

La responsabilité pénale en échec prescription, amnistie, immunités¹

Mireille DELMAS – MARTY

Professeur à l'Université Paris I
Membre de l'Institut universitaire de France

Traditionnellement, la responsabilité pénale peut être mise en échec pour des raisons pratiques (l'oubli après un certain temps rend difficile voire impossible l'établissement de la preuve), morales (le pardon peut faciliter le deuil et la réconciliation) ou politiques (la souveraineté des Etats peut sembler menacée par la mise en cause de leurs représentants). Ces raisons sont prises en compte juridiquement, au confluent des systèmes nationaux de droit pénal et du droit international, par le jeu de notions comme la prescription, l'amnistie et l'immunité. Certes ces notions présentent de grandes différences d'un système à l'autre. Qu'il s'agisse du principe même de la prescription - qui n'est pas universellement consacré -, de l'amnistie - dont les conditions et les effets varient -, ou de l'immunité pénale - dont la portée dépend du critère déterminant, personnel ou matériel-, le régime juridique de la mise en échec de la responsabilité pénale peut varier considérablement. Toutefois les trois notions ont longtemps paru converger pour justifier, à certaines conditions, la neutralisation de la responsabilité pénale, quelles que soient la nature et la gravité du crime commis.

Mais face aux événements, tels la Shoah et les autres grands crimes du XXe siècle, « qui ont laissé leur empreinte traumatique

¹ Extraits de la contribution de 45 pages, à paraître in *Crimes internationaux et juridictions nationales*, dir. A. Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, mai 2002. Cet ouvrage fait suite au séminaire organisé en juillet 2001 à Paris pour lequel des rapports préparatoires généraux et nationaux ont été présentés et dont la version définitive figure dans le livre à paraître.

dans les cœurs et sur les corps »², les bonnes raisons sonnent creux et les notions juridiques font figure d'obstacles dérisoires. Car de tels événements « protestent qu'ils ont été et à ce titre ils demandent à être dits, racontés, compris ». Et leur protestation, souligne Paul Ricoeur, est de l'ordre de la croyance : « elle peut être contestée, mais non réfutée ». D'où le devoir de mémoire, et d'abord le travail de mémoire, dont il convient de se demander s'il relève de l'historien ou du juge.

S'il est vrai que le souci de la preuve et l'examen critique de la crédibilité des éléments produits comme tels (documents, témoignages, voire aveux) sont communs au juge et à l'historien³, il reste cette différence majeure soulignée par Ricoeur que l'histoire est en perpétuelle réécriture alors que la scène juridique est par nature limitée. La connaissance historique ressemble à ces bibliothèques peintes par Vieira da Silva, architectures de sens qui combinent les échelles de durée et distribuent les objets sur d'innombrables plans, comme pour donner à voir que l'histoire est plus vaste que la mémoire et que le temps y est « autrement feuilleté »⁴. Il diffère aussi du temps juridique, non seulement linéaire mais aussi borné : il s'écoule le long d'une chaîne de discours croisés que l'on nomme débat contradictoire et s'interrompt lorsque tombe l'arrêt, bien nommé car c'est ainsi que « la fonction de rétribution de la sentence doit être tenue pour subordonnée à sa fonction restauratrice tant de l'ordre public que de la dignité des victimes à qui la justice est rendue »⁵.

Mais en ce domaine d'une justice mondiale encore en gestation, la distinction se brouille car c'est d'instauration, et non de restauration, qu'il faudrait parler. L'ordre public n'a sans doute pas le sens habituel : ni proprement national, même quand l'affaire est jugée par les juges d'un Etat, ni véritablement mondial - malgré l'apparition de tribunaux pénaux à la composition internationale, comme à Nuremberg, ou même mondiale comme la future CPI, ou déjà les tribunaux ad hoc, de La Haye et Arusha -, cet ordre public d'un type nouveau n'est garanti par aucune autre institution

² Paul Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Seuil, 2000, p.648.

³ Carlo Ginsburg, *Il giudice e lo storico*, Turin, Einaudi, 1991, trad. française, *Le juge et l'historien*, Paris Verdier, 1997

⁴ Paul Ricoeur, précité, p. 647.

⁵ Ibidem, p. 420, in *Le juge et l'historien*, p. 413 s.

mondiale, ni parlement, ni gouvernement, ni armée, ni police. Tout au plus les juges peuvent-ils faire appel au Conseil de sécurité de l'ONU, sans garantie de réponse, lorsqu'un mandat d'arrêt international qu'ils ont lancé n'est pas exécuté.

C'est sans doute ici que prend tout son sens « l'addition au couple du juge et de l'historien d'un troisième partenaire, le citoyen », qui devient l'ultime arbitre, celui dont la conviction « justifie en dernier ressort l'équité de la procédure pénale dans l'enceinte du tribunal et l'honnêteté intellectuelle de l'historien aux archives »⁶. Quant au travail de mémoire, en somme, le philosophe ne tranche pas entre l'historien et le juge, considérant que c'est sur le chemin de la critique historique que la mémoire rencontre le sens de la justice : « que serait une mémoire heureuse qui ne serait pas une mémoire équitable ? ».

A défaut de restaurer un ordre mondial qui n'existe pas, la fonction essentielle de la justice pénale internationale serait, en éclairant l'opinion publique, de transformer le jugement sur le crime en promesse d'en éviter le retour : « replacée sous la catégorie de la promesse, la méditation sur le mal peut être arrachée à la déploration infinie et à la mélancolie désarmante, et, plus fondamentalement encore, au cercle infernal de l'inculpation et de la disculpation ». Précisément, la condamnation peut aider à sortir du cercle infernal et devenir instauration d'un ordre futur qui se cherche encore.

Pour y parvenir, le travail du juge ne doit pas se heurter, en matière de crimes internationaux, aux obstacles juridiques traditionnels mais comporter, à sa façon, quelque chose d'illimité. Et c'est pourquoi ces obstacles doivent être analysés sans prétendre réduire la complexité actuelle des données, ni leur donner une cohérence qui fixerait prématurément un domaine en pleine évolution.

On observe en effet d'abord un extraordinaire enchevêtrement des différents espaces normatifs (national, international régional en matière de droits de l'homme, ou international à vocation mondiale). Etant précisé que la norme pertinente peut appartenir au droit conventionnel, à la jurisprudence, nationale, régionale ou internationale, ou encore à la coutume internationale ; et qu'elle

⁶ Ibidem, p.436.

relève tantôt de relations « interétatiques » (droit conventionnel ou coutumier), tantôt d'une conception « supraétatique » permettant la condamnation d'un Etat sur saisine d'une personne privée (instruments de protection des droits de l'homme) ou la condamnation pénale d'un individu, fut-il chef d'Etat ou ancien chef d'Etat, pour un crime défini comme crime international (justice pénale internationale).

Si l'on se situe dans la perspective où la justice pénale internationale est rendue par des juridictions nationales, on prend toute la mesure de la complexité du droit en vigueur. Complexité dans l'espace, tant il est vrai que les normes nationales restent largement applicables sans avoir été au préalable unifiées ou seulement harmonisées, même dans les rares Etats, comme la Belgique et prochainement l'Allemagne, qui ont adopté une législation spécifique, *a fortiori* dans la majorité des systèmes étudiés, où seule la jurisprudence s'emploie à intégrer, à des degrés et à des rythmes variables, le droit international. Cette variabilité des rythmes impliquant aussi une complexité dans le temps, d'autant que le droit international lui-même est en pleine évolution, l'incertitude qui en résulte ne facilitant évidemment pas une intégration que les droits nationaux réalisent à leur rythme propre et chacun selon son histoire et ses spécificités culturelles, politiques ou parfois économiques.

C'est dans un tel contexte, qui ne se prête guère à des appréciations péremptoires et définitives, mais à des hypothèses qui restent à vérifier, que l'on tentera de revisiter les notions juridiques qui pourraient mettre en échec la responsabilité pénale en matière de crimes internationaux.

Tout d'abord les notions venues du droit pénal interne que sont la prescription et l'amnistie. Dans le cas de la *prescription*, la diversité des systèmes de droit interne peut expliquer une influence variable de la norme internationale, dont le mérite est en tout cas de poser clairement le principe de l'imprescriptibilité pour un certain nombre de crimes internationaux. Avec l'*amnistie*, la difficulté tient à la fois à la diversité des droits nationaux et à l'incertitude de la norme internationale qu'il faut chercher au confluent de la jurisprudence régionale relative aux droits de l'homme, de la jurisprudence des TPI et d'une coutume internationale encore incertaine.

En revanche, la notion d'*immunité* est commandée avant tout par une norme internationale en pleine évolution. Traditionnellement l'immunité interdisait de poursuivre pénalement des chefs d'Etat ou d'anciens chefs d'Etat, en application d'un droit international conçu, sur le modèle dit « de Grotius », comme interétatique et soucieux de respecter l'égale souveraineté de tous les Etats. Pourtant, à partir du Traité de Versailles, c'est un tout autre modèle, à caractère cosmopolitique (modèle dit « de Kant »⁷) qui permit d'écarter l'immunité pénale de Guillaume II : son extradition ne fut jamais accordée, mais la poursuite aurait été juridiquement possible. Le nouveau modèle s'affirma lorsque le Tribunal de Nuremberg jugea l'amiral Doenitz, qui avait signé l'acte de capitulation au nom de l'Allemagne (alors que l'empereur du Japon devait bénéficier d'une sorte d'immunité de fait). Plus récemment ce même modèle fonde la compétence du Tribunal de La Haye pour mettre en accusation et juger Milosevic, bien que signataire des accords de Dayton. Le droit conventionnel consacre d'ailleurs clairement ces pratiques avec les principes 1 et 3 de Nuremberg, l'article 4 de la convention sur le génocide et l'article 3 de la convention sur l'apartheid, ou encore l'article 7 du statut du TPIY et du TPIR et l'article 27 de la convention de Rome. La difficulté tient à l'incertitude de la notion des « crimes internationaux graves » auxquels s'applique un principe de refus d'immunité dont il n'est pas certain qu'il se limite au seul droit conventionnel dès lors qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence invoquent une coutume internationale plus large, encore en formation, qui viserait aussi, malgré le silence des conventions, le terrorisme ou la torture. Le plus souvent, cette incertitude a pour conséquence de laisser le dernier mot à l'appréciation souveraine des autorités nationales de poursuite et de jugement, soit en quête d'une légitimité mondiale, soit sensibles aux risques d'incidents diplomatiques.

La question nous conduira donc, *en guise de conclusion*, à revenir sur l'articulation entre le régime juridique de la responsabilité pénale et la consécration, ou le refus, d'une compétence universelle pour le juge national. Façon de souligner qu'on ne s'improvise pas juge mondial sans préparation et que le principe de « complémentarité » posé par la convention de Rome

⁷ Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2000

devrait sans doute être interprété comme une véritable complémentarité – ce qui veut dire que les sphères de compétence seraient différentes et non concurrentes- , et non comme une subsidiarité de fait au nom de laquelle on se résignerait à écarter la compétence de la CPI pour de simples raisons diplomatiques.

(...)

Etudier la mise en échec de la responsabilité pénale c'est un peu comme aller visiter l'envers du décor. C'est souvent là que l'on comprend le sens caché de la représentation. Le bilan de la visite permettra en tout cas de dégager quatre modèles d'internationalisation du droit sur lesquels fonder quelques recommandations pour une future harmonisation.

Quatre modèles d'internationalisation du droit

On ne peut qu'être frappé par la disparité des pratiques nationales et la complexité des articulations qu'il faut mettre en évidence pour saisir précisément la signification, en termes de modèles d'internationalisation du droit, de cette vaste scène en pleine transformation.

Une première articulation serait nécessaire entre le degré d'internationalisation des normes appliquées par les juges nationaux à la mise en échec de la responsabilité pénale et le type de compétence qui sous-tend leur intervention.

Comme le souligne P.M. Dupuy, « même si le problème des immunités de juridiction des responsables de la politique d'Etat et celui de la compétence universelle sont deux questions bien distinctes, l'admission élargie de la seconde condition conditionne dans une grande mesure la réduction effective du champ d'application de la première »⁸. Il y aurait donc une relation directe entre la compétence universelle et le refus des immunités. La Chambre des Lords a d'ailleurs fait le lien, dans sa décision du 24 mars 1999, en considérant que l'immunité pénale d'un ancien chef d'Etat serait incompatible avec la Convention de 1984 contre la torture qui introduit la compétence universelle. Toutefois, la portée de la décision est limitée, d'abord par les trois conditions

⁸ P.M. Dupuy, Crimes et immunités, RGDI 1999. 294

qu'elle implique⁹ (un Etat partie aux Conventions prévoyant la compétence universelle, l'entrée en vigueur de ces conventions, enfin la commission de crimes définis par ces conventions) ; également parce qu'elle concerne seulement le jeu des immunités, auquel il convient d'ajouter, pour prendre la mesure de l'ensemble, l'imprescriptibilité et l'interdiction des amnisties et mesures équivalentes.

Mais le processus inverse est également observable, en ce sens que l'intégration par un Etat dans son droit pénal national des normes internationales relatives à l'imprescriptibilité, à l'exclusion des amnisties ou autres mesures de clémence et aux immunités, peut donner aux juridictions nationales un rôle moteur dans le jugement des crimes internationaux, même si leur compétence reste de type traditionnel.¹⁰

C'est donc bien de l'articulation entre les normes de mise en échec de la responsabilité pénale internationale et le mode d'attribution de la compétence que résulte le modèle, à dominante nationale ou internationale, qui est appliqué par chaque Etat. Toutefois, il convient de rappeler qu'une même solution peut relever tantôt du droit national, tantôt du droit international. Ainsi l'imprescriptibilité est une règle traditionnelle en *common law* ou en droit islamique, alors qu'elle découle du droit international pour les systèmes de tradition romano-germanique. De plus il faut tenir compte des phénomènes de « renationalisation » ou « internisation » du droit international lorsque des règles, intégrées au droit interne à partir du droit international, sont interprétées dans un sens autonome, élargi ou restreint. Libérées de leur lien avec le droit international, ces règles peuvent se trouver « renationalisées » : en Espagne, par exemple, la compétence universelle est expressément prévue par le code pénal pour les crimes de génocide, mais l'interprétation de la notion de génocide étant différente de celle de la Convention de 1948, il en résulte une compétence universelle d'application élargie par rapport à la définition internationale. Enfin la compétence universelle est parfois reconnue dans des conditions

⁹ En ce sens, voir S. Villalpundo, R.D.I.D.P 2000, p. 417.

¹⁰ voir par exemple le rapport pour l'Argentine, qui sera publié dans l'ouvrage mentionné en note 1.

d'application qui affaiblissent sa portée ou même neutralisent sa mise en œuvre¹¹.

Sous ces réserves, on peut tenter de définir, au croisement des deux axes de la compétence et des normes applicables, *quatre principaux modèles* qui marquent différents degrés dans l'internationalisation du droit : aux deux pôles extrêmes, un modèle « *national pur* » - compétence à dominante traditionnelle et normes à dominante nationale -, correspondant par exemple aux pratiques dans beaucoup de pays d'Islam ou aux Etats-Unis, et un modèle « *international pur* » - compétence universelle et normes à dominante internationale -, qui évoque par exemple la Belgique ou l'Allemagne à partir de l'adoption du code pénal international ; entre ces deux pôles, deux modèles intermédiaires, « *national intégré* » - compétence traditionnelle, mais normes à dominante internationale - qui fait songer à l'Argentine et « *international modéré* » - compétence universelle mais normes à dominante nationale -, renvoyant à la France et à la plupart des pays européens.

Toutefois, l'étude montre que, dans la réalité, les pratiques s'identifient rarement à un seul modèle. Les incertitudes du droit international et l'évolution des législations nationales souvent décidée au coup par coup font que la plupart des systèmes en vigueur relèvent simultanément de modèles différents selon les questions traitées (prescription, amnistie ou immunités). Aussi approximative soit-elle, la modélisation aide à saisir la relation entre tribunaux nationaux et internationaux.

Une seconde articulation apparaît en effet, selon les modèles privilégiés par les Etats, entre tribunaux nationaux et internationaux. Le modèle « *national pur* », construit sur le refus des normes internationales et le maintien de la compétence traditionnelle, implique plusieurs risques : d'une part celui de favoriser une « justice des vainqueurs »¹², les règles nationales garantissant difficilement, en période de conflit, les conditions d'un jugement équitable par un tribunal indépendant et impartial,

¹¹ Cf. le rapport de Damien Vandermeersch, *La compétence universelle*, publié dans l'ouvrage mentionné en note 1.

¹² M. Cosnard, Quelques observations sur les décisions de la chambre des Lords du 26 novembre et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, RGDI. 1999, p. 309

surtout lorsque l'on substitue une justice d'exception aux tribunaux de droit commun¹³. Egalement le risque, au cas où les responsables sont et restent au pouvoir, d'une sorte de « subsidiarité inversée » au profit de la CPI. Maintenir l'opposabilité de la prescription, de l'amnistie ou de l'immunité, comme les limitations traditionnelles de compétence, démontre en effet que l'Etat concerné n'a pas la volonté, ou se trouve dans l'incapacité, de « mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites », au sens de l'article 17 du statut de la CPI. D'où la compétence donnée à la CPI. On peut citer en ce sens le rapport américain qui indique sans ambiguïté que si les Etats-Unis veulent éviter que leurs propres citoyens soient poursuivis devant la future CPI, ils devront améliorer leur capacité à intenter des poursuites nationales. Plus largement, le rapporteur belge souligne que « si l'on devait admettre que dans certaines circonstances, l'immunité constitue un obstacle à l'exercice de poursuites en droit interne, cette situation aurait une incidence sur la compétence de la CPI : la compétence de la Cour ne serait plus complémentaire de celle des Etats mais deviendrait exclusive à l'égard des personnes pouvant opposer une immunité vis-à-vis des juridictions nationales ayant décidé d'intenter des poursuites à leur encontre ».¹⁴

Encore faut-il que la Cour ait alors compétence, alors que les conditions sont restrictives et que, comme le relève Bert Swart dans son rapport général sur *La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux*, « les situations dans lesquelles la Cour n'a pas de compétence coïncident à un degré considérable avec celles dans lesquelles les critères traditionnels de compétence ne permettent pas à un Etat de réprimer les crimes internationaux commis hors de son territoire ».

Mais le contraste n'en est que plus fort avec le modèle opposé, « *international pur* », au risque d'aggraver les inégalités entre Etats et de favoriser une sorte de « *forum shopping* » consistant pour les victimes à privilégier les pays ayant adopté compétence

¹³ voir ordonnance Bush, 13 novembre 2001 sur la création de tribunaux militaires *ad hoc* pour juger les auteurs étrangers des attentats du 11 septembre 2001.

¹⁴ Rapports publiés dans l'ouvrage mentionné en note 1.

universelle et normes internationales pour y déposer leur plainte¹⁵. Dès à présent l'afflux de plaintes avec constitution de partie civile en Belgique commence à faire apparaître les effets pervers de conceptions nationales trop éclatées et trop ouvertement incompatibles. A cet égard, l'existence de modèles intermédiaires laisse entrevoir la possibilité d'une progressive harmonisation des pratiques nationales.

Les voies d'une future harmonisation

Comme le souligne P.M. Dupuy, les pratiques nationales sont « encore loin d'être unifiées »¹⁶. A vrai dire, l'unification, en ce qu'elle implique des règles strictement identiques, n'est sans doute pas d'emblée nécessaire. En revanche l'harmonisation, comprise comme un processus de rapprochement autour de principes directeurs communs afin de permettre la mise en compatibilité des systèmes nationaux, paraît non seulement souhaitable, mais absolument indispensable si l'on veut éviter les risques évoqués ci-dessus. L'intégration progressive des normes internationales (modèle « *national intégré* ») devrait préparer les juges nationaux à devenir aussi les gardiens d'un futur droit commun. A l'inverse la mise en œuvre d'une compétence universelle sans intégration des normes internationales (modèle « *international modéré* ») risque de décevoir, à moins d'y voir une simple transition. En somme la construction d'une future justice pénale internationale pourrait être facilitée par le succès de ces modèles intermédiaires, à condition que la transition soit considérée comme telle et non comme le point d'arrivée et qu'il existe un certain contrôle supranational car l'harmonisation est rarement totalement spontanée. Deux voies pourraient être explorées en ce sens.

D'une part, la voie des droits de l'homme, dont on a vu le rôle moteur en Amérique latine, devrait permettre d'harmoniser, dans un sens plus conforme au droit international, les pratiques nationales d'échec à la responsabilité pénale. Il resterait à développer ce type de mécanismes, tant à l'échelle des Nations

¹⁵ Voir, dans le même sens, Jean-François Flauss, Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme, *Rev. suisse de droit international et de droit européen*, 2000 p.304.

¹⁶ PM Dupuy, précité, p.293.

Unies qu'à l'échelle régionale, mais surtout à inciter les Etats à ratifier les instruments existants et à les compléter. C'est une affaire de volonté politique mais la pression des citoyens et des ONGs peut ébranler l'inertie, voire la mauvaise volonté, des Etats en ces matières.

D'autre part, la voie d'un recours en interprétation pourrait être tracée, soit auprès de la Cour internationale de Justice, dont le rôle serait ainsi revalorisé en matière pénale, soit auprès de la future CPI dont la spécialisation pénale faciliterait la tâche. En toute hypothèse, l'objectif serait, face aux incertitudes du droit international et à la diversité des systèmes nationaux, de faire connaître les pratiques existantes, de préciser le sens du droit conventionnel et des évolutions de la coutume internationale et d'éviter des interprétations non seulement différentes mais encore contradictoires.

Sans figer trop tôt un droit en pleine formation, les instruments de protection des droits de l'homme, comme le recours en interprétation, permettraient la formation d'une culture juridique commune, nourrie à la fois du droit international et des études comparatives. Ainsi pourraient-ils contribuer à garantir une véritable complémentarité entre les juridictions nationales et la future Cour pénale internationale.

NOTES