ». « La plupart des experts a estimé que la prescription de la Partie requérante ne devrait pas être appréciée par la Partie requise », mais qu'une demande directe devrait être faite à la partie requérante. Protocole additionnel à la convention européenne d'extradition, 15 octobre 1975 : titre I, article 1 : « Pour l'application de l'article 3 de la convention, ne seront pas considérés comme infractions politiques : a. les crimes contre l'humanité prévus par la convention de 1948 », « b. les infractions prévues aux articles 50/51/49/130/147 des conventions de Genève ; c. « toutes violations analogues des lois de la guerre en vigueur lors de l'entrée en application du présent protocole et des coutumes de la guerre existant à ce moment, qui ne sont pas déjà prévues par les dispositions susvisées des Conventions de Genève ».

²⁴⁴ « Les infractions prévues aux articles 50 de la Convention de Genève sort des blessés, 51 Convention de Genève forces armées sur mer, 130 Convention de Genève prisonniers de guerre et 147 Convention de Genève personnes civiles ». « b. toutes violations analogues des lois de la guerre en vigueur lors de l'entrée en application de la présente Convention et des coutumes de la guerre existant à ce moment, qui ne sont pas déjà prévues par les dispositions susvisées des Conventions de Genève ».

- Recommandation 855 (1979), relative à la prescription des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe	tion de 1948) OUI		OUI	OUI	
Système interaméricain : - Convention inter-américaine sur la disparition forcée de personnes du 9 juin 1994 ²⁴⁵		OUI ²⁴⁶			
Autres systèmes					

2º/ L'application de l'imprescriptibilité *ratione temporis* : la question de la rétroactivité

L'application *ratione temporis* de ces dispositions écrites soulève également des questions intéressantes au regard du principe de la légalité.

L'article 1^{er} de la Convention des Nations Unies avait prévu son application aux crimes commis avant son entrée en vigueur, ce qui a été fortement critiqué²⁴⁷ et a certainement contribué à la faible adhésion des Etats au traité²⁴⁸. Selon T. Todorov, « (...) en étendant la loi de 'maintenant' à 'autrefois' comme dans les crimes imprescriptibles, (...) on contribue à amalgamer droit et morale, le juste et le bien. Or, la distinction entre les deux est à la base même des démocraties libérales modernes. A la différence des théocraties comme des Etats totalitaires, la démocratie ne prétend pas être un Etat vertueux, elle ne définit pas le souverain tout en obligeant tous les citoyens d'y aspirer »²⁴⁹.

La rétroactivité semble en effet poser problème au regard de l'article 7(1) de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), à l'article 9 de la Convention américaine de protection des droits de l'homme (CADH) et à l'article 15 du Pacte des Nations Unis relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Toutefois, il a été fait usage, notamment dans les affaires *Papon* et *Touvier* devant les organes européens, de l'exception inscrite aux

Genève, lorsque l'infraction considérée en l'espèce revêt une particulière gravité, soit en raison de ses éléments matériels et intentionnels, soit en raison de l'étendue de ses conséquences prévisibles ».

²⁴⁵ OEA/Ser.P AG/doc.3114/94 rev.

²⁴⁶ L'article 7 de cette convention fait référence expresse à la prescription mais son écart n'est pas absolu. Selon cet article, l'action pénale et la peine imposée à l'auteur ne sont pas soumises à la prescription. Cependant, lorsque l'ordre juridique interne ou une règle fondamentale empêche l'application de cette disposition, le délai de prescription devra être équivalent à celui applicable au crime le plus grave de la législation nationale.

²⁴⁷ L'applicabilité de cette convention est considérée comme portant atteinte au principe de non-rétroactivité contenu aux articles 7 CEDH et 15 du PIDCP : V. C. DEN WYNGAERT et J. DUGARD, « Non-applicability of limitations », in *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 874.

²⁴⁸ L'application rétroactive de cette Convention a certainement été l'un des facteurs à l'origine des résistances des Etats à l'adhésion au traité. C'est, par exemple, le cas du Brésil (V. G. BADARÓ, « O anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões polêmicas », In Kai AMBOS et al., *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 100), mais il faut également noter les réserves et déclarations concernant la rétroactivité émises par les pays ayant ratifié cette Convention (V. note supra n° 24).

²⁴⁹ V. T. TODOROV, « Les limites de la justice », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, p. 44.

paragraphe 2 des articles 7 CEDH et 15 PIDCP (sans équivalent dans la CADH²⁵⁰), selon laquelle existe la possibilité de juger et de punir une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elles ont été commises, étaient criminelles selon les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Ainsi, selon l'un des « Principes de Bruxelles contre l'impunité et pour la justice internationale », issus du Colloque tenu à Bruxelles du 11 au 13 mars 2002²⁵¹, « le caractère criminel des faits en cause doit être apprécié au regard du droit interne ou du droit international. Il n'est dès lors pas contraire aux principes de légalité et de non-rétroactivité des lois pénales de poursuivre les auteurs de faits réputés criminels au regard du seul droit international au moment où ils sont commis (...) »²⁵². D'ailleurs, le rapport établi par l'atelier consacré aux obstacles juridiques et politiques à l'exercice de la répression se réfère expressément à l'article 15(2) du PIDCP²⁵³. En outre, dans l'affaire *Coëme et autres c/Belgique*, la Cour a ajouté que « les délais de prescription, qui sont un trait commun aux systèmes juridiques des Etats contractants, ont plusieurs finalités, parmi lesquelles garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions et empêcher une atteinte aux droits de la défense qui pourraient être compromis si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur le fondement d'éléments de preuve qui seraient incomplets en raison du temps écoulé ». Dans cette affaire, elle a considéré que la prolongation du délai de prescription introduite par une loi et son application immédiate par la Cour de cassation aux requérants, n'était pas contraire à l'article 7 de la convention, « car on ne peut interpréter cette disposition comme empêchant, par l'effet de l'application immédiate d'une loi de procédure, un allongement des délais de prescription lorsque les faits reprochés n'ont jamais été prescrits »²⁵⁴. Etant donné que la prescription n'était encore pas acquise, aucune infraction de l'article 7 ne peut être retenue. Ceci pose la question de la nature des normes de prescription. Dans l'affaire en question, il s'agissait d'une norme de procédure et, par conséquent, d'application immédiate. Or, certains pays considèrent les dispositifs relatifs à la prescription comme étant des normes de fond²⁵⁵. Les normes de fond en droit pénal interne ne peuvent rétroagir que lorsqu'elles sont plus favorables à l'accusé. Cependant, même dans les pays où les normes relatives à la prescription sont considérées comme des normes de fond, des exemples d'imprescriptibilité *ex post facto* ont été acceptés en cas de crimes internationaux²⁵⁶.

On comprend que ce caractère rétroactif ait été abandonné délibérément dans la Convention européenne de 1974²⁵⁷, et dernièrement dans le Statut de Rome (par combinaison des articles 29 et 11). On ne fera que mentionner le fait que les textes internationaux sur l'imprescriptibilité visent en principe simultanément l'imprescriptibilité de l'action pénale

²⁵⁰ Selon l'art. 9 CADH : « Nul ne peut être condamné pour une action ou omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction d'après le droit applicable. De même, il ne peut être infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si postérieurement à la date de l'infraction une peine plus légère est édictée par la loi, celle-ci rétroagira en faveur du délinquant ».

²⁵¹ In *Lutter contre l'impunité*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

²⁵² Principe n° 6 relatif à la légalité et à la non-rétroactivité des normes pénales.

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ V. affaire *Coëme et autres c/Belgique* du 22 juin 2000, (§ 149).

²⁵⁵ C'est, par exemple, le cas des droits, argentin, brésilien, espagnol, italien, mexicain, portugais, suisse...

²⁵⁶ V. affaire *Schwamberger* (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, 30 août 1989, voir *El Derecho* n° 135) relative à l'extradition demandée par l'Allemagne à l'Argentine et à la question de savoir si la législation allemande ayant déclaré l'imprescriptibilité *a posteriori* était conforme au principe de légalité (article 18 de la Constitution argentine). V., notamment, le vote du juge Schiffrin qui a considéré qu'il n'y avait pas violation du principe de légalité parce qu'il s'agissait d'un crime international, à savoir, un crime contre l'humanité. Une interprétation plus souple du principe de légalité pouvait dans ce cas être admise.

²⁵⁷ Elle ne s'applique qu'aux crimes commis après son entrée en vigueur ou avant lorsqu'il s'agit de crimes dont le délai de prescription n'était pas encore expiré à ce moment.

(empêchant le déclenchement ou la continuation de l'action pénale) et celle des peines (empêchant l'exécution d'une décision condamnatrice).

B - Appréciation diachronique

L'appréciation diachronique est destinée à répondre à trois questions successives : comment évaluer l'évolution du champ d'application des crimes imprescriptibles ? La règle de l'imprescriptibilité a-t-elle acquis valeur de droit coutumier ? Est-elle de l'ordre même du droit impératif ?

1° Evolution du champ d'application *ratione materiae*

Comment expliquer l'évolution du champ d'application *ratione materiae* de l'imprescriptibilité et les différenciations retenues ? Certains crimes seraient-ils plus graves que d'autres, comme semble l'admettre la Convention de 1968 ? L'explication liée à l'échelle de gravité des actes n'est absolument pas convaincante. C'est davantage, semble-t-il, en raison du contexte historique dans lequel est née l'idée d'imprescriptibilité, à savoir principalement les crimes contre l'humanité de la 2^{ème} Guerre Mondiale, que l'on peut saisir l'admission plus généralisée de l'imprescriptibilité pour certains crimes. L'élargissement s'est opéré ensuite en faveur des crimes de guerre. En outre, la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre du 25 janvier 1974 comporte une clause permettant une extension non négligeable de l'imprescriptibilité à « toutes autres infractions aux lois et coutumes du droit international tel qu'il sera établi à l'avenir, considérées par l'Etat contractant intéressé, aux termes d'une déclaration faite conformément à l'article 6, comme étant de nature analogue à celles prévues aux paragraphes 1 ou 2 du présent article »²⁵⁸.

Une deuxième phase d'évolution peut être constatée depuis les années 90. Cet élargissement est effectué surtout par des textes de *soft law* et par la jurisprudence des organes régionaux de droits de l'homme. Des limites ont été ainsi posées à la prescription des « disparitions forcées » par la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes du 9 juin 1994²⁵⁹. Il faut pourtant noter que cette infraction peut relever, dans certaines circonstances, du régime des crimes contre l'humanité. Ainsi, l'Assemblée Générale de l'OEA a déclaré que les disparitions forcées constituent des crimes contre l'humanité²⁶⁰ et la Convention interaméricaine précise, dans son préambule, que la pratique systématique de disparitions forcées constitue un crime contre l'humanité. D'ailleurs, la jurisprudence de la Commission et de la Cour²⁶¹ interaméricaines des droits de l'homme abonde dans ce sens. Le contexte latino-américain à la suite des exactions commises par des régimes militaires et la prise de conscience de l'effet néfaste de l'impunité pour la transition et consolidation de la démocratie ont joué en faveur de cet élargissement. Ainsi, d'autres infractions considérées comme de graves violations des droits de l'homme, telles la torture, les exécutions sommaires, extralégales ou arbitraires, en plus des disparitions forcées, ne devraient plus être soumises à la prescription. Ainsi en a décidé la Cour interaméricaine des droits de l'homme en 2001²⁶². De son côté, la jurisprudence du TPIY écarte la prescription pour la torture²⁶³. En

²⁵⁸ V. art. X.

²⁵⁹ OEA/Ser.P AG/doc.3114/94 rev., art. 7.

²⁶⁰ Res. AG/RES. 666 (XIII-0/83).

²⁶¹ CourIDH, Affaire Velásquez Rodríguez, 29 juillet 1988, Série C, n° 4, par. 153.

²⁶² V. l'affaire *Barrios Altos*, du 14 mars 2001, Série C 75, § 41.

²⁶³ TPIY, *Furundzija*, 10 décembre 1998, § 157 : « Il semblerait qu'entre autres conséquences, la torture est sans doute imprescriptible et ne doit pas être exclue du champ de l'extradition au motif qu'elle serait un crime politique ».

matière de *soft law*, les Principes de Princeton relatifs à la compétence universelle²⁶⁴ écartent la prescription pour les « crimes sérieux » qui, selon ce texte, sont - outre les crimes contre l'humanité, le génocide et les crimes de guerre - la piraterie, l'esclavage, les crimes contre la paix et la torture. Enfin, il faut noter que depuis un certain nombre d'années, les appels en faveur de l'imprescriptibilité de tous les crimes internationaux sont plus nombreux ; il faut citer surtout les travaux au sein de la Sous-Commission des Nations Unies pour la promotion et la protection des droits de l'homme en vue de généraliser la prescription aux « violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et aux violations graves du droit international humanitaire »²⁶⁵.

2°/ Du droit coutumier ?

L'imprescriptibilité de certains crimes internationaux a-t-elle valeur de norme coutumière (universelle ou régionale) ? Ce rapport n'entend pas trancher définitivement cette question qui a divisé de longue date la doctrine, d'autant que les critères d'identification d'une norme coutumière laissent une large marge d'appréciation. Ce rapport se limitera à mettre en exergue quelques éléments favorables et défavorables à l'identification d'une norme coutumière en matière d'imprescriptibilité de crimes internationaux. On peut espérer que la CPI tranche progressivement la question.

a) Eléments défavorables à la conclusion de l'existence d'une norme coutumière universelle pour l'imprescriptibilité de tous les crimes internationaux

Si des limitations à l'utilisation de cette institution de clémence sont consacrées par des textes des Nations Unies, européens et interaméricains, les textes issus des systèmes africain et arabe sont muets. En outre, le Préambule de la convention des Nations Unies de 1968 reconnaît qu'il ne s'agit point de codifier du droit existant, mais seulement de l'« affirmer », même si cette timidité n'est pas partagée par certains Etats. Ainsi, la jurisprudence argentine ne partage pas cette interprétation. Le choix du mot « affirmer » et non pas « énoncer » (terme employé dans le projet de convention) est considéré comme « la réception conventionnelle d'un principe existant auparavant en droit international relatif à l'imprescriptibilité tant des crimes de guerre que des crimes contre l'humanité »²⁶⁶. D'ailleurs, dans une décision, il est affirmé que l'inexistence, lors de l'adoption de la Convention de 1968 et de nos jours, d'un principe général du droit des nations civilisées qui s'oppose à l'imprescriptibilité des crimes contre le droit des gens doit jouer favorablement au développement de celle-ci en tant que coutume. Cette jurisprudence a également mis en exergue le fait que toutes les nations ne connaissent pas l'institution de la prescription comme un élément favorable à cette reconnaissance²⁶⁷.

Dans le cadre des travaux de la CDI, et alors que, dans le premier projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1991, un article général reconnaissait

²⁶⁴ *Princeton principles on universal jurisdiction*, Program in law and public Affairs, Princeton University, International Commission of Jurists and al. (2001).

²⁶⁵ Cf point IV, § 6 des « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », Résolution de la Commission des droits de l'homme 2005/35, qui prévoit que la prescription ne s'applique pas à ces crimes seulement « lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation internationale le prévoit ». Ce rapport final est en retrait par rapport aux versions précédentes : Cf notamment les rapports de Louis Joinet : E/CN.4.Sub.2/1997/20 Rev. I (20 octobre 1997), principe 24 : tous les crimes internationaux devraient bénéficier de l'imprescriptibilité.

²⁶⁶ V. affaire *Priebke*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 nov. 1995 (*Jurisprudencia Argentina*, 1996, I, pp. 331 et ss), notamment le vote du juge Bossert (n° 82) et le vote des juges Naareno et Moliné O'Connor (n° 68).

²⁶⁷ V. affaire *Priebke*, précitée, (n° 83).

l'imprescriptibilité de tous les crimes couverts par le Statut, il a été considéré qu'une telle qualité ne pouvait être retenue pour tous ces crimes, que par conséquent il était préférable de renoncer à une telle clause²⁶⁸. Selon les experts à la CDI, seuls les crimes contre l'humanité seraient imprescriptibles. Un autre argument contre l'insertion d'une telle norme : «(...) *was that an absolute rule on the non-applicability of statutory limitations could hamper reconciliation and the granting of amnesty for crimes*»²⁶⁹.

L'absence de valeur de droit coutumier de l'imprescriptibilité pour tous les crimes ressort surtout de l'analyse des travaux préparatoires du Statut de Rome, étant donnée la diversité extrêmes des propositions qui ont reçu un soutien jusqu'à la tenue de la conférence finale. Initialement, aucune référence à l'imprescriptibilité n'est faite²⁷⁰. Y compris sur les crimes contre l'humanité et le génocide, les débats lors des sessions du comité *ad hoc* en 1995 ont révélé l'absence d'unanimité autour de l'imprescriptibilité. Cinq propositions vont rester pratiquement inchangées jusqu'à la fin des travaux²⁷¹. Aucune délégation ne proposait que le Statut reste silencieux²⁷². Déduire de l'article 29 la consécration d'une norme coutumière

²⁶⁸ Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, CDI, projet adopté en 1^o lecture en 1991 : art.7 : « no statutory limitation shall apply to crimes against the peace and security of mankind ». *ILC Yearbook*, 1994, vol.I, para.125 et 130 ; vol.II, part.II, para.80.

²⁶⁹ C. VANDEN WYNGAERT et J. DUGARD, « Non-applicability of statute of limitations », précité, p.879.

²⁷⁰ Ainsi en est-il dans le projet de 1994 : Report of the ILC on the Work of its 46th session, Draft Statute for an ICC, 2 may-22 July 1994, UN Doc. A/49/10.

²⁷¹ Cf rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale : A/CONF.183/2/Add.1, 14.4.1998 : document soumis à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires à Rome en juin-juillet 1998 :

« Article 27 : Prescription :

Proposition 1 :

L'infraction de ... se prescrit par xx année et l'infraction de ... par yy années.

La prescription court à compter du moment où le comportement criminel a cessé.

La prescription cesse de courir à compter du moment où des poursuites sont engagées en l'affaire considérée devant la Cour ou un tribunal national de tout Etat ayant compétence en l'espèce.

Elle court à partir du moment où la décision du tribunal national est devenue définitive, lorsque la Cour est compétente pour l'espèce.

Proposition 2 : Les crimes relevant de la compétence (propre) de la Cour sont imprescriptibles.

Proposition 3 : Les crimes relevant de la compétence (propre) de la Cour sont imprescriptibles ; néanmoins (s'agissant des crimes qui ne relèvent pas de sa compétence propre), la Cour peut décliner sa compétence si elle estime qu'en raison du temps écoulé, un procès équitable ne serait plus possible.

Proposition 4 :

Crimes imprescriptibles - Les crimes visés à l'article 5, paragraphes a), b) et d), sont imprescriptibles.

Crimes prescriptibles - Les poursuites devant la Cour pour les crimes visés à l'article 5, paragraphe c), se prescrivent par 10 années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte de poursuite.

Si un acte de poursuite a été effectué dans cet intervalle, soit devant la Cour, soit dans un Etat compétent pour l'exercice des poursuites au regard de son droit interne, les poursuites devant la Cour ne se prescrivent qu'après 10 années révolues à compter du dernier acte.

Proposition 5 :

La prescription instituée en vertu de la présente disposition éteint les poursuites pénales et l'exécution de la peine. Le délai de la prescription est de (...) ans et court comme suit :

- dans le cas d'un crime instantané, à compter du moment de la perpétration ;

- dans le cas d'une tentative, à compter du moment où le dernier acte en vue de l'exécution a été accompli ou le comportement requis n'a pas été adopté ;

- dans le cas d'un crime continu, à compter du moment où les agissements criminels ont pris fin.

La prescription peut être interrompue par les mesures prises dans le cadre de l'information ouverte concernant le crime et ses auteurs.

Si ces mesures ont pris fin, la prescription recommence à courir à compter du jour où le dernier acte d'information a été exécuté.

La prescription pour les peines définitives court à compter du moment où le condamné s'est évadé et est interrompue par sa remise en détention.

N.B. Un texte de synthèse n'a pas été établi à partir des propositions relatives à cet article ».

La France était attachée à un délai de prescription pour les crimes de guerre ; la Chine et le Japon étaient opposés à l'imprescriptibilité. Cf P. SALAND, chap.7, « International criminal law principles », in *The ICC, The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, 1999, pp.189 et s., p.204.

²⁷² Report of the preparatory committee on the establishment of an international criminal court, UN Doc. A/51/10, vol.II, pp.88-89.

semble ainsi pour le moins prématuré ; tout au plus l'article 29 serait le point de départ de l'élaboration d'une règle coutumière²⁷³, ce que le nombre d'Etats parties au Statut ne fait que renforcer (comparativement avec le nombre d'adhésions aux conventions européenne et des Nations Unies). Ajoutons que l'article 29 du Statut de Rome figure dans le chapitre III relatif aux « Principes généraux du droit pénal », alors que, selon certains auteurs, il devait plutôt se trouver dans la partie concernant la recevabilité des poursuites, les dispositions sur la prescription, étant, selon un certain nombre de droits nationaux, des règles procédurales²⁷⁴.

Concernant le régime juridique élaboré pour les Tribunaux pénaux internationalisés, un certain éclatement du droit peut être à nouveau révélé. Seul le statut des *Special Panels* timorais stipule l'imprescriptibilité de tous les crimes internationaux entrant dans leur compétence. Concernant le Kosovo, l'article 100 du code pénal yougoslave prévoit seulement l'imprescriptibilité du génocide, des crimes de guerre et « d'autres actes criminels qui sont imprescriptibles en vertu d'accords internationaux ». La loi de 2001 pour les chambres au Cambodge confirme l'imprescriptibilité du génocide et des crimes contre l'humanité, et allonge la période de prescription à 30 ans pour les crimes de droit commun. Le statut du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone et ceux des Tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda sont, quant à eux, muets²⁷⁵.

Enfin, dans le cadre des travaux préparatoires de la Convention interaméricaine sur les disparitions forcées, le projet de Convention envisagé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme²⁷⁶ était plus ambitieux que le texte finalement adopté ; il envisageait l'imprescriptibilité de l'action pénale et des peines, l'interdiction des amnisties, des grâces et de tout autre acte juridique pouvant entraîner l'impunité. Or, le texte adopté en définitive ne consacre pas l'imprescriptibilité absolue de ces crimes. Son article 7 affirme que l'action pénale et la peine imposées à l'auteur ne sont pas soumises à la prescription. Pourtant, lorsque l'ordre juridique interne ou une règle fondamentale empêche l'application de cette disposition, l'obligation contenue dans le texte ne concerne que la durée du délai de prescription : il devra être équivalent à celui applicable au crime le plus grave de la législation nationale.

D'autres obstacles pour conclure à une norme coutumière tiennent à certaines contradictions perceptibles entre les instruments internationaux. Il en est ainsi, par exemple, entre le Statut de Rome instituant la CPI et la Décision-Cadre du Conseil de l'Union Européenne relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres du 13 juin 2002²⁷⁷. Celle-ci, lorsqu'elle établit le champ d'application du mandat d'arrêt européen, prévoit parmi les infractions donnant lieu à remise sur la base du mandat d'arrêt européen, celles relevant de la juridiction de la CPI, sans pourtant établir un régime spécifique pour ces infractions²⁷⁸. Or, son article 4, qui énumère les motifs de non-exécution facultative du mandat d'arrêt européen prévoit que l'autorité judiciaire d'exécution peut refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen « lorsqu'il y a prescription de l'action pénale ou

²⁷³ M. FRULLI, « Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris : PUF, 2002, p.239. W. A. SCHABAS, « Article 29 », in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 524.

²⁷⁴ D. WYNGAERT et DUGARD, « Non-applicability of statute of limitations », précité, p. 874.

²⁷⁵ Cf la synthèse de D. BOYLE, « L'apport des Tribunaux pénaux internationalisés quant au régime du crime », in H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, J.-M. SOREL, *Les Tribunaux pénaux internationalisés : expériences ad hoc ou modèles pour une nouvelle justice pénale internationale ?*, à paraître, début 2006.

²⁷⁶ Rapport annuel 1987-1988, chapitre V, p. 365.

²⁷⁷ V. JOCE L 190 du 18 juillet 2002.

²⁷⁸ Art. 2.

de la peine selon la législation de l'Etat membre d'exécution et que les faits relèvent de la compétence de cet Etat membre selon sa propre loi pénale ». La Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union Européenne du 27 septembre 1996²⁷⁹ prévoit, à son tour, que « l'extradition ne peut pas être refusée au motif qu'il y a prescription de l'action ou de la peine selon la législation de l'Etat requis »²⁸⁰. Pourtant, l'Etat requis peut ne pas appliquer cette disposition lorsque « la demande d'extradition est motivée par des faits relevant de la compétence de cet Etat membre selon sa propre loi pénale »²⁸¹.

Malgré toutes ces résistances et difficultés, la valeur coutumière de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et du crime de génocide est rarement contestée (sur ce point l'article 29 ne ferait que codifier une règle de droit coutumier existante), mais aucun autre crime ne semble pouvoir bénéficier de cette même qualité. La doctrine est relativement d'accord sur ce point²⁸². Les évolutions en droit interne devront être à cet égard scrupuleusement observées, puisqu'elles pourraient, avec l'article 29 du Statut de Rome, participer à l'émergence d'une règle internationale de droit coutumier.

b) Eléments favorables à l'émergence d'une norme coutumière régionale, voire universelle, pour tous les crimes internationaux couvrant les graves violations de droits de l'homme

L'analyse de l'évolution des moyens de lutte contre l'impunité dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme est d'importance fondamentale dans cette tentative d'identification d'une norme coutumière. La jurisprudence interaméricaine tend à élargir et à renforcer le champ des violations couvertes par l'imprescriptibilité. Certes il s'agit de l'évolution d'un système régional. Toutefois, si la « dispersion » est nécessaire pour l'identification d'une norme coutumière de portée générale, l'universalité ne l'est pas²⁸³. Par ailleurs, l'évolution constatée dans le système interaméricain n'est pas étanche et semble contaminer d'autres systèmes régionaux, voire le cadre des Nations Unies.

Les deux textes généraux de protection des droits de l'homme dans le système interaméricain, la Déclaration et la Convention américaines des droits de l'homme, sont muets sur les questions de prescription/imprescriptibilité. Il n'existe pas dans ces textes de disposition spécifique concernant le devoir d'enquêter ou de punir les éventuelles violations des droits de l'homme. L'article 9 CADH²⁸⁴ ne fait pas référence expresse au droit international et ne prévoit pas non plus la possibilité de juger et de punir une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elles ont été commises, étaient criminelles selon les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, à l'instar des articles 7-2 de la CEDH et 15-2 du PIDCP. Pourtant, les organes de contrôle de ce système ont exercé un rôle pionnier dans la lutte contre l'impunité dont les évolutions récentes montrent l'affirmation de l'imprescriptibilité en cas de violations graves des droits de

²⁷⁹ JO C313 du 23 octobre 1996.

²⁸⁰ V. art. 8. 1.

²⁸¹ V. art. 8.2.

²⁸² William BOURDON, *La Cour pénale internationale. Le statut de Rome*, Points, Seuil, 2000, commentaire sous art. 29, p.125 : « (...) si l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et du génocide en droit international coutumier peut être considérée comme acquise, elle est très loin de l'être s'agissant des crimes de guerre ». (France, Crim., 20 décembre 1995, Bull. crim., n°407). C. VAN DEN WYNGAERT et J. DUGARD, *Op. cit.*, p.879.

²⁸³ P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, p. 329.

²⁸⁴ « Nul ne peut être condamné pour une action ou omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction d'après le droit applicable. De même, il ne peut être infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si postérieurement à la date de l'infraction une peine plus légère est édictée par la loi, celle-ci rétroagira en faveur du délinquant »

l'homme, telles la torture, les exécutions sommaires, extralégales ou arbitraires et les disparitions forcées.

L'analyse de la jurisprudence des organes de contrôle interaméricains révèle une évolution graduelle dans la lutte contre l'impunité dont la dernière phase consiste à consacrer catégoriquement la mise à l'écart de la prescription et de l'amnistie, lorsque celles-ci empêchent l'investigation et la sanction des responsables de graves violations des droits de l'homme. Cette évolution paraît être marquée par trois points forts : l'affirmation de l'importance de la lutte contre l'impunité ; la consécration du droit à la vérité des victimes, l'affirmation de l'incompatibilité des institutions de clémence avec la CADH. La Cour²⁸⁵ reconnaît pour la première fois²⁸⁶ dans l'affaire *Barrios Altos contre Pérou*²⁸⁷, comme « inadmissibles les dispositions d'amnistie, de prescription et l'établissement de mesures excluant la responsabilité prétendant empêcher les enquêtes et la sanction des responsables des graves violations de droits de l'homme comme la torture, les exécutions sommaires, extralégales ou arbitraires et les disparitions forcées ; elles sont toutes interdites car elles contreviennent aux droits inabrogeables reconnus par le droit international des droits de l'homme ». Lors de sa décision du 3 septembre 2001 relative à la demande d'interprétation de la décision au fond *Barrios Altos*, la Cour confirme les conséquences juridiques de la décision au fond : la décision ne se limite pas aux lois d'amnistie péruviennes, elle a un effet général²⁸⁸. Cette interprétation a été d'une importance fondamentale dans la région²⁸⁹. A partir de 2001²⁹⁰, la Cour interaméricaine affirme de manière constante l'inadmissibilité de la prescription ou de n'importe quel obstacle de droit interne qui empêche l'investigation et la sanction des responsables de violations des droits de l'homme. Cette jurisprudence répond aux critères de répétition dans le temps, constance et cohérence nécessaires pour la reconnaissance d'une norme coutumière. Mais le respect de cette jurisprudence n'est pas sans poser des difficultés aux Etats. A titre d'exemple, dans l'affaire *Trujillo Oroza c/ Bolivie*²⁹¹, la Bolivie s'était engagée à poursuivre les responsables des violations des droits de l'homme. Pourtant, malgré les efforts des autorités boliviennes, la justice nationale a déclaré la

²⁸⁵ Dont l'activité contentieuse se limite à 129 arrêts lors de la rédaction de ce rapport.

²⁸⁶ Même si la Cour s'était déjà manifestée sur les lois d'amnistie auparavant (voir, notamment, affaire *Castillo Páez*, décision de réparations, Série C, n° 43, §§ 105 et 106), c'est la première fois que la Cour élargit sa condamnation à différentes institutions de clémence.

²⁸⁷ V. l'Affaire *Barrios Altos*, du 14 mars 2001, Série C 75, § 41. Cette affaire concernait les lois d'amnistie adoptées par le Pérou et qui selon la Cour, ont été un obstacle au droit des victimes et des membres de leurs familles à un procès équitable et à disposer d'un recours judiciaire efficace (art. 8 et 25).

²⁸⁸ V. *Barrios Altos*, Interprétation de Sentence, du 3 septembre 2001, Série C 83, § 18.

²⁸⁹ Les conséquences de la décision *Barrios Altos* dans la jurisprudence de certains pays d'Amérique du Sud tels le Chili et l'Argentine sont importantes. Peuvent être citées la Résolution n° 925 de la Corte de Apelaciones de Santiago du 5 janvier 2004 et des décisions des tribunaux fédéraux argentins. V., à ce sujet, P. SAAVEDRA ALESSANDRI, « La respuesta de la jurisprudencia de la Corte interamericana a las diversas formas de impunidad y sus consecuencias », à paraître. V., également, « La Corte Suprema pidió el fallo de la Corte Interamericana », http://www.aprodeh.org.pe/barrios_altos/29mar2001.htm (consulté le 04 juillet 2005). Selon ce document, la Cour suprême argentine aurait demandé à la Cour interaméricaine une copie de sa décision contre le Pérou. V., enfin, la décision de la Cour suprême argentine, qui fait référence à la décision de la Cour IDH, V. « Fueron anuladas las leyes del perdón », *La Nación*, 15 juin 2005 (site www.lanacion.com.ar) (consulté le 01/09/2005).

²⁹⁰ V., notamment, *Trujillo Oroza c/ Bolivie*, décision relative aux réparations du 27 février 2002, Série C, n° 92, § 106 ; *Caracazo*, décision de réparations du 19 août 2002, Série C 95, § 119 ; *Bulacio c/ Argentine*, 18 sept. 2003, Série C 100, §§ 116 et 117 ; *Juan Humberto Sánchez c/ Honduras*, du 26 novembre 2003, Série C 102, § 60 ; *Myrna Mack Chang*, du 25 nov. 2003, Série C 101, § 276 ; *Molina Theissen c/ Guatemala*, décision relative aux réparations, 3 juillet 2004, Série C 108, § 84 ; *19 comerciantes* du 5 juillet 2004, Série C 109, § 262 ; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, 8 juillet 2004, Série C 110, §§ 150, 151, 232 et 233 ; *Tibi c/ Ecuador* du 7 sept. 2004, Série C 114, § 259 ; *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, du 22 novembre 2004, Série C 117, § 130 ; *Caso Masacre Plan de Sánchez c/ Guatemala*, réparations, Série C 116, 19 novembre 2004, § 99 ; *Caso de las hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador*, 1er mars 2005, Série C 121, § 172 ; *Caso Huilca Tecse c/ Pérou*, 3 mars 2005, Série C 121, § 108 ; *Caso de la Comunidad Moiwana c/ Suriname*, 15 juin 2005, Série C 124, § 206.

²⁹¹ Décision sur le fond du 26 mars 2000, Série C, n° 64.

prescription de l'action pénale. Aussi, lors de la phase des réparations²⁹², la solution choisie pour le jugement des responsables n'a pas été l'affirmation de l'imprescriptibilité mais la considération du caractère permanent de l'infraction, ce qui permet d'écarter indirectement la prescription²⁹³.

La jurisprudence de la Cour interaméricaine n'est pas isolée ; elle est partagée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la Cour européenne des droits de l'homme. De plus, elle s'accompagne de certains travaux normatifs (notamment de *soft law*), dans le cadre plus universel (comme, par exemple, les Principes de Princeton en matière de compétence universelle²⁹⁴ ; les « Principes de Bruxelles contre l'impunité et pour la justice internationale », les travaux du Colloque tenu à Bruxelles des 11 au 13 mars 2002²⁹⁵ ou des travaux d'ONG comme Human Rights Watch, qui a publié un manuel visant la mise en oeuvre du Statut de Rome²⁹⁶) mais également dans le cadre européen (avec, par exemple, le rapport final de la FIDH et de REDRESS sur les recours juridiques pour les victimes de crimes internationaux²⁹⁷). Par ailleurs, l'évolution des travaux menés au sein de la Sous-Commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme révèle la tendance des Etats à admettre un principe général d'imprescriptibilité pour les crimes internationaux correspondant à des violations d'une certaine gravité. Ainsi, dans la version révisée la plus récente issue du rapport Bassiouni dans le Point IV consacré à la « Prescription », le principe 6 stipule que : « Lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation juridique internationale le prévoit, la prescription ne s'applique pas aux violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et aux violations graves du droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international »²⁹⁸. Selon les travaux accompagnant l'élaboration de ces principes, le rapport Bassiouni refléterait l'état du droit international général²⁹⁹.

Dans ces différents cas de figure, c'est donc avant tout par considération du droit à réparation des victimes qu'est opérée progressivement la condamnation des prescriptions pour des violations d'une certaine gravité (cf les développements en deuxième partie de ce chapitre).

²⁹² *Trujillo Oroza c/ Bolivie*, décision relative aux réparations du 27 fév. 2002, Série C, n° 92.

²⁹³ V. Tribunal Constitutionnel, Auto supremo n° 25/2002 du 27 février 2002. Pour plus d'informations concernant cette affaire, voir le rapport sur la Bolivie établie par E. SANTALLA VARGAS, in AMBOS et MALARINO (dir.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2003, notamment pp. 103, 105 et 106.

²⁹⁴ Princeton principles on universal jurisdiction, Program in law and public Affaires, Princeton University, International Commission of Jurists, and al. (2001). V. principe n° 6.

²⁹⁵ In *Lutter contre l'impunité*, Bruxelles, Bruylant, 2002. V. principe n° 7.

²⁹⁶ Human Rights Watch, *Cour Pénale Internationale. Faire fonctionner la justice internationale. Manuel de mise en œuvre du Statut de Rome instituant de la Cour pénale internationale*. Septembre 2001, étape n° 10 (« les Etats doivent éliminer tout obstacle à la poursuite des crimes de la CPI »), http://www.hrw.org/campaigns/ici/docs/handbook_f.pdf (consulté le 15 octobre 2004).

²⁹⁷ REDRESS, FIDH, *Recours juridiques pour les victimes de crimes internationaux. Favoriser une approche européenne de la compétence extraterritoriale* (mars 2004), p. 9.

²⁹⁸ Résolution de la Commission des droits de l'homme 2005/35, « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire ».

²⁹⁹ E/CN.4/2003/63, 27.12.2002, « Le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire », Note du Haut Commissaire aux droits de l'homme, rapport du Président-rapporteur M. Salinas : Principes 6 et 7, § 27 : « On a reconnu que le texte de ces principes reflétait d'une part les normes internationales en vigueur concernant l'imprescriptibilité de l'autre et les modalités pratiques de leur application, mais il a été jugé souhaitable de préciser la force et la portée dans le droit international en vigueur des dispositions proposées ». § 28 : « Il a été admis à cet égard que, bien que la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ait été ratifiée par un nombre restreint d'Etats, le principe de la prescription était de plus en plus reconnu en droit international, à la faveur d'autres instruments juridiques renfermant des dispositions analogues (dont le Statut de Rome de la CIJ et la Convention contre la torture) ».

c) Du droit impératif ?

La règle coutumière de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et du génocide, et celle incorporant éventuellement toutes les violations graves de droits de l'homme, a-t-elle également valeur de droit impératif rendant nulle toute norme en sens opposé de droit interne ou de droit international ? Par ailleurs, la valeur de *jus cogens* dont est revêtue l'interdiction de certains crimes internationaux interdit-elle toute prescription ?³⁰⁰

L'article 29 du Statut de Rome ne semble pas rendre nulles les prescriptions de droit interne et interdire aux Etats de poser de telles prescriptions. En effet, en raison du principe de complémentarité, si, selon le droit interne, la prescription fait obstacle à la compétence des tribunaux internes, on pourrait admettre l'exercice complémentaire de la compétence de la CPI. Selon certains auteurs, comme l'absence de disposition aurait signifié la prescription, l'article 29 est surtout utile eu égard la détermination des relations entre le niveau interne et le niveau international et ferait obstacle à ce que les Etats invoquent la prescription des crimes pour refuser de les poursuivre³⁰¹. Il n'est pourtant pas certain que l'on puisse déduire de l'article 29 une obligation pour les Etats d'adapter leur droit interne et de prévoir l'imprescriptibilité pour les crimes placés sous la compétence de la CPI³⁰².

Si l'obligation pour les Etats d'adapter leur droit interne ne peut pas être déduite du Statut de Rome, cette obligation est cependant clairement affirmée dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme. Selon les termes du Comité, se référant à El Salvador, « l'Etat doit réviser le régime de la prescription pour le rendre pleinement compatible avec les obligations prévues dans le Pacte et pour qu'il soit possible de faire enquêter sur les violations des droits de l'homme et de les réprimer »³⁰³. Les décisions du Comité contre la torture vont dans le même sens. Dans ses conclusions et recommandations à la suite de l'examen du rapport soumis par la Slovaquie³⁰⁴, il note sa préoccupation du « fait que les actes de torture soient prescriptibles et que le délai de prescription pour les autres types de mauvais traitements soit trop court »³⁰⁵, et recommande à ce pays « d'annuler la prescription pour les actes de torture et d'allonger le délai de prescription pour les autres types de mauvais traitements »³⁰⁶. La Cour interaméricaine, même devant l'absence de disposition relative à l'imprescriptibilité dans la Convention américaine de protection des droits de l'homme, affirme qu'aucune disposition ou institution de droit interne, y compris la prescription, ne peut s'opposer à l'exécution des décisions de la Cour relatives à l'obligation d'investigation et sanction des responsables de violations des droits de l'homme, les Etats étant obligés de prendre toutes les dispositions nécessaires pour que les investigations et les sanctions soient assurées³⁰⁷. Dans une récente affaire du 15 juin 2005³⁰⁸, la Cour reprend cette idée en

³⁰⁰ C. VAN DEN WYNGAERT et J. DUGARD, Op. cit., p. 879 : « This is support for the view that the prohibitions on these crimes constitute norms of jus cogens, and that a necessary consequence of such a characterization is the inapplicability of statutory limitations ».

³⁰¹ Surtout W. A. SCHABAS (« Article 29 », in O. TRIFFTERER, pp. 525-526). M. FRULLI, Op. cit., in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, pp. 238-239.

³⁰² La prescription en droit interne pourrait même poser problème au titre de l'obligation de l'Etat de coopérer avec la CPI, hypothèse qui pourrait être couverte par l'article 93(3) du Statut de Rome : cf C. DEN WYNGAERT et J. DUGARD, Op. cit., p.876 : « Can national limitations statutes still considered as 'fundamental principles' in the sense of article 93(3) or are they 'overruled' by the principle that international crimes, especially the core crimes that come under the jurisdiction of the ICC, are imprescriptible ? »

³⁰³ CCPR/CO/78/SLV, Observations finales du Comité des droits de l'homme : El Salvador, 22 août 2003, n° 7.

³⁰⁴ CAT/C/CR/30/4 du 27 mai 2003.

³⁰⁵ V. n° 5, « b ».

³⁰⁶ V. n° 6, « b ».

³⁰⁷ CourIDH, *Bulacio c. Argentine*, du 18 septembre 2003, Série C, n° 100, §§ 116 et 117.

précisant que, pour que cette obligation d'enquête et de sanction soit respectée, l'Etat doit écarter tout obstacle *de facto* et *de jure* qui maintient l'impunité³⁰⁹.

Ponctuellement, certains tribunaux internes ont pu reconnaître valeur de *jus cogens* à la règle internationale de l'imprescriptibilité de crimes internationaux, comme les tribunaux argentins pour les crimes contre l'humanité. Il faut noter que cette jurisprudence est intervenue, avant l'adhésion à la Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité par ce pays (en 2003) et avant la ratification du Statut de Rome (en février 2001)³¹⁰. Ces prononcés sont cependant trop clairsemés pour conclure en ce sens. Comme contre exemple, peut être citée la jurisprudence bolivienne, laquelle, malgré l'adhésion de la Bolivie à la Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité en 1983³¹¹, s'est montrée réticente à l'admettre³¹². La doctrine est également réservée. Une fois de plus, si valeur impérative devait être reconnue à l'imprescriptibilité, ce serait au regard des seuls crimes contre l'humanité³¹³.

II – Le devenir de la prescription pour les crimes internationaux : une érosion inéluctable ?

L'érosion de la prescription des poursuites et des peines pour crimes internationaux semble inéluctable pour trois raisons principales :

- les fondements sous-jacents à la prescription sont réfutables et difficilement acceptables pour les crimes internationaux ;
- la prise en considération accrue du droit des victimes à réparation oblige à repousser toujours plus loin la prescription ;
- la prescription, comme l'amnistie et la grâce, connaîtraient une évolution commune, en faveur d'un recul de l'impunité.

Ces considérations devraient nous permettre de dégager *in fine* des critères portant limites à la prescription.

³⁰⁸ CourIDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c/ Suriname*, Série C, n° 124, du 15 juin 2005, § 206.

³⁰⁹ CourIDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c/ Suriname*, Série C, n° 124, du 15 juin 2005, § 207.

³¹⁰ V. affaire *Schwamberger* (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, 30 août 1989, voir *El Derecho* n° 135) en matière d'extradition vers l'Allemagne, cité *supra*. V., notamment, le vote du juge Leopoldo Schiffrin sur la compatibilité de la loi allemande établissant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité *ex post facto*. La loi allemande était, selon ce juge, en accord avec les impératifs du droit des gens, auxquels le droit argentin était également lié. V., également, l'affaire *Priebke*, cette fois-ci devant la Cour Suprême argentine (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 nov. 1995, *Jurisprudencia Argentina*, 1996, I, pp. 331 et ss.). Cette affaire a concédé l'extradition de Erich Priebke vers l'Italie et a admis que les faits qui lui étaient imputés constituaient des crimes contre le droit des gens et étaient par conséquent imprescriptibles. V., également l'affaire *Priebke* devant le tribunal militaire italien : S. MARCHISIO, « The Priebke case before the Italian military tribunals : a reaffirmation of the principle of non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity », *Yearbook of international humanitarian law*, vol. 1, 1998, pp. 344-353 concernant la non-application des prescriptions de droit interne aux crimes de guerre et crimes contre l'humanité, en raison d'une norme internationale impérative. V., également dans ce sens, l'affaire argentine *Simon* du 6 mars 2001, devant le Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 7, Causa n° 8686/2000, décision du 6 mars 2001 publiée in *Nueva Doctrina Penal*, 2000 - B, pp. 527 à 636 (sur l'imprescriptibilité, voir pp. 591-599).

³¹¹ Decreto Supremo 19.777 du 13 septembre 1983.

³¹² V. le rapport sur la Bolivie établie par E. SANTALLA VARGAS, in AMBOS et MALARINO (dir.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2003, pp. 83-118.

³¹³ P.-M. DUPUY, chap.6, « Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*) », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Cedin Paris X, Pedone, 2000, pp. 71s. : p. 75 : « Du moins, si l'on reconnaît à cette règle d'imprescriptibilité un caractère impératif, devra-t-on le restreindre aux seuls crimes contre l'humanité, en s'appuyant à cet égard sur la concordance des statuts des TPI mais aussi des législations et des jurisprudences internes, dont celle des juridictions françaises offre du reste un exemple particulièrement frappant ».

A - Les fondements militant en faveur de la prescription en droit pénal interne sont difficilement valables pour les crimes internationaux

Alors même qu'en droit interne, les fondements de la prescription peuvent être réfutés³¹⁴, lorsqu'il s'agit du droit international pénal et notamment des crimes internationaux les plus graves, les fondements traditionnels de la prescription semblent encore plus difficilement acceptables.

1°/ Les fondements pratiques/techniques liés à la déperdition des preuves et au risque de procès inéquitable pour l'auteur des actes

Ces raisons sont invoquées pour justifier la prescription des poursuites contre l'auteur des infractions. Lors de l'élaboration du Statut de Rome, les opposants à l'imprescriptibilité soutenaient que "*evidence disappears over time and that this could affect the right of the accused to a fair trial*"³¹⁵. Il s'agit d'un argument récurrent en droit pénal interne, que la Cour européenne des droits de l'homme a facilement reconnu. Ainsi, dans l'affaire *Stubbings et autres c/ RU*, la Cour a énoncé, dans un *obiter dictum* repris par sa jurisprudence ultérieure, que « les délais de prescription dans les affaires d'atteinte à l'intégrité de la personne sont un trait commun aux systèmes juridiques des Etats contractants. Ces délais ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé »³¹⁶. Or, cette idée, présente en droit interne, selon laquelle l'écoulement du temps rend inutile voire dangereuse la poursuite ou l'application de la peine à l'individu, n'est pas transposable aux crimes internationaux. Ce serait même exactement l'inverse : « (...) l'écoulement du temps est parfois nécessaire pour que celle-ci (la collectivité toute entière) éprouve la nécessité de punir certains crimes (comme ceux commis en Indochine ou en Algérie) »³¹⁷. Comme les organes de l'Etat sont en principe en cause, il faudrait un changement assez rapide de gouvernement pour pouvoir encore entrer dans les délais de droit commun de prescription. Devant l'ampleur des crimes commis, l'écoulement du temps est nécessaire tant pour reconstruire ce qui s'est réellement produit, que pour permettre aux victimes survivantes et à la société de vouloir revenir sur le passé, car tourner la page leur est impossible, ce dont seul le temps leur permet

³¹⁴ V., à titre d'exemple, les critiques établies à l'égard de la prescription par Beccaria (cf. note infra 120), Bentham (cf. note infra 119), par l'Ecole positiviste italienne, qui n'acceptait pas que la prescription intervienne pour les criminels-nés, les criminels d'habitude ou les récidivistes (voir F. G. P. MACHADO, *Prescrição penal, prescrição funcionalista*, São Paulo : RT, 2000, p. 104, voir, également, H. MOAZZAMI, *La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse. Etude de droit comparé*, Genève, Ed. Montreux, 1952, p.28) ; par l'Union internationale de droit pénal, qui n'acceptait pas la prescription de la peine (V. H. MOAZZAMI, *Op. cit.*, p. 100). V. plus précisément, Y. JUROVICS, "Le procès international pénal face au temps", *Rev. Sc. Crim. Dr. pén. Comp.*, 2001-4, pp.792 et s.

³¹⁵ Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC, vol. 1, UN Doc. A/51/22(1996), § 195: C. VAN DEN WYNGAERT et J. DUGARD, *Op. cit.*, p.886.

³¹⁶ *Stubbings et autres c/ RU*, 22 octobre 1996, *Rec.* 1996-IV, § 51.

³¹⁷ M. DELMAS-MARTY, « La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, juin 2002, pp. 613s., p. 617. Dans le même sens, D. TRUCHET, « A propos du droit à l'oubli et du devoir de mémoire », *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1600. Quant au souvenir des horreurs de la seconde guerre mondiale, « tout se passe comme si une trentaine d'années (une génération) devait s'écouler pour que l'on passe des souvenirs personnels à la mémoire collective... trente ans, c'est aussi le décalage habituel des programmes scolaires d'histoire par rapport à l'actualité, et le délai de droit commun d'ouverture des archives publiques ».

de prendre conscience³¹⁸. Pour se cantonner aux crimes nazis, la preuve des exactions commises était plus facile à apporter dans les années 60 qu'au moment de la libération³¹⁹.

Pour Paul Ricoeur, les crimes internationaux que sont les crimes contre l'humanité, et parmi eux le crime de génocide, appellent l'imprescriptibilité. En effet, leur réprobation est illimitée. « Cette circonstance justifie un zèle particulier à poursuivre les criminels compte tenu de l'impossibilité de juger rapidement, tant les coupables excellent à se soustraire à la justice par la fuite ou le maquillage d'identité. Face à ces ruses, il est aussi besoin de preuves qui résistent à l'usure du temps et d'une parole qui ne connaisse pas de délai de prescription »³²⁰. Certes le risque de la déperdition des preuves est réel ; certes il faut prendre en considération l'effet pervers du temps sur les témoignages qui sont revisités et cessent d'être spontanés³²¹. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi considéré que les délais de prescription comptent, parmi leurs finalités, celle de « garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions et [d']empêcher une atteinte aux droits de la défense qui pourraient être compromis si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur le fondement d'éléments de preuve qui seraient incomplets en raison du temps écoulé »³²². Pourtant, l'imprescriptibilité ne permettrait-elle pas de maintenir la porte ouverte aux poursuites nationales ou internationales en laissant au juge/tribunal indépendant et impartial l'exercice de son rôle d'évaluation de la validité de ces témoignages lorsqu'ils sont confrontés à l'ensemble des preuves ? C'est également au juge de garantir un procès équitable à l'accusé et, en cas d'absence de preuve fiable, de l'acquitter.

2°/ L'effet du temps sur l'utilité de la répression de l'infraction pour les victimes, la société et l'auteur de l'acte

On explique parfois la prescription comme une sanction logique de la négligence de la partie poursuivante. La négligence de la société et/ou de la partie poursuivante réduirait la valeur préventive des poursuites. Si l'on se réfère à la définition retenue par Gérard Cornu, alors que la prescription civile est simplement définie comme « *mode d'acquisition ou d'extinction d'un droit, par l'écoulement d'un certain laps de temps (...)* », la notion de négligence transparait clairement de la définition de la prescription pénale contre les poursuites, en étant qualifiée de « *mode d'extinction de l'action en justice résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi* »³²³. Ce critère n'est cependant pas valable en matière de crimes internationaux : « d'une part (...) si les victimes directes ne souhaitent pas toujours déclencher de poursuites pénales, ce n'est pas par négligence, mais délibérément, parce que cela leur est psychologiquement douloureux, politiquement dangereux, ou juridiquement impossible ; d'autre part, la négligence de l'autorité en charge de l'action publique relève parfois de motivations politiques que seul le temps peut modifier »³²⁴.

³¹⁸ V. JANKELEVITCH, *L'imprescriptible, Pardonner ? Dans l'honneur et la dignité*, Essais, Paris, Seuil, 1996, p.17 : « Vingt ans : tel est le délai. Et c'est pourtant la première fois que les plus indifférents réalisent dans toute sa plénitude l'horreur de la catastrophe : oui, il leur a fallu vingt ans pour en réaliser les dimensions gigantesques, comme après un crime hors de proportion avec les forfaits habituels ou comme après un très grand malheur dont on ne mesure que peu à peu les effets et la portée (...) ».

³¹⁹ Cf Rapport de P. COSTE-FLORET, *JORF*, Débats AN, séance du 16 décembre 1964, p. 6143.

³²⁰ P. RICOEUR, « Politiques de la Mémoire », *L'Humanité*, <http://www.humanite.presse.fr/journal/2000-09-12/2000-09-12-231269>.

³²¹ Risque soulevé par l'historien Stéphane Gacon lors de la journée d'études du 21 janvier 2005 organisée dans le cadre du présent programme de recherche.

³²² V. affaire *Coëme et autres c/ Belgique* du 22 juin 2000.

³²³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, Quadrige, PUF, 2004.

³²⁴ M. DELMAS-MARTY « La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) », précité, p. 618.

On justifie également la prescription par les intérêts de paix et de tranquillité sociales : avec le temps, oublier l'infraction serait préférable à l'idée d'en raviver le souvenir. La prescription de la peine est justifiée également par l'idée selon laquelle il y aurait oubli collectif de l'infraction ; la peine ne serait plus nécessaire. En outre, la crainte de la punition pendant de longues années étant déjà considérée comme une punition, la peine serait expiée par cette atteinte, la paix sociale s'étant restaurée d'elle-même. De plus, ne pas prescrire les peines mettrait en lumière la carence des pouvoirs publics qui n'ont pas réussi à rattraper le délinquant plus tôt. De tels arguments ne sont pas acceptables pour les crimes internationaux. Leur répression a même été justifiée au titre du chapitre VII de la charte de l'Organisation des Nations Unies, par les exigences de la paix et la sécurité internationales. En outre, la gravité des crimes commis justifierait « que le glaive vengeur reste toujours suspendu sur leurs têtes »³²⁵. Par ailleurs, l'oubli étant impossible pour les victimes de crimes internationaux, le temps ne saurait effacer parallèlement la mémoire pour les criminels. Selon les termes mêmes de Pierre Truche, « les victimes ne pouvant oublier, l'oubli n'est pas permis aux criminels »³²⁶. La Convention européenne sur l'imprescriptibilité énonce d'ailleurs comme fondement, dans son Préambule, la « nécessité de sauvegarder la dignité humaine ». Ainsi, dans son rapport final concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³²⁷, élaboré dans le cadre universel, Théo Van Boven écrivait qu'« il est bien établi que pour nombre de victimes le temps n'a aucun effet adoucissant ; au contraire, on constate une augmentation de la tension post-traumatique requérant une assistance matérielle, médicale, psychologique et sociale de longue durée ».

Ce fondement de l'effet du temps sur l'utilité de la répression justifie, en fait, la proportionnalité des délais de prescription avec la gravité de l'infraction/sévérité des sanctions. Certains pays ont procédé à un échelonnement des délais de prescription en fonction des peines maximales encourues. Certains systèmes ont même associé l'imprescriptibilité à certaines peines très sévères comme la peine de mort ou la prison à perpétuité. Plus l'infraction est grave, plus persistant est le souvenir, plus sévère est la peine, plus longs sont les délais de prescription.

Egalement, oublier les crimes serait favoriser leur répétition ou, du moins, ne rien faire pour l'éviter : « L'oubli en effet est le terreau de la répétition des crimes »³²⁸. Les organes régionaux (européen et interaméricain, la Commission africaine n'ayant pas encore été saisie de cette question) de protection des droits de l'homme critiquent l'imprescriptibilité dès lors qu'elle fait obstacle à la poursuite des criminels, élément essentiel de non-répétition de l'illicite. Le refus de l'impunité est le maître mot des défenseurs de l'imprescriptibilité des crimes internationaux. « L'impunité, ce phénomène grave et universel, représente une entrave à la démocratie, un échec à l'autorité de la loi et un encouragement à de nouvelles

³²⁵ BENTHAM, *Traité de Législation civile et pénale*, trad. Dumont, Paris, 2^e éd., 1820, t. II, pp. 147-149 : « Point de traité avec des méchants de ce genre. Que le glaive vengeur reste toujours suspendu sur leurs têtes. Le spectacle d'un criminel jouissant en paix du fruit de son crime, protégé par les lois qu'il a violées, est un appât pour les malfaiteurs, un objet de douleur pour les gens de bien, une insulte publique à la justice et à la morale ! (...) si le voleur, le meurtrier, l'injuste acquéreur du bien d'autrui parviennent à éluder pendant vingt ans la vigilance des tribunaux, leur adresse sera récompensée, leur sûreté rétablie, et le fruit de leur crime légitimé entre leurs mains ».

³²⁶ P. TRUCHE, « La notion de crime contre l'humanité. Bilan et perspectives », *Esprit* n°5, mai 1992, p. 80. Déjà, en ce sens, BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Dalibon, 1923, § XIII, p. 119 : « lorsqu'il s'agit de crimes atroces dont la mémoire subsiste longtemps parmi les hommes... il ne doit y avoir aucune prescription. (...) D'autre part, les crimes affreux dont les hommes gardent longtemps le souvenir n'admettent, une fois prouvés, aucune prescription en faveur d'un condamné qui se serait soustrait au châtement par la fuite ».

³²⁷ Rapport final de T. VAN BOVEN, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 juillet 1993, § 135.

³²⁸ B. STERN, Op. cit., SFDI Paris, p. 262.

violations »³²⁹. L'imprescriptibilité est systématiquement justifiée par le souci de mettre fin à l'impunité d'actes si abominables. C'est bien la gravité des crimes commis qui est sous-jacente à l'ensemble de cette argumentation³³⁰. Par exemple, le rapport explicatif du Protocole additionnel à la convention européenne d'extradition du 15 octobre 1975 (§ 12), énonce que « eu égard à la nature de l'infraction, (...) certains crimes sont si abominables qu'aucune immunité ne peut être accordée à leur égard »³³¹.

Le lien avec la garantie de la paix et de la sécurité internationales est également effectué depuis plusieurs années, puisque l'imprescriptibilité, en tant qu'obstacle à l'impunité, devrait dissuader la commission de tels crimes, lesquels portent atteinte à la paix et à la sécurité internationales. Ainsi, selon le préambule de la Convention des Nations Unies de 1968 : « Convaincus que la répression effective des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité est un élément important de la prévention de ces crimes, de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, propre à encourager la confiance, à stimuler la coopération entre les peuples et à favoriser la paix et la sécurité internationales. Constatant que l'application aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité des règles de droit interne relatives à la prescription des crimes ordinaires inquiète profondément l'opinion publique mondiale car elle empêche que les personnes responsables de ces crimes soient poursuivies et châtiées ».

L'imprescriptibilité en cas de crimes internationaux très graves n'exercerait-elle pas également une certaine fonction dissuasive ? Cette épée perpétuelle suspendue sur la tête non pas de l'auteur d'infractions ordinaires, mais de l'auteur d'actes qui choquent l'humanité toute entière n'aurait-elle l'effet de d'éviter certains abus ? En conséquence, faut-il craindre une Justice la plus absolue possible ? « De la punition ou de l'impunité, quel est le plus grand scandale ? »³³². Peut-être faut-il répondre que cela dépend de la gravité des crimes commis. Pour les crimes qui portent atteinte à l'humanité même, par leur ampleur et degré de gravité, l'impunité est certainement le plus grand scandale en démocratie ; pourquoi ne parle-t-on pas de « tolérance zéro » à propos de tels crimes, terme si médiatisé pour des infractions davantage mineures ?

³²⁹ V. G. FELLOUS, « Rapport général », in Commission nationale consultative des droits de l'homme, Commission Internationale de Juristes, *Non à l'impunité Oui à la justice*, Genève, 1992, p. 362.

³³⁰ G. LEVASSEUR, « Les crimes contre l'humanité et le problème de leur prescription », op. cit., p. 276 : « un trouble aussi violent, apporté non seulement à l'ordre public national, mais à l'ordre public international, portant atteinte à la solidarité de la communauté humaine toute entière, laisse une trace trop profonde pour que l'oubli (ce fondement capital de l'institution de la prescription) puisse se faire même après qu'une génération a succédé à la précédente ». Lire également V. JANKELEVITCH, *L'imprescriptible*, « Pardonner ? » : « Le temps qui émousse toutes choses, le temps qui travaille à l'usure du chagrin comme il travaille à l'érosion des montagnes, le temps qui favorise le pardon et l'oubli, le temps qui console, le temps liquidateur et cicatrisateur n'atténue en rien la colossale hécatombe : au contraire, il ne cesse d'en aviver l'horreur. (...) Les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles, c'est-à-dire ne peuvent pas être prescrits ; le temps n'a pas de prise sur eux ».

³³¹ V. § 16 : « Toutefois, le Protocole diffère de la convention sur l'imprescriptibilité à deux égards : a/ la convention dispose que la violation des conventions de Genève ou des lois et des coutumes de la guerre en question doivent revêtir « une particulière gravité » pour que les dispositions de la convention s'appliquent. Il n'a pas paru nécessaire ni justifié d'inclure une telle disposition dans le Protocole. La notion de gravité de l'infraction peut entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de la prescriptibilité ou de l'imprescriptibilité mais non pas lorsqu'il s'agit du caractère politique ou non politique d'une infraction qui dépend de la question de savoir si celle-ci constitue ou non une infraction spécifiée ». b/ « la convention dispose que les Etats contractants peuvent, au moyen d'une déclaration, ajouter à la liste des infractions imprescriptibles certaines autres infractions aux lois et coutumes du droit international tel qu'il sera établi à l'avenir. Le Protocole ne contient pas de disposition analogue, car on a estimé que, dans le contexte de l'extradition, une liste était préférable à un système de déclaration, lequel pourrait prêter à confusion ».

³³² C'est ainsi que débute l'ouvrage *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, A. GARAPON, F. GROS et T. PECH, Paris, Ed. Odile Jacob, 2001, p. 7.

Une partie de la Doctrine s'est montrée sceptique quant au phénomène contemporain d'expansion de la justice dans la sphère spatiale (spécialement internationale) et dans la sphère temporelle, historique³³³. T. Todorov conclut ainsi qu'il faut admettre en conséquence que certains crimes resteront impunis, « *that certain victims will not have the consolidation of witnessing their former tormentors suffer as they once did* ». « *Dreaming of absolute justice is both illusory and injurious. (...) However, a life without justice is less than human. We would do well to avoid the two extremes: there is no shame in choosing the middle ground* ». A supposer que l'on soit convaincu par cette affirmation, encore faut-il savoir si reconnaître l'imprescriptibilité pour les crimes internationaux ne ferait, dans les hypothèses les plus optimistes, que rapprocher la pratique des Etats de la communauté internationale vers un 'juste milieu' que semble prôner T. Todorov, ou la ferait dériver vers une justice absolue prétendue dangereuse. Etant donné les nombreux obstacles juridiques et extra-juridiques, spécialement politiques, que l'on rencontre en matière de répression des crimes internationaux, il nous semble qu'une imprescriptibilité absolue permettrait à peine d'aider à se rapprocher d'une justice moyenne.

Une autre approche serait-elle souhaitable ? Pour François Ost, les rapports du temps au droit se font en quatre temps : mémoire, pardon, promesse, remise en question, les deux pôles essentiels de la régulation juridique du temps social étant d'une part le pardon « entendu au sens large, comme cette capacité de la société à 'solder le passé', le dépasser en le posant, le libérer en brisant le cycle sans fin de vengeance et du ressentiment ; la promesse, d'autre part, entendue au sens large, comme cette capacité de la société à 'créditer l'avenir', s'y engager par des anticipations normatives qui en baliseront désormais le déroulement »³³⁴. Plutôt qu'oublier (avec la prescription), faut-il pardonner pour de tels crimes, le pardon étant défini comme « un dépassement conscient du passé » par opposition à l'oubli, « déambulation somnambulique dans les dédales du système juridique »³³⁵. François Ost semble vouloir trouver une voie médiane « entre l'amnistie qui tend à tout oublier et l'imprescriptible qui tend à tout conserver », entre mémoire et oubli, entre ordre public et intérêts individuels³³⁶. Cet équilibre serait-il par exemple réalisable au sein des Commissions vérité et réconciliation, où les victimes voient concrétiser leur droit à la vérité historique, leur droit à réparation (de façon plus ou moins satisfaisante), mais où les auteurs de l'acte ne font pas l'objet d'une répression pénale, en l'échange, comme en Afrique du Sud, d'une reconnaissance des faits commis ? Mais n'est-ce pas s'inscrire trop dans la continuité de la conception historique de la prescription puisqu'en droit romain, tout comme en droit canonique, la prescription était justifiée avant tout par l'idée de clémence ? Toutefois, ce serait oublier certains pans de l'histoire. Car, au XVIII^{ème} siècle, en dépit de la prescription, l'accusé subissait tout de même certaines peines prononcées par le juge, telle l'infamie et la mort civile, peines qui ne se prescrivaient pas³³⁷. Cette position est également difficilement conciliable avec la reconnaissance actuelle, comme composante du droit à réparation à part entière, de l'engagement de la responsabilité pénale de l'auteur de l'acte.

B - Le droit des victimes à réparation et l'érosion de la prescription

Il a été écrit dès le départ que l'imprescriptibilité est co-substantielle à l'action en justice menée devant les tribunaux. Or, de telles actions judiciaires ne sont pas les seuls moyens pour

³³³ T. TODOROV, "The limitations of Justice", *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), p. 711.

³³⁴ F. OST, *Le Temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, pp. 33-34.

³³⁵ F. OST, *Le Temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 123.

³³⁶ Ibidem.

³³⁷ JOUSSE, *Traité de la Justice criminelle en France*, vol. 4, Paris, 1771, t. 1, III^o partie, Livre 1, Titre 1, section 7, p. 584, cité par F. BLANGY, *La prescription des crimes contre l'humanité*, Mémoire, Université de Paris II, 2001.

que justice soit rendue à la suite de la commission de crimes internationaux. Notamment les Commissions vérité et réconciliation ont semblé représenter une modalité relativement intéressante pour rendre justice face à des crimes d'une ampleur nationale commis par un régime autoritaire précédent.

Quelle que soit la formule retenue, la prescription des poursuites (dans une moindre mesure de l'exécution des peines) contre l'auteur de crimes paraît particulièrement incompatible avec l'exercice du droit à réparation des victimes. C'est ainsi par considération des victimes que la prescription est mise en cause. Deux aspects distincts en effet doivent être analysés : d'une part, le droit à la vérité et à la mémoire pour les victimes de crimes internationaux et le devoir parallèle de la société de ne pas oublier les actes commis en raison de leur gravité, de l'ampleur des victimes et de la mise en cause même de l'humanité ; d'autre part, la question de savoir s'il faut toujours punir (ou au contraire pardonner) l'auteur de l'acte pour les infractions commises il y a un certain nombre d'années. Ce sont en réalité les deux faces d'une même médaille et leur séparation ne peut être opérée de façon absolue, d'où l'impossibilité, nous semble-t-il, de soutenir l'imprescriptibilité du droit à réparation des victimes et la prescription des crimes pour l'auteur de l'acte.

1^o/ Les composantes du droit imprescriptible à réparation pour les victimes des crimes internationaux

Le droit imprescriptible des victimes à réparation a été surtout affirmé dans le cadre des travaux de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies des dix dernières années et développé par les organes régionaux de protection des droits de l'homme. Ce droit à réparation se décline au pluriel, dont les morceaux du puzzle constituent un tout indissociable.

a) Le droit à la vérité

Le premier aspect a trait au droit à la vérité. Dans le rapport final de 1997 de M. Louis Joinet³³⁸, est expressément inscrit « Le droit de savoir des victimes » : « Indépendamment de toute action en justice, les victimes, ainsi que leurs familles et leurs proches, ont le droit imprescriptible de connaître la vérité sur les circonstances dans lesquelles ont été commises les violations et, en cas de décès ou de disparition, sur le sort qui a été réservé à la victime ». Ce droit à la vérité fait en effet partie intégrante du droit à réparation pour crimes internationaux au titre de la réhabilitation. Il a fait l'objet, en 2005, d'une résolution de la Commission des droits de l'homme, dans laquelle il est notamment affirmé que « dans les cas de violations flagrantes des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, il importe d'étudier la relation entre le droit à la vérité et le droit à l'accès à la justice, le droit à un recours utile et à réparation et d'autres droits de l'homme pertinents »³³⁹.

Le droit à la vérité en tant que nouveau droit de l'homme a été amplement développé dans les décisions de la Commission et de la Cour interaméricaines des droits de l'homme.

³³⁸ « L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus », « Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques) », Rapport final de M. Louis JOINET, Commission des Droits de l'Homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 octobre 1997, rapport final en application de la décision 1996/119, § 31 : Annexe 2 : Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité : Principe 3.

³³⁹ « Le droit à la vérité », Résolution de la Commission des droits de l'homme 2005/66, 20.04. 2005, qui demande, au point 6, au Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme « de préparer une étude sur le droit à la vérité, comprenant notamment des informations sur les fondements, la portée et le contenu de ce droit en vertu du droit international, ainsi que des renseignements sur les meilleures pratiques et des recommandations en vue de l'application effective de ce droit (...) ».

Même si un tel droit n'est pas expressément reconnu dans la CADH, la Cour interaméricaine l'a considéré en 1997 comme un concept émergent en doctrine et en jurisprudence, ce droit concernant, d'ailleurs, le devoir étatique d'enquêter sur les faits ayant produit des violations de la CADH³⁴⁰. La Commission a insisté sur l'importance de ce droit lors de ses décisions³⁴¹, affirmant qu'il est un droit à caractère collectif³⁴² qui permet à la société d'accéder à l'information essentielle pour le développement des systèmes démocratiques, et un droit pour les familles des victimes, qui permet une forme de réparation, notamment en cas d'application de lois d'amnisties³⁴³. François Ost parle de droit au temps et de droit à l'histoire ; « chacun doit pouvoir construire un passé selon son expérience et construire un futur selon ses attentes »³⁴⁴. Or, le droit à la vérité n'a été parfois rendu possible que par le procès au pénal de l'auteur de l'acte. Ce n'est pas le seul lieu, ni nécessairement le plus approprié. Des formules de plus en plus diversifiées sont d'ailleurs mises en œuvre sur le plan interne et international, qu'il s'agisse des commissions vérité et réconciliation ou des commissions d'indemnisation. Cependant, le plus important est la place véritable faite à la victime, son droit à prendre la parole, à pouvoir dépasser sa propre souffrance, à faire le deuil des crimes endurés. Les commissions d'indemnisation sont peu souvent le lieu adéquat, face à l'ampleur des victimes. L'article 75 du Statut de Rome est certainement le modèle le plus réussi à ce jour d'association des victimes devant une juridiction internationale. Reste à savoir si cela fonctionnera en pratique.

Si le droit à la vérité historique est important pour la victime elle-même, il l'est tout autant, dans l'hypothèse de crimes de cette ampleur, pour la société, dans ce rôle pédagogique vis-à-vis des jeunes générations, afin que le devoir de mémoire soit assuré. S'agit-il par cette remémoration du crime, « de s'enfermer dans un passé traumatique et répétitif, de nourrir le cycle infini de la violence en miroir, ou bien cette mémoire de la faute est-elle porteuse de libération et de réconciliation ? »³⁴⁵. Louis Joinet a une très belle formule : pour pouvoir tourner la page, il faut déjà l'avoir lue³⁴⁶. Comment oublier des crimes internationaux sans faire offense aux victimes, à la société, à l'humanité toute entière, sans hypothéquer même pour l'avenir les fondements d'Etat de droit et de Justice sur lesquelles nos sociétés se sont bâties ?

Ce droit à la vérité s'accompagne du droit au recours effectif pour les victimes, préalable souvent au droit à réparation et support même du droit à la vérité. C'est ainsi que la Commission³⁴⁷ et la Cour³⁴⁸ interaméricaines considèrent que le droit à la vérité est lié au droit à un recours judiciaire efficace (art. 25 de la CADH).

³⁴⁰ V. l'affaire *Castillo Páez*, du 3 novembre 1997, Série C n° 34, §§ 86 et 90.

³⁴¹ V., par exemple, CIDH, 1/99, *El Salvador*, affaire 10.480 du 27 janvier 1999.

³⁴² V., par exemple, CIDH, 1/99, *El Salvador*, affaire 10.480 du 27 janvier 1999, § 152.

³⁴³ V., par exemple, CIDH, 1/99, *El Salvador*, affaire 10.480 du 27 janvier 1999, § 150.

³⁴⁴ F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p.31.

³⁴⁵ F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 103.

³⁴⁶ In « Rapport sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques) », Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), §50.

³⁴⁷ V., par exemple, CIDH, 1/99, *El Salvador*, affaire 10.480 du 27 janvier 1999, § 151. V., également, CIDH n° 25/98 (Chili) OEA/Ser.L/V/II.98, n° 8/92 (Argentine), p. 42-53 et n° 29/92 (Uruguay), p. 162-174 ; (publiés au rapport de la CIDH 1992-1993, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, 12 mars 1993).

³⁴⁸ V. Cour IDH, affaire *Bámaca Velásquez*, 25 nov. 2000, Série C n° 70, §§ 197 à 201. La Cour considère le droit à la vérité comme une condition de l'effectivité du droit à un procès équitable et à un recours judiciaire efficace (arts. 8 et 25 de la CADH).

b) L'imprescriptibilité et le droit à un recours effectif des victimes à réparation

Le droit à réparation comporte un aspect procédural, à savoir le droit à un recours effectif, lequel, tel qu'interprété par les organes régionaux de droits de l'homme, se heurte frontalement à la prescription des poursuites de l'acte.

Dans les versions précédentes des Principes sur le droit à réparation élaboré dans le cadre de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies, figuraient explicitement les mentions selon lesquelles « La prescription ne court pas durant les périodes où il n'existe pas de recours utile contre les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. Elle n'est pas opposable aux actions civiles en réparation pour violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire »³⁴⁹. Le *premier principe* vise par exemple les hypothèses de disparitions forcées ; ainsi, dans une décision du 5 novembre 2003, la Cour suprême mexicaine a statué que la prescription concernant la privation illégale de liberté ne pouvait prendre effet que lorsque le corps de la personne détenue illégalement a été retrouvé³⁵⁰. Selon le *second principe*, la prescription pénale contre les poursuites et les peines vis-à-vis de l'auteur de l'acte ne doit pas paralyser les actions en réparation menées par les victimes. On remarque d'ailleurs certaines évolutions en droit interne visant à favoriser les actions en réparation pour les victimes, indépendamment de la prescription de l'action au pénal. En France, par exemple, la règle de solidarité des prescriptions de l'action publique et de l'action civile, a disparu depuis la loi du 23 décembre 1980. Cette règle de solidarité était justifiée par le fait que le juge civil ne devrait pas constater une infraction qui ne pourrait plus être pénalement poursuivie et punie. Désormais, l'action civile survit à l'extinction de l'action publique.

La version des principes la plus récente, adoptée en 2005 par la Commission des droits de l'homme, est quelque peu différente dans la rédaction : le paragraphe 6 concernant la prescription en cas de « violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et [de] violations graves du droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international », pose le principe d'inopposabilité de la prescription. Le paragraphe 7 stipule, quant à lui, que « la prescription prévue dans le droit interne pour d'autres types de violations qui ne constituent pas des crimes de droit international, y compris les délais prévus pour les actions civiles et autres procédures, ne devrait pas être indûment restrictive »³⁵¹.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'opportunité d'examiner à diverses reprises la compatibilité des prescriptions du droit interne avec la CEDH sous l'angle du droit à un recours effectif, tel que garanti par l'article 13 de la Convention. L'affaire *Stubbings et*

³⁴⁹ E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24.5.1996, Ensemble révisé des principes fondamentaux et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des Droits de l'Homme et du droit humanitaire, établi par M. T. VAN BOVEN en application de la décision 1995/117 de la Sous-Commission, principe § 9. Cf également le rapport Bassiouni de 2000 : « Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Rapport final du rapporteur C. BASSIOUNI, E/CN.4/2000/62, 18.1.2000 : Annexe : « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire » : § 7 : « La prescription prévue pour la poursuite d'autres violations ou l'exercice d'actions civiles ne devrait pas restreindre indûment l'aptitude d'une victime à tenter une action contre l'auteur d'une violation et ne devrait pas s'appliquer aux périodes pendant lesquelles il n'existe pas de recours effectif contre les violations des normes du droit international humanitaire et des droits de l'homme ».

³⁵⁰ Cité para. 33, Doc. E/CN.4/2004/88, page 15, 27.2.2004, Commission des Droits de l'Homme, « Promotion et protection des Droits de l'Homme, Impunité », Etude de Mme D. ORENTLICHER.

³⁵¹ « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », Résolution 2005/35, 19.04.2005.

*autres c/ RU*³⁵² offre des développements intéressants. En l'espèce, les requérantes avaient subi des sévices sexuels de la part de leur famille adoptive pendant leur enfance et n'avaient pris conscience du lien entre leurs traumatismes actuels et ces actes que lors de thérapies effectuées à l'âge adulte, la prescription des actes ayant été entre temps admise. Les requérantes invoquaient par conséquent une violation du droit à un recours en réparation au titre de l'article 6(1) du fait de l'opposabilité de la loi sur la prescription de 1980 (délai de 6 ans à compter de la majorité). La Cour commence par rappeler sa jurisprudence de principe selon laquelle l'article 6 ne garantit pas de droit absolu, mais que toute limitation doit tendre vers un but légitime et être proportionnée à ce but. La Cour a estimé qu'en l'espèce, le délai satisfaisait à ces critères, d'autant que des poursuites pénales étaient toujours possibles. La Cour a notamment relevé l'absence d'homogénéité en la matière entre Etats membres. Dans son opinion partiellement dissidente, le juge Foighel considérait que la marge d'appréciation admise par la Cour était trop large, étant donné que « la finalité des règles de la prescription – ménager un juste équilibre entre la prévention de plaintes tardives et la protection des intérêts des plaignants – n'a pas de sens lorsque la victime n'a pas même conscience qu'elle a un motif pour agir ». De même, le juge MacDonald, dans son opinion partiellement dissidente, concluait aussi à la violation de l'article 6(1), la limitation dans la législation britannique étant disproportionnée par rapport au but légitime suivi. Selon ce juge en effet, « au nombre des intérêts à prendre en compte pour parvenir à une conclusion quant à la proportionnalité, on pense immédiatement à la sécurité juridique, à l'extinction des réclamations tardives et à la suppression ou à la diminution du risque que l'auteur présumé des actes dommageables soit l'objet d'un traitement injuste par la prise en considération de faits remontant à plusieurs années. Il importe également de considérer la nécessité de reconnaître et rendre possible la défense des droits d'enfants victimes de sévices qui n'avaient même pas connaissance de l'existence de leurs droits avant que ceux-ci ne soient prescrits ainsi que de la sécurité, de la santé et du bien-être de la société dans son ensemble ».

La prescription peut également poser problème quant à l'article 6(1) de la Convention européenne, lequel garantit un droit d'accès aux tribunaux pour faire juger toutes contestations sur les droits et obligations de caractère civil. Dans l'affaire *Anagnostopoulos c/Grèce*³⁵³, le requérant s'était constitué partie civile dans le cadre d'une procédure pénale pour obtenir indemnisation de son préjudice. En raison du comportement des autorités judiciaires, les individus n'ont pu être jugés pour cause de prescription. La Cour a conclu à une violation de l'article 6(1) après avoir énoncé que « le retard avec lequel les autorités des poursuites ont traité le dossier, ce qui a entraîné la prescription des infractions incriminées et, par conséquent, l'impossibilité pour le requérant de voir statuer sur sa demande d'indemnisation, a privé ce dernier d'un droit d'accès à un tribunal. A cet égard, la Cour estime que l'on ne saurait exiger d'un justiciable d'attendre que sa créance soit prescrite par la faute des autorités judiciaires et d'introduire par la suite une action devant les juridictions civiles afin de solliciter à nouveau la somme symbolique qu'il avait réclamée devant les juridictions pénales »³⁵⁴. Dans l'affaire *Yagtzilar et autres c/Grèce*, la Cour européenne, tout en se défendant de se prononcer sur le bien-fondé de la prescription extinctive en droit interne, a estimé que « le fait d'opposer la prescription aux intéressés à un stade si avancé de la procédure que les requérants avaient poursuivi de bonne foi et à un rythme suffisamment soutenu – les priva définitivement de toute possibilité de faire valoir leur droit à une

³⁵² *Stubbings et autres c/ RU*, 22 octobre 1996, *Rec.* 1996-IV.

³⁵³ *Anagnostopoulos c/ Grèce*, 3 avril 2003, 1^o section, n^o 54589/00.

³⁵⁴ V. l'opinion dissidente des juges Lorenzen et Vajic, pour qui il n'y a pas violation de l'article 6(1), compte tenu du fait que la prescription n'est pas acquise pour la procédure civile de demande d'indemnisation du requérant.

indemnité pour leur olivieraie, d'abord occupée, puis expropriée par l'Etat grec »³⁵⁵. La Cour a conclu à une « entrave disproportionnée à leur droit d'accès à un tribunal », et donc à une « atteinte à la substance de leur droit à un tribunal ».

Par ailleurs, dans certaines de ses décisions, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies est explicite par rapport aux restrictions à l'utilisation des institutions de clémence. Il en est ainsi dans ses observations finales du 22 août 2003, à l'occasion de l'analyse des rapports soumis par El Salvador³⁵⁶. Le Comité se déclare préoccupé par la loi d'amnistie générale pour la consolidation de la paix de 1993³⁵⁷ et par le régime de la prescription dans ce pays. Quant à ce dernier, le Comité affirme que « l'Etat doit réviser le régime de la prescription pour le rendre pleinement compatible avec les obligations prévues dans le Pacte et pour qu'il soit possible de faire enquêter sur les violations des droits de l'homme et de les réprimer »³⁵⁸. Dans le cadre de son « activité contentieuse », où le Comité exerce un contrôle concret sur la base de communications individuelles transmises par des particuliers, il s'est manifesté dans une affaire mettant en cause l'Uruguay³⁵⁹. Le Comité s'inquiète des effets de la *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*, que l'Uruguay n'ait contribué à un climat d'impunité pouvant nuire à la démocratie. Par ailleurs, lors de ses observations finales du 8 avril 1998 à la suite de l'examen des rapports présentés par l'Uruguay, le Comité exprime son inquiétude par rapport à la même loi uruguayenne traduite comme « loi sur la prescription extinctive applicable à la répression des infractions ». Selon le Comité, dans un certain nombre de cas, « le maintien de la loi sur la prescription revient à écarter la possibilité d'enquêter sur des violations passées des droits de l'homme et, par suite, ne permet pas à l'Etat partie de s'acquitter de la responsabilité qui lui incombe d'offrir aux victimes de ces violations des recours utiles »³⁶⁰. Dans cette même décision, en ce qui concerne le suivi de ses décisions pour les cas individuels, « le Comité juge inacceptable que l'on attende d'une personne ayant fait l'objet d'une violation de droits de l'homme qu'elle intente de nouvelles procédures devant les tribunaux nationaux pour établir la violation, et il considère que la prescription ne devrait pas jouer »³⁶¹.

La prescription en droit interne peut même poser problème au regard du droit substantiel à la propriété, tel qu'inscrit à l'article 1^{er} du protocole n°1 additionnel à la Convention européenne. Dans l'affaire *Carbonara et Ventura c/Italie*, les requérants s'étaient vus opposer la prescription de leur droit à dédommagement par les tribunaux judiciaires à la suite d'une occupation illégale de leur terrain (qui ne devait durer que 2 ans), pour laquelle aucune expropriation formelle ni indemnité n'était intervenue. La Cour de cassation avait considéré qu'un délai de prescription avait couru à partir du moment de la transformation irréversible du terrain. La Cour européenne a conclu à une violation du droit à la propriété car, du fait de l'imposition du délai de prescription de 5 ans à la date de l'achèvement de l'ouvrage, « la protection qui s'offrait en principe aux requérants, à savoir la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts, a été réduite à néant »³⁶² ; une telle ingérence est donc « arbitraire ».

³⁵⁵ *Yagtzilar et autres c/ Grèce*, 2^e section, n°41727/98, 6 décembre 2001, § 27.

³⁵⁶ CCPR/CO/78/SLV, Observations finales du Comité des droits de l'homme : El Salvador, 22 août 2003.

³⁵⁷ Le Comité prend note de la position de l'Etat, selon laquelle la loi d'amnistie générale est compatible avec la Constitution salvadorienne, mais il "pense que la loi porte atteinte au droit à un recours utile prévu à l'article 2 du Pacte, car elle empêche d'engager des poursuites contre tous les responsables de violations des droits de l'homme et de les châtier et qu'elle empêche aussi les victimes d'obtenir réparation". V. CCPR/CO/78/SLV, 22 août 2003, n° 6.

³⁵⁸ V. CCPR/CO/78/SLV, 22 août 2003, n° 7.

³⁵⁹ *Rodríguez v. Uruguay*, Communication n° 322/1988, CCPR/C/51/D/322/1988, 9 août 1994, § 12.4.

³⁶⁰ CCPR/C/79/Add.90, A/53/40, 8 avril 1998, § 240.

³⁶¹ CCPR/C/79/Add.90, A/53/40, 8 avril 1998, § 247.

³⁶² *Carbonara et Ventura c/Italie*, 30 mai 2000, 2^e section, n°24638/94, § 71.

La Cour européenne a eu l'opportunité de se prononcer une seule fois sur la prescription en cas d'infraction pénale pouvant atteindre la gravité d'un crime international. Dans l'affaire *Abdülşamet Yaman v. Turkey*³⁶³, le requérant avait intenté des procédures pénales au niveau interne contre les agents de police qui lui avaient infligé des tortures, mais s'était vu opposer la prescription. Après avoir conclu à une violation de l'article 3 de la CEDH pour torture, la Cour européenne considère que « *where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an « effective remedy » that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of amnesty or pardon should not be permissible* »³⁶⁴. Ce principe découle du droit à un recours effectif de la victime au titre de l'article 13 de la Convention. En l'espèce, la Cour a conclu à une violation de ladite disposition³⁶⁵.

2°/ Le droit imprescriptible des victimes à réparation a-t-il pour corollaire l'imprescriptibilité des poursuites contre l'auteur de crimes internationaux ?

Outre le fait que l'imprescriptibilité des poursuites contre les auteurs de crimes internationaux peut être défendue selon les arguments classiques de criminologie, en raison de la gravité de l'acte, l'approche victimologique développée plus que jamais par les organes régionaux de droits de l'homme, dont la fonction première est d'allouer réparation aux victimes qui les saisissent, renforce l'idée d'une imprescriptibilité absolue et générale pour les auteurs des crimes internationaux.

Dans son rapport final concernant « le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³⁶⁶, Theo Van Boven écrit : « (...) l'application de la prescription prive souvent les victimes de violations graves des droits de l'homme de la réparation qui leur est due. Il faudrait que, par principe, les demandes de réparation de ces victimes ne soient soumises à aucune prescription. A cet égard, on devrait tenir compte du lien qui existe entre les violations flagrantes des Droits de l'Homme et les crimes les plus graves pour lesquels, selon un avis juridique autorisé, la prescription ne peut s'appliquer ». Toutefois, au fil des commentaires envoyés par les experts étatiques, la rédaction s'est modifiée. Dans le rapport final adopté en 2005 par la Commission des droits de l'homme, ce principe semble implicite pour les graves violations ; pour les « autres types de violations qui ne constituent pas des crimes de droit international », la prescription « ne devrait pas être indûment restrictive »³⁶⁷.

Les prescriptions du droit interne sont en effet difficilement conciliables avec l'obligation qui incombe aux Etats de punir et juger les individus responsables de crimes internationaux. Il est en effet notoire en droit international que l'engagement de la responsabilité pénale individuelle de l'auteur de l'acte est considéré comme un élément essentiel du droit à réparation des victimes ; on pourrait même arguer du caractère coutumier de cette obligation³⁶⁸. L'Etat engage sa responsabilité internationale, spécialement devant les

³⁶³ *Abdülşamet Yaman vs Turkey*, 2 novembre 2004, n°32446/96, 2° section.

³⁶⁴ V. § 55.

³⁶⁵ § 59 : « The Court is struck by the fact that the proceedings in question have not produced any result on account mainly of the substantial delays throughout the trials and, deceptively, the application of the statutory limitations in domestic law ».

³⁶⁶ Rapport final de T. VAN BOVEN, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 juillet 1993, § 135.

³⁶⁷ § 6 et 7 des Principes adoptés par la Commission en 2005 (Résolution 2005/35, précitée).

³⁶⁸ R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant/Université de Bruxelles, 2004. Cf aussi E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Existe-t-il une spécificité de la réparation pour crimes internationaux ? », in *Les règles fondamentales de l'ordre juridique international*, Journées franco-allemandes de la SFDI, Paris, Pedone, 2005, à paraître.

Cours régionales de droits de l'homme, pour non-respect de cette obligation. Il convient donc de conclure que, pour certaines violations, le droit imprescriptible des victimes à réparation a pour corollaire l'imprescriptibilité des poursuites et des peines contre les auteurs de telles infractions.

C - La prescription, l'amnistie et la grâce : une approche commune dans la lutte contre l'impunité

L'analyse des sources internationales, spécialement de la jurisprudence des organes européen et interaméricains des droits de l'homme, pose la question d'une approche commune aux trois institutions de clémence et une tendance à les mettre en accusation dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux. C'est surtout la prescription et l'amnistie qui font l'objet d'un traitement global³⁶⁹. Plus exceptionnellement, la grâce y est associée ; il est vrai que celle-ci n'a été prise en compte que rarement sur la scène internationale³⁷⁰.

Comme il a déjà été remarqué au début de cette étude, la prescription a bonne réputation, contrairement à l'amnistie. C'est une des raisons de la difficile émergence de l'imprescriptibilité sur la scène internationale et du fiasco des premiers textes concernant cette institution. Il est vrai que la prescription, étant revêtue de l'automatisme, statuant de façon générale et abstraite à l'égard de toute personne et de tout type d'infraction, et inscrite dans la durée, échappe « au reproche de partialité qui s'adresse aux lois de circonstance »³⁷¹. En principe, et c'est pourquoi les Etats y sont très réticents sur la scène internationale, la notion de prescription en droit interne « ne résulte pas d'un acte de volonté »³⁷². Elle est une exception péremptoire et d'ordre public : celui qui en bénéficie ne peut refuser de l'invoquer ; au besoin, le juge devra la relever d'office. En France, elle peut être invoquée en tout état de cause, y compris pour la première fois devant la Cour de Cassation. Par ailleurs, la « supériorité » de la grâce a été mise en exergue, étant donné qu'elle n'intervient qu'après que la loi ait été rappelée, qu'après qu'un jugement ait été rendu³⁷³. La grâce peut avoir des effets pratiques similaires à ceux de l'amnistie et de la prescription, surtout avec ceux de la prescription de la peine. D'ailleurs, pour les détracteurs de la prescription de la peine, comme ceux qui se sont exprimés au sein de l'Union internationale de droit pénal, celle-ci n'est pas l'institution la plus appropriée pour ôter une punition tardive, l'institution la plus adéquate étant la grâce³⁷⁴.

L'évolution de la jurisprudence des organes régionaux de protection des droits de l'homme, nous révèle, toutefois, que, de plus en plus, la prescription est pointée du doigt lorsqu'il s'agit de crimes particulièrement graves, que la grâce commence elle aussi à intégrer la liste des institutions de clémence considérées comme contraires aux obligations internationales des Etats, et que les trois institutions de clémence sont souvent assimilées dans une approche globale de lutte contre l'impunité.

Dans le cadre interaméricain, si l'amnistie a été la première institution mise en cause (du fait surtout des circonstances locales), les trois institutions sont désormais concernées. Le

³⁶⁹ Nous renvoyons également le lecteur aux développements inclus dans le chapitre sur l'amnistie en droit international.

³⁷⁰ Exception faite de la Déclaration des Nations Unies sur les disparitions forcées de 1992. Cf le chapitre sur la grâce en droit international.

³⁷¹ F. OST, *Le Temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 141.

³⁷² M. DELMAS-MARTY, « La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) », précité, p. 617.

³⁷³ Propos de Stéphane Gacon, citant des écrits de Henri Rousseau, lors des débats de la journée d'études du 21 janvier 2005.

³⁷⁴ H. MOAZZAMI, *La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse. Etude de droit comparé*, Genève, Ed. Montreux, 1952, p. 100.

devoir de l'Etat d'enquêter sur les faits qui sont à l'origine de violations de la Convention américaine, d'identifier leurs responsables et de les sanctionner a été affirmé dès les premières affaires de la Cour³⁷⁵, en 1988. La Cour a réalisé une interprétation large de l'obligation contenue à l'article 1(1) de la CADH³⁷⁶, interprétation qui sera constamment reprise par la Commission interaméricaine³⁷⁷. Or, les trois institutions de clémence paraissent contraires à ces obligations. Ainsi, dans l'affaire *Barrios Altos contre Pérou*³⁷⁸, même si la Cour ne devait se prononcer que sur les lois d'amnistie péruviennes, elle a considéré comme « inadmissibles les dispositions d'amnistie, de prescription et l'établissement de mesures excluant la responsabilité prétendant empêcher les enquêtes et la sanction des responsables des violations graves aux droits de l'homme comme la torture, les exécutions sommaires, extralégales ou arbitraires et les disparitions forcées ; elles sont toutes interdites car elles contreviennent aux droits inabrogeables reconnus par le droit international des droits de l'homme ». Depuis cette affaire, la Cour interaméricaine affirme de manière constante³⁷⁹ l'inadmissibilité de l'amnistie et de la prescription. Mais, dans les affaires les plus récentes³⁸⁰, un élargissement peut être constaté : la Cour affirme que l'Etat doit s'abstenir de recourir à des institutions telles que l'amnistie, la prescription et d'établir des mesures excluant la responsabilité, ainsi que des mesures prétendant empêcher les poursuites pénales ou les effets de la condamnation. Les trois institutions de clémence sont ainsi concernées. Cette tendance à couvrir les trois institutions peut être également constatée dans la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a ainsi considéré, dans un arrêt du 2 novembre 2004, qu'en cas de violation de l'article 3 de la Convention, le droit à un recours effectif est enfreint dès lors que les procédures pénales sont prescrites, ou qu'une amnistie ou une grâce est accordée³⁸¹.

Les évolutions les plus récentes relèvent ainsi d'une approche globalisante et de type téléologique, selon les buts poursuivis d'éviter l'impunité des auteurs de l'acte et d'assurer réparation aux victimes. Selon une perspective de droit international des droits de l'homme, l'impunité est en effet considérée comme néfaste, car elle empêche d'élucider des violations antérieures, est source de violations répétées, fait obstacle aux réparations des victimes, est

³⁷⁵ V. affaire *Velásquez Rodríguez*, 29 juillet 1988, Série C, n° 4, § 174.

³⁷⁶ "...el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos". V. Affaire *Velásquez Rodríguez*, 29 juillet 1988, Série C, n° 4, § 166.

³⁷⁷ V., par exemple, CIDH, *Informe* n° 28/92, affaires 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 et 10.311 - concernant l'Argentine - OEA/Ser.L/V/II.82, Doc 24, du 2 octobre 1992 ; *Informe* n° 1/99, El Salvador, affaire 10.480 du 27 janvier 1999.

³⁷⁸ V. l'affaire *Barrios Altos* du 14 mars 2001, Série C 75, § 41.

³⁷⁹ V., notamment, *Trujillo Oroza c/ Bolivie*, décision relative aux réparations du 27 février 2002, Série C, n° 92, § 106 ; *Caracazo*, décision sur les réparations du 19 août 2002, Série C 95, § 119 ; *Bulacio c/ Argentine*, 18 septembre 2003, Série C 100, §§ 116 et 117 ; *Juan Humberto Sánchez c/ Honduras*, du 26 novembre 2003, Série C 102, § 60 ; *Myrna Mack Chang*, du 25 novembre 2003, Série C 101 ; § 276 ; *Molina Theissen c/ Guatemala*, décision relative aux réparations, 3 juillet 2004, Série C 108, § 84 ; *19 comerciantes* du 5 juillet 2004, Série C 109, § 262 ; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, 8 juillet 2004, Série C 110, §§ 150, 151, 232 et 233 ; *Tibi c/ Ecuador* du 7 septembre 2004, Série C 114, § 259 ; *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Série C 117, du 22 novembre 2004, § 130 ; *Caso Masacre Plan de Sánchez c/ Guatemala*, réparations, Série C 116, 19 novembre 2004, § 99 ; *Caso de las hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador*, 1er mars 2005, Série C 121, § 172 ; *Caso Huilca Tecse c/ Pérou*, 3 mars 2005, Série C 121, § 108 ; *Caso de la Comunidad Moiwana c/ Suriname*, 15 juin 2005, Série C 124, § 206.

³⁸⁰ *Molina Theissen c/ Guatemala*, décision relative aux réparations, 3 juillet 2004, Série C 108, § 83 ; *19 comerciantes* du 5 juillet 2004, Série C 109, § 263 ; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, 8 juillet 2004, Série C 110, § 232 ; *Tibi c/ Ecuador* du 7 sept. 2004, Série C 114, § 259 ; *Caso Masacre Plan de Sánchez c/ Guatemala*, réparations, Série C 116, 19 novembre 2004, § 99 ; *Caso de las hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador*, 1er mars 2005, Série C 121, § 172 ; *Caso Huilca Tecse c/ Pérou*, 3 mars 2005, Série C 121, § 108.

³⁸¹ *Abdülşamet Yaman vs Turkey*, 2 novembre 2004, n° 32446/96, 2° section, § 55.

source de déstabilisation de l'ordre démocratique et est même contraire à la consolidation de la paix³⁸².

D. Les aménagements possibles entre prescription et imprescriptibilité : tentative d'élaboration de principes directeurs *de lege ferenda*

L'imprescriptibilité absolue est-elle la seule issue pour les crimes internationaux ? Des aménagements autres seraient-ils envisageables ?

A défaut d'imprescriptibilité, l'allongement des délais de prescription est envisagé par certains textes internationaux³⁸³, ce qui peut parfois paraître relativement satisfaisant, en raison de la tendance actuelle à l'accélération du temps. En plus de la tendance actuelle à encourager la lutte contre l'impunité pour crimes internationaux, la connaissance des faits étant plus rapide et précise, des actions peuvent être tentées en conséquence dans d'assez bonnes conditions plus rapidement. Dans certains pays, les délais de prescription sont fixés en fonction de la peine encourue/appliquée, les délais étant plus longs selon la gravité de la peine³⁸⁴, dans d'autres, en fonction de la nature de l'infraction (crime, délit, contravention)³⁸⁵. Certains Etats ont prévu des délais spéciaux de prescription particulièrement longs en cas de crimes internationaux³⁸⁶.

Au-delà de l'aménagement de la durée de la prescription par le législateur, les systèmes nationaux prévoient des causes de suspension ou d'interruption de la prescription. Pierrette Poncela, en faisant référence au droit français, affirme l'existence d'une tendance à l'allongement des délais de prescription par la multiplication des « causes d'interruption de la prescription ou de recul du point de départ du délai de prescription »³⁸⁷. Lors de la suspension de la prescription³⁸⁸, celle-ci cesse de courir, le laps de temps est paralysé et repris postérieurement. Lors de l'interruption³⁸⁹ du délai de prescription, le délai déjà écoulé disparaît, on repart de zéro et une nouvelle prescription doit commencer. Le recul du point de départ du délai de prescription est un mécanisme généralement employé pour retarder la prescription de certaines infractions³⁹⁰. Ce recul peut être obtenu par la considération des certaines infractions comme des délits continus/permanents. C'est notamment le cas de l'infraction de disparition forcée de personnes, dont le caractère continu a été à plusieurs reprises affirmé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme. L'article 17(2) de la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes de disparitions forcées stipule que le délai de prescription est suspendu tant qu'il n'y a pas de recours effectif au sens de l'article 2 du PIDCP.

³⁸² Cf Communication n°322/1988, Uruguay, 09 août 1994, CCPR/C/51/D/322/1988, Constatations du Comité des droits de l'homme. Observations finales du Comité des droits de l'homme, Uruguay, 08 avril 1998, CCPR/C/79/Add.90, Examen des rapports présentés par les Etats parties. Cf aussi les observations finales du Comité des droits de l'homme, El Salvador, 22 août 2003, CCPR/CO/78/SLV. Le même raisonnement est utilisé pour les lois d'amnistie.

³⁸³ Comme l'article 7 de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes.

³⁸⁴ C'est, par exemple, le cas du Brésil (2 ans pour une peine inférieure à 1 an de prison, 4 ans pour une peine allant de 1 à 2 ans de prison, 8 ans pour une peine allant de 2 à 4 ans de prison, ... jusqu'à un délai de 20 ans pour une peine supérieure à 12 ans de prison).

³⁸⁵ C'est, par exemple, le cas de la France.

³⁸⁶ V., à titre d'exemple, des délais spéciaux de prescription prévus pour certains crimes en Colombie. L'art. 83 du CP a établi un délai spécial de 30 ans pour la prescription de l'action en cas de génocide, torture, disparition forcée et déplacement forcé

³⁸⁷ V., pour le droit français, P. PONCELA, « L'imprescriptibilité », H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 889.

³⁸⁸ Par des questions préjudicielles, par exemple.

³⁸⁹ Par exemple, en cas de prescription de la peine, par la réalisation d'actes d'exécution de la condamnation.

³⁹⁰ Par exemple, en France, le délai de prescription de l'action pour crime de clonage reproductif « ne commence à courir, lorsque le clonage a conduit à la naissance d'un enfant, qu'à partir de la majorité de cet enfant » (art. 214-2 et 215-4 CP).

La justification des causes d'interruption de la prescription se trouve dans les fondements même de cette institution de clémence. Si l'on prend comme fondement la sanction de la négligence des institutions chargées de la poursuite, l'interruption ou la suspension de la prescription est justifiée par des actions de ces institutions. Ainsi, en réalisant des actes procéduraux, les magistrats peuvent paralyser l'effet de la prescription. Si l'on prend, en revanche, l'effet du temps sur l'utilité de la répression, c'est à dire l'oubli, comme fondement de la prescription, l'interruption de la prescription se justifie par des actes de procédure, qui font revivre la mémoire, empêchant l'oubli. Ces « mesures paralysantes » peuvent étendre la durée de la prescription de manière non négligeable. Au Brésil, en plus de l'interruption de la prescription lors du déclenchement de l'action pénale ou de la décision condamnatoire, une loi de 1996 (loi 9.271/96) a modifié le Code de procédure pénale afin que la procédure et les délais de prescription soient suspendus lorsqu'il y a contumace sans désignation d'avocat par l'accusé. Cette suspension perdurera jusqu'à ce que l'accusé se présente en justice. Une telle suspension peut, en pratique, avoir des résultats similaires à ceux de l'affirmation de l'imprescriptibilité³⁹¹. En Chine, pays où l'imprescriptibilité n'est pas consacrée, des mécanismes de suspension permettent de prolonger le délai de prescription quand l'accusé se soustrait à l'enquête ou au jugement³⁹². Ainsi, selon Serge Sur, qui met en exergue la pacification sans pour autant plaider pour l'impunité des « criminels odieux », il « existe nombre de procédés qui permettent d'éviter ou d'interrompre la prescription »³⁹³.

Des telles possibilités d'extension des délais de prescription sont-elles suffisantes pour tous les crimes, même pour les plus graves ? Sous quelles conditions, selon quelles limites doit-on admettre la prescription et l'imprescriptibilité de crimes internationaux ? Dans quelles circonstances la prescription de crimes internationaux recouvrant les graves violations des droits de l'homme serait-elle acceptable ? Une tentative de dégager de tels critères a eu lieu lors des « Rencontres internationales sur l'impunité » tenues à Genève en 1992. Il a été arrêté « que les solutions nationales ne sauraient entraver le plein respect des engagements internationaux concernant le devoir étatique de poursuivre et de juger les responsables des violations les plus graves »³⁹⁴. Cependant, il a été considéré que, dans des circonstances exceptionnelles, des limitations pourraient « être consenties au droit de punir afin de favoriser le retour à la paix ou la transition vers la démocratie ». Néanmoins, ces limitations doivent être soumises à certaines conditions : « les décisions ne sauraient être prises par les auteurs des violations eux-mêmes ou leurs complices ; elles ne sauraient porter atteinte au droit des victimes et de leurs ayants droit, qui comportent le droit de savoir, celui d'être équitablement indemnisé et, s'il y a lieu, celui d'être pleinement réhabilité »³⁹⁵. Certains critères de limitation du « droit de punir »/ou plutôt du « devoir de punir », si l'on prend en considération les obligations internationales, ont été définis à l'égard de l'amnistie. Ainsi, il ressort du rapport général qu'elle ne peut être tolérée qu'aux conditions suivantes :

³⁹¹ Ce résultat pratique a été critiqué par la doctrine et la jurisprudence considère qu'un délai maximum doit être établi pour la suspension de la prescription (V., Superior Tribunal de Justiça, RHC 7.052-RJ du 7 avril 1998, Rapporteur Ministre Félix Fischer, D.J.U. 18 mai 1998).

³⁹² V. Liu YUAN et Lu JIANPING, « Droit chinois », In Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 357.

³⁹³ Pour l'auteur, même si l'imprescriptibilité est en soi satisfaisante pour l'esprit, l'oubli voire le pardon des crimes, ne sont pas moins honorables. V. Serge SUR, « Le droit international pénal entre l'Etat et la société internationale », in M. HENZELIN et R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris/Genève/Bruxelles, LGDJ/Georg/Bruylant, 2002, p. 59.

³⁹⁴ V. Commission nationale consultative des droits de l'homme, Commission Internationale de Juristes, *Non à l'impunité Oui à la justice*, Genève, 1992, p. 368.

³⁹⁵ V. Commission nationale consultative des droits de l'homme, Commission Internationale de Juristes, *Non à l'impunité Oui à la justice*, Genève, 1992, p. 368.

- « - elle doit respecter le droit à réhabilitation et à réparation des victimes et des familles ;
- elle ne doit pas couvrir des violations reconnues par les instruments internationaux ;
- elle ne doit pas entraver l'action civile des familles »³⁹⁶.

Or, en ce qui concerne l'imprescriptibilité, le rapport général affirme tout simplement que, si sur le sujet la doctrine est bien connue, « des incertitudes demeurent sur les conditions de mise en œuvre, incertitudes qu'il importe de réduire »³⁹⁷.

Pourrait-on, *mutatis mutandis*, s'inspirer de ces lignes directrices pour la prescription ? Quels autres critères ajouter ? A l'exclusion de la condition relative à l'« auto-amnistie » (ce qui pour la prescription ne paraît pas applicable, étant donné, d'une part, qu'elle est, en règle générale, prévue *a priori*, avant que l'infraction ne soit commise³⁹⁸, d'autre part, son automaticité et son application générale), les conditions relatives au respect des droits des victimes de savoir, d'être indemnisées et réhabilitées, sont également valables pour la prescription.

Si l'on se réfère aux décisions de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, elles ne sont pas suffisantes. Selon la CIDH, l'obligation de garantir le droit à la vérité ne remplace pas d'autres obligations de l'Etat, comme celles d'enquêter et de juger. Celles-ci subsistent indépendamment de l'exécution de la première³⁹⁹. Toujours selon la CIDH, malgré l'importance du rôle des Commissions Vérité dans l'établissement des faits liés aux violations des droits de l'homme et dans la réconciliation, l'exercice de ces fonctions ne remplace pas la procédure judiciaire comme méthode d'établissement de la vérité⁴⁰⁰.

Le critère relatif aux « violations reconnues par les instruments internationaux » est probablement trop large. Les travaux de la Commission des Nations Unies, les instruments de *soft law*, la jurisprudence des organes régionaux militent en faveur d'une distinction à opérer selon la gravité de l'acte et la hiérarchie des valeurs dans l'ordre international. Par ailleurs, au critère correspondant à la gravité de l'acte est parfois associé celui de la sévérité de la sanction. Certains systèmes nationaux l'ont ainsi consacré⁴⁰¹ et il en est de même pour le projet de code pénal international⁴⁰². L'imprescriptibilité est admise en cas de peine de réclusion à perpétuité ou de peine de mort comme peines maximales encourues. Ce raisonnement a été applaudi par Rodolfo Schurmann Pacheco comme étant pratique, « puisque la liste plus ou moins longue des crimes internationaux devant être établie dans un Code pénal international ou dans une loi pénale spéciale interne, il faudra nécessairement accorder, dans un large éventail de sanctions, des peines plus importantes qui pourraient justifier l'imprescriptibilité – selon ses défenseurs – et des peines moins importantes sanctionnant les délits de caractère politique moindre, en regard desquelles il serait véritablement exagéré d'appliquer l'imprescriptibilité »⁴⁰³. Selon l'auteur, il s'agit d'une solution de 'politique législative' mais qui est inévitable face à des pays qui « refuseraient de donner leur caution à toute formule qui, même de façon éclectique et très exceptionnelle,

³⁹⁶ V. G. FELLOUS, « Rapport général », précité, p. 362.

³⁹⁷ V. G. FELLOUS, « Rapport général », précité, p. 361.

³⁹⁸ Sauf si l'on imagine une loi adoptée à la suite de l'infraction pour réduire les délais de prescription.

³⁹⁹ V. CIDH, Informe 37/00, Caso 11.481, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez*, du 13 avril 2000, mettant en cause le Salvador. V. § 144.

⁴⁰⁰ V. CIDH, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez*, précité, § 149.

⁴⁰¹ Par exemple, Code pénal italien de 1930 (la peine de mort ou la prison à perpétuité).

⁴⁰² Projet Bassiouni, article 10, note explicative en bas de page, cité par R. SCHURMANN PACHECO, « Principes de légalité, de non-rétroactivité et mesures de prescription », in Commission nationale consultative des droits de l'homme, Commission Internationale de Juristes, *Non à l'impunité Oui à la justice*, Genève, 1992, p. 168.

⁴⁰³ R. SCHURMANN PACHECO, précité, p. 169.

comporte une possibilité d'imprescriptibilité », l'auteur faisant une référence expresse à son pays d'origine, l'Uruguay⁴⁰⁴.

Ce critère pourrait éventuellement répondre aux critiques émises concernant les crimes de guerre, dont la variabilité de gravité des infractions n'est pas négligeable. Mais il peut également poser problème. Il ne paraît pas totalement satisfaisant car un certain nombre d'Etats ne connaissent pas la même échelle des valeurs à protéger. Par exemple, dans les Etats arabo-musulmans, si les actes de terrorisme font l'objet d'une répression très stricte, les crimes contre l'humanité ou le génocide sont inconnus de la législation pénale interne et rétrogradés à la qualification de meurtre de droit commun. En raison de la diversité de l'échelle des valeurs selon les pays, ce critère ne sera donc pas retenu ici.

Conclusion

La prescription génère habituellement une confrontation entre internationalistes et spécialistes du droit interne, surtout les pénalistes. Cette confrontation n'est pas nouvelle, elle a pu être remarquée notamment lors de la création des tribunaux militaires à la suite de la Seconde Guerre mondiale autour du principe de la légalité. La question délicate étant de savoir comment répondre à la barbarie tout en préservant les principes fondamentaux de l'Etat de droit⁴⁰⁵. La cohabitation entre, d'une part, l'affirmation des libertés et garanties individuelles contre un pouvoir coercitif illimité de l'Etat, contre un droit pénal totalitaire, et, d'autre part, la lutte contre l'impunité s'avère difficile. L'acceptation de la répression comme moyen de protection des droits fondamentaux n'est pas toujours évidente, surtout quand l'on remet en question une institution qui jouit d'un large crédit. La prescription est considérée par certains auteurs comme un symbole d'évolution du droit pénal, et même de passage à un droit pénal civilisé⁴⁰⁶, tandis que l'imprescriptibilité est attachée à l'idée de « droit pénal primitif »⁴⁰⁷, à une philosophie rétributive⁴⁰⁸, au concept de vengeance⁴⁰⁹. Dans les années 60, le Président du groupe brésilien à l'AIDP affirmait à propos de l'imprescriptibilité que « celui qui pratique un crime contre l'humanité a le 'droit' d'être inhumain, bestial, monstrueux, mais le juriste n'a pas ce 'droit' »⁴¹⁰.

La présente analyse s'est efforcée d'établir l'évolution de l'institution de l'imprescriptibilité en droit international pour certains crimes en ne perdant pas de vue le respect des principes fondamentaux de l'Etat de droit. Même si, pour certains auteurs, la prescription n'est pas un principe du droit pénal, ni n'a la qualité d'un principe absolu et universel comme le principe de la légalité⁴¹¹, la cohérence existante entre l'acceptation de la

⁴⁰⁴ R. SCHURMANN PACHECO, précité, p. 169.

⁴⁰⁵ Cette question a été posée par les organisateurs des « Rencontres Internationales sur l'Impunité » tenues à Genève en 1992 : « Comment la démocratie et l'Etat de droit doivent-ils affronter le totalitarisme et la barbarie sans risquer de se dévoyer ? » P. BOUCHET, A. DIENG, « Préface », In Commission nationale consultative des droits de l'homme, Commission Internationale de Juristes, *Non à l'impunité Oui à la justice*, Genève, 1992, p. 10.

⁴⁰⁶ V. M.R. TRIPPO, *Imprescritibilidade penal*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004, p. 34.

⁴⁰⁷ V. M.R. TRIPPO, *Op. Cit.*, p. 122.

⁴⁰⁸ V. commission de réforme du Code pénal portugais qui s'est penchée sur la question en 1989 et qui a choisi la non ratification de la Convention européenne sur l'imprescriptibilité ; V. M. GONÇALVES, *Código Penal Português - anotado e comentado e legislação complementar*, p. 397, note n° 4. V. aussi J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal português - As consequências jurídicas do crime*, Ed. Noticias, 1993, pp. 703-704.

⁴⁰⁹ V. T. CASTIGLIONE, "Os crimes contra a humanidade e o problema da prescrição em face de um Código Penal Internacional", *Revista dos Tribunais*, vol. 385, nov. 1967, p. 36. Selon l'auteur, la prescription est un signe de maturité juridique, tandis que l'imprescriptibilité montre la prédisposition à punir non pas avec sérénité, mais avec la passion de ceux qui cherchent à se venger.

⁴¹⁰ T. CASTIGLIONE, *Op. Cit.*, p. 36.

⁴¹¹ R. SCHURMANN PACHECO, précité, p. 168.

prescription et certains principes admis en matière de droit pénal ne peut pas être niée (c'est notamment le cas des principes de nécessité et de proportionnalité, du principe de re-socialisation du condamné ou encore de celui de l'*ultima ratio* du droit pénal).

La présente analyse a essayé de montrer comment les fondements de l'institution de la prescription en droit interne peuvent être réfutés lorsqu'il s'agit de la poursuite des auteurs de graves crimes internationaux. Il a, également, tenté de mettre en exergue les possibilités d'aménagement entre imprescriptibilité et prescription et de dégager quelques principes directeurs pour l'application de la prescription en cas des crimes en question. Dans le cadre plus particulièrement des travaux de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies, un compromis semblait se dessiner autour de la dissociation entre le droit imprescriptible des victimes à la vérité et à réparation en cas de crimes internationaux, et la question de la prescription éventuelle des poursuites contre les auteurs de l'acte. Or, un dépassement contemporain de ce compromis gouvernemental existe déjà dans les travaux les plus récents de la Sous-Commission et dans le cadre des jurisprudences des organes régionaux et universels de protection des droits de l'homme (Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Cours européenne et interaméricaine). La prescription des crimes internationaux y est remise en cause moins par rapport à l'intérêt de punir l'auteur de l'acte même de longues années après, que sur d'autres plans : d'une part, en raison de l'importance de rappeler le droit, la loi - d'autant que l'interdiction des crimes en cause a valeur impérative -, et de prévenir la répétition de l'illicite ; d'autre part, et surtout, en se plaçant du côté de la victime : droit à la vérité, droit au recours effectif et droit à réparation et obligation pour l'Etat d'enquêter et de poursuivre les auteurs des actes. Les évolutions du droit international général (sur les implications de l'engagement de la responsabilité internationale des Etats) et les évolutions du droit international des droits de l'homme (droit à réparation des victimes, droit au recours effectif) se conjuguent ainsi en faveur d'une imprescriptibilité. La remise en cause de la prescription s'effectue selon une approche téléologique.

Il semble bien que ce soit ces développements du droit international des droits de l'homme et, dans une moindre mesure du droit international pénal, qui exercent une pression accrue en faveur d'une remise en cause de la prescription au nom de la lutte contre l'impunité des crimes internationaux, dont la catégorie, aux contours toujours variables, ne cesse d'augmenter. Cette même évolution est également perceptible pour d'autres institutions de clémence, spécialement l'amnistie.

CHAPITRE 4 : ELEMENTS DE SYNTHESE

L'analyse des différentes institutions de clémence du point de vue du droit international confirme que notre époque, au moins dans le discours ambiant, supporte mal l'impunité, en tout cas pour les crimes les plus graves. On peut y voir une progression des droits de l'homme en même temps qu'une progression des préoccupations pour l'humain mais un tel constat ne saurait être vu comme optimiste dans la mesure où ces progressions se font en corrélation, mais non en proportion, de l'ampleur des atteintes que subissent les humains et des violations que subissent leurs droits, mais aussi de la connaissance que l'on en a. Si l'intolérance sociale à l'impunité, et en conséquence l'intolérance juridique à ce qui peut la rendre possible comme des pratiques d'amnistie ou de grâce ou le jeu de prescriptions, se développent, ce n'est pas par un simple retour de la morale mais parce des crimes massifs et/ou graves sont effectivement commis et le vrai progrès serait sans doute qu'ils ne le soient plus. Ce n'est cependant pas la seule raison.

En ce domaine, comme dans tous les autres, le développement de règles internationales est le signe d'un besoin de résoudre par des règles communes des problèmes auxquels chaque Etat seul n'est pas en situation de faire face, soit en raison de circonstances subjectives telles qu'une crise majeure, soit en raison de l'évolution objective de l'Etat. Pendant longtemps, le cloisonnement de la société internationale en Etats a facilité l'impunité,

- soit parce que les Etats ne pouvaient prétendre faire produire des effets extraterritoriaux à leurs lois, en particulier pénales, ni exercer leur compétence concernant des faits sans lien avec leur territoire ou leurs nationaux. La compétence universelle a toujours été, et reste, exceptionnelle et il suffisait donc de trouver refuge dans un Etat sans lien avec les faits ou les personnes à l'origine de la cause jusqu'à ce qu'éventuellement, une décision d'amnistie ou de grâce ou le jeu d'une prescription ne vienne permettre un retour ou n'évite la fuite ;

- soit, ce qui reste largement vrai si l'on en croit la pratique des Etats et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, parce que les personnes concernées bénéficient, du fait de leurs fonctions, d'immunités plus ou moins étendues qui font obstacle à ce qu'on leur demande des comptes ;

- soit parce que chaque Etat, étant maître chez lui, a le contrôle de l'usage qu'il fait des moyens et méthodes permettant d'éviter le jugement et/ou l'exécution totale ou partielle de la sanction mais aussi choisit les motifs pour lesquels il admet un tel usage. Nulle surprise de constater que les mesures de clémence peuvent faire l'objet d'une utilisation politique, même si c'est moins évident pour une institution telle que la prescription en raison de son caractère général et automatique que pour l'amnistie et la grâce, qui portent en elles une vocation à un tel usage.

Ce modèle traditionnel n'a pas totalement disparu mais il s'y est juxtaposé des règles nouvelles, qui dessinent peut-être un nouveau modèle. Ces règles nouvelles ont été essentiellement affirmées par le vecteur du droit international et celui-ci vient interférer avec les droits nationaux, pour produire non pas un bannissement des mesures de clémence mais un simple encadrement, contraignant surtout pour les crimes les plus graves et qui continue de laisser place à des considérations politiques et reste en quête d'équilibre.

I – Les lignes de fond : identifier la complexité

1. Le développement de règles internationales affectant les mesures de clémence est assez largement postérieur à la Deuxième guerre mondiale. Ces règles s'affirment notamment dans le champ du droit humanitaire, du droit international pénal et du droit des droits de l'homme. Elles constituent d'abord et clairement une réaction à des événements qu'on souhaiterait ne pas voir se reproduire. Du moins semble-t-on tenter d'en conjurer le risque et, à défaut, érige-t-on les types de comportements qui les ont provoqués en crimes internationaux, voire crée-t-on la possibilité de les juger au plan international. Mais s'arrêter à ce seul aspect, parce qu'il est le plus évident et le plus visible, comporte deux risques. Le premier est de donner un biais à l'analyse. Le deuxième est d'empêcher de percevoir une deuxième ligne de fond, moins évidente mais tout aussi présente, qui est le recul général de l'Etat et ses conséquences, ou ses manifestations juridiques.

2. Le biais de l'analyse peut venir de ce que, grosso modo, la logique de développement du droit international est le bannissement de l'impunité pour les crimes les plus graves. Dans cette perspective, le droit international ne paraît guère faire de distinction entre les différentes institutions de clémence puisqu'il ne s'y intéresse qu'à raison de leurs effets communs et tend à les rejeter à ce titre, comme productrices d'une impunité qui contrarie son objectif de répression. Mais une telle approche comporte les risques inhérents à tout amalgame, notamment d'être trop formaliste et de faciliter des glissements vers une interprétation d'exclusion globale des mesures de clémence. Cela se fera d'autant plus aisément que, les rapports thématiques le montrent, certaines juridictions internationales ont pu, dans certains de leurs raisonnements, induire un tel amalgame, non seulement en tenant un discours commun sur l'ensemble des institutions de clémence, mais aussi en visant les violations graves des droits de l'homme, notion qui fait certes écho aux crimes internationaux mais ne s'y limite pas nécessairement. S'il semble donc bien exister, dans le droit positif – qui n'est pas seulement ce qu'en dit la jurisprudence mais comporte aussi la pratique des Etats –, une ligne de partage entre les crimes internationaux et les autres agissements, cette ligne peut néanmoins sembler parfois brouillée.

3. On a évoqué d'emblée le fait qu'à l'arrière-plan de l'étude des institutions de clémence, se trouvait la souveraineté de l'Etat. Les mouvements qui affectent celle-ci ont des effets concernant celles-là, en particulier l'amnistie et la grâce qui ont traditionnellement l'image de gestes d'un souverain qui s'est affirmé en accaparant la violence légitime et en retirant aux victimes toute capacité juridique de vengeance ou de pardon. Tant le recul de l'Etat par l'effet de la pensée libérale que l'affaiblissement de l'Etat lié à la mondialisation engendrent une délégitimation de mesures prises au nom d'un intérêt collectif qui devient plus difficile à définir ou à identifier. Corrélativement, l'ensemble des intérêts particuliers ressurgit et s'identifie mieux : intérêt de ceux qui prennent la mesure et en définissent la portée, intérêt de ceux qui en bénéficient, mais aussi intérêts de ceux à qui elle porte « préjudice » plus ou moins directement. Ce qui est intéressant, notamment d'un point de vue sociologique, est l'émergence de la victime, victime de l'oubli ou d'un pardon imposé après avoir été victime des faits. Ce ressurgissement des intérêts particuliers se fait d'autant mieux qu'il s'adosse à l'idéal des droits de l'homme, réponse à la prise de conscience que le progrès de l'humanité n'est pas inéluctable, comme le confirme la répétition de crises humanitaires massives et, au surplus, largement médiatisées. Mais cela engendre un discours qui multiplie les droits. On évoque les droits des victimes, qui portent implicitement l'idée de vengeance – encore indicible – et explicitement les idées de pardon et de réparation, le droit à la vérité, le droit à la mémoire, parce que c'est peut-être la mémoire, davantage que l'oubli, qui peut conjurer les

risques de répétition, mais on évoque aussi un droit à l'oubli. Or, ces droits en sont-ils vraiment ? Pas toujours d'un point de vue juridique mais on aperçoit alors l'importance de l'utilisation du vocabulaire du droit par un discours de légitimité, comme éventuelle préparation d'un droit futur. Parallèlement, le recul de l'autorité politique de l'Etat, incarnée dans le législatif et l'exécutif, s'accompagne d'une judiciarisation de la vie sociale et rend plus aiguë la perception de mesures qui mettent précisément le judiciaire en échec, même si elles sont parfois présentées comme venant garantir son bon fonctionnement ou pallier son excessive sévérité.

II – Les voies du compromis : gérer la complexité

4. Ce qui se profile ainsi, c'est la nécessité d'un nouveau compromis, puisque tout est désormais nécessaire alternativement ou cumulativement, la mémoire, l'oubli, la sanction, le pardon, la réparation, la justice, la paix, la vérité. L'étude du droit international apporte quelques éléments de réponse même s'ils restent partiels et portent leurs propres imperfections. Elle enseigne d'abord l'exclusion des logiques binaires d'acceptation *versus* exclusion des institutions de clémence, d'autant qu'elles ne posent pas toutes les mêmes problèmes. Le fait que le développement du droit international s'enracine dans la lutte contre l'impunité ne signifie pas qu'il faut valider un présupposé selon lequel l'impunité est mauvaise globalement et *a priori*. Il signifie qu'il faut rechercher les critères permettant d'apprécier si une amnistie, une grâce et même une prescription sont acceptables ou, au contraire, « toxiques ». Cela inclut bien sûr la gravité des crimes mais pas seulement. Cela inclut aussi une juste considération du contexte historique, des auteurs de la mesure, de ses destinataires, de tous ceux qu'elle va affecter. C'est ce que montre bien le rapport sur l'amnistie, d'où il résulte qu'il est plus adéquat de parler des amnisties, plutôt que de l'amnistie en droit international. L'amnistie peut résulter aussi bien d'un acte isolé que d'un acte inclus dans un processus de plus vaste portée tel qu'un processus de paix. Elle peut être établie par ceux même qui en bénéficieront ensuite, comme par leurs successeurs. Sa portée peut varier (actes couverts), tout comme son sujet émetteur (parlement, gouvernement, peuple à travers un référendum, magistrats de commissions de réconciliation, etc.). La diversité des situations visées ne permet donc pas une approche univoque. Le droit international prévoit seulement des cas spécifiques d'invalidité et, si les prohibitions pures et simples sont, *a priori*, les plus faciles à identifier, leur portée réelle reste discutée, si bien que la pratique peut continuer de comporter des exemples d'amnisties ambiguës qui n'ont, pourtant, pas été mises en cause, en particulier dans le cas de processus de retour à la paix civile. Au surplus, dans toutes les hypothèses autres que celles d'invalidité claire, il faut un balancement délicat des intérêts en jeu. Le fait qu'on s'interroge sur la validité de l'action des commissions de vérité et réconciliation, qui représentent une des modalités imaginées pour opérer un tel balancement et qui aboutissent souvent à des dispositions d'amnistie, montre bien à quel point il est délicat.

Le rapport sur la grâce apporte le même type de démonstration en mettant en valeur l'ambivalence de la grâce. Si le droit international ne semble pas tolérer les grâces qui viendraient contredire les conventions internationales instaurant une obligation de sanctionner les auteurs d'infractions graves, il protège, dans le même temps, le droit à un recours en grâce effectif au bénéfice de tous ceux frappés par une peine. Il ne remet donc pas en cause dans son principe cette prérogative du Souverain, comme telle d'ailleurs intransposable dans l'ordre international où la recherche de substituts plus ou moins approximatifs (ex : la réduction de peine) vient attester *a contrario* de son utilité. Mais il vient en conditionner l'usage, voire en fonder le contrôle, le caractère relativement limité de cet encadrement montrant cependant

bien que, mesure individuelle, la grâce est par nature moins apte à la toxicité que les autres mesures de clémence. Encore que l'approche soit également tout en nuances concernant la prescription, peut-être parce qu'elle est, de toutes les mesures de clémence, celle dont le caractère d'intérêt social est le plus avéré, dans sa justification comme dans ses modalités, en particulier l'automatisme. Mais le fait qu'elle soit définie *a priori* et dans des termes généraux n'en fait pas une mesure objective. S'il en est ainsi, c'est précisément parce que le rapport au temps n'est pas objectif et, de ce fait, l'automatisme de la prescription fait problème en soi, sans même avoir à s'attarder sur l'hypothèse d'une manipulation délibérée des délais de prescription.

5. Ainsi, le nouveau compromis en cours de définition concernant les institutions de clémence appelle, entre autres choses, une recomposition du rapport au temps puisque celui-ci a toujours un effet. Son passage est la dynamique de ce que Charles De Visscher appelait les effectivités en action, dynamique que le droit ne conteste pas et par laquelle il accepte de se laisser subvertir, quitte à s'en trouver amendé ou renouvelé. Le rapport sur la prescription rappelle fort justement que la prescription est d'une certaine manière la règle en toute chose et que même les droits souverains de l'Etat ne sont pas imprescriptibles. C'est dire que l'imprescriptibilité se construit sur le mode de l'exception, uniquement pour les crimes les plus graves, comme soupape de sûreté face au paradoxe – au moins apparent – que les crimes les plus graves peuvent être les plus difficiles à juger. Mais cette imprescriptibilité, au moins dans son esprit initial, a une double dimension. La première est l'échelle humaine qui impose une limite inéluctable puisqu'il arrive fatalement un jour où il n'y a plus personne à poursuivre. La seconde est l'échelle sociale qui implique le refus d'une société d'oublier et la nécessité corrélatrice dans laquelle elle est de lire et relire cette page de son histoire avant de pouvoir la tourner. L'amnistie et la grâce soulèvent, *mutatis mutandis*, le même type de questions, en particulier la première dès lors qu'elle se situe avant le jugement. C'est la nécessité dans laquelle une société est de faire face à son histoire, aux fins de se l'approprier, qui explique la remise en cause d'amnisties après un temps qui a produit suffisamment d'apaisement pour le rendre possible.

6. Il faut enfin tenir compte des interférences et rapports entre les différentes institutions de clémence, mais aussi avec d'autres institutions juridiques. Les rapports montrent en particulier les relations qui s'établissent entre amnistie et prescription et la difficulté de concevoir que des crimes imprescriptibles puissent être amnistiés. La situation est plus ambiguë concernant la grâce, en tant que mesure individuelle. Mais cela aide à percevoir que l'élément important est que les faits puissent donner lieu à un débat et à une dénonciation, que la forme soit judiciaire ou qu'elle se décline vers des formules transitionnelles comme les commissions vérité et réconciliation. Celles-ci peuvent d'ailleurs ne représenter qu'une étape qui rendra possibles, ultérieurement, des poursuites pénales. Une fois la peine prononcée, la perspective semble changer et l'expérience des juridictions pénales internationales montre bien que, si les abus de grâce sont inacceptables, on n'en a pas moins besoin de mécanismes permettant de composer avec la durée de la peine, y compris lorsqu'il s'est agi de sanctionner les crimes les plus graves. On retrouve la nécessité de composer avec le temps et, donc, la nécessité de ne pas oublier l'utilité des institutions de clémence, sauf à provoquer la recherche d'institutions alternatives.

DEUXIEME PARTIE : LES INSTITUTIONS DE CLEMENCE EN DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARE EUROPEEN

CHAPITRE 1 : L'AMNISTIE EN DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARE EUROPEEN

Conformément à la définition de P. Ricoeur « réparer par l'oubli les déchirures du corps social »⁴¹², l'amnistie a pour effet d'effacer définitivement le caractère infractionnel des actes qu'elle couvre. Elle « abolit, efface, supprime. Jamais les infractions n'ont été commises. Jamais leur auteur n'a été puni. Il n'y a jamais rien eu »⁴¹³. Le terme « amnistie », du grec ancien *amnestia*, compression de *a-* (privation) et *mnēstis* (souvenir) se retrouve dans plusieurs langues. Outre le français, l'allemand évoque die « *Amnestie* », l'italien « *amnistie* » et le romanche « *amnestia* »⁴¹⁴. A la différence d'autres institutions de clémence, l'amnistie constitue un concept clé de la théorie générale de l'Etat. Elle constitue en effet une technique juridique qui a pour objectif la sauvegarde des intérêts fondamentaux de l'Etat et le maintien du bon fonctionnement d'un régime politique. Il s'avère parfois nécessaire d'oublier, de dépasser certains agissements délictueux au nom d'un intérêt supérieur⁴¹⁵. Contrairement à l'institution de la grâce, du moins en principe, ce n'est donc pas tant le droit de l'individu à se voir dispenser de l'exécution de sa peine, mais bien les intérêts essentiels de l'Etat qui sont en cause dans une telle institution. Cette analyse peut cependant être nuancée au regard des enseignements du droit polonais qui considère qu'un référendum ne peut pas porter sur l'amnistie, car, au regard de l'article 125 de la Constitution polonaise de 1997, il ne « s'agit pas d'une affaire d'une importance particulière pour l'Etat ».

1. Définir l'amnistie implique, dans un premier temps, de la rapprocher d'autres institutions de clémence et, en premier lieu, de la grâce à laquelle elle est parfois à tort identifiée. L'amnistie, telle qu'elle résulte d'une analyse comparée des modèles européens, se distingue de la grâce essentiellement de trois manières :

- la grâce en tant que « renonciation, totale ou partielle, à l'exécution d'une peine prononcée contre une personne déterminée », intervient nécessairement après une condamnation, alors que l'amnistie en tant que « renonciation à la poursuite pénale ou à l'exécution d'une peine dirigée ou prononcée contre une pluralité de personnes », peut intervenir aussi bien avant qu'après condamnation ;

- l'amnistie, contrairement à la grâce qui est une mesure personnelle, vise une pluralité de personnes non déterminées individuellement. Elle est donc impersonnelle ;

- l'amnistie est dictée par l'intérêt de l'Etat, contrairement à la grâce qui trouve sa raison d'être dans l'intérêt personnel de son bénéficiaire.

En outre, amnistie et grâce diffèrent quant à la procédure et à la compétence de la décision. La grâce émane le plus souvent du Pouvoir exécutif, alors que l'amnistie résulte d'une loi du Parlement.

⁴¹² « Le Juste », *Esprit*, 1995, p 205.

⁴¹³ R. TAHON, « L'amnistie », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1940, p 11. Le Conseil constitutionnel français définit pour sa part l'amnistie comme « étant l'oubli de certains faits et l'effacement de leur caractère répréhensible », décision 88-244 DC du 20 juillet 1988.

⁴¹⁴ T. RAHIMABADI, *Les effets de l'amnistie en droit comparé*, thèse Paris II, 1979.

⁴¹⁵ C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 3^{ème} édition, 2003, p 253.

Cette distinction claire à l'origine s'est néanmoins quelque peu obscurcie. En effet, comme le relève Mathilde Philip-Gay, « la distinction a été rendue plus difficile en raison de leurs évolutions respectives. En effet, l'amnistie s'est personnalisée, tandis que la grâce la complétait sous la forme de grâce amnistiante puis de l'admission au bénéfice de l'amnistie par décret »⁴¹⁶. Ces évolutions ne remettent cependant pas en cause en droit français la distinction entre ces deux institutions de clémence. Outre l'autorité qui les accorde et la procédure suivie pour les adopter, elles diffèrent également quant à leurs effets. L'amnistie, contrairement à la grâce, a des effets rétroactifs et ne laisse pas subsister la condamnation. A ce stade, une première définition de l'amnistie peut ainsi être formulée « terme de droit pénal interne désignant la mesure pour laquelle le législateur décide de ne pas poursuivre les auteurs de certains infractions ou de ne pas appliquer les condamnations »⁴¹⁷.

L'analyse des principaux modèles comparés témoigne de la large consécration dans les droits nationaux de cette institution de clémence particulière qu'est l'amnistie. La seule exception est celle du droit norvégien qui ne connaît que le droit de grâce. Comme le souligne Eivind Smith, « l'idée d'adopter des lois d'amnistie visant des événements ou pratiques particuliers est inconnue dans la Norvège de nos jours »⁴¹⁸. En Espagne, une partie de la doctrine considère que le système juridique espagnol ne réserve aucune place à l'amnistie. Selon cette analyse, l'interdiction de la grâce générale par la Constitution espagnole entraîne *de jure* celle de l'amnistie⁴¹⁹. L'auteur du rapport espagnol ne partage cependant pas ce point de vue.

2. Le questionnaire proposé pour l'élaboration des rapports nationaux⁴²⁰ invitait, outre l'identification des dispositions constitutionnelles spécifiques à l'amnistie quand elles existent, à s'interroger sur l'application à cette dernière d'une jurisprudence constitutionnelle (ou d'une jurisprudence de juridictions suprêmes spécifiques). Les fondements constitutionnels précisés, chaque rapporteur devait indiquer la définition retenue de l'amnistie par chaque droit national, notamment au regard d'autres institutions de clémence susceptibles de s'en approcher, la procédure applicable, les effets de l'amnistie dans l'ordre juridique ainsi que ses rapports avec les principes constitutionnels fondamentaux de l'ordre juridique comme le principe de la séparation des pouvoirs, celui de la nécessité des peines ou encore la protection de l'ordre juridique.

La comparaison des droits nationaux applicables à l'amnistie enseigne qu'il s'agit d'une institution de droit pénal, dont le fondement est bien souvent constitutionnel, qui est présent dans la quasi-totalité des modèles européens. Si les définitions, à quelques nuances près, se recoupent pour l'essentiel, il n'en reste pas moins que la mise en œuvre est très largement tributaire des contextes nationaux. L'aspect technique de l'institution ne saurait dissimuler la nécessité de recourir à l'histoire constitutionnelle et politique de chaque Etat pour en saisir, dans chaque cas, la réelle portée. Cette leçon bien admise aujourd'hui de la méthode comparative trouve une acuité particulière dans l'étude d'une institution qui concerne au plus haut point la manière dont un Etat entend préserver ses intérêts fondamentaux tout en poursuivant une finalité de réconciliation nationale. Il existe fondamentalement une symbolique de l'amnistie qui s'enracine dans la manière dont un Etat entend gérer son rapport à son histoire et à sa mémoire collective. Bien plus, l'analyse de l'amnistie renvoie à celle de

⁴¹⁶ Rapport français, p 19.

⁴¹⁷ En droit international, l'amnistie désigne traditionnellement « la clause d'un traité de paix par laquelle les parties renoncent à leurs griefs, que ceux-ci soient antérieurs ou consécutifs à la guerre ».

⁴¹⁸ Rapport norvégien, p. 8.

⁴¹⁹ Rapport espagnol, p. 2. Il n'existe ni définition constitutionnelle ni définition légale de l'amnistie en droit espagnol.

⁴²⁰ V. Annexe 2.

la politique criminelle de chaque Etat dont elle constitue un instrument de première importance.

L'intérêt d'une analyse comparative de l'amnistie est par ailleurs renforcé par le développement de la justice constitutionnelle, car, en cette matière, comme en bien d'autres, le droit pénal est saisi par le droit constitutionnel et le développement de la jurisprudence constitutionnelle. C'est principalement dans la conciliation entre le droit de l'amnistie et les principes constitutionnels applicables à la matière qu'une telle jurisprudence trouve une acuité particulière. Par ailleurs, la mise en place du mandat d'arrêt européen soulève de nouvelles interrogations quant à la portée de l'amnistie. Ainsi, l'article 4, 1^o, de la loi belge du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen dispose que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen est refusée notamment si « l'infraction qui est à la base du mandat d'arrêt est couverte par une loi d'amnistie en Belgique » et « pour autant que les faits aient pu être poursuivis en Belgique en vertu de la loi belge ».

Après avoir envisagé le recours relativement rare aux lois d'amnistie dans les Etats européens (I), il s'agira d'envisager l'encadrement constitutionnel dont fait l'objet une telle institution dans les divers ordres juridiques nationaux (II).

I - La rareté des lois d'amnistie dans les Etats européens

La technique de l'amnistie est reconnue dans la très grande majorité des Etats européens. Avant d'aborder les motifs qui conduisent le législateur national à amnistier certains crimes et délits (B), une clarification du concept même d'amnistie s'impose. Celle-ci est en effet à distinguer d'autres techniques de politique criminelle qui présentent des caractéristiques communes (A).

A - Une clarification conceptuelle

La plupart des systèmes nationaux connaissent la technique de l'amnistie. Cette dernière revêt néanmoins des formes distinctes, comme en témoigne l'exemple italien. Par ailleurs, dans certains pays, elle est à distinguer de certaines procédures qui présentent avec elle des traits communs, comme l'illustre l'institution du pardon générique au Portugal.

L'amnistie est prévue dans la Constitution italienne (article 79). En droit italien, il s'agit d'un acte juridique à caractère général par lequel l'Etat enlève tout caractère délictueux à certains faits commis préalablement et pénalement répréhensibles. Le Code pénal italien distingue deux formes d'amnistie : l'« amnistie impropre » qui se présente comme une mesure préventive en ne concernant que les délits pour lesquels un jugement de condamnation pénale irrévocable n'a pas encore été prononcé. En revanche, en cas de mesure de clémence votée après une condamnation définitive, l'amnistie est qualifiée d'« amnistie propre » (*sic*). Dans ce dernier cas, un problème particulier se pose au regard du principe de présomption d'innocence. La question a été résolue par la Cour constitutionnelle italienne qui a reconnu un « droit de renonciation à l'amnistie »⁴²¹. Dans tous les cas, l'amnistie ne préjuge pas les droits des tiers et n'éteint pas les obligations civiles découlant d'un crime. Le caractère général de l'amnistie est également présent dans le droit polonais : l'amnistie est « un acte de clémence de caractère général, toujours appliqué par une loi »⁴²². En revanche, le droit polonais connaît

⁴²¹ Jugement 175/1971

⁴²² Rapport sur la Pologne, p. 1.

une distinction avec l'abolition, non reconnue dans tous les pays. En effet, si l'amnistie enlève ou adoucit les peines, l'abolition supprime la responsabilité pénale. Le droit polonais distingue deux types de décisions sur l'amnistie : une amnistie définitive, appliquée dans le cas des infractions les moins graves et une amnistie appliquée pour les délits les plus graves qui appelle un délai d'observation. Au Portugal, l'amnistie se distingue du « pardon générique ». Il s'agit d'une mesure à caractère général qui a pour effet l'extinction de certaines peines. La doctrine portugaise distingue ainsi l'amnistie, qui est une mesure de clémence générale appliquée en fonction des crimes, et le pardon générique qui constitue la mesure de clémence appliquée en fonction des peines. Le pardon générique peut être total ou partiel, selon qu'est pardonnée la totalité ou seulement une partie de la peine. Dans les deux cas, il s'agit d'une mesure de clémence à caractère général visant à agir sur la peine à laquelle l'auteur d'un crime ou d'un délit a été condamné. Les deux institutions de clémence produisent ainsi, malgré leur différence conceptuelle, des effets similaires comme la restitution des droits dont la condamnation a privé la personne ou la suppression de la sanction du casier judiciaire. Concernant la France, il importe également d'évoquer la « grâce amnistiante » qui apparaît comme une « institution hybride de la grâce et de l'amnistie par laquelle le législateur entend faire bénéficier des effets de l'amnistie certains individus qui auront obtenu pour la condamnation qui les a frappés un délai de grâce dans un délai déterminé. Le procédé permet d'associer les avantages de la grâce (meilleure individualisation) et de l'amnistie (disparition rétroactive de la condamnation) »⁴²³.

B - Les motifs d'adoption d'une loi d'amnistie

Une comparaison des principaux Etats européens témoignent, d'une part, du faible recours aux lois d'amnistie⁴²⁴ et, d'autre part, d'une volonté des textes de réserver une telle procédure à des situations exceptionnelles. Celles-ci peuvent être regroupées de la manière suivante :

- l'amnistie comme mesure de politique criminelle : une loi d'amnistie a été votée en Pologne pour « vider » les prisons surpeuplées des auteurs des infractions les moins graves ;

- l'amnistie comme symbole d'unité nationale⁴²⁵. Il s'agit ici de fêter un événement national. Tel est le cas de la loi d'amnistie de 1952 en Pologne qui célèbre l'adoption de la nouvelle Constitution polonaise. A l'occasion de la fête nationale, le législateur polonais adopta également des lois d'amnistie de 1945 et 1947⁴²⁶. En France, depuis 1959, chaque élection présidentielle justifie l'adoption d'une loi d'amnistie pour certaines infractions commises avant l'entrée en fonction du Chef de l'Etat nouvellement élu ou réélu⁴²⁷. La circulaire relative à l'application de « la loi du 6 août 2002 portant amnistie » évoque ainsi sa conformité à « la tradition de la V^{ème} République ». Il peut s'agir également de célébrer l'unité nationale retrouvée après une guerre. Ce fut le cas, au lendemain de la seconde guerre mondiale, en Belgique, en Italie et en Roumanie. En Allemagne, en revanche, la tradition n'est plus, depuis la chute de la monarchie, à l'adoption d'une loi d'amnistie à l'occasion de la célébration d'un événement national. En Espagne, aucune loi d'amnistie n'a été adoptée

⁴²³ G. LOOS, *L'amnistie en droit constitutionnel sous la Vème République*, mémoire de DEA sous la direction de M. Verpeaux, Université Paris I, 2004, pp 24-25.

⁴²⁴ A l'exception de certains pays, comme la Russie.

⁴²⁵ Le préambule de l'arrêté-loi belge du 20 septembre 1945 est très explicite à cet égard : « en vue de rallier les esprits et de fortifier l'union de tous, il importe de mettre en oubli ces excès passagers qui trouvent leur cause dans des circonstances exceptionnelles ».

⁴²⁶ On peut en trouver le texte dans *Sociologie et droit slaves*, Volume 6, 1947, pp 324-332.

⁴²⁷ Loi d'amnistie du 16 juillet 1974, du 4 août 1981, du 20 juillet 1988, du 3 août 1995 et du 6 août 2002.

depuis celles de la transition politique entre le régime de Franco et le système constitutionnel actuel⁴²⁸. En Russie, une amnistie est régulièrement adoptée à l'occasion d'évènements historiques, de fêtes nationales et internationales. A l'occasion de l'adoption de la Constitution de la Fédération de Russie, la Douma a voté une amnistie le 23 février 1994. De la même manière, une amnistie a été adoptée le 26 mai 2000 pour le 55^{ème} anniversaire de la Victoire de la « Grande guerre patriotique de 1941-1945 ».

- l'amnistie comme instrument de conciliation sociale. En France, la majorité des lois d'amnistie ont été votées au lendemain de crises économiques, politiques ou sociales. L'objectif, comme le souligne le Conseil constitutionnel, réside dans une volonté de préserver un certain apaisement politique et social. Ceci se retrouve également en Belgique⁴²⁹. Cette fonction de l'amnistie se manifeste plus particulièrement dans un de ses effets qui est celui de l'apurement du casier judiciaire des personnes qui ont subi une peine. On songe en particulier aux articles 84 et 85 du Code pénal russe. Cet effet ne se retrouve néanmoins pas dans tous les droits nationaux.

- l'amnistie comme instrument politique. En Italie, l'amnistie apparaît également comme une mesure de caractère exceptionnel, parfois liée à des raisons d'opportunité politique. Une amnistie fut ainsi accordée pour les faits délictueux commis par les fascistes ou par des sympathisants du régime au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Cette amnistie s'expliqua, pour une large part, pour des raisons politiques. La position du Ministre de la justice de l'époque, Palmiro Togliatti, était que de telles mesures de clémence s'avéraient nécessaires pour remporter la victoire au référendum du 2 juin 1946 relatif à l'établissement de la forme républicaine de gouvernement. Il s'agissait de rallier à la République les suffrages des anciens fascistes. Au-delà de cet exemple marquant, la procédure d'amnistie fut souvent mise en œuvre. La raison en est principalement procédurale : il suffisait, jusqu'à la loi constitutionnelle du 6 mars 1992, d'un acte du président de la République habilité, à cet égard, par une loi du Parlement. En Italie, aucune mesure de clémence n'a jamais été adoptée à l'égard des délits liés à la violation des lois sur le financement des partis politiques. En Russie, il n'existe pas d'obstacle constitutionnel au vote d'une loi d'amnistie en faveur des parlementaires. Les seules exceptions concernent les auteurs d'actes terroristes, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité.

- les amnisties fiscales. Les dernières lois d'amnistie en Allemagne, qui datent de 1968, 1970 et 1988, ont simplement accompagné une réforme du droit fiscal et de la législation pénale. Elles n'ont revêtu aucune signification politique particulière. La loi espagnole 58/2003, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, réserve à la loi « la remise de dettes et sanctions fiscales... » en spécifiant que « les dettes fiscales pourront simplement être remises en vertu de la loi, dans la quantité et avec les conditions requises qui apparaissent déterminées dans la dite loi ». Une telle disposition peut s'analyser en termes d'amnistie fiscale. D'autres pays européens connaissent le même type de pratique.

Au total, les amnisties sont de plus en plus rares. Outre la rareté déjà soulignée en Allemagne, aucune amnistie n'a été votée en Grèce depuis 1974. En Roumanie, la dernière loi d'amnistie remonte à la Révolution de 1989. Il en va de même en Suisse. Sur une vingtaine de propositions d'amnistie, quatre seulement ont donné lieu à une décision d'amnistie⁴³⁰, alors

⁴²⁸ La dernière loi est celle du 17 octobre 1978.

⁴²⁹ V. la loi du 28 juillet 1936, citée in Rapport belge, p 15.

⁴³⁰ Rapport sur la Suisse, p 23.

que toutes les demandes avaient été satisfaites au XIX^{ème} siècle⁴³¹. En droit polonais, aucune loi d'amnistie n'a été adoptée au cours de ces quinze dernières années. Les lois d'amnistie sont en revanche plus nombreuses au Portugal. Ainsi, après la révolution démocratique du 25 avril 1974, ont été amnistiés tous les crimes politiques et infractions disciplinaires, le crime de désertion et autres crimes militaires... Actuellement, la tendance est cependant à la diminution du nombre de lois d'amnistie adoptées, la plus récente datant de 1999. Cette raréfaction du nombre de lois d'amnistie se justifie :

-par le caractère stable de la vie démocratique de l'ensemble des Etats de l'Union européenne. Il y a de moins en moins de changement de régimes politiques ;

-par le respect des principes et exigences à valeur constitutionnelle comme le principe de présomption d'innocence, la séparation des pouvoirs ou le principe d'égalité ;

-par l'impossibilité d'organiser un référendum sur les institutions de clémence (à titre d'exemple, voir l'article 115 n°4 de la Constitution portugaise, l'article 125 de la Constitution de Pologne ou encore la Belgique et la Russie). En droit suisse, en revanche, l'amnistie peut faire l'objet d'une initiative populaire ou d'un référendum. Les décisions de l'Assemblée fédérale en matière de grâce et d'amnistie ne sont cependant pas assujetties au référendum (sauf le cas particulier de l'amnistie fiscale)⁴³².

II - L'encadrement constitutionnel du recours à l'amnistie

Si la plupart des Constitutions européennes garantissent explicitement le recours à une telle institution de clémence (A), c'est le développement récent de la jurisprudence constitutionnelle qui a permis de préciser non seulement comment concilier le recours à l'amnistie avec le respect de certains principes constitutionnels comme la présomption d'innocence ou la séparation des pouvoirs, mais également les effets que pouvait produire une telle procédure (B).

A - Une institution de clémence souvent garantie par la Constitution

La procédure d'amnistie est, à quelques exceptions, le plus souvent garantie dans le texte même de la Constitution⁴³³. Parmi ces exceptions figure la Loi fondamentale allemande qui, comme la Constitution espagnole de 1978⁴³⁴ ou la Constitution belge, ne contient aucune disposition spécifique relative à l'amnistie, contrairement aux constitutions des *Länder*. Si le terme d'amnistie est parfois utilisé⁴³⁵, l'expression « remise générale de peine et interruption générale ou partielle de procédures pénales pendantes » l'est davantage⁴³⁶. Les constitutions fédérées soulignent ainsi la nécessité d'une intervention législative pour régir de telles matières. S'agissant du *Bund*, la Loi fondamentale établit le principe selon lequel le législateur fédéral est compétent pour fixer les règles essentielles du droit pénal. Si le pouvoir législatif dispose d'un large pouvoir d'appréciation⁴³⁷, la Cour constitutionnelle fédérale rappelle que l'amnistie doit être formulée en des termes généraux et ne peut pas viser des

⁴³¹ A l'exception d'un cas anecdotique en 1955.

⁴³² V. le rapport sur la Suisse, p 43.

⁴³³ Outre les exemples donnés par les rapports nationaux (Italie, Portugal), on peut citer également l'article 105 de la Constitution finlandaise.

⁴³⁴ En revanche, la Constitution espagnole comporte trois références à la grâce aux articles 62.i, 87.3 et 102.3, voir le Rapport espagnol p 2.

⁴³⁵ Article 49 de la Constitution du Mecklembourg Poméranie : « Une amnistie exige une loi ».

⁴³⁶ Article 52 de la Constitution du Bade-Wurtemberg : « Une remise générale de peine et d'interruption générale de procédures pénales ne peuvent être prononcées que par la loi ».

⁴³⁷ BVerfGE, 25, 352.

personnes facilement individualisables⁴³⁸. Le législateur doit également respecter le principe d'égalité.

Les constitutions européennes soulignent généralement la compétence du législateur pour intervenir dans un tel domaine. Elles imposent parfois des conditions de majorité particulière ou le recours au législateur organique⁴³⁹. Dans un Etat fédéral, il importe également de prendre en considération la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les entités fédérées. Ces précisions faites, il n'en reste pas moins que l'amnistie est décidée par l'organe législatif. Une telle compétence peut aisément s'expliquer. Puisque le caractère délictueux des faits leur avait été conféré par la loi⁴⁴⁰, il est logique d'admettre que l'amnistie ne peut être décidée que par le législateur⁴⁴¹. C'est ce que prévoit l'article 34 alinéa 5 de la Constitution française. L'article 73 alinéa 3 de la Constitution roumaine prévoit que l'amnistie, au même titre que la grâce collective, est accordée par la loi organique. Le législateur organique dispose d'un pouvoir discrétionnaire sous réserve du respect du principe d'égalité. En Suisse, l'amnistie est mentionnée dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999 à l'article 173 alinéa 1^{er}, lettre k, mais n'est pas régie par le Code pénal. Comme pour la grâce, la Constitution fédérale prévoit la compétence du Parlement fédéral. En effet, l'Assemblée fédérale « statue sur les recours en grâce et prononce l'amnistie⁴⁴² ». En revanche, l'institution de l'amnistie apparaît dans la moitié des constitutions cantonales⁴⁴³, constitutions qui se limitent à confier au Parlement cantonal la compétence de prononcer l'amnistie, sans définir l'institution, ni en préciser la procédure⁴⁴⁴. Néanmoins, le Conseil fédéral, par souci d'éviter toute confusion susceptible de provenir du parallélisme avec la grâce, a proposé l'introduction d'une disposition régissant l'amnistie dans son projet de révision de la partie générale du Code pénal suisse. Les Chambres fédérales l'ont suivi et le Code révisé, adopté le 13 décembre 2002, mais non encore entré en vigueur, comprend désormais un article 384 qui régit l'amnistie. Cette disposition comprend deux alinéas : selon le premier, l'Assemblée fédérale « peut accorder l'amnistie dans les affaires pénales auxquelles le présent Code ou une autre loi fédérale s'appliquent » ; le second définit l'amnistie « comme excluant la poursuite de certaines infractions ou de certaines catégories d'auteurs et entraîne la remise des peines correspondant ».

En Italie, le principe est également celui de la compétence législative. Celle-ci empruntait néanmoins, originellement, une voie originale, dans la mesure où il s'agissait pour le Parlement d'autoriser le Président de la République à accorder l'amnistie, comme la remise de peine d'ailleurs. Le Parlement délégait au Chef de l'Etat le pouvoir d'accorder une telle clémence. Telle était la version originale de l'article 79 de la Constitution italienne de 1947. Le rapport italien souligne cependant l'ambiguïté que revêtait une telle procédure. En effet, elle pouvait juridiquement revêtir une double signification. La première, celle que l'on a dite précédemment, était celle d'une loi d'autorisation du Parlement qui investissait le Président du droit de conférer l'amnistie. La seconde, en revanche, analysait l'amnistie comme un

⁴³⁸ BVerfGE, 10, 254.

⁴³⁹ V. *infra*.

⁴⁴⁰ Tel est le sens du principe de la légalité des délits et des peines.

⁴⁴¹ Dans la décision 98-408 DC du 22 janvier 1999, le Conseil constitutionnel y a même vu une « compétence relevant des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

⁴⁴² Ceci vaut pour toutes les infractions relevant du Code pénal suisse, c'est à dire par le droit pénal fédéral, et cela indépendamment de la répartition des compétences de poursuite et de jugement de ces infractions.

⁴⁴³ Cette compétence de prononcer l'amnistie ne vaut que pour ce qui est des infractions du droit pénal cantonal. Les cantons n'ont donc de compétence que pour certaines contraventions.

⁴⁴⁴ Tel est le cas des Constitutions de Berne (article 79 alinéa 1^{er}, lettre e), Lucerne (article 55, lettre b), Schwyz (article 38), Zoug (article 41, lettre f), Fribourg (article 105, lettre c), Soleure (article 76, alinéa 1^{er}, lettre d).

« acte complexe » qui nécessitait un accord du Parlement et du Président de la République⁴⁴⁵. La procédure fut modifiée par la loi constitutionnelle du 6 mars 1992. Désormais, l'amnistie est accordée par une loi du Parlement approuvée à la majorité des 2/3 de chaque chambre (article 79 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1947 révisée en 1992). Le recours à une majorité qualifiée aussi élevée a pour effet de limiter en pratique le vote de lois d'amnistie. Il est en effet difficile de trouver un tel accord au Parlement entre les forces politiques et les groupes parlementaires. Par ailleurs, aux termes de l'article 79 alinéa 2 de la Constitution, le délai d'application de la mesure de clémence est fixé par la loi qui accorde l'amnistie. Quoiqu'il en soit l'amnistie ne peut être appliquée qu'aux délits postérieurs à la présentation du projet de loi correspondant. Enfin, l'article 75 de la Constitution exclut expressément que les lois d'amnistie et de remise de peine puissent être soumises à un référendum d'abrogation.

En Belgique, les lois d'amnistie ne sont votées obligatoirement que par la Chambre des représentants et facultativement par le Sénat, soit que ce dernier en fasse la demande, soit qu'il s'agisse d'une proposition de loi déposée par un sénateur. La Chambre des représentants jouit par voie de conséquence d'un pouvoir de dernier mot. En Grèce, l'amnistie n'est accordée que pour les délits politiques par une loi votée en assemblée plénière de la Chambre des députés à la majorité des 3/5^{ème} du nombre total de députés. Aux termes de l'article 103 e) de la Constitution de la Fédération de Russie, l'amnistie relève de la Douma, chambre basse du Parlement de Russie. L'article 161 de la Constitution portugaise dispose que l'amnistie, au même titre que le « pardon générique », relève des compétences du parlement. La Cour suprême de justice qualifie même une telle compétence, dans des arrêts du 4 avril 1979 et du 4 juin 1980, de « compétence exclusive et intransmissible ».

B - L'encadrement de la procédure d'amnistie par la jurisprudence des cours constitutionnelles

Il n'est guère contestable que la procédure d'amnistie est susceptible de porter atteinte à des principes constitutionnels. La lecture des rapports nationaux permet de souligner que trois d'entre eux sont plus particulièrement mis en cause : le principe de séparation des pouvoirs, le principe de la présomption d'innocence et le principe d'égalité⁴⁴⁶.

Au regard des exigences inhérentes au principe de séparation des pouvoirs, l'amnistie pourrait représenter une immixtion de l'organe législatif dans le champ de compétences de l'autorité judiciaire. Elle empêcherait ainsi l'exercice de la fonction judiciaire lorsqu'elle intervient avant toute condamnation et remettrait en cause l'autorité de chose jugée dès lors qu'elle efface la sanction. Le Conseil constitutionnel français a néanmoins estimé « qu'il est de l'essence même d'une mesure d'amnistie d'enlever pour l'avenir tout caractère délictueux à certains faits pénalement répréhensibles, en interdisant toute poursuite à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappées ; que la dérogation ainsi apportée au principe de la séparation des pouvoirs trouve son fondement dans les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui font figurer au nombre des matières qui relèvent de la loi la fixation des règles concernant l'amnistie »⁴⁴⁷. Ainsi, le Conseil constitutionnel ne conteste pas la remise en cause du principe de séparation des pouvoirs par l'amnistie, mais il considère comme conforme à la Constitution le vote d'une loi amnistiante au regard de l'habilitation spécifique accordée au législateur par l'article 34 de la Constitution de 1958. Le législateur a la possibilité de conférer au Chef de l'Etat une délégation de l'admission au bénéfice de

⁴⁴⁵ PALMERINI, « Profili costituzionali dell'amnistia e dell'indulto », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1954, p. 109s.

⁴⁴⁶ On peut songer aussi à la liberté contractuelle ou à d'autres droits individuels des citoyens.

⁴⁴⁷ Décision 89-258 du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*.

l'amnistie. Cette intervention de l'exécutif dans l'octroi du bénéfice de l'amnistie n'est pas jugée contraire à la Constitution. Au regard du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel admet une différence de traitement entre des catégories de délinquants objectivement définies dès lors qu'elle est instituée dans un « but d'apaisement politique et social ». Ce dernier est une condition à part entière de la constitutionnalité d'une loi d'amnistie. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré en 1982 que les dispositions de la loi d'amnistie des infractions commises « antérieurement au 23 décembre 1981 à l'occasion d'évènements d'ordre politique ou social en relation avec la détermination du statut de la Corse » respectait le principe d'égalité en raison de leur détermination objective et du respect de l'objet de l'amnistie⁴⁴⁸, rejetant l'argument des sénateurs qui invoquait le principe d'égalité, dès lors que seuls bénéficiaient de l'amnistie les auteurs des infractions en rapport avec le statut particulier de la Corse, « lesquelles ne différaient pas des infractions commises dans d'autres parties du territoire national ». Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a admis que le Parlement puisse adopter une loi d'amnistie au profit des parlementaires, mais à condition qu'ils s'inscrivent dans une catégorie objective d'infractions et de personnes amnistiées et que cette amnistie réponde à un objectif d'apaisement politique et social⁴⁴⁹.

En Italie, la Cour constitutionnelle a également apporté des précisions sur l'amnistie. Elle a, notamment, réaffirmé le caractère discrétionnaire de l'intervention du législateur⁴⁵⁰. Ce pouvoir discrétionnaire concerne la détermination concrète des mesures d'amnistie et de remise de peine⁴⁵¹, le choix des crimes pouvant être amnistiés (et le délai applicable)⁴⁵², le choix des critères de distinction entre crimes amnistiables et les crimes non amnistiables⁴⁵³. La Cour constitutionnelle pose cependant des limites à ce pouvoir discrétionnaire. En premier lieu, elle exerce un contrôle sur la vérification du bien-fondé des mesures législatives d'amnistie et de remise de peine adoptées par le législateur. Elle vérifie que les distinctions établies par le législateur répondent à des « raisons objectives appréciables qui justifient le traitement différent de deux profils délictueux »⁴⁵⁴. Par ailleurs, la Cour rappelle que l'article 79 de la Constitution doit être concilié avec le « principe suprême d'égalité » et invite le législateur à « réserver l'amnistie à des faits commis durant des périodes exceptionnelles et limitées dans le temps »⁴⁵⁵.

De la même manière, la Cour constitutionnelle portugaise encadre le recours aux votes des lois d'amnistie. Ces dernières doivent s'apprécier à l'aune de l'ensemble des fins légitimes d'un Etat de droit. Dans le choix des délits amnistiés, tout arbitraire doit être écarté afin d'éviter « les solutions sans fondement matériel ou irraisonnables »⁴⁵⁶. Dans la même affaire, la Cour constitutionnelle a admis, au début des années 1990, la constitutionnalité d'une loi d'amnistie qui, derrière des concepts généraux, visait plus particulièrement une organisation terroriste « FUP FP25 avril ». Certains juristes ont nié le caractère général de la mesure amnistiante : ne s'agissait-il pas plutôt d'une amnistie individuelle contraire aux principes de l'Etat de droit et d'égalité ? Par ailleurs, la loi incluait dans le champ de l'amnistie des crimes très graves comme la participation à des actes terroristes. La Cour constitutionnelle a répondu que le législateur bénéficiait d'un pouvoir discrétionnaire dans le

⁴⁴⁸ Décision 82-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la Corse*.

⁴⁴⁹ Rapport français, pp 17-18.

⁴⁵⁰ Rapport italien, p 21.

⁴⁵¹ Jugement 110/1962 et Jugement 171/1963.

⁴⁵² Jugement 175/1971 ; 298/2000.

⁴⁵³ Jugement 175/1971 ; Jugement 4/1974 ; Jugement 214/1975)

⁴⁵⁴ Jugements 19/1995 ; 215/1991 ; 141/1984 ; 59/1980 ; 4/1974 ; 272/1997

⁴⁵⁵ Rapport italien, p 22.

⁴⁵⁶ Arrêt n°42/95.

choix des crimes qui seront amnistiés, en fonction de tous les objectifs autorisés dans un Etat de droit. Certes, le principe d'égalité prohibe l'arbitraire. Mais, en l'espèce, il est possible de trouver une « raison justifiant une différence de traitement » : la nécessité de surmonter à la fois une procédure pénale très complexe et les difficultés inhérentes à la construction d'un régime démocratique.

En droit belge, la loi d'amnistie doit respecter le principe d'égalité et de non-discrimination. A ce titre, il doit exister un rapport d'adéquation et de proportionnalité entre le champ d'application de cette mesure et l'objectif poursuivi par le législateur. Il est admis, par exemple, que le législateur puisse soustraire certaines catégories de personnes du bénéfice de l'amnistie, les récidivistes par exemple, mais à la condition que la définition de ces catégories soit susceptible d'une justification objective et raisonnable.

Les effets d'une amnistie sont également encadrés par la jurisprudence constitutionnelle. Contrairement au droit italien et au droit russe, il n'existe pas en France, comme en Belgique, de droit de renoncer au bénéfice de l'amnistie. Il s'agit en effet d'une mesure d'ordre public. Il suffit pour la personne de remplir la condition pour en bénéficier. En droit portugais, certaines lois, comme les lois n°15/94 et 29/99, ont prévu que des accusés puissent refuser l'amnistie. Mais il s'agit d'exceptions et, en l'absence de disposition législative explicite en ce sens, le principe reste celui de l'impossibilité pour les amnistiés de renoncer à une telle mesure de clémence au nom du caractère d'ordre public d'une telle disposition⁴⁵⁷. En droit français, l'amnistie ne porte pas atteinte aux droits des tiers⁴⁵⁸. En droit italien, il existe également plusieurs formes d'amnistie immobilière et d'amnistie fiscale. En France, l'amnistie s'étend aux sanctions disciplinaires et professionnelles. De la même manière, en droit portugais, le législateur peut amnistier des fautes disciplinaires accomplies sur le lieu de travail, lorsque l'employeur revêt un statut d' « entité publique ». L'amnistie peut donc affecter le contrat de travail dans la mesure où elle fait cesser l'exécution de la peine disciplinaire appliquée et entraîne la reconstitution de la situation antérieurement existante.

Au total, la lecture des rapports nationaux permet de mettre en évidence plusieurs éléments d'une théorie de l'amnistie en droit comparé :

- l'importance des histoires politiques et constitutionnelles nationales ;
- la nécessité de relier le régime juridique de l'amnistie à la politique criminelle qu'entend mener un Etat déterminé ;
- la nécessité de resituer l'amnistie parmi les autres institutions de clémence afin d'en déterminer la portée exacte (voir la place du « pardon générique » au Portugal ou de la « grâce amnistiante » en France) ;
- le respect par les procédures nationales d'amnistie des droits fondamentaux et le développement d'une jurisprudence constitutionnelle conséquente.

⁴⁵⁷ Rapport portugais, p 51.

⁴⁵⁸ Article 133-10 du Code pénal ; sur cette question, voir pages 21-22 du Rapport français.

CHAPITRE 2 : LA GRACE EN DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARE EUROPEEN

La grâce est une institution ancienne et il est difficile de l'évoquer sans se tourner d'abord vers l'histoire. Institution universellement répandue, elle plonge ses origines dans les temps les plus reculés, car « elle est intimement liée au droit de punir qu'en tous lieux et en tous temps, les sociétés organisées se sont reconnu ». Dès « l'Antiquité, des formes diverses de rémission sont apparues qui aujourd'hui font, en quelque sorte, figure de précédents. Après la chute de l'Empire romain, le morcellement de la souveraineté entraîna une dispersion du pouvoir de gracier, notamment vers l'Eglise. Mais la réaffirmation progressive de l'autorité royale durant l'ère médiévale contribua à redonner à la grâce une véritable assise étatique »⁴⁵⁹.

L'on voit ainsi que la grâce est intimement liée à la souveraineté, au pouvoir souverain, dont elle suit « toutes les transformations et toutes les vicissitudes ». « L'émiettement de la souveraineté, sous un régime féodal, provoque l'émiettement du droit de grâce. La monarchie absolue en fait un droit régalien. Sous une république à pouvoir exécutif fort, la grâce devient un attribut de l'exécutif. Elle s'en écarte au contraire si la Constitution limite et resserre les attributions de l'exécutif ».

Si l'on peut noter que, dès l'époque monarchique, et afin de parer aux abus, certains freins ont cependant été mis en place, notamment quant à la procédure d'exercice du droit de grâce, la grâce s'accommode difficilement d'un contrôle judiciaire. Puis, à la période de la Révolution française, le droit de grâce est fortement affecté par la déstructuration de l'Ancien Régime. En France, il est supprimé dans le Code pénal de 1791, pour n'être rétabli que sous le Consulat, le 4 août 1802, par le Sénatus-consulte du 16 thermidor an X. A cette époque, l'idée régnait que « la clémence est la vertu du législateur et non de l'exécuteur des lois », qu' « elle doit éclater dans le Code et non dans les jugements particuliers »⁴⁶⁰. Mais le droit de grâce va se maintenir contre vents et marées, révolutions et changements de régimes partout en Europe.

La grâce a donc progressivement évolué, en fonction du développement des régimes et des pouvoirs politiques, pour apparaître aujourd'hui sous un jour nécessairement différent mais qui reste très imprégné du poids de son passé. Ce passé va faire de la grâce une institution qui présente des traits communs à beaucoup de pays qui la consacrent dans leur système d'institutions de clémence. Mais cette institution sortie des âges anciens peut apparaître aujourd'hui comme un phénomène insolite (archaïque, anachronique) au sein des Etats de droit moderne.

I - La grâce, une institution aux traits sensiblement communs dans les Etats étudiés

L'institution de la grâce est, en effet, au-delà de différences ponctuelles, définie et organisée de façon assez semblable dans les pays étudiés.

⁴⁵⁹ Rapport belge.

⁴⁶⁰ Rapport belge.

A - La notion de grâce

La définition de la grâce donnée lors du départ de la recherche était « mesure ayant pour effet de soustraire en tout ou en partie un condamné à l'exécution de sa peine ». Elle semble avoir été satisfaisante pour tous les pays concernés, puisque les rapporteurs nationaux ne l'ont pas fondamentalement remise en question.

Le mot n'est pas toujours expressément énoncé dans les textes constitutionnels, mais la chose, en revanche, s'y retrouve de façon commune dans quasiment tous les pays. Ainsi, la Constitution belge ne prononce pas le mot. Dans tous les autres pays, des dispositions constitutionnelles portent sur la grâce (Allemagne, article 60 de la Constitution fédérale et différents articles des Constitutions fédérées ; Espagne, article 62 ; Grèce, article 47 ; Italie, article 87 ; Pologne, article 139 ; Portugal, article 134, f ; Roumanie, article 73 ; Russie, article 71 ; Suisse, article 173). C'est dans le cas italien qu'on s'interroge le plus pour savoir si la grâce est un acte « formellement présidentiel » et « substantiellement ministériel » ou un acte formellement et substantiellement présidentiel, si elle est un acte complexe ? Mais ce débat conceptuel très riche emmène sur le terrain de l'identification des autorités investies du pouvoir de gracier et, donc, sur la mise en œuvre du droit de grâce dans les pays étudiés, point évoqué ultérieurement.

Au total, on peut dire qu'il existe, dans tous les régimes étudiés, une institution constitutionnellement garantie de l'atténuation de l'exécution d'une peine par une autorité autre qu'une autorité judiciaire. Cette pratique est mise en œuvre par des textes de valeur inférieure (loi, règlements, circulaires...).

Peut-on alors proposer une définition à la fois la plus précise possible mais qui reste commune à tous les pays ? La grâce serait la « décision extra-judiciaire définie constitutionnellement ayant pour objet de soustraire en tout ou partie, et éventuellement de façon conditionnelle, un condamné à l'exécution d'une peine prononcée de façon définitive »⁴⁶¹.

Mais les questions ne se posent pas uniquement relativement à la définition de la grâce elle-même mais aussi relativement à la « proximité » de la grâce avec d'autres institutions de clémence. Concernant sa possible proximité avec l'amnistie, en principe il existe une différence stricte fondée sur la définition de l'amnistie dans tous les ordres juridiques : la grâce porte sur l'exécution de la peine, l'amnistie sur la qualification des faits. Mais des rapports notent une tendance actuelle à la confusion, notamment à travers le développement de techniques telles que la grâce amnistiante - comme en France : grâce par la forme (décret), amnistie par ses effets, acte du premier Ministre susceptible de recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif et de recours devant le juge répressif -, la grâce collective - par la voie législative en Roumanie)-. De plus, il existe dans certains pays des institutions de clémence « intermédiaires » ou complémentaires telles que la remise de peine en Italie, la réhabilitation en Pologne, le « pardon générique » au Portugal (mesure générale qui a pour effet l'extinction de certaines peines, ainsi que la commutation de peine), etc.

⁴⁶¹ Il faut noter qu'il existe dans beaucoup de pays des procédés de « grâce judiciaire » ou de remises de peine effectuées par les magistrats eux-mêmes. Au sens (matériel) de la définition donnée par la mission de recherche, il s'agit aussi de « grâce ». Mais nous n'étudierons dans ce texte que la grâce dans son sens le plus commun, celui qui en attribue l'exercice à une autorité ne relevant pas du pouvoir judiciaire.

B/ La mise en œuvre du droit de grâce

Cette mise en œuvre débute généralement dès le texte constitutionnel en ce qui concerne, dans la quasi totalité des pays, la désignation de l'autorité titulaire du droit de gracier. Souvent une loi vient compléter la Constitution (généralement, des dispositions du Code pénal) pour la définition de la procédure, pour les exclusions de certaines personnes ou de certains délits de la grâce (loi roumaine d'octobre 2002 par exemple). Parmi les points communs aux différents pays étudiés concernant la mise en œuvre du droit de grâce, on relève notamment les titulaires du droit de faire grâce, les bénéficiaires de la grâce, les effets de la grâce et les infractions exclues de la grâce.

1°) Le titulaire du droit de faire grâce

Mis à part en Suisse, c'est toujours une autorité exécutive de type chef de l'Etat, du Gouvernement ou ministre qui a compétence pour prononcer la grâce. Dans beaucoup de pays (comme la France), la mesure de grâce lorsqu'elle relève de la compétence du Chef de l'Etat, du Monarque, doit être contresignée par un membre du gouvernement (ce qui ne lui retire pas nécessairement sa qualité de compétence propre ou discrétionnaire...). Le cas Suisse, au vu de sa particularité, doit être précisé: là, c'est l'Assemblée fédérale qui a compétence pour la grâce. Mais chaque canton a compétence pour régler la compétence pour les affaires relevant des juridictions cantonales. Les cantons choisissent également la compétence de l'assemblée cantonale très majoritairement (toutes sauf une et des compétences partagées Gouvernement-Parlement). C'est de plus le droit fédéral qui fixe des règles minimales communes en matière de grâce.

On relèvera que beaucoup de rapports nationaux mentionnent un phénomène *d'attraction « ministérielle »* du droit de faire grâce. La compétence en matière de grâce semble ainsi avoir une certaine tendance à être déléguée du chef de l'Etat vers le Gouvernement ou les ministres (quand ceux-ci ne délèguent pas eux-mêmes cette compétence à d'autres autorités).

2°) Les bénéficiaires de la grâce

En principe, ce sont des personnes privées qui doivent être visées individuellement (prohibition assez commune de la grâce collective, au moins dans le cadre de la compétence du Chef de l'Etat). Très largement également, la grâce doit être demandée et la procédure est instruite par le parquet ou le ministre de la Justice. Souvent aussi, la grâce peut être octroyée de la propre initiative de l'autorité compétente. La question du possible refus de la grâce par son bénéficiaire est peu envisagée expressément mais les doctrines semblent admettre la possibilité de ce refus si la grâce a été accordée d'office. A noter que certaines constitutions ou certaines réglementations excluent de la grâce des catégories de bénéficiaires (notamment certains détenteurs de fonctions publiques comme en Belgique, en Pologne, en Espagne pour certaines affaires criminelles...).

3°) Les effets de la grâce

Les effets de la décision de grâce sont largement les mêmes dans les pays étudiés, ce qui s'explique par la conception commune de la grâce et sa différence de régime juridique avec les autres institutions de clémence ou les autres mesures d'exécution des peines. Ainsi, la grâce, qui peut être totale ou partielle, avec ou sans condition, a pour effet de modifier la

peine dans son exécution, mais elle ne supprime pas les autres effets attachés à la condamnation pénale comme les peines accessoires, l'inscription de la condamnation au casier judiciaire, etc.

4°) Les infractions exclues du bénéfice de la grâce

A la lecture des rapports nationaux, on constate un refus assez général d'exclure des infractions du bénéfice de la grâce. Ceci pourrait d'ailleurs être un point qui mettrait les Etats en difficulté au regard des conventions internationales (voir *infra*). En Espagne, en Italie, en Suisse, il n'y a pas de limites en principe, ou d'infractions exclues formellement. En Allemagne, s'il n'y a pas d'exclusion dans les textes, les crimes les plus graves sont en pratique exclus. Au Portugal, beaucoup d'infractions semblent exclues mais cela résulte visiblement de la pratique. En Roumanie, les infractions particulièrement graves sont exclues ainsi que les récidivistes, tandis qu'en Russie, ce sont les crimes de guerre et contre l'humanité qui sont exclus.

De façon générale, le référendum et l'initiative populaire sont également exclus en matière de grâce. Le plus souvent, les Constitutions ne prévoient pas expressément ces deux hypothèses et, lorsqu'elles sont envisagées, c'est pour être interdites. La doctrine, quand elle discute du problème est assez unanimement opposée à l'utilisation de ces procédures en cas de silence des textes.

Au total, il existe bien des traits largement communs aux différents pays étudiés (peut être à l'exception de la Suisse) et des différences « ponctuelles », de « régime ». Mais ce constat ne doit pas empêcher de s'interroger sur l'institution de la grâce, sur sa présence, sa compatibilité avec les principes des Etats de droit qui la pratique.

II - La grâce, une institution insolite dans les Etats de droit contemporains ?

A - La grâce un acte de l'exécutif (administratif) comme les autres ?

Deux questions sont impliquées ici :

- Quelle est la marge de liberté accordée au titulaire de la compétence de grâce dans la décision de grâce ?
- Quels sont recours prévus contre une mesure de grâce, son refus ou son retrait ?

Ces deux questions impliquent de se prononcer sur la nature de l'acte de grâce. Ainsi, à la question posée en exergue de cette partie, on peut répondre simplement et directement par la négative : la mesure de grâce n'est pas un acte juridique comme les autres, et sa mise en œuvre, même si elle peut être encadrée par des textes, des normes, n'est pas soumise à un contrôle juridictionnel « classique ».

Cette spécificité est due sans doute à la conception même de l'acte en de grâce en question. C'est un acte qui est en effet conçu, soit comme une mesure sans « caractère juridique » et par là incontrôlable (cas du Portugal), soit comme un acte certes « juridique » mais insusceptible de recours au même titre qu'un acte de gouvernement, un acte qui concerne les rapports entre pouvoirs publics ou un simple acte d'exécution des peines. Voire également, le refus de recours devant les juridictions administratives est justifié par l'attribution à la mesure de grâce du caractère d'« acte relevant du domaine judiciaire »

(comme en France, en Belgique où l'acte de grâce est vu comme un acte de collaboration avec le pouvoir judiciaire).

En Allemagne, il n'y a pas de possibilité de recours contre un refus de grâce, uniquement contre le retrait éventuel d'une grâce. En Belgique, la grâce n'est pas un acte administratif comme les autres : il peut être écarté par une juridiction qui a à l'appliquer mais pas soumis au Conseil d'Etat pour annulation (le caractère « absolu » de cette jurisprudence suscitant au demeurant des critiques de la doctrine). En Espagne, il peut y avoir contrôle du respect de la procédure prévue par la loi, mais pas contrôle de la justification de la mesure. En France, il n'y a pas de contrôle sauf dans les cas de grâce amnistiante, de grâce collective et dans le cadre de la mise en œuvre du traité relatif à la Cour pénale internationale. En Grèce, aucun contrôle juridictionnel ne s'exerce. En Italie, le cas ne semble pas s'être présenté, mais le refus de contrôle est certain. En Pologne, il n'y a pas de contrôle juridictionnel, mais le Président peut être poursuivi pour violation de la Constitution. En Russie, il n'y a aucun contrôle. En Suisse, le contrôle est très restreint. On mentionnera enfin la position roumaine, exprimée dans une décision de la Haute Cour de Cassation roumaine qui, pour sa part, qualifie l'acte de grâce présidentiel « d'acte administratif atypique » pour rejeter un recours contre un décret présidentiel de grâce, dans une affaire récente (21 mars 2005) dans laquelle la doctrine et les commentateurs s'étaient partagés sur la nature de l'acte de grâce et sur son recours contentieux (d'un côté, les tenants de la conception « historique » de la grâce et, de l'autre, les tenants d'une conception plus actuelle et donc juridictionnelle de l'acte présidentiel). La Cour a alors refusé la possibilité de tout contrôle juridictionnel des décrets de grâce du Président. Dans ses motifs, la Cour qualifie le décret de grâce d'acte administratif atypique qui est le résultat des rapports de nature constitutionnelle entre, d'une part, les deux chefs de l'exécutif et, d'autre part, le Parlement (« la raison de l'obligation du premier ministre de contresigner consiste justement dans la possibilité d'un contrôle parlementaire indirect »). Permettre au juge de s'immiscer dans ce rapport de droit constitutionnel serait contraire au principe de la séparation des pouvoirs. C'est ainsi que cet acte a pu être inclus dans la liste des exceptions visées par la loi du contentieux administratif, dans le cadre des actes administratifs relatifs aux rapports avec le Parlement

Cette nature particulière de l'acte de grâce rejaillit directement sur son régime d'édition. Peu de rapports précisent expressément si l'acte de grâce est soumis au régime d'édition des actes administratifs, mais il semble qu'au regard de sa nature particulière, il en soit naturellement exempté. Il faut cependant noter en la matière que la Norvège semble soumettre l'acte de grâce au régime normal des actes administratifs notamment en ce qui concerne sa motivation. La plupart des pays semblent au contraire laisser reposer un voile de secret sur la procédure de grâce et sur les motifs qui peuvent soutenir une telle décision. Ceci explique, si cela ne justifie, l'absence de contrôle juridictionnel constaté. Les juges roumains, dans la décision mentionnée précédemment, en avaient également appelé au droit comparé et surtout à la conception même de la grâce pour justifier le rejet du contrôle : la grâce n'aurait plus de raison d'être si elle était contrôlée... Sa mise en œuvre relèverait ainsi sans doute plus de la responsabilité politique que du contrôle judiciaire ou juridictionnel.

L'argumentation des juges suprêmes roumains pointe là en effet toute la problématique de la grâce :

- soit l'acte de grâce est soumis au régime des actes administratifs ordinaires et il perd ce qui fait son « intérêt », sa fonction même ;
- soit il demeure un acte, certes encadré dans sa mise en œuvre, mais discrétionnaire, et garde sa spécificité, sa raison d'être.

En somme, la grâce est bien un acte particulier, au statut dérogatoire des actes de l'autorité exécutive. Mais cette « exception » semble tout à fait voulue et acceptée par les Etats et même par les juridictions qui, pour la plupart, rejettent d'elles-mêmes la possibilité d'un contrôle de la mesure de grâce. Ce caractère « particulier » rejaillit aussi sur les rapports de la grâce avec les principes de l'Etat de droit.

B - La grâce et le respect des principes de l'Etat de droit (nécessité des peines, sécurité juridiques, protection de l'ordre public, principe d'égalité et séparation des pouvoirs).

On ne saurait mieux poser la problématique du rapport entre la grâce et les principes de l'Etat de droit que ne le fait le rapport Suisse : « L'amnistie, la grâce et la prescription, comme toute forme de clémence, se situent à première vue en rupture par rapport au principe de la nécessité des peines, ainsi qu'aux exigences de la sécurité du droit et de la protection de l'ordre public. Tel est le cas du moins si l'on part de l'idée que toute infraction nécessite une peine et que la sécurité du droit et la protection de l'ordre public supposent que cette règle vaut et doit valoir pour tous les auteurs d'infractions. Toutefois, amnistie, grâce et prescription peuvent aussi s'inscrire dans une autre perspective par rapport aux principes susmentionnés. Ainsi, on peut considérer notamment que ces institutions de clémence, à certains égards, se justifient aussi précisément au regard des exigences de la sécurité du droit et de la protection de l'ordre public : punir tout simplement, ou punir (trop) tardivement (pour ce qui est de la prescription), peut s'avérer plus dommageable, pour l'ordre public et la sécurité juridique, que la renonciation à la peine ou à la poursuite ».

On ne saurait mieux mettre en évidence la nature « duelle » ou réversible ou ambivalente de l'argumentation en matière de principes de l'Etat de droit en la matière. Il est tout à fait possible de voir dans la grâce une atteinte et une protection de la sécurité juridique, du principe de nécessité des peines, de la protection de l'ordre public, de la séparation des pouvoirs ou du principe d'égalité. Il suffit pour cela de choisir la signification du principe en question qui soutient la mesure de grâce. Par exemple, l'ordre public peut être protégé par une mesure de grâce si elle a pour fonction de calmer des inquiétudes sociales ; il peut être menacé par des mesures de grâces nombreuses et inappropriées. Le principe de proportionnalité des peines peut également être compatible avec une mesure de grâce prise pour réduire une peine manifestement disproportionnée prononcée de façon définitive (on peut songer aux anciens jugements insusceptibles d'appel des Cours d'assises françaises, etc) ; une décision de grâce peut en revanche contrarier ce principe si elle vient trop rapidement empêcher l'exécution complète d'une peine modérée, etc. En la matière, les rapports des différents pays montre bien la difficulté de cette question.

De plus, aucun décret, arrêté ou mesure de grâce ne semble avoir été invalidé en référence à l'un de ces principes. Et il est difficile de comparer des jurisprudences constitutionnelles élaborées dans d'autres contextes pour les confronter à la mesure de grâce.

Le rapport au principe d'égalité est peut être le plus difficile car il fait surgir le problème de la motivation, de la justification de l'octroi d'une mesure de grâce. Si l'on arrive à comprendre que la grâce ne porte pas effectivement atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ou au principe de la nécessité des peines, le problème de la rupture du principe d'égalité est plus complexe. Comment justifier qu'un condamné plutôt qu'un autre bénéficie

de cette mesure de clémence ? Mais les juridictions notamment constitutionnelles ne semblent pas vouloir censurer des mesures de grâce sur ce terrain.

Au final également, la doctrine est parfois assez contrastée sur l'existence de la grâce dans un Etat de droit. Le Professeur Fromont est par exemple assez sévèrement critique envers l'absence de recours contre un refus de grâce et contre le fait que les conditions de mise en œuvre de l'exercice du droit de grâce sont définies en termes très vagues. Selon le rapport allemand en effet, le droit de grâce est une institution qui apparaît « suspecte » en ce qu'elle échappe assez largement au droit. En revanche, le rapport belge est beaucoup plus compréhensif envers cette institution de la grâce, même s'il critique également la jurisprudence du Conseil d'Etat belge sur le refus de recours.

Conclusion

Le droit de grâce est passé du statut de droit régalien absolu (absolutiste) à celui d'une compétence constitutionnelle, souvent encadrée par des normes législatives et réglementaires. « La grâce constitue, non plus « un droit subjectif autorisant son titulaire à en user à discrétion sauf à répondre de ses abus, mais, conformément aux fondements libéraux de notre système politique et juridique, une compétence résultant, dans son principe sinon dans ses modalités, du droit ». Le *droit de grâce* a laissé la place au *pouvoir de faire grâce* » (rapport belge). Mais l'absence répandue de contrôle juridictionnel de la mesure de grâce, ou son contrôle assez atténué, et son intervention dans le domaine de l'exécution des peines, en font une compétence du pouvoir exécutif d'un type particulier.

La solution aux tourments précédemment relevés se trouverait-elle alors dans le droit international ? Le droit international pourrait peut-être devenir une limite de plus en plus prégnante à l'exercice du droit de grâce. S'il reconnaît le recours au droit de grâce, il tente d'encadrer son exercice pour les crimes les plus graves (pour éviter que des crimes devant être pénalement sanctionnés ne le soient effectivement pas). Les conventions instaurant des juridictions pénales internationales limitent le recours au droit de grâce dans les Etats, notamment en interdisant son utilisation au bénéfice d'une personne condamnée par une juridiction internationale, seule celle-ci pouvant examiner les demandes de réduction de peine.

En définitive, tout le débat sur la grâce porte au fond sur le fait savoir si les Etats et les sociétés assument pleinement cette institution de clémence particulière. Or, dans tous les Etats qui la pratiquent, la grâce semble être une institution socialement et politiquement acceptée. Sans doute ses origines anciennes et son utilisation parcimonieuse la soutiennent-elle aujourd'hui. Et tout tient en effet sans doute plus à l'usage prudent, mesuré et raisonnable qui doit être fait de la grâce et qui semble en être fait, si l'on examine les pratiques en la matière relevées par les rapports nationaux. Le plus grand « risque » pour le droit de grâce viendrait sans doute, plus que d'une absence de justiciabilité, d'une utilisation immodérée ou manifestement injuste, sa vocation première faisant de lui un acte *exceptionnel* et destiné à incarner le pardon du souverain, sa juste clémence.

CHAPITRE 3 :

LA PRESCRIPTION EN DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARE EUROPEEN

La prescription est une notion issue du droit civil qui distingue deux grands types de prescription : la prescription acquisitive et la prescription extinctive. Son objet peut être le jugement, le droit ou l'action. La doctrine civiliste française considère ainsi qu'« il y a un temps pour agir »⁴⁶². En effet, il n'y a pas d'action perpétuelle, l'objectif poursuivi par ce principe étant autant la garantie de la sécurité juridique que celle de la tranquillité sociale, sans compter la limitation de l'encombrement du rôle des juridictions. Si la prescription du jugement et de l'action empêche d'obtenir un jugement, voire, pour certains, d'obtenir justice, la loi considère qu'après l'écoulement d'un temps déterminé, l'action constitue un trouble à l'ordre public. La perte du droit d'agir et d'obtenir un jugement constituerait, en revanche, des moyens de maintenir la paix sociale. Ainsi, la prescription serait « au cœur de la maîtrise du temps par le droit »⁴⁶³ et constituerait « l'un des instruments principaux de mise en œuvre du droit à l'oubli »⁴⁶⁴, si l'on considère qu'existe véritablement un tel droit⁴⁶⁵. En matière pénale, elle serait « le moyen de se libérer des conséquences pénales d'une infraction par l'effet du temps fixé et sous les conditions déterminées par la loi »⁴⁶⁶.

Les rapports nationaux se sont fondés sur une définition unique selon laquelle la prescription serait « un mode d'extinction de l'action en justice et/ou de l'exécution d'une condamnation pénale suite à l'écoulement d'un certain délai fixé par la loi ». La définition de l'objet pénal a donc exclu l'analyse du droit civil national dont la prescription est issue et permis de vérifier que la même notion existait bien dans les différents systèmes pénaux étudiés. En effet, si la terminologie diffère dans les différents systèmes juridiques⁴⁶⁷, elle désigne néanmoins la même règle : il n'est plus possible d'agir contre l'auteur d'une infraction, ni d'exiger l'application de la peine à laquelle il a été condamné pour cette infraction après l'écoulement d'un certain délai déterminé par une norme écrite. Toutefois, si tous les auteurs considèrent que la prescription est liée à l'idée d'oubli, ils ne l'assimilent pas tous à une mesure de clémence. Ainsi, certains y voient un strict dispositif juridique, à la différence de l'amnistie et de la grâce qui dépendraient de la volonté souveraine de l'Etat⁴⁶⁸.

Si on retrouve, dans certains systèmes juridiques pénaux tels que celui du droit polonais, la triple distinction civiliste – prescription de la peine, du jugement et de l'action –, la plupart des rapports nationaux ne retiennent que la double distinction, à l'instar du droit français, entre la prescription de l'action publique (appelée « prescription de la procédure pénale » en droit portugais et « prescription de la poursuite pénale » en droit allemand) et la prescription de la peine. La première éteint l'action publique (du ministère public) après l'écoulement d'un certain temps plus bref que celui de la prescription de la peine. Elle court à compter du jour de

⁴⁶² G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, PUF, Thémis, 1996, p. 351.

⁴⁶³ M. BRUSCHI, « Prescription », in *Dictionnaire de la justice* (dir. L. CADIET), Paris, PUF, 2004, p. 1013.

⁴⁶⁴ D. TRUCHET, « A propos du droit à l'oubli et du devoir de mémoire », in *Libertés, justice », tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1599.

⁴⁶⁵ H. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *RDP* 1996, p. 391s.

⁴⁶⁶ J.-J. HAUS, *op. cit.*, p. 268.

⁴⁶⁷ Par exemple, la prescription est désignée par « παραγραφή » en Grèce, « prescriptie » en Roumanie. En Allemagne, la prescription peut être soit la prescription de l'action publique, appelée « prescription de la poursuite pénale » (*Strafverfolgungsverjährung*), soit la prescription de la peine dénommée « prescription de l'exécution de la peine » (*Strafvollstreckungsverjährung*).

⁴⁶⁸ Ainsi en est-il des auteurs du rapport portugais, Rui Manuel Moura Ramos et Ana Luísa Pinto et Mariana Canotilho qui expliquent qu'« au contraire des mesures de la grâce et de l'amnistie, la prescription et la réhabilitation sont des institutions de nature strictement juridique. Elles ne doivent pas être qualifiées comme mesures de clémence parce que son application n'est pas liée à un acte de volonté d'un organe suprême de l'État ».

la commission de l'infraction. L'extinction de l'action publique fait donc obstacle à l'exercice des poursuites. Quant à la prescription de la peine, elle éteint la peine restée inexécutée par l'effet de l'écoulement d'un certain délai – plus long que celui de l'action publique – depuis la décision de condamnation de l'auteur de l'infraction. L'une et l'autre empêchent l'exécution de la peine, à l'instar de la grâce, mais elles n'effacent pas la condamnation, autrement dit le jugement, sauf exception⁴⁶⁹.

L'une des caractéristiques communes à tous les types de prescription est leur caractère automatique, fonction de la « condition unique »⁴⁷⁰ de l'écoulement d'un certain temps défini légalement. La prescription est donc une mesure générale décidée par la loi avant la commission de l'infraction. Dès lors, la prescription suscite, dans les systèmes nationaux, moins de controverses que l'amnistie ou la grâce, en raison de son automaticité : elle ne dépend ni de l'auteur de l'infraction, ni du type d'infraction.

L'étude des fondements et des modalités de la prescription (I) précédera l'analyse de son cadre juridique dans les différents pays étudiés (II) et de son évolution actuelle, mettant en exergue les limites de la prescription (III).

I - Fondements et modalités

A – La paix sociale comme fondement théorique de la prescription

La raison d'être de la prescription dans les différents systèmes étudiés est généralement la même. La prescription est justifiée par la préservation de la tranquillité sociale. Pour certains, il est nécessaire d'oublier, pour d'autres, les poursuites deviennent inutiles à l'issue d'un certain laps de temps⁴⁷¹, voire, la prescription permettrait, dans une certaine mesure, de sanctionner la carence des autorités publiques qui se sont abstenues d'appliquer une condamnation⁴⁷². Eviter le risque d'erreur judiciaire est également évoqué⁴⁷³.

En droit pénal français, la doctrine justifie la prescription par la nécessité d'oublier⁴⁷⁴. A mesure que le temps passe, le souvenir de la condamnation s'estompe, de même que celui du trouble social causé par l'infraction. Le raviver en ramenant tardivement la peine à exécution serait donc davantage un facteur de désordre que d'apaisement. Un second fondement est lié au fait que l'inexécution est souvent la conséquence de la négligence ou de la carence des autorités chargées de l'exécution, dont le condamné ne doit pas subir les conséquences. Enfin, la prescription suppose que, pendant la durée du délai, le condamné se soit dissimulé pour échapper aux poursuites. Cette existence clandestine prolongée constitue déjà en soit une sanction. Tels sont les principaux arguments avancés pour justifier la prescription de la peine.

⁴⁶⁹ En France, la condamnation n'est pas éteinte par l'effet de la prescription. En Italie, le crime est, en revanche, éteint par la prescription.

⁴⁷⁰ Rapport italien.

⁴⁷¹ « La raison de cette institution est à rechercher dans le fait que, sur le plan de la prévention sociale, les exigences de la détention conservatoire depuis le moment de l'inculpation, d'une part, et l'exercice du pouvoir punitif de l'Etat longtemps après les faits qui ont causé le crime, d'autre part, n'ont plus lieu d'être » (rapport italien). Le Conseil fédéral suisse, lors du projet global de révision du Code pénal a pu écrire « Réagir à une infraction est un besoin qui s'estompe au fil des années. Car la nécessité d'une riposte diminue et l'effet préventif sur l'auteur de l'infraction devient superflu, dès lors qu'il a eu la possibilité de s'amender lui-même. Par ailleurs, plus le temps passe, moins la répression peut être exigée au nom de l'ordre juridique et plus il devient difficile d'établir les faits avec certitude » (Rapport suisse).

⁴⁷² F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2004, p. 1004.

⁴⁷³ Rapport suisse : l'écoulement du temps augmente les incertitudes sur les faits et le risque d'erreur judiciaire s'en trouve aggravé d'autant.

⁴⁷⁴ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 1005.

Par conséquent, la prescription de l'action publique constituerait une sorte de sanction de la carence de l'autorité publique chargée de l'exécution des condamnations⁴⁷⁵.

En Italie, la justification de la prescription de la peine ne semble pas tant résider dans l'abandon de l'intérêt de l'Etat à l'exercice de la prétention punitive, que dans la «faible plausibilité [...] de l'exécution d'une peine longtemps après qu'elle ait été concrètement infligée»⁴⁷⁶. En pratique, l'institution traduirait la renonciation de l'Etat à faire valoir sa prétention punitive et déterminerait concrètement l'extinction du caractère punissable de l'infraction.

B – L'étroite dépendance du délai de prescription à la gravité de l'infraction

La distinction entre la prescription de la peine et la prescription de l'action publique n'étant pas toujours établie par les différents rapports nationaux, il est difficile de préciser pour chacun des types d'infractions les délais prévus par le législateur. Toutefois, et sans décrire dans le détail les différents délais de prescription prévus, il est apparu, dans tous les systèmes, que la durée du délai de prescription varie en fonction de la nature et de la gravité soit de l'infraction, soit de la peine. Ainsi, les délais de prescription varient de un an pour les délits les moins graves à 30 ans pour les crimes.

II - Le cadre juridique de la prescription

La prescription n'est généralement pas expressément consacrée par les Constitutions nationales, sauf dans la Constitution polonaise. Celle-ci prévoit en effet des dispositions relatives à la prescription pour les crimes de guerre et contre l'humanité et pour les infractions commises par les fonctionnaires publics ou fonctionnaires sur leurs ordres⁴⁷⁷. En revanche, le principe du respect des prescriptions légalement acquises a généralement une valeur fondamentale, qu'il soit expressément consacré par les Constitutions nationales ou élevé par la jurisprudence des Cours suprêmes au rang de principe à valeur supralégislative, sinon constitutionnelle.

A – Des principes constitutionnels

Non consacrée par les textes constitutionnels nationaux, la prescription est néanmoins indirectement contenue dans certains principes fondamentaux et/ou ayant une valeur constitutionnelle.

1°/ Le principe fondamental de la prescription

Au Portugal, doctrine et jurisprudence considèrent que la prescription est un principe fondamental du droit. On estime qu'existent des raisons constitutionnellement fondées justifiant la consécration légale de la prescription. Ces raisons découlent tant de l'idée de

⁴⁷⁵ Dès lors, elle ne peut s'appliquer aux peines dont l'exécution ne requiert de la part de l'autorité aucun acte d'exécution forcée. Ainsi, les peines privatives de droits, telles que les interdictions, déchéances ou incapacités ne peuvent se prescrire en droit français. En revanche, l'interdiction de séjour qui suppose des actes d'exécution, est prescriptible (F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 1005).

⁴⁷⁶ C. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, vol. II, Utet, Torino, 1995, p. 232.

⁴⁷⁷ L'article 43 de la Constitution polonaise dispose que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité n'encourent pas la prescription. Ainsi, selon l'article 44, le cours de la prescription des infractions commises par les fonctionnaires publics ou sur leur ordre, non poursuivies pour des raisons politiques, est suspendu jusqu'à cessation de ces raisons.

sécurité et de paix juridiques que de l'État de droit démocratique et de l'effacement progressif de la nécessité des peines avec l'écoulement du temps, tout en tenant compte des objectifs des peines et des garanties des droits de la défense. Il s'agirait, pour la doctrine, de *valeurs* constitutionnelles exigeant que l'institution de la prescription soit considérée en elle-même comme une valeur constitutionnelle.

En Suisse, la prescription n'est pas prévue dans la Constitution fédérale, ni dans les constitutions cantonales. Mais on admet généralement que la prescription constitue une *institution générale du droit*, qui s'applique en dehors de tout texte explicite. En Italie, la prescription n'a pas une importance constitutionnelle au-delà du cadre des principes constitutionnels du droit pénal définis par la Constitution.

2°/ Le principe du respect des prescriptions légalement acquises

Le principe du respect des prescriptions légalement acquises a généralement valeur constitutionnelle. En Espagne, le respect de la prescription légalement acquise doit s'entendre comme inséré dans le droit fondamental à la tutelle judiciaire effective, garanti par l'article 24.1 de la Constitution. En effet, la méconnaissance des prescriptions légalement acquises par les pouvoirs publics impliquerait une décision non fondée sur le droit en vigueur et, par conséquent, non conforme à la Constitution. En France, le respect des prescriptions légalement acquises a été qualifié de principe fondamental reconnu par les lois de la République, en 1996, par le Conseil d'Etat⁴⁷⁸. Mais il n'a pas été suivi sur ce point par le Conseil constitutionnel dont la jurisprudence diffère⁴⁷⁹. Ce dernier a toutefois précisé dans sa décision 98-408 du 22 janvier 1999 relative au traité portant statut de la CPI⁴⁸⁰, qu'« aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ». Le respect des prescriptions civiles et administratives n'apparaît pas formellement au niveau constitutionnel. En revanche, ce respect est préservé par les juridictions judiciaires et administratives françaises.

Le respect des prescriptions légalement acquises relève en droit grec d'une exigence constitutionnelle selon le principe « *nullum crimen nulla pena sine lege* » (article 7 de la Constitution). Les prescriptions autres que pénales n'apparaissent pas au niveau constitutionnel de la Grèce. De façon générale, la prescription est donc avant tout organisée par la loi et le Code pénal.

⁴⁷⁸ « Certains crimes relevant de la compétence de la Cour, comme le crime de génocide ou le crime contre l'humanité, et sans doute aussi le crime d'agression, peuvent être regardés comme imprescriptibles en droit international public, même si le droit pénal national ne les a pas déclarés comme tels dans tous les cas. Il n'en va pas nécessairement de même des violations graves des lois et coutumes applicables dans les conflits armés et des crimes, même d'une exceptionnelle gravité, liés par exemple à la sécurité de l'aviation civile et de la navigation maritime et au trafic illicite de stupéfiants, qui sont des crimes de droit commun. Le Conseil d'Etat considère que l'existence d'une règle de prescription qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République exige que, pour les crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptibles, un délai de prescription soit fixé dans le statut, en fonction de la gravité des crimes commis » (Avis CE, Ass., 29 février 1996, n° 358.597).

⁴⁷⁹ En effet, dans sa décision, du 29 décembre 1988 (88-250 DC, *Loi de finances rectificative pour 1988*), le Conseil constitutionnel vérifiait que « la loi ne déroge pas au principe de non-rétroactivité des textes à caractère répressif ni à son corollaire qui interdit de faire renaître en cette matière une prescription légalement acquise » avant de conclure « qu'ainsi les dispositions critiquées, qui n'ont pas la portée que leur confèrent les députés auteurs de la saisine, ne sont contraires à aucune règle non plus qu'à aucun principe de valeur constitutionnelle ». En faisant du respect des prescriptions légalement acquises un corollaire du principe de non-rétroactivité des normes pénales, le Conseil constitutionnel pouvait donc le porter au rang d'exigence constitutionnelle.

⁴⁸⁰ 98-408 DC, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*.

B – La prescription est avant tout légale

Le principe de la prescription n'est généralement pas expressément consacré par les Constitutions nationales, mais relève davantage de la compétence du législateur, sauf exception déjà mentionnée (pour la Pologne).

1°/ Une source légale : le Code pénal

Ainsi, la prescription est généralement prévue dans le Code pénal, mais également, spécificité historique oblige, dans certaines lois réprimant les crimes commis par les fonctionnaires du régime totalitaire ayant régné précédemment sur le pays. D'autres particularités tiennent à la structure fédérale de l'Etat.

Ainsi, en Grèce, la loi 1240/1982 a prévu « la prescription du caractère délictueux des contraventions et délits commis jusqu'au 21 décembre 1981 et qui sont punis à des peine d'emprisonnement allant jusqu'à une année ». En Pologne, on trouve aussi la consécration légale de la prescription de crimes directement issus de la Seconde guerre mondiale et commis jusqu'à la sortie de la Pologne du bloc soviétique. La loi du 18 décembre 1998 sur *l'Institut de la Mémoire Nationale – Commission de poursuites des crimes contre la Nation Polonaise* s'applique aux crimes nazis, communistes et aux infractions qui constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, commis entre le 1^{er} septembre 1939 et 31 décembre 1989. En vertu de cette loi, le crime communiste est un acte commis par les fonctionnaires publics de l'Etat communiste entre le 17 septembre 1939 et le 31 décembre 1989, sous la forme de la répression ou d'autres violations des droits de l'homme commis au détriment d'individus ou de groupes d'individus ou en relation avec ces formes de crime, et ayant constitué une infraction en vertu de la loi pénale polonaise en vigueur au moment des faits. Cette loi a confirmé le principe d'imprescriptibilité de trois types des crimes, à condition qu'ils soient également des crimes internationaux de guerre ou des crimes contre l'humanité ou des crimes contre la paix. Ainsi, elle fixe le commencement du délai de prescription des crimes communistes qui ne sont pas en même temps des crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ou contre la paix au 1^{er} janvier 1990 (art. 4 -1 de la de la loi).

D'autres particularités tiennent au fédéralisme. En Allemagne, la prescription est une institution du droit pénal et relève donc de la compétence concurrente de la Fédération et des *Länder*. Du fait que le législateur de la Fédération a largement fait usage de cette compétence, les *Länder*, qui n'ont qu'une compétence résiduelle, ne peuvent guère légiférer dans ce domaine que sur des points de détail. La prescription étant néanmoins une matière trop sensible, elle échappe largement au référendum.

2°/ Prescription et référendum

Suivant les pays, la possibilité de décider la prescription par référendum est nuancée. Au Portugal, elle est considérée comme une matière d'intérêt national qui doit être réglementée par un acte législatif. Néanmoins, le référendum devra obéir à toutes les exigences de la Constitution, notamment d'objectivité, de précision et prévoir impérativement les réponses de « oui » ou de « non ». Cette voie est restée jusqu'à présent théorique. En France, le Conseil constitutionnel refuse depuis le 6 novembre 1962 de contrôler la conformité à la Constitution des lois référendaires, tout comme leur domaine d'intervention. Par conséquent, rien n'empêcherait en pratique de soumettre un projet de loi portant directement modification d'un

délai de prescription au référendum, sous réserve du droit international et en particulier du Statut de la Cour pénale internationale qui prévoit l'imprescriptibilité des crimes relevant de sa juridiction⁴⁸¹ et que cette juridiction est seule compétente pour statuer sur l'attribution d'une grâce à une personne condamnée par elle⁴⁸². En Suisse, il faut distinguer entre l'institution de la prescription et son application. Le référendum peut être utilisé pour la première mais pas pour la seconde. En Italie, le référendum semble possible. Mais, de façon générale, on constate une réticence à admettre ce mode d'adoption.

Les Constitutions étant généralement muettes sur la question, la jurisprudence des cours suprêmes a permis de préciser le contenu du principe de la prescription.

C - La jurisprudence des cours suprêmes

En France, c'est essentiellement et logiquement la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a forgé une jurisprudence propre à la prescription en précisant ses conditions d'application. Ainsi, s'agissant de la prescription de l'action publique, elle a estimé que les crimes contre l'humanité étaient imprescriptibles (dans les affaires *Barbie et Touvier*⁴⁸³) bien avant que la loi ne le reconnaisse elle-même (dans le nouveau Code pénal en 1994) et ce, même s'ils ont été qualifiés de crimes de guerre. Elle a ensuite refusé d'associer l'inamnistiable à l'imprescriptible dans son arrêt du 1^{er} avril 1993, *M. Sobansky Wladyslav et association nationale des anciens prisonniers internés d'Indochine*⁴⁸⁴. La même chambre a également examiné les conditions d'interruption du délai de prescription de la peine. Dans ce domaine, sa jurisprudence a connu un revirement important. Elle a accepté en 1999 que le condamné par défaut puisse se présenter devant la juridiction ayant prononcé la condamnation pour invoquer la prescription de la peine⁴⁸⁵. Quatre années plus tard, elle considérait que le jugement ou l'arrêt de condamnation prononcé par défaut fait courir à l'encontre de la personne condamnée, le délai de prescription de la peine⁴⁸⁶. La loi grecque 1240/1982 a été considérée par la majorité de la doctrine comme contraire à la Constitution car elle accorderait une amnistie pour les délits de droit commun. La Cour de Cassation a jugé que la loi était conforme à la Constitution. Pour la Haute juridiction, le législateur ne désirait pas accorder une amnistie sous-jacente mais plutôt une « prescription spéciale ». La doctrine considère qu'il s'agit d'un procédé visant à la diminution de la population carcérale. Le Tribunal Constitutionnel polonais ne donne pas de caractère absolu au principe de non-rétroactivité. Au contraire, il estime qu'il est possible de renoncer à ce principe pour le bien de la justice, pour satisfaire le sens commun de la justice, même si la doctrine soulève aussi que cette

⁴⁸¹ La France n'a pas reconnu pour les sept premières années les crimes de guerre comme étant imprescriptibles.

⁴⁸² Rien n'empêcherait donc de soumettre un projet de loi portant directement modification d'un délai de prescription au référendum, même si « le principe de la souveraineté nationale ne fait nullement obstacle à ce que le législateur, statuant dans le domaine de compétence qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, modifie, complète ou abroge des dispositions législatives antérieures ; qu'il importe peu, à cet égard, que les dispositions modifiées, complétées ou abrogées résultent d'une loi votée par le Parlement ou d'une loi adoptée par voie de référendum » (Décision n° 89-265 du 9 janvier 1990 relative à l'élargissement par la loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie du champ d'application de l'amnistie établie par l'article 80 de la loi du 9 novembre 1988 promulguée à la suite du référendum du 6 novembre 1988).

⁴⁸³ En particulier, Cass. Crim., 20 décembre 1985, *JCP*, 1986, n° 20655, rapport LE GUNEHEC, conclusions DONTENWILLE ; *Dalloz*, 30 octobre 1986, n° 36, note CHAPAR.

⁴⁸⁴ Son raisonnement est le suivant : « les crimes contre l'humanité étant des crimes de droit commun, commis dans certaines circonstances et pour certains motifs, mais cependant régis par les règles de procédure pénale ordinaire, il s'ensuit que, bien qu'imprescriptibles, ils ne peuvent être poursuivis que dans la mesure où une loi d'amnistie n'a pas privé les infractions qu'elle visait de l'élément légal qui les rend punissables ».

⁴⁸⁵ C. Cass. Crim., 30 juin 1999 et 24 novembre 1999.

⁴⁸⁶ Cass. crim. 20 mai 2003.

interprétation peut être contraire aux instruments internationaux, notamment l'art. 7 de la CEDH.

1°/ Le principe de nécessité des peines

Dans les systèmes étudiés, on considère que le principe de nécessité des peines n'est pas réellement remis en cause par la prescription, en dépit de son caractère extinctif. Au Portugal par exemple, la doctrine estime que la nécessité de réglementation de la prescription viendrait non seulement d'une « simple efficacité du système, mais, surtout, d'une idée renforcée de paix juridique ». En France, le principe de nécessité des peines se voit simplement attribuer une limite temporelle par la prescription. Le prononcé comme l'exécution de la peine doit intervenir dans un délai déterminé pour éviter de la priver de son fondement, voire de son efficacité.

2°/ Le principe de la sécurité juridique

En France, le principe de sécurité juridique peut expliquer qu'en règle générale (sauf en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants), les délais de prescription de l'action publique soient plus courts que ceux de la peine. Pourtant, les effets de la prescription de l'action publique peuvent contredire le droit d'agir en justice, le droit au recours et le principe de la non rétroactivité de la loi pénale. Au Portugal, selon la doctrine, « l'ordre juridique, est, en substance, un ordre de paix, non seulement parce que la résolution juste des conflits est une façon de poursuivre la paix mais aussi, et surtout, parce qu'elle veut que chacun de ses membres développe sa personnalité selon des règles qui favorisent la paix juridique individuelle »⁴⁸⁷. L'idée selon laquelle l'État pourrait maintenir toujours ouverts tous les procès de toutes les infractions criminelles serait un symptôme d'une intolérable inefficacité et d'une inertie, d'un relâchement de la persécution pénale, et aurait des effets pervers.

III - Evolution et limites de la prescription

La tendance à un allongement de la durée de la prescription n'est pas le fait de tous les pays étudiés. Ainsi, que ce soit au Portugal, en Grèce, en Russie, en Roumanie ou en Suisse, aucune tendance à l'allongement de la prescription n'est remarquable. En revanche, la liste des crimes imprescriptibles s'est récemment allongée, suite à l'introduction du droit pénal international dans l'ordre interne ou à la pression médiatique concernant certains crimes considérés comme d'une extrême gravité.

A – Certains Etats étendent la durée de la prescription des crimes considérés comme les plus graves

Il peut s'agir tant des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, des crimes nazis ou communistes, que des infractions liées au terrorisme, au trafic de stupéfiants, voire des infractions sexuelles commises sur les mineurs. En Allemagne, la prescription n'a fait l'objet que de décisions ayant pour objet l'allongement par la loi du délai de prescription pour des infractions graves, comme les crimes nazis⁴⁸⁸. En Espagne, la Loi organique du 25 novembre 2003 ayant réformé le Code pénal a établi que les peines supérieures à 20 ans

⁴⁸⁷ Rapport portugais.

⁴⁸⁸ La plus notable est la décision du 26 février 1969 (*BVerfGE*, tome 25, p. 269, notamment p. 284) qui est relative à une loi ayant reporté le point de départ de la prescription pour les crimes nazis.

d'emprisonnement ne se prescrivent qu'après 30 ans (avant, toutes les peines supérieures à 15 ans étaient prescrites au bout de 25 ans).

En France, l'évolution la plus remarquable s'agissant de la prescription est certainement l'intégration de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité dans le nouveau Code pénal. Mais il existe aussi des délais allongés pour certaines infractions. En effet, la peine se prescrit en principe par vingt ans pour tous les crimes (Article 132-2 du Code pénal), cinq ans pour les délits (Article 132-3 du même Code) et les contraventions au bout de deux années (Article 132-3 du Code pénal). La durée de ce délai est plus longue que celle du délai éteignant l'action publique car il faut laisser les autorités chargées de l'exécution de la peine une période de temps suffisante pour rechercher et arrêter la personne condamnée. Or, ces délais sont plus longs pour les infractions liées au terrorisme ou au trafic de stupéfiants. Ils seront de trente ans s'agissant des peines prononcées pour les crimes et de vingt ans pour ce type de délits (Article 706-25-1 et 706-31 du Code pénal). Les délais de prescription de la peine sont alors les mêmes que ceux de la prescription de l'action publique. Par ailleurs, il semble que l'on se dirige vers une intégration des délais de prescription dans le dispositif législatif de préservation des droits fondamentaux comme en témoigne notamment le nouvel article 215-4 du Code pénal⁴⁸⁹ (inséré par l'article 28 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004⁴⁹⁰) qui peut annoncer un élargissement du délai de prescription d'autres infractions portant atteinte à l'espèce humaine. Il convient encore de préciser que le principe constitutionnel de non rétroactivité de la loi pénale la plus sévère, conduisant à appliquer la loi nouvelle la plus douce au jour de la commission des faits et non au jour du point de départ du délai de prescription, l'application des nouveaux délais en matière de prescription et de terrorisme sont donc soumis à cette condition (Cass. Crim., 4 septembre 2002⁴⁹¹).

La tendance actuelle du législateur italien, qui s'est manifestée dans les interventions les plus récentes et notamment dans le « projet de loi Cirielli » (A.S. 3247), approuvé par la Chambre des députés et actuellement soumis à l'examen du Sénat est de :

- limiter l'application des circonstances atténuantes génériques aux cas de récidive réitérée, ainsi qu'à ceux qui commettent des crimes extrêmement graves ou des délits de terrorisme ;
- limiter l'institution de la prescription, en éliminant l'évaluation, aux fins de la détermination de la peine, des circonstances atténuantes ;
- abrégé le calcul des délais de prescription pour certaines catégories de délits, pour lesquelles la loi établit des peines différentes de la détention ou de la peine pécuniaire.

En référence à cette proposition de loi, un vif débat est en cours qui a vu se manifester différentes positions critiques tant sur la discipline différenciée injustifiée des délais de prescription, que sur l'applicabilité de cette mesure aux procès en cours. En effet, sous ce dernier aspect, si la mesure, une fois approuvée, était appliquée aux procès pour corruption, la réduction des délais de prescription risquerait de déterminer les effets d'une amnistie impropre « masquée », éludant ainsi substantiellement l'article 79 de la Constitution qui requiert la majorité qualifiée des deux tiers pour l'approbation de ce type de mesures (et non la majorité simple nécessaire pour approuver une proposition de loi ordinaire).

⁴⁸⁹ « L'action publique relative aux crimes prévus par le présent sous-titre, ainsi que les peines prononcées, se prescrivent par trente ans. En outre, pour le crime de clonage reproductif prévu par l'article 214-2, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, lorsque le clonage a conduit à la naissance d'un enfant, qu'à partir de la majorité de cet enfant ».

⁴⁹⁰ *JORF*, 7 août 2004.

⁴⁹¹ Non publié, n° de pourvoi : 01-82736.

En Pologne, la nouvelle législation pénale de 1997 a allongé les délais de prescription. Notamment, aujourd'hui, la prescription de la criminalisation de l'acte en cas de meurtre s'élève à 30 ans, en cas d'autre crime, à 20 ans, en cas d'un délit sanctionné par une peine d'emprisonnement de plus de 3 ans, à 10 ans, en cas d'un délit sanctionné par une peine d'emprisonnement de moins de 3 ans, à 5 ans, et à 3 ans en cas d'un délit sanctionné par une peine restrictive de liberté ou une amende (art. 101 du Code pénal de 1997). La prescription de jugement est la même que dans le Code pénal de 1969 et s'élève jusqu'à 5 ans (art. 102 du Code pénal de 1997). Les délais de la prescription de la peine sont allongés de la façon similaire à la prescription de l'action publique et dépendent du type d'infraction. En cas de condamnation à une peine d'emprisonnement de plus de 5 ans ou une peine plus sévère (maintenant, l'emprisonnement à vie ou 25 ans d'emprisonnement), le délai de prescription de la peine s'élève jusqu'à 30 ans. En cas de condamnation à une peine d'emprisonnement de moins de 5 ans, le délai de prescription de la peine s'élève jusqu'à 15 ans. Et en cas de condamnation à une autre peine, le délai est égal à 10 ans (art. 103 du Code pénal de 1997). Il faut encore noter qu'à cause de l'inflation du contentieux, le législateur a entrepris en 2001 d'allonger les délais de prescription. Il l'a fait sous la pression des médias concernant des affaires criminelles importantes prescrites à cause de la longueur de la durée de la procédure. Le Président de la République ayant refusé de signer cette loi, elle n'est pas entrée en vigueur.

En Suisse, l'idée de l'imprescriptibilité de certains crimes avait été introduite pour la première fois dans l'ordre juridique suisse par une révision du Code pénal de 1981, entrée en vigueur en 1983. Intégralement repris lors de la révision de 2001, l'article 75^{bis} du Code pénal prévoit ainsi, à son alinéa 1^{er}, que sont « imprescriptibles: 1. Les crimes tendant à exterminer ou à opprimer un groupe de population en raison de sa nationalité, de sa race, de sa confession ou de son appartenance ethnique, sociale ou politique; 2. Les crimes graves prévus par les conventions de Genève du 12 août 1949 et par les autres accords internationaux concernant la protection des victimes de la guerre, auxquelles la Suisse est partie, lorsque l'infraction considérée en l'espèce présente une gravité particulière à cause des conditions dans lesquelles elle a été commise; 3. Les crimes perpétrés en vue d'exercer une contrainte ou une extorsion et qui mettent en danger ou menacent de mettre en danger la vie et l'intégrité corporelle de personnes, notamment par l'utilisation de moyens d'extermination massifs, par le déclenchement d'une catastrophe ou par une prise d'otage ».

La nouvelle réglementation de 2001 prévoit une prolongation du délai de prescription de l'action pénale pour les « cas d'actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187) et des mineurs dépendants (art. 188), et en cas d'infractions au sens des art. 111, 113, 122, 189 à 191, 195 et 196 dirigés contre un enfant de moins de 16 ans », soit pour tous les cas d'infractions graves dirigées contre des enfants. Dans ces hypothèses, selon les termes de l'article 70 alinéa 2 du Code pénal, « la prescription de l'action pénale court en tout cas jusqu'au jour où la victime a 25 ans ». La disposition de l'article 70 alinéa 2 du Code pénal suisse, qui constitue à proprement parler l'innovation matérielle de la révision du 5 octobre 2001, vise clairement un allongement du délai de prescription de l'action pénale dans le but de mieux protéger les enfants. L'idée était de permettre aux enfants, qui refoulent souvent les actes d'ordre sexuel auxquels ils ont été contraints, ou qui les taisent pendant longtemps en raison des menaces dont ils sont l'objet de la part de l'auteur, de porter plainte une fois leur majorité atteinte. Dans le même ordre d'idée, on signalera qu'une initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantile », lancée à la fin de l'année 2004, entend accroître encore la protection des enfants en demandant l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique avec des enfants impubères.

B – Les limites à l’oubli demeurent : l’imprescriptibilité de certains crimes

En revanche, la liste des crimes imprescriptibles existe et tend à s’allonger à peu près partout. En Espagne, l’article 131.4 du Code Pénal, dans sa récente version due à la Loi organique 15/2003 du 25 novembre 2003, dispose que « les délits de lèse-humanité et de génocide et les délits contre les personnes et biens protégés en cas de conflit armé, ne se prescriront en aucun cas »⁴⁹². Ces modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2004. En France, les infractions imprescriptibles se limitent pour l’instant dans le Code pénal français⁴⁹³ à celle du crime contre l’humanité. En vertu de l’article unique de la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 (Article 213-5 du Code pénal⁴⁹⁴) : « Les crimes contre l’humanité, tels qu’ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l’humanité telle qu’elle figure dans la charte du Tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature ». C’est le seul crime imprescriptible en droit français. En effet, s’agissant des crimes de guerre, la France, dans sa volonté d’éviter la répression des crimes commis au cours des guerres coloniales⁴⁹⁵, n’a pas ratifié la Convention des Nations Unies sur l’imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l’humanité adoptée le 26 novembre 1968, entrée en vigueur le 11 novembre 1970, ni la Convention européenne (Conseil de l’Europe) sur l’imprescriptibilité des crimes contre l’humanité et des crimes de guerre adoptée le 25 janvier 1974. En incluant certains crimes de guerre dans la définition des crimes contre l’humanité, la Cour de cassation dans son arrêt du 20 décembre 1985, que certaines désignent comme la jurisprudence Barbie⁴⁹⁶, a toutefois élargi le domaine d’application de l’imprescriptible en France. Il reste qu’elle ne l’a pas étendu à tous les crimes de guerre, ni aux autres crimes prévus par le droit international⁴⁹⁷.

Le Code pénal italien prévoit que les crimes les plus graves contre la personne, comme le meurtre, sont imprescriptibles (art. 575 C.p.). De plus, quelques étranges cas d’espèce de crimes considérés comme imprescriptibles sont encore en vigueur alors qu’ils étaient prévus par la législation militaire de l’époque fasciste, non encore déclarée inconstitutionnelle. Par exemple, aux termes de l’article 107 de la Loi n° 340/1939, « le crime d’omission ou d’effacement des notes préparatoires ou des rôles militaires et le crime d’insoumission ne s’éteignent pas par prescription ».

En Pologne, il existe deux types des crimes imprescriptibles : les crimes de guerre et les crimes contre l’humanité. Les autres infractions sont prescriptibles, mais la prescription des infractions commises par les fonctionnaires publics ou sur leur ordre, non poursuivies pour des raisons politiques, est suspendue jusqu’à cessation de ces raisons.

⁴⁹² Les délits de lèse-humanité sont définis dans l’art. 607 bis CP (précepte nouveau introduit par la déjà mentionnée LO 15/2003), les personnes protégées en cas de conflit sont déterminées dans l’article 608 et ss. CP, et les biens dans l’article 613 CP.

⁴⁹³ Selon lequel, « l’action publique relative aux crimes prévus par le présent titre ainsi que les peines prononcées sont imprescriptibles ». Cet article introduit dans le nouveau code pénal consacrait la jurisprudence de la Cour de cassation dans les affaires Barbie et Touvier. (Cass. crim, 3 juin 1988, et Cass. Crim. 21 octobre 1993). V. *Supra*.

⁴⁹⁴ « L’action publique relative aux crimes prévus par le présent titre [Des crimes contre l’humanité] ainsi que les peines prononcées, sont imprescriptibles. »

⁴⁹⁵ Deux plaintes pour crimes contre l’humanité en Algérie ont été déposées en 1984 et 1985. Mais elles ont entraîné le prononcé de non-lieux motivés par les Décrets d’amnistie de 1962 et l’ordonnance du 14 avril 1962 les rendant applicables à l’ensemble du territoire de la République. L’ordonnance de refus d’informer a été confirmée par la Chambre d’accusation.

⁴⁹⁶ C’est le cas de la Fédération internationale des ligues des droits de l’homme, dans son rapport : *La loi française d’adaptation, enjeux et tabous*, Cour pénale internationale, Rapport de position n° 6, Hors série de la lettre mensuelle de la FIDH, n° 312, septembre 2001, ad.1

⁴⁹⁷ Sur l’application du Statut de la Cour pénale internationale en France (en particulier sur la réserve de cette dernière) relativement à cette question, voir le chapitre sur la prescription en droit international.

Au Portugal, les crimes de guerre prévus dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (adopté le 17 juillet 1998 et approuvé par Portugal le 18 janvier 2002) et dans le Code de Justice Militaire⁴⁹⁸ sont imprescriptibles. La doctrine criminelle portugaise refuse, généralement, la solution de l'imprescriptibilité, parce qu'elle ne peut pas être justifiée par des raisons de prévention (générale et spéciale) mais seulement par des idées (illégitimes) de rétribution⁴⁹⁹. Malgré cela, il y a des auteurs qui défendent la nécessité de réfléchir sur l'admission d'une exception aux règles du droit interne qui consacrent la prescription, exception seulement applicable aux crimes de la compétence de la Cour pénale internationale. Un texte qui adapte la législation criminelle portugaise au Statut de la Cour pénale internationale a été récemment approuvé, établissant les conduites qui constituent des crimes de violation du droit international humanitaire. Ce texte prévoit que la procédure criminelle et les peines imposées par les crimes de génocide, contre l'humanité, et de guerre sont imprescriptibles.

En Roumanie, l'article 138 (2) du Code pénal exclut les crimes contre l'humanité du champ d'application de la prescription. Suite à la réforme du Code pénal en 2004, cette notion (*infractiune contra umanitatii*) remplace celle d'infraction contre la paix et l'humanité – au sens plutôt de genre humain (*infractiune contra pacii si omenirii*) –, comportant ainsi des connotations philosophiques supplémentaires. Pour donner toute son importance à cette notion, elle est désormais placée en tête de la partie spéciale du Code pénal. Elle inclut actuellement, en dehors du génocide et des traitements inhumains, une liste d'infractions comportant (article 175) : le fait de faire exploser des dispositifs nucléaires, les infractions contre la population civile dans le cadre d'une attaque systématique (meurtre, extermination, mise en esclavage, déportation, disparitions de personnes, torture, stérilisation, discrimination d'un groupe pour raisons politiques, raciales, nationales, ethniques, culturelles, religieuses, etc). En revanche, les infractions contre certains biens stratégiques ou du patrimoine culturel ne sont plus incluses.

L'Union soviétique avait ratifié, le 11 mars 1969, la Convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Lors de la dissolution de l'URSS, la Russie a déclaré reprendre à son compte toutes les conventions internationales ratifiées antérieurement. Ainsi, les délais de prescription ne s'appliquent pas aux auteurs des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, autrement dit les crimes de guerre, le génocide ainsi que l'écocide.

Conclusion

La prescription traduit-elle pour autant l'existence d'un droit à l'oubli ? La majorité des rapports concluent à l'absence de droit à l'oubli quant à la prescription. Ainsi, en Allemagne, il n'existerait pas de droit à l'oubli, mais plutôt le droit au respect de la dignité humaine. Pour certains au contraire, l'existence-même de l'automatisme de la prescription traduit la reconnaissance d'un droit à l'oubli automatique, fonction des délais prévus par le Code pénal. En revanche, il n'est pas reconnu comme un droit subjectif en tant que tel dans les droits nationaux.

Il semble que le droit polonais prévoit un droit à l'oubli, compris comme le droit à avoir son casier judiciaire effacé et à être traité comme une personne sans passé criminel. En principe, chaque crime, même le plus grave, peut être prescrit ou effacé, une fois la peine

⁴⁹⁸ Approuvé par la Loi n° 100/2003, du 15 novembre.

⁴⁹⁹ V. J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, p. 703 et 704.

subie. La période d'observation peut varier selon l'infraction. S'il n'y a que deux catégories des crimes imprescriptibles – les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité -, on peut cependant dire que le droit à l'oubli a été refusé aux fonctionnaires publics ou personnes ayant agi sur leur ordre, qui n'avaient pas été poursuivies pour des raisons politiques sous l'ancien régime. Concernant le Portugal, le rapport national estime qu'il existe indirectement dans le droit national un droit à l'oubli, si on prend en compte les dispositions légales sur la prescription, même s'il ne s'agit pas d'un droit subjectif du citoyen à la prescription. Le droit de renoncer à la prescription est reconnu au Portugal et en Italie. Le droit d'y renoncer consacré par certains systèmes juridiques pourrait néanmoins contribuer à renforcer l'hypothèse de l'existence d'un droit subjectif à l'oubli.

CHAPITRE 4 : ELEMENTS DE SYNTHESE

Le terme « institutions de clémence », qui donnait son titre au programme, a suscité des réticences de différents chercheurs participant au programme. Certains ont été gênés par la notion de « clémence », d'autres par la notion d'« institution ». En effet, ce dernier terme suscite ou suggère un certain nombre de conséquences en termes de pouvoirs et de structures. Or, ce n'était peut-être pas vraiment cela, en tout cas pas simplement, qui était en cause quand on pense à la clémence et la notion de « mesure » de clémence pourrait, dès lors, sembler plus adaptée. En même temps, l'ensemble des réflexions menées montre qu'il y a derrière les questions de mesures de clémence, également des problèmes d'institutions, au sens précis du terme que lui donne le droit public, dans la mesure où se pose la question des pouvoirs.

Le terme de clémence suscite également des difficultés. Si le programme s'est limité à l'étude de trois types de mesures de clémence (la grâce, l'amnistie et la prescription), on aurait pu en évoquer d'autres et certaines sont d'ailleurs apparues au fil des études, par exemple ce que le droit français dénomme libération conditionnelle.

I – Contours des notions

1. Le rapport à la morale. Le terme de clémence a une connotation religieuse, morale et, d'une certaine manière, au moins au départ, peu juridique. C'est surtout vrai sans doute de la grâce. Sans vouloir trop jouer sur les mots, et malgré tout – en français du moins – on est un peu tenté de le faire, la grâce est religieuse. Cette dimension n'est d'ailleurs pas sans intérêt. C'est un peu moins le cas de l'amnistie dans le sens où le caractère moral est un petit peu moins marqué, parce que l'amnistie n'a pas comme seul objectif la clémence. Quant à la prescription, elle va de pair avec d'autres concepts, comme l'oubli – même si c'est contesté par certains -, comme une condition du fonctionnement optimum de la justice. La prescription est aussi une façon de rendre la justice à terme ; c'est une meilleure façon de rendre la justice dans la mesure où, au bout d'un certain temps, il faut tourner la page. Il y a donc un souci d'efficacité et on considère que, si les choses traînent trop, la justice devient contre-productive. Il y a donc une notion d'utilité, une certaine forme d'utilitarisme de la prescription.

2. Droit commun. Il y a également des difficultés pour trouver un droit commun autour de ces notions. Si elles intéressent toutes le droit constitutionnel aujourd'hui, c'est néanmoins à des degrés divers, et elles n'intéressent pas que le droit constitutionnel, mais aussi le droit pénal, le droit civil, qui est notamment la matrice originelle de la prescription, éventuellement le droit social, notamment pour certaines formes d'amnistie, voire le droit fiscal. Nombre de matières sont ainsi concernées par ces trois mesures de clémence. L'intérêt du droit constitutionnel est évident pour l'amnistie, qui s'avère un concept clé du droit constitutionnel, sans doute parce que c'est une notion qui concerne en définitive les trois pouvoirs, qui les fédère en quelque sorte et passe par le biais de la loi. Ce dernier caractère, présent partout – sous réserve de la Suisse – suscite un intérêt spécifique par rapport aux autres formes de clémence. Le droit constitutionnel s'intéresse également à la grâce. La prescription est dans une position plus ambiguë. Elle semble apparemment échapper largement au droit constitutionnel – à l'exception de la Pologne. Toutefois, il y a des principes de valeur quasi constitutionnelle, ou infra constitutionnelle qui jouent dans un certain nombre

de cas et un certain nombre de notions constitutionnelles semblent concernées, par exemple, la question du principe d'égalité, notamment du point de vue des victimes et des questions autour de l'idée de renonciation et autour du temps.

3. Renonciation étatique. Les trois institutions de clémence sont des formes de renonciation à la sanction ou à la peine mais grosso modo à la sanction. Ce sont, dans tous les cas, des mesures étatiques. Cela signifie que c'est l'Etat qui abandonne, qui renonce - ou la société comme on veut -, et qu'on laisse de côté les victimes. Finalement, les victimes, à part quelques interventions, sont les grandes oubliées. Il ne s'agit pas forcément d'une critique mais d'un constat qu'il faut garder présent à l'esprit.

4. Portée. La renonciation peut avoir une portée différente, puisqu'il y a un caractère impersonnel de l'amnistie et de la prescription, alors que la grâce qui est une mesure individuelle. Néanmoins, la distinction doit être relativisée en raison de pratiques intermédiaires telles que les grâces collectives, les grâces amnistiantes, les amnisties individuelles.

La grâce est individuelle. Elle vise en principe des individus. Mais, sans trop jouer sur les qualifications, on pourrait aussi si elle n'est pas individuelle aussi parce qu'elle est prise par une autorité unique, « unipersonnelle » – le chef de l'Etat ou un autre personnage⁵⁰⁰. Si l'exemple suisse montre que la grâce peut être adoptée par une assemblée, on peut aussi rappeler que la seule période en France où il n'y a pas eu de grâce se situe entre 1791 et 1802, soit la seule véritable période où l'Assemblée était tout puissant. On peut donc faire sur cette question un parallèle très intéressant en termes de pouvoirs. En outre, dans le même temps, la grâce est quelque chose qui se demande en principe, ce qui est un aspect tout à fait important. Il y a pardon, et ce pardon est discrétionnaire, mais c'est un pardon normalement sollicité et la discrétion est donc exercée sur demande. C'est l'intéressé qui fait ou non la demande de grâce.

5. Distinction dans le temps. La dimension temporelle des mesures de clémence est un critère de distinction essentiel. En effet, il y a un effet rétroactif de l'amnistie, un effet immédiat de la grâce et un effet que l'on peut qualifier d'actif de la prescription, c'est-à-dire un effet pour l'avenir, soit l'inverse de « rétroactif ». Il y a une distinction autour de l'avant et de l'après. L'élément d'opportunité dans le temps, c'est-à-dire de choix du moment, se retrouve dans les trois catégories de mesures de clémence mais pas au même moment et pas de la même manière. Concernant par exemple l'amnistie, on perçoit d'autant mieux le facteur temporel que le choix du moment est totalement discrétionnaire, voire arbitraire. Ainsi existe-t-il en Russie des amnisties « récurrentes »⁵⁰¹, cas de figure qui pose très directement la question des raisons pour lesquelles on décide d'une amnistie et de son moment. L'analyse ne débouche sur aucun facteur systématique. Selon les pays, c'est en lien avec des dates anniversaires, ou avec des phénomènes politiques ; il y a ou non un caractère répétitif, c'est-à-dire qu'il faut qu'il y ait une amnistie à chaque fois que tel événement se produit. L'exemple français est clair sur ce point mais aussi l'exemple de la Russie : il doit y avoir des amnisties qui reviennent.

Toujours au titre du temps, il faut aussi tenir compte des circonstances, et faire une distinction entre les amnisties politiques et les amnisties de caractère strictement pénal.

⁵⁰⁰ On notera qu'en France, comme en Belgique, le décret de grâce est contresigné. Les autorités administratives participent donc, bien que cela n'entraîne pas nécessairement une responsabilité au sens parlementaire du terme.

⁵⁰¹ Rapport sur la Russie.

Certaines amnisties sont des phénomènes politiques liés à la nécessité d'effacer un passé récent plus ou moins délicat, ce qui n'est pas le cas des amnisties strictement pénales, qui sont le fruit de politiques pénales ou criminelles au sens précis du mot. En d'autres termes, deux logiques différentes peuvent être à l'œuvre. C'est pourquoi il est difficile d'affirmer que la disparition des crises politiques amoindrit la nécessité des lois d'amnistie. L'affirmation, vraie pour les amnisties « politiques », le semble moins pour les amnisties « pénales ». Dans le même ordre d'idées, les commissions vérité et réconciliation sont des phénomènes parfaitement exceptionnels, qui n'ont rien à voir avec des politiques d'amnistie récurrentes ou des politiques pénales.

Quant à la prescription, elle est très généralement présentée comme un instrument majeur du droit à l'oubli, en raison de son caractère automatique, général, abstrait. Mais, d'une certaine manière, la prescription est également soumise à l'élément temporel et peut avoir un caractère fluctuant, qui affecte non pas la mesure en tant que telle, ni ses effets, mais ses causes. C'est, notamment, la question des crimes imprescriptibles. Il est frappant de relever que ce qui est jugé comme devant être imprescriptible est ce qui est « dans l'air du temps » ou, pour le dire autrement, ce qui révolte la conscience de l'époque. On observe une sorte de déclinaison à partir de la notion de crime contre l'humanité à laquelle on tend à vouloir ajouter des crimes « qui choquent ». On parlera ainsi d'imprescriptibilité pour la pédophilie. On peut ainsi s'exposer à une relative versatilité, voire à des phénomènes de « mode », qui doivent susciter la réflexion.

II – Implications des mesures de clémence

1. Mesures de clémence et séparation des pouvoirs. On observe une gradation. L'amnistie, tout d'abord, interdit au juge de connaître d'un délit ou l'efface. C'est donc l'intervention la plus directe, la plus brutale, où le législateur écarte véritablement la main de la justice. De manière plus restreinte, la grâce n'empêche pas l'action de la justice, elle est simplement susceptible d'atténuer les effets d'une décision de justice. La prescription, quant à elle, rentre tout à fait dans le cadre de l'activité législative parce que c'est une règle de portée générale, pré-établie, qui consiste simplement à fixer le cadre temporel dans lequel doit s'exercer la fonction juridictionnelle. On est quasiment dans l'exercice normal par le législateur de son activité.

Les critiques adressées à ces pratiques rejoignent assez nettement cette gradation. Mais, on se trouve ici face à un choix politique qui correspond finalement au choix de la répartition des rôles entre le juge et le pouvoir politique. De ce point de vue, il faut dire les choses comme elles sont : il y a différentes visions possibles et l'on ne peut poser un *a priori* selon lequel il y aurait une logique préférable à l'autre. A cet égard, l'amnistie pose essentiellement le problème des auteurs/bénéficiaires de l'amnistie et c'est encore un problème de séparation des pouvoirs. En ce qui concerne la grâce, le débat se focalise sur la question du contrôle juridictionnel. C'est là en définitive le cœur du problème : faut-il que le juge se voit attribuer le pouvoir de contrôler un acte qui a pour objet de limiter les effets d'une décision d'un juge ? Le système est-il clos à l'intérieur du système juridictionnel ou peut-on faire intervenir un élément extérieur pour le réguler ? Ce sont deux conceptions différentes du principe de séparation des pouvoirs qui conduiront à répondre dans un sens ou dans un autre.

2. Fonctions des mesures de clémence. D'une manière qui n'est ni originale, ni propre aux mesures de clémence, ce sont les fonctions qu'on leur prête qui déterminent le

recours à ces mesures, dans le cadre de la recherche d'un équilibre entre la protection de l'intérêt général et la protection des droits individuels. Là encore, les trois types de mesures vont doser différemment ces deux éléments, tout en n'ignorant aucun des deux. S'agissant de la protection de l'intérêt général, il est bien entendu que les deux techniques les plus « marquantes » sont l'amnistie et la prescription. On rencontre bien cette notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, notamment par rapport à l'amnistie : le juge va vérifier l'objectif du législateur. L'objectif d'intérêt général est la condition constitutionnelle et pas seulement une condition politique de l'intervention du législateur. Il peut s'agir de tirer un trait sur un passé conflictuel – délits à l'occasion de conflits sociaux –, ou de combler les fractures de l'histoire d'un certain nombre de pays, on l'a vu pour l'Espagne, on peut le voir pour la Pologne mais aussi pour la France, par exemple s'agissant de l'amnistie de certains actes liés aux événements d'Algérie. En fait, c'est une invitation à la réconciliation et à réintégrer dans le creuset national un certain nombre de personnes que les faits de l'histoire ont écartées. Plus prosaïquement, et c'est là un aspect plus technique, l'amnistie peut viser à lutter contre le surpeuplement carcéral, à favoriser le rapatriement des capitaux et, de ce point de vue, il n'y a pas véritablement de limites aux objectifs de l'amnistie. Un but d'intérêt financier peut être considéré comme un but admissible d'une mesure d'amnistie, tout au moins dans certains pays. On s'aperçoit qu'il n'y a pas de limites aux objectifs puisque, par exemple en Russie, c'est un moyen de remercier ceux qui ont mérité de la patrie. Dans ce contexte là, les droits individuels ne sont pas au centre de l'amnistie mais ils peuvent intervenir de manière périphérique, être un peu le contrepoint de cet acte essentiellement centré sur l'intérêt général. C'est le respect du principe d'égalité, c'est la présomption d'innocence, c'est, éventuellement, le droit à la vérité, encore qu'aucun texte juridique ne semble reconnaître un tel droit et qu'on puisse s'interroger sur son contenu.

Quant à la grâce, l'aspect individuel est bien entendu plus prégnant puisque la véritable grâce est individuelle. C'est un acte de souveraineté, elle répond à la nécessité du pardon des fautes ; c'est une indulgence, délivrée par le Roi ou par le Président, qui ne conduit pas à l'oubli de la faute, mais qui conduit à la clémence vis-à-vis du « pêcheur ». Elle ne constitue pas un droit subjectif, mais, élément qui mérite d'être relevé, son existence peut être prise en compte comme une exigence constitutionnelle au nom du principe de dignité, comme c'est le cas en Allemagne, c'est-à-dire à propos des peines perpétuelles privatives de liberté. C'est l'idée selon laquelle la dignité de l'homme impose qu'il ne puisse être voué au châtiement perpétuel et que l'espoir de la rémission ou de la rédemption doit exister pour lui. L'analyse peut mener vers l'emploi d'un langage d'origine religieuse et chrétienne, tout simplement parce que ce langage est probablement au cœur de la logique qui nous occupe.

La prescription, enfin, est un système régulateur de l'action judiciaire. Elle revêt donc une très forte dimension d'intérêt général. Toutefois, là encore, l'aspect droit individuel n'est pas absent même s'il est marginal. On en a discuté avec la question d'un éventuel droit à l'oubli.

Enfin, la prescription et l'amnistie ont essentiellement ou également une fonction idéologique. Les restrictions apportées aux champs d'application de la prescription et de l'amnistie sont de ce point de vue révélatrices. On aurait très bien pu imaginer que la fixation de critères objectifs fondés sur le *quantum* de la peine suffisent à réaliser un équilibre entre le pardon ou l'oubli, d'une part, et la gravité de la faute, d'autre part. Autrement dit, on procède à une conciliation objective entre la gravité de la faute et la part du pardon. Or, on s'aperçoit que cela ne fonctionne pas ainsi et que ce sont d'autres éléments qui sont pris en compte.

Même si on ne peut pas, à la lumière des différentes études, constater un élargissement ou une restriction globale du champ du recours à l'amnistie, on peut cependant constater, dans les pays qui ont recours à cette pratique, un déplacement du domaine des infractions exclues du domaine de l'amnistie ou pour lesquelles la prescription est réduite. L'aspect subjectif est dans ce domaine très prégnant et l'on pourrait même considérer que les lois d'amnistie représentent des instruments de politique pénale qui concurrencent les lois d'incriminations inscrites dans le Code pénal. Ainsi, les délits économiques pourront être minorés ou majorés au regard de délits commis à l'occasion de mouvements sociaux ; par exemple, l'obstruction à la pratique des avortements peut être particulièrement stigmatisée et écartée de l'amnistie alors que des infractions plus gravement sanctionnées seront admises. Les crimes et délits sexuels apparaissent également moins pardonnables que les crimes de sang et, en effet, on peut considérer que relève d'une position idéologique, et non de l'évidence, le fait que les crimes ou délits sexuels commis sur des mineurs soient jugés plus graves que des crimes de sang commis sur des personnes âgées. C'est une question d'appréciation. Mais on s'aperçoit que, si, dans le Code pénal, les équilibres ne varient pas aussi brutalement, dans les mesures relatives à l'amnistie et à la prescription, il peut y avoir des changements brutaux. Autrement dit, on a l'impression qu'il y a une espèce de hiérarchisation parallèle dans le cadre de ces mesures de clémence, par rapport à la hiérarchie établie dans les différents codes. Le cas le plus flagrant est celui du clonage reproductif, dont la loi française, par exemple, a fait un crime contre l'espèce humaine imprescriptible. L'explication de cette attitude est assez simple : le vertige du recul de l'interdit en matière biomédicale a tellement affolé le législateur qu'il a fallu qu'il crée un crime absolu et imprescriptible dont on ne sait d'ailleurs même pas qui sont exactement les victimes. On observe ici l'utilisation de l'imprescriptibilité devant la peur du vide.

Finalement, si la clémence est au cœur de la grâce, de l'amnistie et de la prescription, ces trois éléments obéissent à des logiques plus complexes où se mêlent des préoccupations liées à l'ordre public (une espèce d'idée de vivre ensemble), des éléments relatifs à la protection de la personne et de son individualité mais aussi des considérations idéologiques. Ces trois éléments, au-delà de leur aspect technique, sont finalement un miroir assez exact d'évolutions sociales plus profondes.

ANNEXE 1

GRILLE D'ANALYSE POUR LES INTERNATIONALISTES

La grille élaborée dans le cadre du volet internationaliste s'articule en cinq sections.

1. Etude des sources formelles et de la valeur juridique des obligations posées par le droit international en matière de crimes internationalisés :

1.a) Sources formelles : selon la liste de l'art.38 du Statut de la CIJ, successivement :

1.a.i) Ex droit conventionnel ;

1.a.ii) Ex droit coutumier ;

1.a.iii) Ex principes généraux de droit international ;

1.a.iv) Ex Jurisprudence ;

1.a.v) Ex Doctrine ;

1.b) Valeur juridique : question de la valeur de norme impérative ;

2. Examen du contenu des obligations imposées par le droit international aux institutions nationales de clémence selon une perspective matérielle et temporelle :

2.a) *Ratione materiae* : quels crimes couverts ? quels crimes omis ?

2.b) *Ratione temporis* : question de rétroactivité de l'imprescriptibilité et de la possibilité d'invalider une loi d'amnistie ;

3. Destinataires des obligations : examen de l'effectivité et de l'efficacité de la norme internationale sur les acteurs destinés à l'appliquer au niveau interne :

3.a) Le juge : Ampleur des limitations imposées aux juges de l'Etat concerné ;

3.b) Le législateur : absence d'applicabilité directe des normes internationales ;

3.c) L'exécutif ;

3.d) La Cour constitutionnelle et en particulier le pouvoir de révision constitutionnelle ;

4. Relations entre les diverses institutions de clémence : étude des interférences qui peuvent paraître dans l'application des institutions de clémence :

4.a) Examen des interférences entre amnistie et prescription : par exemple, opinion de certains selon laquelle les crimes imprescriptibles seraient (in)amnistiables ;

4.b) Examen des interférences entre amnistie et grâce ;

4.c) Examen des interférences entre prescription et grâce ;

5. Conflits de compétences qui peuvent surgir dans l'examen des institutions de clémence (extraterritorialité des mesures nationales de clémence) au niveau horizontal et vertical :

5.a) Conflit de compétence horizontale (Etat appliquant une disposition de clémence v. Etat tiers qui refuse de l'appliquer) ;

5.b) Conflit de compétence verticale (Etat appliquant une disposition de clémence v. juridiction internationale qui refuse de l'appliquer).

A travers l'ensemble de ces questions, chaque chercheur du volet internationaliste a été en mesure de conduire une étude susceptible d'être inscrite dans un panorama plus large. L'utilisation d'une grille commune et la concertation directe entre les chercheurs qui en a découlé a permis : d'un côté, d'accentuer les lignes de démarcations internes, c'est-à-dire d'indiquer les caractéristiques propres à chaque institution de clémence vis-à-vis des autres mesures ; de l'autre, de souligner la ligne de frontière commune, c'est-à-dire de comprendre jusqu'à quel point on peut considérer les nombreuses manifestations de clémence aujourd'hui présentes dans les systèmes juridiques des pays européens comme relevant de la même problématique de fond.

ANNEXE 2

QUESTIONNAIRE POUR LES CONSTITUTIONNALISTES

1. Questions de terminologie

1.a) Définitions matérielles de référence proposées :

Amnistie : Mesure qui enlève à certains faits commis pénalement répréhensibles, tout caractère délictueux ;

Grâce : Mesure qui soustrait en tout ou partie un condamné à l'exécution de sa peine ;

Prescription : Mode d'extinction de l'action en justice et/ou de l'exécution d'une condamnation pénale suite à l'écoulement d'un certain délai fixé par la loi.

1.b) Questions

- (1) Les institutions de clémence existent-elles dans votre droit national ?
- (2) Si oui, selon quelle dénomination ?
- (3) Existe-t-il d'autres formes de clémence ou de pardon ?
- (4) Votre droit interne connaît-il des dispositions sur la réhabilitation ?

2. Questions générales

- (1) Existe-t-il des dispositions constitutionnelles spécifiques à l'amnistie, à la grâce et à la prescription ?
- (2) Existe-t-il une jurisprudence constitutionnelle ou une jurisprudence de juridictions suprêmes spécifique ?
- (3) Dans l'affirmative quelles sont les grandes lignes de cette ou de ces jurisprudences ?
- (4) Peut-on considérer qu'il existe directement ou indirectement dans votre droit national, un droit à l'oubli ?
- (5) Quels rapports ces pratiques juridiques ont-elles avec les principes de nécessité des peines, de sécurité juridique et de protection de l'ordre public ?
- (6) Quels sont les effets des institutions de clémence sur le concours d'infractions, le casier judiciaire, etc. ?
- (7) Ces pratiques posent-elles problèmes au regard du principe de séparation des pouvoirs, au regard du principe d'égalité ?

(8) Les institutions de clémence posent-elles problème pour les titulaires des pouvoirs publics ? (par exemple, le Parlement peut-il adopter une loi d'amnistie pour les parlementaires ?)

(9) La ratification de conventions relatives au droit pénal international a-t-elle nécessité la révision de votre Constitution ? En quel sens ?

3. Questions plus spécifiques

(1) Quelles sont les distinctions opérées entre la grâce et l'amnistie ?

(2) Le droit de grâce est-il conçu comme une prérogative régaliennne ?

(3) La pratique de l'amnistie pose-t-elle problème au regard du principe de la présomption d'innocence ?

(4) L'amnistie est-elle susceptible d'affecter les droits des tiers (dans le cadre d'une relation contractuelle, par exemple de travail, ou dans le cadre de l'exercice du droit à réparation) ?

(5) Existe-t-il des crimes imprescriptibles, et si oui, lesquels ?

(6) Le respect des prescriptions légalement acquises relève-t-il d'une exigence constitutionnelle ? Les prescriptions, autres que pénales, apparaissent-elles au niveau constitutionnel ?

(7) Existe-t-il des rythmes réguliers de recours aux dispositions de grâce et d'amnistie (annuelle, après des élections, etc) ?

(8) Existe-t-il des mesures de grâce individuelles ou collectives ?

(9) Y-a-t-il un droit du destinataire à refuser l'amnistie et/ou la grâce ?

(10) Quel contrôle juridictionnel peut être exercé sur les dispositions de grâce ?

(11) Y a-t-il des infractions qui sont systématiquement exclues de l'amnistie, de la grâce et de la prescription ?

(12) Dans l'affirmative, le champ de l'amnistie a-t-il tendance ou non à se restreindre, à quoi attribuez vous cette évolution ? Pourriez vous mettre cette évolution en rapport avec une évolution de la politique pénale (pénalisation de la vie sociale, renforcement des « droits » des victimes...).

(13) Existe-t-il des lois particulières d'amnistie liées à des événements ou à des pratiques particulières (par exemple dans le domaine du financement politique) ?

(14) L'amnistie, pour des raisons politiques ou de crime politique, pose-t-elle des problèmes particuliers ?

(15) Assiste-t-on à une évolution s'agissant de la durée de la prescription (allongement général du délai, ou allongement du délai pour certains crimes ou délits spécifiques, lesquels) ?

(16) Existe-t-il une amnistie en dehors du domaine pénal (sanctions administratives, disciplinaires...)?

(17) La forme d'organisation de l'Etat a-t-elle des conséquences sur la répartition des compétences? Si oui, y-a-t-il un contrôle central de l'exercice des actes des entités fédérées ou régionales ?

(18) Peut-il y avoir, pour les institutions de clémence, un référendum ou une initiative populaire ?

Questions spécifiques au droit interne du pays concerné

Merci d'identifier les questions suscitées par le droit national et qui ne sont pas mentionnées dans ce questionnaire (ex : remise de peine en matière fiscale – *condono fiscale*- en droit italien). Merci d'indiquer également les questions de ce questionnaire non pertinentes pour votre droit. Pour les Pays d'Europe centrale et orientale, les évolutions remarquables (depuis la chute des régimes communistes) pourront être relevées.

TABLE DES MATIERES :

Introduction :	
I - Conception du programme	3
II - Méthode de la recherche	4
A - Rappel méthodologique concernant l'axe international	4
B - Rappel méthodologique concernant l'axe de droit constitutionnel comparé	5
III – Présentation	6
Première partie : Le développement d'un cadre juridique international concernant les institutions de clémence	8
Chapitre 1 : L'amnistie en droit international	8
I - L'amnistie dans le cadre général du droit international public	11
A - Le Protocole Additionnel II de 1977 : un bon point de départ mais pas d'arrivée	11
B - La réponse inadéquate du droit conventionnel	12
C - La réponse en partie ambiguë du droit coutumier	15
1°/ L'attitude des Etats tiers et des Etats directement engagés	16
2°/ L'attitude au sein de l'Organisation des Nations Unies	18
3°/ L'attitude au sein des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme	19
II - L'amnistie dans le cadre particulier du droit international pénal	21
A - Les indices qui dérivent de la pratique des Tribunaux <i>ad hoc</i>	22
B - La question de la validité des amnisties dans le cadre de la Cour pénale internationale	24
1°/ L'évaluation de l'admissibilité d'une loi d'amnistie par les juges	25
2°/ L'évaluation de l'admissibilité d'une loi d'amnistie par le Procureur	26
3°/ L'évaluation de l'admissibilité d'une loi d'amnistie par le Conseil de sécurité	28
Conclusion	29
Chapitre 2 : La grâce en droit international	33
I-La grâce en droit international : un statut ambivalent	34
A - La reconnaissance du droit au recours en grâce	34
B- Vers un encadrement de l'octroi de la grâce pour les crimes les plus graves	36
1°/ Les conventions susceptibles d'imposer aux Etats parties l'exécution d'une sanction pour des infractions déterminées	37
2°/ Les conventions imposant aux Etats parties la mise en place d'une sanction adaptée à la gravité de l'infraction	38
II- Les conséquences de l'ambivalence de la grâce	39
A – La nécessité de délimiter les effets extraterritoriaux de la grâce	39
B – L'attribution aux juridictions internationales d'un droit de regard sur l'octroi de certaines grâces	42
Chapitre 3 : La prescription en droit international	47
I – L'état du droit positif : reconstituer le sfragments d'un droit éclaté	52
A - Appréciation statique	52
1°/ L'imprescriptibilité selon les ères géographiques et son application <i>ratione materiae</i> selon les crimes	52
2°/ L'application de l'imprescriptibilité <i>ratione temporis</i> : la question de la rétroactivité	54
B - Appréciation diachronique	56
1°/ Evolution du champ d'application <i>ratione materiae</i>	56
2°/ Du droit coutumier ?	57
II- Le devenir de la prescription pour les crimes internationaux : une érosion inéluctable ?	64
A- Les fondements militant en faveur de la prescription en droit pénal interne sont difficilement valables pour les crimes internationaux	65
1°/ Les fondements pratiques/techniques liés à la déperdition des preuves et au risque de procès inéquitable pour l'auteur des actes	65
2°/ L'effet du temps sur l'utilité de la répression de l'infraction pour les victimes, la société et l'auteur de l'acte	66
B – Le droit des victimes à réparation et l'érosion de la prescription	69
1°/ Les composantes du droit imprescriptible à réparation pour les victimes des crimes internationaux	70

2°/ Le droit imprescriptible des victimes à réparation a-t-il pour corollaire l'imprescriptibilité des poursuites contre l'auteur de crimes internationaux ?	75
C – La prescription, l'amnistie et la grâce : une approche commune dans la lutte contre l'impunité	76
D – Les aménagements possibles entre prescription et imprescriptibilité : tentative d'élaboration de principes directeurs de <i>lege ferenda</i>	78
Conclusion	81
Chapitre 4 : Eléments de synthèse	83
I-Les lignes de fond : identifier la complexité	84
II-Les voies du compromis : gérer la complexité	85
Deuxième partie : Les institutions de clémence en droit constitutionnel comparé européen	87
Chapitre 1 : L'amnistie en droit constitutionnel comparé européen	87
I - La rareté des lois d'amnistie dans les Etats européens	89
A - Une clarification conceptuelle	89
B - Les motifs d'adoption d'une loi d'amnistie	90
II - L'encadrement constitutionnel du recours à l'amnistie	92
A - Une institution de clémence souvent garantie par la Constitution	92
B - L'encadrement de la procédure d'amnistie par la jurisprudence des cours constitutionnelles	94
Chapitre 2 : La grâce en droit constitutionnel comparé	97
I - La grâce, une institution aux traits sensiblement communs dans les Etats étudiés	97
A - La notion de grâce	98
B - La mise en œuvre du droit de grâce	99
1°) Le titulaire du droit de faire grâce	99
2°) Les bénéficiaires de la grâce	99
3°) Les effets de la grâce	99
4°) Les infractions exclues du bénéfice de la grâce	100
II – La grâce, une institution insolite dans les Etats de droit contemporains ?	100
A - La grâce un acte de l'exécutif (administratif) comme les autres ?	100
B- La grâce et le respect des principes de l'Etat de droit	102
Conclusion	103
Chapitre 3 : La prescription en droit constitutionnel comparé européen	104
I - Fondements et modalités	105
A - La paix sociale comme fondement théorique de la prescription	105
B - L'étroite dépendance du délai de prescription à la gravité de l'infraction	106
II - Le cadre juridique de la prescription	106
A - Des principes constitutionnels	106
1°/ Le principe fondamental de la prescription	106
2°/ Le principe du respect des prescriptions légalement acquises	107
B - La prescription est avant tout légale	108
1°/ Une source légale : le Code pénal	108
2°/ Prescription et référendum	108
C - La jurisprudence des cours suprêmes	109
1°/ Le principe de nécessité des peines	110
2°/ Le principe de la sécurité juridique	110
III- Evolution et limites de la prescription	110
A - Certains Etats étendent la durée de la prescription des crimes considérés comme les plus graves	110
B- Les limites à l'oubli demeurent : l'imprescriptibilité de certains crimes	113
Conclusion	114
Chapitre 4 : Eléments de synthèse	116
I - Contours des notions	116
1. Le rapport à la morale	116
2. Droit commun	116
3. Renonciation étatique	117

4. Portée	117
5. Distinction dans le temps	117
II- Implications des mesures de clémence	118
1. Mesures de clémence et séparation des pouvoirs	118
2. Fonctions des mesures de clémence	118
Annexe 1 : Grille d'analyse pour les internationalistes	121
Annexe 2 : Questionnaire pour les constitutionnalistes	123
Tables des matières	126